

YÜKSEK MAHKEME KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 56

2013-2014 ADLİ YILI

- 5 -



18/04/2014 – 30/05/2014 Tarihleri Arasında Okunan
Yüksek Mahkeme Kararları

Nisan 2016

DERGİDE YERALIŞ SIRASINA GÖRE KARARLAR

Sayfa
No

YİM

1. Münir Erçika Ticaret Ltd. ile KKTC Başsavcılığı vasıtasıyla KKTC Maliye Bakanlığı ve diğeri arasında (YİM 199/2011 – D.17/2014) 1
2. Özkom Ltd. ile Maliye Bakanlığı arasında (YİM 135/2012 – D.18/2014) 8
3. Ergül Ekici ile KKTC Merkez Bankası ve diğeri arasında (YİM 191/2012 – D.19/2014) 19
4. Deniz Kayabaşı ile Lefkoşa Türk Belediyesi arasında (YİM 90/2014 – D.20/2014) 38
5. Cemal Yorgancıoğlu ile Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı arasında (YİM 139/2012 – D.21/2014) 47
6. Yrd.Doç.Dr. Yusuf Suiçmez ile KKTC Barolar Birliği arasında (YİM 56/2014 – D.22/2014) 59

YİM/İSTİNAF

7. Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve diğeri ile Prof. Dr. Tayfun Turgay arasında (YİM/İst. 2/2012 – D.2/2014) 67

YARGITAY HUKUK

8. İstanbul Hava Yolları Anonim Şirketi ile Gönül Üzgen arasında (Y/H 92/2011 – D.10/2014) 85
9. Abdurrahman Uyar ile Raşit Cankadı arasında (Y/H 9/2013 – D.11/2014) 97

10. Fuat Veziroğlu ile Yalım Eralp arasında (Y/H 52/2011 – D.12/2014)	103
11. Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. ile Saffet Başpınarlı arasında (Y/H 24/2012 – D.13/2014)	127
12. İntizar Taşseven, Mehmet Bulman Taşseven Terekesi İdare Memuru ile Servet Türkmen arasında (Y/H 106/2013 – D.14/2014)	146
13. Kıbrıs Mobile Telekomünikasyon Ltd. ile Gürkan Ün arasında (Y/H 116/2011 – D.15/2014)	153

YARGITAY/CEZA

14. İlkşen Varoğlu ve diğerleri ile Başsavcılık arasında (Y/C 2-3-4-10-11-12/2012 – D.5/2014)	165
---	-----

YARGITAY/ASLİ YETKİ

15. Kıbrıs Türk Amme Memurları Sendikası ile KKTC Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında (Y/Asli Yetki 4/2014 – D.3/2014)	192
16. Peral Ulunay ile KKTC Başsavcısı ve diğerleri arasında (Y/Asli Yetki 21/2013 – D.4/2014)	200

KARARLARIN OKUNUŞ TARİHİNE GÖRE DİZİN

Okunduğu Tarih	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
18.04.2014	10/2014	Y/H 92/2011	85
25.04.2014	17/2014	YİM 199/2011	1
28.04.2014	11/2014	Y/H 9/2013	97
29.04.2014	12/2014	Y/H 52/2011	103
30.04.2014	13/2014	Y/H 24/2012	127
06.05.2014	3/2014	Asli Yetki 4/2014	192
12.05.2014	14/2014	Y/H 106/2013	146
21.05.2014	4/2014	Asli Yetki 21/2013	200
22.05.2014	18/2014	YİM 135/2012	8
22.05.2014	19/2014	YİM 191/2012	19
27.05.2014	20/2014	YİM 90/2014	38
30.05.2014	21/2014	YİM 139/2012	47
30.05.2014	22/2014	YİM 56/2014	59
30.05.2014	2/2014	YİM/İst. 2/2012	67
30.05.2014	15/2014	Y/H 116/2011	153
30.05.2014	5/2014	Y/C 2,3,3,10,11,12/12	165

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
ANAYASA MADDELERİ**

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KKTC ANAYASASI			
Madde 1	4/2014	A. Yetki 21/2013	200
Madde 16	4/2014	A. Yetki 21/2013	200
Madde 17	4/2014	A. Yetki 21/2013	200
Madde 18	4/2014	A. Yetki 21/2013	200
Madde 32	5/2014	Y/C 2-4,10-12/12	165
Madde 120	3/2014	A. Yetki 4/2014	192
Madde 151	4/2014	A. Yetki 21/2013	200
Madde 152	19/2014 22/2014	YİM 191/2012 YİM 56/2014	19 59
Madde 152(1)	17/2014 22/2014	YİM 199/2011 YİM 56/2014	1 59
Madde 152(3)	19/2014	YİM 191/2012	19
Madde 152(4)	22/2014	YİM 56/2014	59

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
YASA MADDELERİ**

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ONAY YASASI (39/1962)			
Madde 6	4/2014	A.Yetki 21/2013	200
Madde 6(1)	4/2014	A.Yetki 21/2013	200
Madde 13	4/2014	A.Yetki 21/2013	200
BELEDİYE PERSONEL YASASI (65/07)			
Madde 35(2)	20/2014	YİM 90/2014	38
Madde 38(1)	20/2014	YİM 90/2014	38
CEZA YASASI (Fasıl 154)			
Madde 20	5/2014	Y/C 2-4,10-12/12	165
Madde 244(b)	5/2014	Y/C 2-4,10-12/12	165
EMEKLİLİK YASASI (26/1977)			
Madde -	19/2014	YİM 191/2012	19

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
EŞYA SATIŞ YASASI (Fasıl 267)			
Madde -	15/2014	Y/H 116/2011	153
HAKSIZ FİİLLER YASASI (Fasıl 148)			
Madde 3	12/2014	Y/H 52/2011	103
Madde 17	12/2014	Y/H 52/2011	103
Madde 18	12/2014	Y/H 52/2011	103
Madde 51	10/2014	Y/H 92/2011	85
Madde 51(1)	10/2014	Y/H 92/2011	85
Madde 52(2)(b)	10/2014	Y/H 92/2011	85
HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ YASASI (Fasıl 6)			
Madde 4	4/2014	A.Yet. 21/13	200
Madde 9	4/2014	A.Yet. 21/13	200
KAMU GÖREVLİLERİ YASASI (7/1979)			
Madde 62	21/2014	YİM 139/2012	47

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KİRA (DENETİM) YASASI (18/1981)			
Madde 3(1)	14/2014	Y/H 106/2013	146
Madde 3(2)	14/2014	Y/H 106/2013	146
MAHKEMELER YASASI (9/1976)			
Madde -	20/2014	YİM 90/2014	38
Madde 26(3)	21/2014	YİM 139/2012	47
Madde 41	4/2014	A.Yet. 21/13	200
ORGANİZE SANAYİ BÖLGESİ YASASI (23/1977)			
Madde 23	14/2014	Y/H 106/2013	146
OTELLER YASASI (Fasıl 138)			
Madde -	10/2014	Y/H 92/2011	85
ÖZELLEŞTİRME YASASI (24/2012)			
Madde 1(Geçici)	3/2014	A.Yet. 4/2014	192
Madde 31	3/2014	A.Yet. 4/2014	192

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
POLİS ÖRGÜTÜ YASASI (51/1984)			
Madde 8	5/2014	Y/C 2-4,1012/12	165
Madde 85(1)(2)(5)(a)(6)	5/2014	Y/C 2-4,10-12/12	165
Madde 92(2)(4)	5/2014	Y/C 2-4,10-12/12	165
TAŞINMAZ HAZİNE MALLARI (KİRALAMA VE DEĞERLENDİRME) YASASI (63/1993)			
Madde -	18/2014	YİM 135/2012	24
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE REFERANDUM YASASI (29/1996)			
Madde 10	3/2014	A.Yet. 4/2014	192
Madde 11(4)	3/2014	A.Yet. 4/2014	192
TÜKETİCİYİ KORUMA YASASI (40/2003)			
Madde -	10/2014	Y/H 92/2011	85
ZAMANAŞIMI YASASI (Fasıl 15)			
Madde 3(1)(f)	15/2014	Y/H 116/2011	153
Madde 5	15/2014	Y/H 116/2011	153

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
TÜZÜK VE EMİRNAMELER**

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
AKADEMİK PERSONELİN KADRO VE ÇALIŞMA TÜZÜĞÜ			
Madde 42	2/2014	YİM/İst. 2/2012	67
Madde 42(e)	2/2014	YİM/İst. 2/2012	67
HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ TÜZÜĞÜ			
Emir 19 n.26	22/2014	YİM 56/2014	59
Emir 35 n.8	13/2014	Y/H 24/2012	127
Emir 48 n.1,2	4/2014	A.Yet.21/2013	200
1997 YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ TÜZÜĞÜ			
Madde 11	20/2014	YİM 90/2014	38
Madde 18	22/2014	YİM 56/2014	59

D.17/2014

YİM: 199/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde
Anayasanın 152. Maddesi Hakkında

Mahkeme Heyeti: Talât D. Refiker, Ahmet Kalkan, Mehmet Türker

Davacı: Münir Erçika Ticaret Limited – Beyarmudu – Magosa.

- ile -

Davalı: 1. KKTC Başsavcılığı vasıtasıyla KKTC Maliye
Bakanlığı KKTC, Lefkoşa
2. KKTC Başsavcılığı vasıtasıyla KKTC Gümrük
Müdürlüğü KKTC, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı tarafından: Avukat Öner Şerifoğlu ve Avukat Eylem Şerifoğlu
Davalılar tarafından: Savcı Meryem Beşoğlu

Davacı Güney Kıbrıs'ta imal edilmiş olup daha sonra Lübnan'a götürülen biraları KKTC'ye ithal etti – Gümrük Müdürlüğü Davacıdan Güney Kıbrıs'a uygulanan gümrüğü değil de çıkış ülkesi olan Lübnan'a uygulanan gümrüğü talep ederek aldı – Davacı talep edilen vergiyi ödedikten sonra kendisinden vergi talep eden kararı iptal etmek için YİM'de bir dava açtı – YİM, Yüksek İdare Mahkemesi'nin hangi davalarda yetkili olduğu konusu üzerinde durdu – Davacının davasında, iptalini talep ettiği 26.09.2011 tarihli kararın icrai bir karar olmadığını, daha sonra 29.09.2011 tarihli kararın icrai olduğunu, fakat bu kararın da, dava konusu yapılmadığını belirten YİM, denetim yapacağı icrai nitelikte bir karar bulunmadığı nedeniyle yetkisiz olduğu kanısına vararak davayı iptal etti.

Güneyde imal edilip Lübnan'a götürülen içkilerin KKTC'ye ithal edilmesi – Güney Kıbrıs'a değil Lübnan'a uygulanan gümrüğün alınması –

Hangi vergi oranlarının uygulanacağı tartışması – İcrai nitelikli bir karar olmaması nedeniyle YİM'in yetkili olmaması.

H Ü K Ü M

Talât D. Refiker: Bu davada, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Mehmet Türker okuyacaktır.

Mehmet Türker: Davacı, Güney Kıbrıs menşeli olup, Beyrut üzerinden Mağusa Limanına getirtip KKTC'ye ithal ettiği 32,046.50 Euro ederindeki 1610 karton muhtelif alkollü içkiye TC/AB/EFTA vergi oranlarını uygulamayıp, genel vergi oranı uygulayan Davalılar aleyhine açtığı bu dava ile;

- “A) Davacının 23/9/2011 tarihinde ithal ettiği içecek ve/veya içki ve/veya alkollü içki ve/veya ticari değeri haiz mallara ilişkin Davalıların takriben 26/9/2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde uygulamak ve/veya vergilendirmek istedikleri genel vergi oranında vergilendirme işleminin tamamen hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar verilmesi;
- B) Davacının 23/9/2011 tarihinde ithal ettiği içecek ve/veya içki ve/veya alkollü içki ve/veya ticari değeri haiz mallara ilişkin Davalıların takriben 26/9/2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde uygulamak ve/veya vergilendirmek istedikleri genel vergi oranında vergilendirme kararının tamamen hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar verilmesi;”

talebinde bulunmuştur.

Davalılar ise dosyaladıkları müdafaa takririnde, Davacının alkollü içkileri, Güney Kıbrıs'tan değil de Lübnan-Beyrut'tan ithal ettiği nedeniyle, bu alkollü içkilere TC/AB/EFTA vergi oranlarının uygulanamayacağını, uygulanan genel vergi oranının yasa gereği olduğunu, bu nedenle Davacının davasının reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Davanın duruşması sırasında, tarafların mutabakatı ile 11 adet evrak, Emare 1-11 olarak kaydedilmiştir.

Bilâhare, taraflar birer tanık dinleterek, Mahkemeye hitap etmişlerdir.

Layihalar, sunulan emareler ve şahadete göre dava ile ilgili olgular şöyle özetlenebilir:

Davacı, KKTC'de kayıtlı bir şirket olup, sair ticari emtia yanında, KKTC'ye alkollü içki ithal etmektedir.

Davacı, Güney Kıbrıs'ta imal edilen, 32,046.50 Euro değerinde 410 karton Keo marka bira, 200 karton şarap, 1000 karton diğer alkollü içkiden oluşan toplam 1610 karton muhtelif alkollü içkiyi Beyrut (Lübnan) Serbest Limanına naklettikten sonra, 22/9/2011 tarihinde Lübnan Serbest Limanından, Mağusa Limanına getirterek, KKTC'ye ithal etmek istemiştir. Emare 2 Bakanlar Kurulu kararına göre, Güney Kıbrıs Rum Yönetiminden yapılacak ithalatta, Güney Kıbrıs menşeli mallara, TC/AB/EFTA ülkelerine uygulanan vergi oranları uygulanır. Davacı, Lübnan'dan getirttiği ancak Güney Kıbrıs'ta imal edilen bu içkileri ithal etmek için her türlü yasal işlemi tamamlayıp, KKTC'ye ithal etmek istediği zaman, Mağusa Gümrük Şube Amirliği, bu

alkollü içkiler Güney Kıbrıs menşeli olmasına rağmen, gümrükleme işleminin yapıldığı 29/9/2011 tarihinde, **“çıkış ülkesi Beyrut olduğu nedeniyle, genel menşeden işlem görecektir”** kararını almıştır (Gör Emare 8). Davacı, bu karar gereğince, genel vergi oranına göre hesaplanan gümrük vergisini Mağusa Gümrüğüne ödeyerek, konu alkollü içkileri KKTC'ye ithal ettikten sonra, Davalılar aleyhine bu davayı ikame ederek, davasındaki gibi talepte bulunmuştur.

Davacının davasındaki talepleri ve tespit ettiğimiz olgular çerçevesinde, bu davada öncelikle Yüksek İdare Mahkemesinin denetimine tabi olabilecek bir idari kararın var olup olmadığını incelemeyi gerekli gördük.

KKTC'de İdari Yargının, yani Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı ve yetkileri KKTC Anayasası'nın 152. maddesinde belirlenmiştir.

Anayasa'nın İdari Yargının görev alanını belirleyen 152. maddesinin 1. fıkrasına göre, **“Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasa'nın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.”**

Anayasa'nın bu maddesinden görüldüğü üzere, idari davalar, bir idari işlem, karar ya da ihmalin Anayasa'ya, herhangi bir yasaya veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuata aykırı olması durumunda veya bunların söz konusu

organ, makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı iddiası ile açılabilir.

Diğer bir ifade ile Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin kararının işleminin veya ihmalinin hukuka aykırı olduğu nedeniyle açılan davalar veya yapılan başvurular hakkında, kesin karar vermek yetkisine sahiptir. Bu yetki, Anayasa tarafından Yüksek İdare Mahkemesine verilmiş münhasır bir yetkidir.

Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açılabilmesi için, ortada mutlaka bir idari kararın olması gerekmektedir. İdarenin bu kararı, aynı zamanda icrai, etkili ve sonuç doğurucu bir idari karar olmalıdır. İdari davalar, hatalı olduğu iddia edilen karar ve/veya işlem ve/veya ihmal aleyhine dosyalanır.

İptal davasının niteliği ve hangi kararların iptal davasının konusu olabileceği ile ilgili Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'ün Yönetmelik Yargı isimli kitabının 10. Baskısında, sayfa 115, 116, 119 ve 121'de şöyle denmektedir:

“İptal davası, hukuka aykırı bir yönetsel işlemin, yönetsel yargı yerlerince iptal edilmesini sağlayan bir dava türüdür.”

“...yalnız ‘etkili yönetsel kararlar’ iptal davasına konu olabilir.”

“İptal davası, ancak, yönetsel işlemlere karşı açılır. Başka bir deyişle iptal davasının konusu yönetsel işlemlerdir. Yönetmelik işlem, yönetimin yönetim hukuku alanında yaptığı tek yanlı hukuksal işlemlerdir. Yönetim görevlerini yaparken, yetkilerini kullanırken, hukuk düzeninde değişiklik yapan, yeni hukuksal durum yaratan

işlemlerde bulunur. Yönetimin yaptığı hukuksal işlemlerden yalnız, «yönetmelik işlemler» iptal davasına konu olur...”

“İptal davasının açılabilmesi için ortada muhakkak yönetsel bir kararın bulunması gerekir. Kural olarak bir işlem tamamlanmadan iptal davasına konu olmaz.”

“Ortada yönetimce alınmış bir karar yokken, yönetimi belli bir davranışa zorlamak için iptal davası açılmaz. İdari eylem veya işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.”

“Danıştayın eski bir kararına göre idari bir karar veya muameleye karşı açılmayan iptal davasının reddi gerekir.”

“Sonuç olarak denilebilir ki; iptal davası için, yönetimin bir işlemde, başka bir deyişle, hukuksal sonuç doğuran tek yanlı bir irade açıklamasında bulunması, bir karar alması gerekir.”

Davacı, Talep Takririnin “A” paragrafında, Davalıların 26/9/2011 tarihinde uygulamak ve/veya vergilendirmek istedikleri genel vergi oranında vergilendirme işleminin, “B” paragrafında ise, 26/9/2011 tarihinde uygulamak ve/veya vergilendirmek istedikleri genel vergi oranında vergilendirme kararının Yüksek İdare Mahkemesi tarafından hükümsüz ve etkisiz kılınmasını talep etmektedir. Duruşma esnasında sunulan emareler, şahadet ve tespit ettiğimiz olgulara göre, Davalıların Davacının ithal ettiği alkollü içkilere genel vergi uygulama kararı, Emare 8’deki 29/9/2011 tarihli “**çıkış ülkesi Beyrut olduğundan genel menşeden işlem görecektir**” kararıdır. Yani İdarenin aldığı icrai, etkili ve hukuki sonuç doğurucu kararı, 29/9/2011 tarihli karardır. Bu karar neticesinde, Davacının Beyrut’tan ithal ettiği alkollü içkiler, Davalılar tarafından Güney Kıbrıs menşeli kabul edilmeyerek, bu içkilere genel vergi oranı uygulanmıştır. Ancak bu karar dava konusu yapılmamıştır. Bu nedenle, huzurumuzdaki bu davada Yüksek İdare Mahkemesinin denetimini yapabileceği icrai nitelikte İdari bir karar bulunmamaktadır. Dolayısıyla,

aktardığımız İdare Hukuku kurallarına göre, davanın ileri gitmesi mümkün değildir.

Belirtilenler ışığında, Davacı davasında başarılı olamadığından, davasının reddedilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, Davacının davası ret ve iptal edilir.

Dava masrafları, Davacı tarafından ödenecektir.

Talât D. Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

25 Nisan, 2014

D. 18/2014

YİM: 135/2012

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152. maddesi hakkında.

Mahkeme Heyeti : Talat D.Refiker, Ahmet Kalkan, Mehmet Türker.

Davacı : Özkom Ltd. Gönyeli, Lefkoşa.

ile

Davalı : Maliye Bakanlığı vasıtasıyla KKTC'yi temsilen
Başsavcılık- Lefkoşa.

A r a s ı n d a .

Davacı namına : Avukat Enver Öztürk

Davalı namına : Başsavcılık adına Kıdemli Savcı Sarper Altıncık.

Bakanlar Kurulu Yenierenköy'de bulunan araziyi turistik amaçlı olarak Davacı şirkete uzun vadeli kiraladı – Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürü Bakanlar Kurulunun bu arazileri kiralama yetkisi olmadığı gerekçesiyle sözleşmeleri feshetti – Davacı Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı davada fesih kararlarının iptalini talep etti – YİM, Bakanlar Kurulu kararının icrai nitelikli bir idari karar olarak yürürlükte olduğunu dikkate aldı – Bakanlar Kurulu kararının bir müdür tarafından yetkisizce alındığı gerekçesiyle iptal edilmesini doğru bulmayan YİM, fesih kararlarını iptal etti.

Bakanlar Kurulu kararının Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü tarafından feshedilmesi – Müdürün geçmişte Yüksek İdare Mahkemesi'nin verdiği bir kararı nedeniyle Bakanlar Kurulu kararının iptal edilebileceği görüşünden hareket ederek sözleşmeyi feshetmesi – Tarafların

anlaşması ile yapılmış bir sözleşmeyi geçmişte tarafların tartışma konusu yaptığı bir olayda verilen YİM kararının emsal olmaması.

H Ü K Ü M

Talat D.Refiker : Bu başvuruda, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Ahmet Kalkan okuyacaktır.

Ahmet Kalkan : Davacıya kiralanan, aşağıda referansı verilen Hali Arazi ve Taşınmaz Hazine Mallarına ait uzun vadeli sözleşmelerin, 4.4.2012 tarihinde, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü tarafından feshedilmesi üzerine, Davacı, Davalılar aleyhine bu davayı dosyaladı.

TALEP :

Davacının talebi aynen şöyledir.

- A. Davalının kararı ve/veya S.1821-2006 sayı ve 6.9.2006 tarihli Bakanlar Kurulu onay kararı ve/veya kararlarına istinaden, Yeni Erenköy'de Pafta/Harita 111/21 W.1&W.2& E.1, 2/UT 2446-495 sayılı dosya tahtındaki 06.03.2009 tarihli sözleşme ile 35 ve 36 numaralı parseller ve 2/UT-2446-534 sayılı dosya tahtındaki 17.4.2009 tarihli sözleşme ile 13/1, 15/5/2, 13/2, 15/5/1 ve 14 parsel numaralı taşınmaz hazine mallarının Davacıya kiralınması ile ilgili sözleşmeleri feshettiğini bildiren 4.4.2012 tarihli ihbarnamesinde ifadesini bulan Davalının ve/veya ona bağlı Devlet

Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürlüğünün DEM.0.00-2/UT 2446 – 495 2.UT-2446-534-971 sayılı karar ve/veya işlemlerinin tamamen etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına emir ve/veya hüküm verilmesi.

TALEP TAKRİRİ:

Davacı, dosyaladığı talep tavririnde özetle; kendisine kiralanan taşınmaz mallar ile ilgili tafsilat verdikten sonra, 63/1993 sayılı Taşınmaz Hazine Malları (Kiralama ve Değerlendirme) Yasası altında, Davalı tarafından 40 yıllığına kiralanan konu taşınmaz malların, Bakanlar Kurulunun onayı ile kendisine verildiğini, Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürünün yetkisizce ve hukuka aykırı bir şekilde kira sözleşmelerini feshettiğini, bu nedenle talepteki gibi hüküm verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

MÜDAFAA TAKRİRİ:

Davalıyı temsilen Başsavcılık, dosyaladığı müdafaa tavririnde, Davacı ile Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürlüğü arasında dava konusu araziler ile ilgili olarak 6.3.2009 ve 17.4.2009 tarihli kira mukavelelerinin imzalandığını, YİM 47/2011 sayılı davada hali araziler ile ilgili iptal kararı verildiğini, bunun üzerine Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürünün, sözleşmenin 20 ve 23. maddesine istinaden sözleşmeleri feshettiğini, ortada hukuka aykırı işlem bulunmadığını ileri sürerek, davanın iptalini talep etti.

Davacı, dosyaladığı müdafaya cevap tavririnde, Davalının iddialarını reddetti.

OLGULAR:

Taraflar duruşmada tanık çağırmadılar. Talep tavrının olgular kısmında beyan edilenleri müşterek olgu olarak kabul ettiler. İhtilafsız bir şekilde, 1'den 24'e kadar sayılandırılmış 24 adet yazılı belgeyi emare olarak sundular.

Yapılan beyanlar ve ibraz edilen emareler ışığında, olguları aşağıdaki gibi saptarız:

Davacı kayıtlı bir tüzel kişiliktir.

Bakanlar Kurulunun 6.9.2006 tarihli ve S-1821-2006 sayılı kararına istinaden, Yeni Erenköy'de pafta/harita 111/21 W.1&W.2&E.I, 2/UT 2446-495 sayılı dosya tahtındaki 6.3.2009 tarihli sözleşme ile Hali Arazi olan 35 ve 36 No.lu parseller, 2/UT-2446-534 sayılı dosya tahtındaki 17.4.2009 tarihli sözleşme ile Taşınmaz Hazine Malı olan 13/1,15/5/2,13/2,15/5/1 ve 14 No.lu parseller, restoran ve/veya turizm yatırımı yapılması amacıyla Davacıya uzun vadeli olarak kiralandı.

Davalı ve/veya ona bağlı Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürlüğü, yukarıda bahsi geçen kararlara istinaden, kira sözleşmesinin kendileri ile Davacı arasında yapılması gerektiğini öngörmüş ve Davacıyı sözleşme yapmaya davet etmiştir.

Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü, konu kira sözleşmelerini 6.3.2009 ve 17.4.2009 tarihlerinde Davacı ile karşılıklı olarak imzaladı.

6.3.2009 tarihli sözleşme, 1.3.2009 tarihinden 28.2.2049 tarihine kadar 40 yıllık; 17.4.2009 tarihli sözleşme ise 1.4.2009 tarihinden 28.2.2049 tarihine kadar 39 yıl 11 aylık olarak imzalandı.

Davacı, Davalı ve Bakanlar Kurulunun kararında öngörülen projeleri hazırlamış, gerekli mercilerin onayını almıştır.

Buna göre; Davacı, Şehir ve Planlama Dairesinden, 9.5.2009 tarihinde onay, 11.8.2009 tarihinde, KTMMOB Mimarlar Odası Vize Bürosu tarafından 09/1165 sayılı vize, aynı proje için 14.8.2009 tarihinde, Elektrik Kurumundan inşaat izin yazısını, KTMMOB Elektrik Mühendisleri Odasından 24.8.2009 tarihinde 09/1904 sayılı vize ve 14.10.2009 tarihinde İskele Kaymakamlığından I59/09 sayılı bina ruhsatını aldı.

Davacı inşaat ruhsatını 13.10.2011 tarihinde yeniledi, projenin bitmesi için Kemal Çalışkan isimli taşeron ile sözleşme yaptı.

Davacı, 6.9.2006 tarihinde, Bakanlar Kurulu kararı ile kendisine kiralanmış ve bu davaya konu olmayan Yeni Erenköy'de pafta/harita 111/21 W.1'de bulunan, 1/5/6 ve 1/5/7 parsel No.lu 23 dönüm, 1 evlek, 3312 ayakkare yüzölçümündeki hali araziye turizm maksatlı yatırım yapılması için Turizm Bakanlığında kiralaması gerekirken, Maliye Bakanlığında bağlı Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürlüğü ile kira sözleşmesi tanzim ve 6.3.2009 tarihinde de imzalamaya mecbur bırakılması nedeniyle, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi ve/veya Bakanlar Kurulu ve/veya Turizm Bakanlığının karar ve işlemlerinin iptali için, 5.4.2011 tarihinde YİM 47/2011 sayılı davayı açtı.

23.12.2011 tarihinde, YİM 47/2011 sayılı davada, Başsavcılık, mezkur davaya konu parsellerin İçişleri Bakanlığı tarafından yetkilendirilmeden, Maliye Bakanlığı tarafından kiralanmasının kiralama işlemleri bakımından yetki gasbı sayılacağı yönünde beyanda bulunarak, 6.3.2009 tarihli sözleşmenin iptaline muvafakat etti. Davacı Avukatının yapılan teklif ve beyanı kabul etmesi üzerine, Mahkeme, yapılan beyanlar ışığında, Maliye Bakanlığı adına Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi ile Davacı arasında aktedilen 6.3.2009 tarihli kira sözleşmesini ve sözleşmeye bağlı işlemleri iptal etti.

YİM 47/2011 sayılı davanın, Davacı lehine sonuçlanmasının akabinde, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü, 4.4.2012 tarihinde, Davacıya Emare No.20 yazıyı göndererek, huzurumuzdaki davaya konu taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeleri feshetti.

Konu yazı aynen şöyledir:

“Bakanlar Kurulunun S-1821-2006 sayı ve 6/9/2006 tarihli 446-495 sayılı dosya tahtındaki 6.3.2009 tarihli sözleşme ile 35 ve 36 parseller ve 2/UT-2446-534 sayılı dosya tahtındaki 17.4.2009 tarihli sözleşme ile 13/1, 15/5/2, 13/2, 15/5/1 ve 14 parsel No.lu Taşınmaz Hazine Mallarının tarafınıza kiralandığı malumlarınızdır.

Bakanlar Kurulunun işbu sözleşmelere konu kararı incelendiğinde, Yüksek İdare Mahkemesinin “Bakanlar Kurulunun Taşınmaz Hazine Mallarının kiralanması ile ilgili karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulunun yetkisi sadece Maliye Bakanlığı tarafından uygun görülen 11-50 yıl arası kira sürelerini onaylamakla sınırlıdır” şeklindeki emsal kararına aykırı olduğu ve yetki yönünden sakat olduğu görülmüştür.

İşbu Bakanlar Kurulu Kararının ileride yetkisizlik nedeniyle dava konusu olabileceği dikkate alınarak 2/UT-2446-495 sayılı 06/03/2009 tarihli ve 2UT-2446-534 sayılı 17.4.2009 tarihli sözleşmeleri YİM 47/2011 sayılı davanın kararı ve sözleşmenin 20

ile 23'üncü maddeleri gereğince haklarımıza hâle gelmeksizin fesh ettiğimiz tarafınıza ihbar ederiz.

**Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi
(Müdürü)"**

Davacı, bu karar üzerine, Davalı aleyhine, huzurumuzdaki davayı dosyalamıştır.

İNCELEME:

İbraz edilen emareleri, dava ile ilgili olguları ve tarafların hukuki argümanlarını inceleyip değerlendirdik.

Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürünün, Emare No.20, 4.4.2012 tarihli yazısından görülebileceği gibi, fesih sebebi, YİM 47/2011 sayılı davanın kararına ve sözleşmenin 20 ve 23. maddelerine dayandırılmıştır.

YİM 47/2011 sayılı dava, tamamen dinlenerek neticelendirilmiş bir dava değildir.

Olgular kısmında belirttiğimiz gibi, YİM 47/2011 sayılı davada, Savcılığın zabıtlara geçen beyanı ışığında, Mahkeme, Davacının talepleri doğrultusunda karar vererek, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi tarafından tanzim edilen sözleşmenin iptaline karar vermiştir.

Uzlaşma ile neticelenen mezkur davaya ilişkin karar, tüm davalar bakımından emsal alınabilecek prensip içeren içtihat niteliğinde değildir.

Bu anlamda, Devlet Emlâk ve Hazine Dairesi Müdürünün 4.4.2012 tarihli kararında ifade ettiği şekilde, emsal alınabilecek bir mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin 20 ve 23. maddelerine gelince;

Emare No.8 ve 10 olarak huzurumuzda bulunan her iki sözleşmenin 20 ve 23. maddeleri birbirinin aynıdır.

Sözleşmelerin ilgili 20 ve 23. maddeleri aynen şöyledir:

“20. Taraflar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde yürürlükte olan ve yürürlüğe girecek olan bilumum Yasa, Tüzük, Yönetmenlik ve Kararnamelere uymakla yükümlüdürler.

23. İşbu Kira Sözleşmesinin tüm şartları esasa ait şartlar olarak nitelendirilip sözleşmenin feshine hak tanıdığı taraflarca kabul ve beyan olunur.”

Her iki Sözleşmenin yukarıda alıntısı yapılan 20 ve 23. maddeleri, sözleşmenin taraflarını bağlayıcı nitelikte hükümler içermektedir.

Sözleşmenin tarafları, Davacı ve Devlet Emlak Malzeme Dairesi olduğuna göre, öncelikle, İdare Hukukunu ilgilendirdiği oranda, tarafların feshi haklı kılacak davranışlarının olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürü, 4.4.2012 tarihli fesih yazısında, sözleşmenin hangi şartının ihlâl edildiğini veya hangi şartına riayet edilmediğini belirtmediği gibi,yasa, tüzük, yönetmelik ve kararnameye aykırı davranan tarafın kim olduğu veya aykırı işlemin ne olduğunu belirtmemiş, sözleşme ile ilgili taraflara atfedilebilecek kusurdan söz etmemiştir.

4.4.2012 tarihli fesih yazısından anlaşılan, Bakanlar Kurulu Kararının ileride yetkisizlik nedeniyle dava konusu olabileceği dikkate alınarak, sözleşmenin feshedildiğidir.

Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü bu sonuca ulaşırken, önce, Yüksek İdare Mahkemesinin **“Bakanlar Kurulunun Taşınmaz Hazine Mallarının kiralanması ile ilgili karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulunun yetkisi sadece Maliye Bakanlığı tarafından uygun görülen 11-50 yıl arası kira sürelerini onaylamakla sınırlıdır”** şeklindeki emsal kararına aykırı olduğu ve yetki yönünden sakat olduğu tespitini yapmış, sonra yetkisizlik konusunun ileride dava konusu olabileceğinden hareketle, 6.3.2009 ve 17.4.2009 tarihli sözleşmeleri feshetmiştir.

Yüksek İdare Mahkemesinin, 47/2011 sayılı kararında, Devlet Emlak Malzeme Dairesi Müdürünün fesih yazısında belirttiği şekilde bir bulgusu olmadığı gibi, her iki sözleşme ile ilgili Davacıya herhangi bir kusur atfedilmemiştir.

Bu durumda, öncelikle incelenmesi gereken, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürünün, ileride yetkisizlik nedeniyle dava konusu olabileceği

ihtimalini dikkate alarak, Bakanlar Kurulu kararının geçersizliğine atfen, sözleşmeyi feshetme yetkisinin olup olmadığıdır.

Bu davada, konu taşınmaz malların Davacıya kiralanması ile ilgili Bakanlar Kurulu kararı dava konusu yapılmadığı gibi, Bakanlar Kurulu, kararını geri almamış, ilga etmemiştir.

İdare Hukukunun temel prensiplerinden biri, idari işlem ve kararların, hukuka uygun olduklarına dair bir yargı kararına gereksinim duymadan, hukuka uygun kabul edilerek, ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğurmasıdır. Hukuka uygunluk karinesi olarak bilinen bu prensibe göre, Bakanlar Kurulu tarafından geri alınmamış veya ilga edilmemiş veya mahkeme tarafından iptal edilmemiş mezkûr Bakanlar Kurulu Kararı, halen hukuka uygun icrai nitelikli bir idari karar olarak yürürlüktedir.

Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürünün, YİM 47/2011 sayılı kararı kendine göre yorumlayarak, yürürlükte bulunan Bakanlar Kurulu Kararının yetkisizce alındığı ve ileride dava sebebi olabileceği gerekçesiyle, Bakanlar Kurulu kararı üzerinde idari denetim uygulama yetkisi bulunmadığı gibi, kararın geçerliliği hakkında da karar veremez. Hiyerarşik idari düzen, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürüne böyle bir yetki vermediği gibi, hukuka uygunluk karinesi de buna engeldir.

Bu neticeden hareketle, Devlet Emlak ve Malzeme Dairesi Müdürü, Bakanlar Kurulu Kararının yetkisizce alındığı ve ileride dava konusu olabileceği gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmekle yetkisini aşmış, hukuka aykırı bir şekilde sözleşmeyi feshetmiştir.

Yukarıdaki gerekçelerle, 4.4.2012 sayılı fesih kararının hukuka aykırı bir şekilde alındığı ve uygulandığı ispatlandığından, tarafların diğer argümanlarının incelenmesine gerek olmadan kararın iptali gerekmektedir.

SONUÇ:

Netice itibarıyla,

- A. Davacı ile Davalı adına, Devlet Emlâk ve Malzeme Dairesi Müdürü arasında imzalanan 6.3.2009 ve 17.4.2009 tarihli uzun vadeli kira sözleşmelerini fesheden 4.4.2012 tarih ve DEM 0.00-2/UT 2446-495 2UT-2446-534-971 sayılı kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına HÜKÜM verilir.
- B. Mukayyit tarafından tespit edilecek dava masraflarının, Davalı tarafından ödenmesine emir verilir.

Talat D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

22 Mayıs, 2014

D.19/2014

YİM: 191/2012

Yüksek İdare Mahkemesinde
Anayasanın 152. Maddesi Hakkında

Mahkeme Heyeti: Talât D. Refiker, Ahmet Kalkan, Mehmet Türker

Davacı: Ergül Ekici, Gezer Sokak No.8 Hamitköy Lefkoşa.

- ile -

Davalı: 1. KKTC Merkez Bankası, Lefkoşa
2. KKTC Ekonomi ve Maliye Bakanlığı vasıtası ile
KKTC, Lefkoşa
3. KKTC Bakanlar Kurulu vasıtası ile KKTC, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı tarafından: Avukat Özge Uğraşın
Davalı No.(1) tarafından: Avukat Salih Çağdaşer
Davalı No.(2) ve (3) tarafından: Başsavcı Yardımcı Muavini Necla Şenol

Davacı Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevini yapmış birisi olup bankaya yaptığı müracaatta 60 yaşını doldurduğu için yaş haddi nedeni ile emeklilik işlemlerinin yapılmasını talep etti – Merkez Bankası, Davacıya sadece emeklilik ikramiyesi verip emeklilik maaşı vermeyi reddetti – Bunun üzerine Davacı YİM'e başvurarak emeklilik işlemlerinin yapılmamasının bir ihmal olduğunu iddia etti – YİM, YİM'in yetkileri ve ihmal davalarının hangi hallerde açılabileceği konuları üzerinde durdu – Daha önce verilen bir kararı teyid eden kararın icrai nitelikte olmadığını ve dava konusu yapılamayacağını belirten YİM, usul nedeniyle Davacının talebini reddetti.

Emeklilik işlemlerinin yapılmaması nedeniyle açılan ihmal davası – Olumsuz idari işlemin ihmal sayılmaması – Daha önce verilen kararları teyid eden (confirmatory) bir kararın icrai nitelikli olmaması ve dava konusu yapılamaması – Davalının Davacıya yazdığı yazının daha önce verilen kararları tekrarlayan bir yazı olması – YİM'in yetkileri – İhmal ile olumsuz işlemin farklı olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 29/1977.
- 2- YİM 68/1978.
- 3- YİM 63/1982 – D.10/1983.
- 4- YİM 39/1985 – D.24/1987.
- 5- YİM 144/1986 – D.29/1988.
- 6- YİM 132/1989 – D.6/1992.
- 7- YİM 136/2001 – D.13/2002.
- 8- YİM 32/2001 – D.3/2006.
- 9- YİM 29/2010 – D.17/2012.
- 10- YİM 130/2011 – D.23/2013.

K A R A R

Talât D. Refiker: Bu davada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Mehmet Türker okuyacaktır.

Mehmet Türker: Davacı, Davalılar aleyhine ikame ettiği bu dava ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

- “I (1) 60 yaşımı doldurduğum 1.2.2009 tarihi itibariyle müdürlük görevinden emeklilik işlemlerimin yapılmamış olmasının, emeklilik maaşı ve ikramiyemin hesaplanıp ödenmemiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda bir karar verilmesi, ve/veya

- (2) KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevinden ikinci kez alındığım 18.9.1996 tarihinden sonra 1.2.2009 tarihine dek sürmüş olan Müdürlük görevim sırasında her ay başı tahakkuk etmiş olan maaşlarımın ödenmemiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda bir karar verilmesi, ve/veya
- (3) 18.9.1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararının Merkez Bankası ile ilişigimi kestiği kabul edilerek yukarıdaki (1) ve (2) sayılı taleplerimin reddedilmesi ihtimaline binaen ve alternatif olarak, söz konusu kabulün 19.09.1996 tarihi itibarı ile yapılmasını gerektirdiği emeklilik işlemlerimin ihmal edilmiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda karar verilmesi, bu cümleden olmak üzere 19.09.1996 tarihi itibarı ile emekli ikramiyemin ve maaşımın hiç hesaplanmamış ve tarafıma ödenmemiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda karar verilmesi, ve/veya
- (4) 18 Mayıs, 2012 tarihli KKTC Merkez Bankası Başkanlığına muhatap yazımla talep ettiğim;
- (a) 60 yaşımı doldurduğum 1.2.2009 tarihi itibarıyla müdürlük görevinden yaş haddi nedeniyle emeklilik işlemlerimin yapılması,
- (b) KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevinden ikinci kez alındıktan sonra 1.2.2009 tarihine dek Müdürlük görevimde tarafıma ödenmemiş olan maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar hesaplanacak olan yasal faizlerinin ödenmesi,
- (c) 1.2.2009 tarihinde hak sahibi olduğum emekli ikramiyemin ve ödeneceği tarihe kadar tahakkuk edecek olan yasal faizlerinin ödenmesi,
- (d) 1.2.2009 tarihinden itibaren tarafıma ödenmesi gereken yasal emekli maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar tahakkuk edecek olan yasal faizlerinin ödenmesi taleplerimi ve/veya
- (5) 18.9.1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararının Merkez Bankası ile ilişigimi kestiğinin kabulü ihtimaline binaen ve alternatif olarak,
- (a) 19.09.1996 tarihi itibarı ile emeklilik işlemlerimin yapılması,
- (b) 19.09.1996 tarihi itibarı ile hesaplanarak tarafıma ödenmesi yasal zorunluluk olan emekli ikramiyemin

hesaplanarak fiilen ödeneceği tarihe kadar işleyecek faizleri ile birlikte tarafıma ödenmesi,

- (c) 19.09.1996 tarihi ile başlatılması yasal zorunluluk olan emekli maaşlarımın, tahakkuk ettikleri tarihler esas alınarak ve fiilen ödenecekleri tarihe kadar hesaplanacak yasal faizleri ilave edilmek suretiyle tarafıma ödenmesi taleplerimin tümünü,

KKTC Merkez Bankası İdare Merkezinin 8 Haziran 2012 tarih ve B.1656/2012 sayılı yazısı ile reddeden kararının tamamen geçersiz ve/veya etkisiz ve/veya hükümsüz olduğu ve/veya hiçbir hukuki değeri ve hükmü haiz olmadığı ve/veya yasaya açık aykırılık nedeniyle mutlak butlanla ve/veya yasaya açık aykırılık ve yetkisizliğe binaen yoklukla sakat olduğu ve/veya yok hükmünde olduğu hususunda bir karar verilmesi ve/veya

- (6) KKTC Merkez Bankasının 12.2.1994 tarihi ile 18.9.1996 tarihi arasındaki ve 18.9.1996 tarihinden sonra emekli işlemlerinin yapılmış olması gereken tarihe kadar olan maaşlarımı ödememiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda karar verilmesi ve/veya”

Davalılar, dosyaladıkları müdafaa takrirlerinde, Davacının iddia ve taleplerini reddetmektedirler. Davalı No.(1), müdafaa takririnde ileri sürdüğü 2. iptidai itirazında, Davacının, emeklilik işlemlerinin 1/2/2009 tarihinden yapılmasını talep ettiği nedeniyle, 1/2/2009 tarihinden itibaren 75 günlük süre içinde bu davayı açmadığından, 6/7/2012 tarihinde açılan bu davanın 75 günlük hak düşürücü süre dolduktan sonra açıldığından, ileri gidemeyeceğini ve ret ve iptal edilmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Davacı ise, Davalı No.(1) Merkez Bankasından talep ettiği emeklilik hakkının reddedilmesi, emeklilik ikramiyesinin ödenmemesi, emeklilik maaşının ödenmemesinin yasaya aykırı olup, bu taleplerini reddeden Davalı No.(1) KKTC Merkez Bankasının 8 Haziran 2012 tarih ve B.1656/2012 sayılı

kararının, yoklukla malul bir karar olup, 75 günlük hak düşürücü süreye tabi olmadığını, dolayısıyla bu kararın yok hükmünde olduğu hususunda karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Davanın duruşması esnasında, Davacı sadece kendisi şahadet vermiştir. Davalılar herhangi bir tanık dinletmemişlerdir. Tarafların mutabakatı ile 32 adet evrak, Emare 1-32 olarak kaydedilmiştir.

Mesele ile ilgili olgular:

Davacı 1, Mayıs 1984 tarihinde KKTC Merkez Bankasına Müdür olarak atandı (Emare 33). 1 Haziran 1985 tarihinde, KKTC Merkez Bankası Yönetim Kurulu tarafından, Davacının asaleti onaylandı. Davacı, Bakanlar Kurulunun 15/12/1992 tarihli kararı ile 5 yıllık süre için, KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığına atandı (Emare 3). Bakanlar Kurulu, 12/2/1994 tarihli, A-149-94 sayılı kararla, Davacının Başkan Yardımcılığı görevine son verdi (Emare 6).

Davacı, Başkan Yardımcılığı görevine son verilmesi üzerine, 21/2/1994 tarihinde, Davalı No.(1) KKTC Merkez Bankasına yazılı bir başvuru yaparak, Başkan Yardımcılığına atanmadan önceki görevi olan Müdürlük görevine iade edilmesini talep etti (Emare 9).

KKTC Merkez Bankası Yönetim Kurulu, 11/3/1994 tarihinde, Davacının Müdürlüğe geri dönme talebini kabul etmeyerek, Davacının, 11/3/1994 tarihinden başlamak ve ilk tayin olmak üzere, KKTC Merkez

Bankası İdare Merkezinde Müdür olarak istihdam edilmesine karar verdi (Emare 15).

Bu karar, aynı tarihli Emare 14 yazı ile Davacıya bildirilerek, bu mevkiye atanmayı kabul edip etmeyeceğini 15 gün içinde bildirmesi istendi.

Davacı, Davalı No.(1)'in bu kararı gereğince, ilk tayin olarak Müdür atanması için kendisine yapılan teklifi, ilk atama olduğu ve o tarihteki 26/77 sayılı Emeklilik Yasası'na göre emeklilik için 25 fiili hizmet yılına tabi olacağı için, Merkez Bankasına yazdığı 11/3/1994 tarihli yazı ile (Emare 13) kabul etmedi.

Davacı, 11/3/1994 tarihli bu yazı ile (Emare 13), yeniden ve ilk tayin Müdürlük mevkiine atanmayı kabul etmediği gibi, yasal izinlerinin sona erme tarihi olan, 13/5/1994 tarihi itibarıyla emeklilik ve ikramiye haklarının hesaplanarak kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Davalı No.(1), Davacının görevden ayrılma tarihini, Başkan Yardımcılığı görevinin sona erdirildiği tarih olan 14/2/1994 olarak kabul edip, göreve başladığı 1/5/1984 ile 14/2/1994 tarihleri arasındaki hizmet süresini 9 yıl 9 ay 14 gün olarak hesaplayıp (Emare 8), Davacıya 10 yıl üzerinden emeklilik hakkı tanımayarak, sadece hak ettiği ikramiye bedeli olarak 149,885,385TL ödenmesi için, 14/9/1994 tarihinde karar almıştır (Emare 17).

Emare 17 kararda, Davacıdan bu meblağın bankadaki hesabına yatırılması için bankaya yazılı talimat vermesi de istenmiştir. Bu karar,

16/9/1994 tarihinde Davacıya tebliğ edilmiştir. Ancak, Davacı, bu kararı da kabul etmemiştir.

Davacı, 13/4/1994 tarihinde, Başkan Yardımcılığı görevine son veren 12/2/1994 tarihli Bakanlar Kurulu kararı aleyhine, YİM 55/94 sayılı davayı dosyaladı. Yüksek İdare Mahkemesi, 2/9/1996 tarihinde verdiği kararla, Davacının Başkan Yardımcılığı görevine son veren Bakanlar Kurulu kararını, Bakanlar Kurulu tarafından yetkisiz alındığı gerekçesi ile iptal etti. 55/94 sayılı davada Yüksek İdare Mahkemesi, Davacının görevine son veren Bakanlar Kurulu kararını iptal etmesine rağmen, Davalı No.(1), Davacının Başkan Yardımcılığı görevine dönmesine izin vermedi. Bakanlar Kurulu, Yüksek İdare Mahkemesinin, 55/94 No.lu davada verdiği karara dayanarak, 18/9/1996 tarihinde almış olduğu E.79/96 sayılı kararla, Davacıyı 5 yıllık süre ile Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevine atayan 15/12/1992 tarih, E-1248-92 sayılı kararı (Emare 3) yetkisizce alınmış bir karardır gerekçesi ile iptal etti (Emare 23). Davacı, 23 Eylül 1996 tarihinde, Davalı No.(1) KKTC Merkez Bankasına yazdığı yazı ile, bir kez daha Müdürlük görevine başlama ve geriye dönük haklarının verilmesi talebinde bulundu (Emare 24). 23/9/1996 tarihli (Emare 24) yazısına cevap verilmediği nedeniyle, Davacı, 6/12/2001 tarihinde, Davalı No.(1) KKTC Merkez Bankasına yeniden bir yazı yazarak, tüm kazanılmış hakları saklı kalmak koşuluyla, Müdürlük görevine başlatılması talebinde bulunmuştur (Emare 26). Davalı No.(1), 15/2/2002 tarihli yazı ile Davacıya, 20/9/1996 tarihinde Merkez Bankası Başkanı tarafından, Müdürlük görevine dönmesinin mümkün olmadığını bildirildiği, 23/9/1996 tarihli Müdürlük görevine dönme müracaatının (Emare 24) reddedildiğinin de yine Merkez Bankası Başkanı tarafından Davacıya bildirildiğini içeren bir cevap vermiştir (Emare 29). Davacı, Başkan Yardımcılığına atanma kararını iptal

eden Bakanlar Kurulu kararının iptali için, YİM 206/96 D.23/2001 sayılı davayı ikame etmiştir (Emare 22). Yüksek İdare Mahkemesi 16/11/2001 tarihinde, Davacının Başkan Yardımcılığına 5 yıllık süre için atandığı ve 5 yıllık süre dolduğu için meşru menfaati olmadığı nedeniyle, Bakanlar Kurulunun bu kararı geri almasının hukuka uygun olduğuna karar vererek, Davacının talebini reddetmiştir.

Davacı, 13/3/2002 tarihinde, Davalı No.(1)'e yazdığı ve aynı taleplerde bulunduğu bir yazı daha yazmıştır.

Davacı, en son olarak, 18/5/2012 tarihinde, Davacıya yazdığı Emare 31 yazı ile geçmiş tüm gelişmeleri anlatarak;

- “1. a. 60 yaşımı doldurduğum 1.2.2009 tarihi itibariyle müdürlük görevinden yaş haddi nedeniyle emeklilik işlemlerimin yapılmasını,
b. KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevinden ikinci kez alındıktan sonra 1.2.2009 tarihine dek Müdürlük görevimde tarafıma ödenmemiş olan maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar hesaplanacak olan yasal faizlerinin ödenmesini,
c. 1.2.2009 tarihinde hak sahibi olduğum emekli ikramiyemin ve ödeneceği tarihe kadar tahakkuk edecek olan yasal faizlerinin ödenmesini,
d. 1.2.2009 tarihinden itibaren tarafıma ödenmesi gereken yasal emekli maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar tahakkuk edecek olan faizlerinin ödenmesini talep ederim.
2. a. 19.09.1996 tarihi itibarı ile hesaplanarak tarafıma ödenmiş olması yasal zorunluluk olan emekli ikramiyemin hesaplanarak fiilen ödeneceği tarihe kadar işleyecek faizleri ile birlikte tarafıma ödenmesini,
b. 19.09.1996 tarihi ile başlatılmış olması yasal zorunluluk olan emekli maaşlarımın, benim için alacak, Banka için borç haline gelmiş olması gereken tarihler esas alınarak ve fiilen

ödenecekleri tarihe kadar tahakkuk edecek yasal faizleri ilave edilmek suretiyle tarafıma ödenmesini talep ediyorum.”

şeklinde taleplerde bulunmuştur.

Davalı No.(1), 8 Haziran 2012 tarihinde Davacıya yazdığı Emare 32 yazı ile Davacının bu taleplerinin daha önce incelenerek kendisine cevap verildiğini ve eklenecek herhangi bir görüş olmadığını Davacıya bildirmiştir (Emare 32).

İnceleme

Davanın duruşmasında sunulan şahadet, emareler, davanın olguları ve tarafların iddia ve argümanları ve yasal durumu değerlendirdik.

KKTC’de, İdari Yargının yani Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı ve yetkileri, KKTC Anayasası’nın 152. maddesinde belirlenmiştir.

Anayasa’nın İdari Yargının görev alanını belirleyen 152. maddesinin 1. fıkrasına göre, **“Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasa’nın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.”**

Anayasa'nın bu maddesinden görüldüğü üzere, idari davalar, bir idari işlem, karar ya da ihmalin Anayasa'ya, herhangi bir yasaya veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuata aykırı olması durumunda veya bunların söz konusu organ, makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı iddiası ile açılabilir.

Diğer bir ifade ile Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin kararının işleminin veya ihmalinin hukuka aykırı olduğu nedeniyle açılan davalar veya yapılan başvurular hakkında, kesin karar vermek yetkisine sahiptir. Bu yetki, Anayasa tarafından Yüksek İdare Mahkemesine verilmiş münhasır bir yetkidir.

Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açılabilmesi için, ortada mutlaka bir idari kararın olması gerekmektedir. İdarenin bu kararı, aynı zamanda icrai, etkili ve sonuç doğurucu bir idari karar olmalıdır. İdari davalar, hatalı olduğu iddia edilen karar ve/veya işlem ve/veya ihmal aleyhine dosyalanır.

Anayasa'nın 152. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir İdari karar veya işlem yayınlandığı takdirde, yayınlandığı tarihten; yayınlanmadığı takdirde ise, kişinin bunu öğrendiği tarihten başlayarak, 75 gün içinde Yüksek İdare Mahkemesinde dava konusu yapılabilir. 75 günlük süre, hak düşürücü bir süre olup, bu sürenin geçirilmesi halinde, bir İdari karar veya işlem aleyhine Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılmaz. Meğer ki, İdari karar veya işlemin yoklukla malul olduğu iddiası ileri sürülsün.

Tespit ettiğimiz olgulara göre, 1/5/1984 tarihinden itibaren, KKTC Merkez Bankasında Müdür olarak istihdam edilen Davacı, 15/12/1992 tarihinde Merkez Bankası Başkan Yardımcılığına atanmış, 12/2/1994 tarihinde ise Başkan Yardımcılığı görevinden alınmıştır. Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevine son verilen Davacı, 21/2/1994 tarihinde, Emare 9 yazı ile Davalı No.(1)'e başvurarak, Başkan Yardımcılığına atanmadan önceki görevi olan Müdürlük görevine geri dönmeyi talep etmiş, ancak, bu talebi Emare 15'te görülen Davalı No.(1)'in 11/3/1994 tarihli kararı ile reddedilerek, Davacının, KKTC Merkez Bankası idare merkezinde, 11/3/1994 tarihinden başlamak üzere, Müdür olarak yeniden (ilk tayin) istihdam edilmesine karar verilmiştir. Bu karar, Davalı No.(1) tarafından, Davacıya, aynı tarihli bir yazı ile bildirilip, bu görevi kabul edip etmediğini bildirmesi talep edilmiştir (Emare 14). Davacı, aynı tarihli Emare 13 yazı ile bu mevkii kabul etmediğini Davalı No.(1)'e bildirmiş ve ayrıca emeklilik ve ikramiye haklarının yasal izinlerinin sona erme tarihi olan 13/5/1994 tarihi itibarı ile hesaplanarak kendisine ödenmesini talep etmiştir. Davalı No.(1), Davacının bu talebi üzerine, Davacının göreve başlama tarihini Müdür olarak atandığı tarih olan 1/5/1984, görevden ayrılma tarihini ise Başkan Yardımcılığı görevinden alındığı tarih olan 14/2/1994 kabul ederek, hizmet süresini 9 yıl 9 ay 14 gün olarak hesaplayıp (Emare 8), Davacıya emeklilik hakkı tanımadan, hak ettiği ikramiye bedeli olarak 149,885,385TL ödeme kararı alıp, 14/9/1994 tarihinde, Emare 17 yazı ile Davacıya bildirmiştir.

Davalı No.(1)'in Emare 15, 11/3/1994 tarihli kararı, Davacının KKTC Merkez Bankasındaki Müdürlük görevine dönme talebini reddeden ve 11/3/1994 tarihinden itibaren yeniden Müdür olarak (ilk tayin) istihdam edilmesi, 14/9/1994 tarihli Emare 17 kararı ise, Davacıya emeklilik hakkı

tanımayan, kendisine sadece ikramiye ödenmesi ile ilgili olup, Davacının hukuki haklarını etkileyen icrai nitelikli, dava edilebilir ve Yüksek İdare Mahkemesinin denetimine tabi kararlar olduğu halde, Davacı bu kararlara karşı Yüksek İdare Mahkemesinde 75 günlük hak düşürücü süre içerisinde herhangi bir dava açmamış ve bu kararların yoklukla malul olduğu nedeniyle, 75 günlük hak düşürücü süreye tabi olmadığı iddiasında da bulunmamıştır.

Davacı, Talep Takririnin 1(1) paragrafında, 60 yaşını doldurduğu 1/2/2009 tarihi itibarı ile Müdürlük görevinden emeklilik işlemlerinin yapılmamış olmasının, emeklilik maaşı ve ikramiyesinin hesaplanıp kendisine ödenmemiş olmasının, 1(2) paragrafında, KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığından ikinci kez alındığı 18/9/1996 tarihinden sonra, 60 yaşını doldurduğu 1/2/2009 tarihine dek sürdürmüş olduğunu iddia ettiği Müdürlük görevi sırasında, her ay başı tahakkuk eden maaşlarının kendisine ödenmemiş olmasının, 1(3) paragrafında ise, 19/9/1996 tarihi itibarı ile emekli ikramiyesinin ve maaşlarının hiç hesaplanmamış ve kendisine ödenmemiş olmasının yapılmaması gereken bir ihmâl olduğuna karar verilmesini talep etmektedir.

Yüksek İdare Mahkemesi, YİM 130/2011 D.23/2013 sayılı kararında, diğer YİM kararlarına da atıfta bulunarak, İdari ihmâlin tanımı ve nasıl oluşacağı ile ilgili olarak şöyle demektedir:

“YİM 20/2010 (D.17/2012) sayılı kararda, idari ihmâl, idarenin, yasal olarak yapması gereken yönetsel bir işlemi yapmaması şeklinde tanımlanmıştır.” (Bkz. sayfa 6)

Aynı şekilde, Doç.Dr.Tufan Erhürman, KKTC İdari Yargılama Hukuku adlı eserinin **“idari ihmalden söz edebilmek için ortada herhangi bir idari karar ya da işlem bulunmamalıdır.”** başlıklı bölümünde, YİM 32/2001 (D.3/2006) sayılı karara atıfla şöyle demiştir: **(Bkz.sayfa 178)**

“Yüksek İdare Mahkemesi, konuyla ilgili kararında “ihmal” ile “olumsuz işlem” arasında bir ayırım yapmış ve idareye yapılan bir başvuruyu idare reddederse, bu bir olumsuz işlemdir, ihmal değildir. Oysa, bir ihmalden söz edebilmek için ilgili konuda yönetimin hiçbir eyleme girişmemesi gerekir. Mahkemenin bu görüşüne katılmamak mümkün değildir.”

YİM 136/2001 (D.13/2002) sayılı kararda, sayfa 16’da ihmal ile ilgili şöyle denmiştir:

“Anayasanın 152. maddesi anlamındaki “ihmal” yürütsel veya yönetsel yetki kullanan bir makamın veya organın veya kişinin kanunen yapması gerekli işlemleri bu konuda herhangi bir karar almaya gerek duymadan yapmaması demektir.”

Görülebileceği gibi, idari ihmalde, idarenin karar almaması, işlem yapmaması temel kabul edilmiştir. Ortada idari bir işlem veya karar varsa, artık idari ihmalden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Nitekim, YİM 144/86 (D.29/88) sayılı kararda, idarenin bir konuda olumsuz idari işleminin bulunması halinde, aynı zamanda yönetimin ihmalden de söz etmenin mümkün olamayacağı belirtilmiştir.”

Aktardığımız içtihat kararları ışığında, Davacının iddia ettiği gibi, Davalı No.(1)'in ihmalinin olup olmadığını incelememiz gerekmektedir.

Daha önce de aktardığımız davadaki olgulara göre, Davacı, 12/2/1994 tarihinde Başkan Yardımcılığı görevinden alındıktan sonra, Müdürlük görevine dönme talebinde bulunmuş, ancak bu talebi, Davalı No.(1) tarafından, 11/3/1994 tarihinde reddedilmiş ve kendisine ilk tayin Müdürlük teklif edilmiştir. Davacı bu teklifi kabul etmediği gibi, emeklilik ikramiye haklarının hesaplanıp kendisine ödenmesini talep etmiştir. Davalı No.(1) de bunun üzerine, Müdürlük görevine başladığı 1/5/1984 tarihinden Başkan Yardımcılığı görevinden ayrıldığı, 14/2/1994 tarihlerini dikkate alarak, 9 yıl 9 ay 14 günlük süre için hak ettiği ikramiye bedeli olarak, Davacıya, 149.885.385TL ödeme kararı almıştır. Davalı No.(1)'in bu kararları, Davacının hukuki haklarını etkileyen, icrai nitelikli İdari kararlardır. Dolayısıyla Davalı No.(1)'in bu İdari kararlarının varlığı karşısında, Davalı No.(1)'in ihmali söz konusu olamaz.

Davacının icrai nitelikli olan, hukuksal durumunda değişiklik yapan, haklarını etkileyici sonuç doğuran, Davalı No.(1)'in bu İdari karar ve işlemlerinin iptali için Yüksek İdare Mahkemesinde dava açması gerekirdi. Davacı, Davalı No.(1)'in icrai nitelikte ve dava edilebilir kararlarını dava etmeyerek, Davalı No.(1)'in bu hususlarda ihmalde bulunduğu iddiası ile, Davalı No.(1)'in ihmali olduğu hususunda karar verilmesi talebi ile bu davayı ikame etmiştir. İcrai nitelikte karar olan bir konuda, ihmal söz konusu olamayacağından, Davacının Talep Takririnin 1(1)(2)(3) ve (6) paragraflarındaki ihmal ile ilgili taleplerinin reddedilmesi gerekmektedir.

Bakanlar Kurulu, 18/9/1996 tarihinde aldığı bir kararla, Davacıyı KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevine atayan 15/12/1992 tarihli kararını iptal etmesi üzerine Davacı, Davalı No.(1)'e yazdığı 23/9/1996 tarihli yazı ile, Müdürlük görevine geri dönmesi ve geriye dönük haklarının verilmesini yeniden Davalı No.(1)'den talep etmiştir (Emare 24). Davalı No.(1)'in bu yazısına cevap vermediğini ileri süren Davacı, 6/12/2001 tarihinde, Davalı No.(1)'e yazılı olarak başvurarak, tüm kazanılmış özlük hakları saklı kalmak koşuluyla, Müdürlük görevine başlatılması için yeniden talepte bulunmuştur (Emare 26). Davalı No.(1) ise, 15/2/2002 tarihli yazı ile KKTC Merkez Bankası Başkanının, 20/9/1996 tarihinde, Davacıya Müdürlük görevine alınmayacağını ve talebinin reddedildiğini bildirdiğini, bu nedenle talebinin yeniden gözden geçirilmeyeceği bildirilmiştir (Emare 29). Davacı şahadetinde de, KKTC Merkez Bankası Başkanının Müdürlük görevine dönemeyeceğini 20/9/1996 tarihinde kendisine bildirdiğini kabul etmiştir.

Davacı en son 18/5/2012 tarihinde, Davalıya yazılı bir başvuruda bulunarak (Emare 31), Talep Takririnin 1(4) paragrafında belirttiği ve Davalı No.(1) tarafından 8 Haziran 2012 tarihli Emare 32 karar ile reddedildiğini iddia ettiği taleplerde bulunmuştur.

Davacı Talep Takririnin 1(4) paragrafında, Emare 31 18/5/2012 tarihli başvurusundaki taleplerinin reddedildiği iddiası ile;

- (a) 60 yaşımı doldurduğum 1.2.2009 tarihi itibarıyla müdürlük görevinden yaş haddi nedeniyle emeklilik işlemlerimin yapılması,
- (b) KKTC Merkez Bankası Başkan Yardımcılığı görevinden ikinci kez alındıktan sonra 1.2.2009 tarihine dek Müdürlük görevimde tarafıma ödenmemiş olan maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar hesaplanacak olan yasal faizlerinin ödenmesi,

- (c) 1.2.2009 tarihinde hak sahibi olduğum emekli ikramiyemin ve ödeneceği tarihe kadar tahakkuk edecek olan yasal faizlerinin ödenmesi,
- (d) 1.2.2009 tarihinden itibaren tarafıma ödenmesi gereken yasal emekli maaşlarımın ve ödenecekleri tarihe kadar tahakkuk edecek olan yasal faizlerinin ödenmesi taleplerimi ve/veya

yasal faizlerinin ödenmesi taleplerini reddeden;

Talep Takririnin 1(5) paragrafında ise;

- (a) 19.09.1996 tarihi itibarı ile emeklilik işlemlerimin yapılması,
- (b) 19.09.1996 tarihi itibarı ile hesaplanarak tarafıma ödenmesi yasal zorunluluk olan emekli ikramiyemin hesaplanarak fiilen ödeneceği tarihe kadar işleyecek faizleri ile birlikte tarafıma ödenmesi,
- (c) 19.09.1996 tarihi ile başlatılması yasal zorunluluk olan emekli maaşlarımın, tahakkuk ettikleri tarihler esas alınarak ve fiilen ödenecekleri tarihe kadar hesaplanacak yasal faizleri ilave edilmek suretiyle tarafıma ödenmesi taleplerimin tümünü,

tarafına ödenmesi taleplerini reddeden Davalı No.(1) KKTC Merkez Bankası İdare Merkezinin 8 Haziran 2012 tarih ve B.1656/2012 sayılı yazısı ile reddeden kararının tamamen geçersiz ve/veya etkisiz ve/veya hükümsüz olduğu ve/veya hiçbir hukuki değeri ve hükmü haiz olmadığı ve/veya yasaya açık aykırılık nedeniyle mutlak butlanla ve/veya yasaya açık aykırılık ve yetkisizliğe binaen yoklukla sakat olduğu ve/veya yok hükmünde olduğu hususunda karar verilmesini talep etmektedir.

Davacının yok hükmünde bir karar olduğunu iddia ettiği Emare 32, 8 Haziran 2012 tarihli Davalı No.(1) tarafından Davacıya yazılan yazı aynen şöyledir:

“Sayı: B.1656/2012

Tarih:8 Haziran 2012

Sn.Ergül Ekici
Lefkoşa

İlgi: 18 Mayıs 2012 tarihli yazımız hk.

Bakanlar Kurulu'nun 12.02.1994 tarih ve A-149-94 sayılı kararı ile Merkez Bankasındaki görevinize son verildiği bilginiz dahilindedir.

Bakanlar Kurulu tarafından alınan bu karar nedeniyle mağdur olduğunuzu iddia ederek yargı yoluna başvurduğunuz da bir gerçektir.

Bankamıza yaptığımız tüm başvurular ve yargı yoluna başvurmak suretiyle elde etmek istediğiniz pek çok hakkın yasal yünden olanak dahilinde olmadığı yargı kararıyla belirlenmiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, ilgi yazınızda konu edilen hususların daha önce incelenip kesin olarak sonuçlandırılarak tarafınıza bilgi verildiğini ve eklenecek herhangi bir hukuki görüşümüz olmadığını tarafınıza bildiririz.

K.K.T.C. Merkez Bankası
İdare Merkezi

Zeki Erkut
Başkan Yardımcısı

Ülgen Betoncu
İç Yönetim Müdürü”

Davalı No.(1) Avukatı hitabında, müdafaada da iddia edildiği gibi, Davacının Talep Takririnin 1(4) ve 1(5) paragraflarına konu olan, 8/12/2012 tarihli, B.1656/012 sayılı Davalı No.(1)'in yazısının icrai nitelikli bir karar olmadığını, Davalı No.(1)'in yeni bir karar almadığını, daha önce Davacının müracaatları üzerine kararlar alındığını ve Davacının taleplerinin bu kararlarla reddedildiğini Davacıya bildiren bir yazı olduğunu, bu nedenle ortada icrai nitelikli bir karar olmadığından dava konusu yapılamayacağını ve yokluk iddiasında bulunulamayacağını ileri sürmüştür.

Yerleşmiş İdare Hukuku prensiplerine göre, herhangi bir İdari karar, işlem ve ihmalin başvuru konusu yapılabilmesi için, icrai (executory) olması gerekir. İcrai olmayan, daha önce alınan icrai bir kararı tekrarlayan veya teyit eden (confirmatory) kararlar dava konusu yapılamazlar.

Bu hususta, YİM 132/89 D.6/92 sayılı kararda, YİM 39/85 D.24/87 sayılı karara atıfta bulunularak şöyle denmektedir:

“Kaideten, yönetimin bir meselede daha önce verdiği kararını tekrarlayan (Confirmatory) diğer bir kararı icrai karar mahiyetinde değildir. Yönetimin sadece icrai (executory) kararlarının başvuru konusu yapılabileceği ise, yönetim hukukunun yerleşmiş prensiplerindedir. Ancak, yönetimin daha önce vermiş olduğu kararını tekrarlayan diğer kararı meselede yapılan yeni bir soruşturma (new inquiry) neticesi verilmiş ise, ikinci karar icrai bir mahiyet almakta, dolayısıyla, yeni bir karar olarak idari dava konusu yapılabilmektedir. Belli bir meselede yeni bir soruşturma yapılıp yapılmadığı, dolayısıyla verilen kararın yeni bir karar olup olmadığı olgusaldır ve başvurudan başvuruya değişir. (Gör- M. Nedjati, Cyprus Administrative Law, sayfa 119-120)”

Ayrıca Gör; YİM 29/77, YİM 68/78, YİM 63/82 D.10/83

Yukarıya aktardığımız İdare Hukuku prensipleri ışığında, Davalı No.(1)'in, 8/6/2012 tarihli Emare 32 yazısının icrai bir karar olup olmadığını değerlendirmemiz gerekmektedir.

Kararımızın daha önceki kısımlarında belirttiğimiz üzere, Davacının, Müdürlük görevine dönme talebi, Davalı No.(1)'in 11/3/1994 tarihli Emare 15 kararı ile; emeklilik hakkı talebi ise, 14/9/1994 tarihli (Emare 17) kararı ile reddedilmiş ve Davacıya sadece ikramiye ödenmesi kararı verilerek, Davacıya bildirilmiştir.

Emare 32, 8/6/2012 tarihli yazı incelendiği zaman, bu yazının yeni bir karar olmadığı, daha önce bu hususlarla ilgili Davalı No.(1) tarafından verilen kararların olduğunu Davacıya tekrar bildiren bir yazı olduğu, icrai niteliği olmadığı açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Davalı No.(1)'in, 8/6/2012 tarihli B.1656/2012 sayılı Davacıya yazdığı yazı, daha önce verilen kararları tekrarlayan bir yazı olup, icrai karar niteliği olmadığından, yoklukla sakat olduğu ve/veya yok hükmünde olduğu iddiası ile dava edilemez.

Bu nedenlerle, Davacının Talep Takririnin 1(4) ve 1(5) paragraflarındaki talepleri, 8 Haziran 2012 tarihli ve B.1656/2012 sayılı Emare 32 yazı, icrai nitelikli bir karar olmadığından ileri gidemez ve Davacının bu taleplerinin de reddedilmesi gerekmektedir.

Netice itibarı ile, Davacı davasında başarılı olamadığından, dava ret ve iptal edilir.

Meselenin tüm olguları ışığında, masraf emri verilmez.

Talât D. Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

22 Mayıs, 2014

D.20/2014

YİM: 90/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde.
Anayasanın 152. Maddesi Hakkında.

Yargıç Mehmet Türker Huzurunda.

Davacı: Deniz Kayabaşı, Abdullah Arla Sokak No.19, Çağlayan,
Lefkoşa

ile

Davalı: Lefkoşa Türk Belediyesi ve/veya Belediye Başkanı
ve/veya Meclisi ve/veya Hemşehrileri vasıtasıyla,
Lefkoşa

A r a s ı n d a .

(7.5.2014 tarihli Ara Emri İstidası)

Davacı tarafından: Avukat Şefik Aşçıoğulları
Davalı tarafından: Avukat Gizem Bahri

Lefkoşa Belediyesinde görev yapan Davacı aleyhine disiplin soruşturması başlatıldı – Davacı, YİM'e başvurarak soruşturmanın iptali ile başlatılan disiplin işleminin durdurulması için ara emri talep etti – Tek Yargıçlı YİM, ara emri verilmesiyle ilgili kriterler üzerinde durdu – Açıkca hukuka aykırılık, ileride telafisi güç ve tamiri imkansız zarar ziyanın doğma olasılığı ve geriye dönüşün zor olacağı kriterlerinin bu meselede bulunmadığını dikkate alan YİM, ara emri talebini reddetti.

Ara emri kriterleri – Açıkça hukuka aykırılık – İleride telafisi güç veya tamiri imkansız zarar ziyanın doğma olasılığı – Geriye dönüşün zor olacak olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 265/1980 – D. 25/1980.
- 2- YİM 106/1981 – D.25/1981.
- 3- YİM 122/1981 – D.29/1981.
- 4- YİM 105/1982 – D.26/1982.
- 5- YİM 203/1994 – D.4/1995.
- 6- YİM 4/1998 – D.2/1998.
- 7- YİM 144/2001 – D.1/2002.
- 8- YİM 99/2005 – D.14/2005.
- 9- YİM/İstinaf 3-4/1994 – D.2/1995.

K A R A R

Davacı, Davalı aleyhine dosyaladığı bu dava ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

“A. Davacı aleyhine davalılarca takriben 30/04/2014 tarihli olup 128/76/A-58 sayılı yazı ile davacı aleyhine başlatılan disiplin işleminin ve/veya bu meyanda başlatılan soruşturmanın ve/veya kararın ve/veya bu yönündeki işlem ve/veya eylemlerin yapılmaması gereken ağır bir ihmal olduğuna dair karar ve/veya emir verilmesi,

B. İşbu dava masrafları.”

Davacı dava ile birlikte dosyaladığı bu istida ile;

“A) Davacı/Müsteddi aleyhine davalı/m/aleyhlerce takriben 30/04/2014 tarihli olup 128/76/A-58 sayılı yazı ile davacı/müsteddi aleyhine başlatılan disiplin işleminin ve/veya bu

- meyanda başlatılan soruşturmayı ve/veya kararı ve/veya eylemleri men eden bir emir,
- B. Mahkemenin uygun göreceği başka bir çare
- C. İşbu istida masrafları.”

verilmesini talep etmektedir.

İstidanın duruşmasında taraflar tanık celbetmeyerek, Mahkemeye hitap etmekle yetinmişlerdir.

Yüksek İdare Mahkemesine yapılan ara emri başvurularında karar verilirken, Yüksek İdare Mahkemesi, birçok kararında 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası’ndaki kriterleri dikkate alarak karar vermiştir.

1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü’nün 11. maddesi Yüksek İdare Mahkemesinin geçici emir (ara emri) verme yetkisini düzenlemiştir. Tüzüğün 11(1) maddesi aynen şöyledir:

“11 (1) Mahkeme, Anayasanın 152’nci Maddesi gereğince yapılan işlemlerde Mahkeme veya bir Yargıç, işlemin herhangi bir safhasında, kendiliğinden veya herhangi bir tarafın istemi üzerine, davanın adilane bir şekilde kararlaştırılması icap ettirirse, davayı esasında sonuçlandırmayan geçici bir emir verebilir.”

Tüzüğün bu düzenlemesine göre geçici emir verilirken iki kriter dikkate alınmaktadır:

1. Davanın adilane bir şekilde karara bağlanmasını gerektirecek bir durum olması;

2. Geçici olarak verilen emrin davanın esasını sonuçlandırır şekilde olmaması.

Yukarıda alıntısı yapılan maddede yer alan “adilâne” sözcüğüne verilecek anlam, YİM.265/80 (D.25/80), YİM.106/81 (D.25/81, YİM.122/81 (D.29/81), YİM.105/82 (D.26/82) sayılı kararlarda ve birçok idari davada karara bağlanmıştır.

Yüksek İdare Mahkemesinin bu kararlarında vurgulandığı gibi, bir davanın “adilâne” bir şekilde kararlaştırılmasına yarayacak unsurlar arasında, İdare Hukuku ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde talep edilen ara emrinin verilebilmesi için, 3 esas unsurun yerine getirilmesi gerekir. Bu unsurlar şunlardır:

- (1) Karara bağlanması gereken konunun ciddi olması,
- (2) Davacının iddiasında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunması,
ve
- (3) Geçici ara emri verilmezse ileride telâfisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı hususlarında, mahkemenin ilk bakışta tatmin edilmesi gerekir. Belirtilen unsurlardan herhangi birisi hakkında mahkemenin tatmin edilmemesi halinde, talep edilen ara emri verilmez.

İdari davalarda talep edilen ara emirleri, bir İdari kararın uygulanmasını önlemeye yönelik olup, yürütmenin durdurulması neticesini doğuran ve dava ile iptali istenen İdari karar veya işlemin geçici olarak uygulanmasını önleyen, diğer bir ifade ile İdari karar veya işlemi geçici olarak askıya alan emirlerdir.

Ara emri talebi ile bir İdari kararın uygulanmasının durdurulması talebini yapabilmek ve/veya iptali istenen kararla ilgili yürütmenin durdurulmasını talep edebilmek için, İdarenin, kesin, icrai nitelikli, etkin bir kararının olması gerekmektedir. Ara emri verilebilmesi için gerekli olan kriterlerden biri olan, Davacının ciddi bir davasının bulunduğu sonucuna varabilmek için, dava ile iptali talep edilen kararın veya işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir karar olması gerekir. Ara emri talebi incelenip, ara emri talebi ile ilgili bir karar verilirken, davayı esastan sonuçlandırıcı bir karar verilmemesi gerektiği ilkesini dikkate alarak, yürütülmesinin durdurulması talep edilen dava konusu kararın niteliği ile ilgili bir bulgu yapmaktan kaçınarak, bu safhada bir bulgu yapmamayı uygun bulurum.

Davacı-Müstedi, dava ve ara emrine konu kararda, ayrıca bariz olarak gayriyasallık olduğu nedeniyle ara emri verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yönetmelik herhangi bir kararın, aşikâr bir şekilde sakat olması, geçici ara emri verilmesi ve/veya böyle bir emrin kesinleşmesi için bir ögedir. (Bu hususta Gör: Zaim Necatigil, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, 1988 Yılı, sayfa 88) Bu prensibe YİM'in birçok kararında atıf yapılarak ara emri talepleri incelenmiştir. **Gör: YİM 4/98 D.2/98, YİM 203/94 D.4/95, YİM 144/001 D.1/2002, YİM 99/2005 D.14/2005.**

Ara emri ile yürütülmesi durdurulmak istenen karar veya işlemin, derin bir incelemeye gitmeden, bariz bir şekilde, açıktan açığa hukuka aykırı olduğunun görülmesi halinde, ileride telafisi imkansız zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zor olacağı incelenmeden, böyle bir karara karşı ara emri verilmesi mümkündür. **Gör: YİM İstinaf 3/94 ve 4/94 D.2/95, YİM.144/2001, D.1/2002, YİM.99/2005 D.14/05.**

Davalı, 65/2007 sayılı Belediye Personel Yasası'nın 35 ve 38(1) maddesine istinaden, Davacı aleyhine disiplin soruşturması başlatmıştır. Belediye Personel Yasası'nın 35 ve 38(1) maddeleri şöyledir:

“35. Belediye personeli, Belediye Başkanınca yetkili kılınmadıkça, bağlı buldukları belediyenin hizmet politikası veya hizmetlerin yürütülmesi ile ilgili olarak basın ve yayın organlarına yazılı veya sözlü bilgi veya demeç veremezler.

Ancak, bu yasa, yasal olarak yapılan sendikal çalışmalarını sınırlandırıcı ve suçlandırıcı yönde kullanılamaz.

38. (1) Belediye personeli, sözleşmeli personel ve işçiler, görevlerini yerine getirirken öğrendikleri ve gizli tutulması gerektiğinin kendilerine yazılı olarak bildirildiği, açıklanmasında sakınca bulunan ve/veya yetkili olmayanlardan başkasının eline geçmesi halinde kişi kurum ve kuruluşları zarara uğratabilecek bilgi ve belgeleri, Belediye Başkanı ile Belediye Meclisinin yazılı onayı olmadan hiçbir kişiye açıklayamazlar ve/veya yayın-layamazlar, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi on yıl süreyle sır olarak saklamakla yükümlüdürler.”

Yasanın bu maddeleri göz önüne alındığı zaman, Davalının bu maddelere aykırı hareket ettiğini iddia ettiği Davacı hakkında disiplin soruşturması başlatma yetkisi olduğu görülmektedir. Davacının basına verdiği

demecin yasal olarak yapılan sendikal çalışmalarla ilgili olup olmadığı, davanın esasında ele alınarak karar verilmesi gereken bir husustur. Açılan bir disiplin soruşturması ise, yasal olarak yapılacak sendikal çalışmaları sınırlandırıcı veya engelleyici bir sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla Davalı tarafından Davacı aleyhine açılan disiplin soruşturmasının ilk bakışta ve derin bir inceleme yapılmadan bariz bir şekilde ve açıktan açığa hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu davada hukuka aykırılığın olup olmadığı hususu davanın esasında derin bir şekilde incelenerek bir karara varılması gerekmektedir. Bu nedenle, ara emri verilmesi için gerekli olan açıktan açığa hukuka aykırılık kriteri bulunmamaktadır.

Ara emri verilmesi için aranacak kriterlerden biri de, ileride telafisi güç veya tamiri imkânsız zarar-ziyanın doğmasıdır.

Bu kritere göre yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için, böyle bir kararın verilmemesi halinde, Davacının uğrayacağı zararın telafisi güç veya tamiri imkânsız olması gerekmektedir.

Telifisi güç veya tamiri imkânsız zararın doğup doğmayacağı, her meselenin kendine has olguları içerisinde ve her olayda ayrıca incelenmelidir. Olaya ve Davacıyı etkileme durumuna göre, İdari karar veya işlemin yürütülmesi Davacıyı ileride telafisi güç veya tamiri imkânsız bir zarara uğratacaksa, ara emri verilmesi için bu kriterin var olduğu kabul edilmelidir.

Davacı davasında, 30/4/2014 tarihli 128/76/A-58 sayılı yazı ile aleyhine başlatılan disiplin işleminin ağır bir ihmal olduğuna dair karar verilmesini talep etmektedir. Bu istida ile de aleyhine başlatılan disiplin işleminin ve/veya

disiplin soruşturmasının men edilmesini talep etmektedir. Disiplin soruşturmasının durdurulmaması halinde ise, Davalının çalışma, aylık ücret ve/veya maaş ve diğer haklarını kaldırma niyetinde olduğundan, telafisi imkânsız zarar-ziyana uğrayacağını ve geriye dönüşün mümkün olmayacağını ileri sürmektedir.

Davacının davasında ve istidasında belirttiği ve istidasına ekli olan 30/4/2014 sayılı yazı, soruşturma memuru atanan, Davalının Park Bahçeler Trafik Aydınlatma Şube Amiri tarafından Davacıya yazılan ve hakkında başlatılan disiplin soruşturmasında soruşturma memuru tayin edildiğini ve 5 gün içinde Davacının savunmasını iletmesinin gerektiğini bildiren bir yazıdır. Bu yazının kesin, icrai nitelikli bir karar olup olmadığını incelemekten kaçınarak içeriğini dikkate aldığım zaman, Davacıya, hakkında açılan disiplin soruşturması için, soruşturma memuru atandığının bildirilmesi ve savunmasının istenmesinin Davacının çalışma, aylık ücret (maaş) kazanılmış yasal haklarını ortadan kaldıracığını, Davacıya telafisi imkânsız zarar-ziyana uğratacağını ve geriye dönüşün güç olacağı neticesini yaratacağını kabul etmek olası değildir.

Davacı-Müstedi Avukatı hitabında, Davacı-Müstedi aleyhine disiplin soruşturulması başlatıldığını Davacıya bildiren yazıda, 65/2007 sayılı Belediye Personel Yasası'na atıfta bulunulduğunu, 65/2007 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin 2. bendinde, basına demeç verme yasağının yasal olarak yapılan sendikal çalışmalarını sınırlandırıcı ve suçlandırıcı yönde kullanılamaz şekilde bir düzenleme olmasına rağmen, Davacı aleyhine başlatılan disiplin soruşturması nedeniyle, Davacının savunma vermek zorunda kalacağını, Davacının Belediye çalışanı olması yanında sendikanın Yönetim Kurulu Üyesi

olduğunu, disiplin soruşturması devam ettiği sürece, sendikal faaliyet yapamayacağını ve sendikal faaliyetlerle ilgili basına açıklama yapamayacağını, bu nedenlerle telâfisi imkânsız zarar-ziyana uğrayacağını da iddia etmiştir. Aleyhine disiplin soruşturması başlatılması, Davacının yasal olarak yapılacak sendikal faaliyetlerini engelleyici bir sonuç doğurmamaktadır. Davacının bu davaya konu demecinin yasal olarak yapılan sendikal çalışmalarla ilgili olup olmadığı davanın esasında karara bağlanması gereken bir husustur. Davacı aleyhine açılan disiplin soruşturması yasal olarak yapılacak sendikal çalışmaları sınırlandıran bir netice doğurmamaktadır. Dolayısıyla Davacı Avukatının iddia ettiği şekilde, Davacının telâfisi imkânsız zarar-ziyana uğrayacağını kabul etmek olanağı yoktur.

Belirttiklerimden anlaşılacağı üzere, ara emri verilmesi için aranacak kriterlerden, açıkça hukuka aykırılık ve “ileride telafisi güç veya tamiri imkânsız zarar-ziyanın doğacağı ve geriye dönüşün zor olacağı” kriterleri bu meselede bulunmamaktadır. Dolayısıyla Davacı-Müstedinin ara emri talebinin reddedilmesi gerekmektedir.

Netice olarak, istida ret ve iptal edilir.

Mehmet Türker
Yargıç

27 Mayıs, 2014

D.21/2014

YİM:139/2012

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti: Talât D.Refiker, Ahmet Kalkan, Mehmet Türker.

Davacı: Cemal Yorgancıoğlu, Gündüz Sokak No:12, Aşağı Dikmen-
Girne

-ile-

Davalı: Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı vasıtasıyla,
KKTC-Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Süleyman Dolmacı
Davalılar namına: Savcı İlter Koyuncuoğlu.

Davacı, Kamu Hizmeti Komisyonu'nun açtığı Sayıştay Denetçisi münhaline müracaat etti – Yazılı sınavda başarılı olmasına rağmen sözlü mülakata çağrılmadı – Kamu Hizmeti Komisyonu, Davacının Güney Kıbrıs'ta uyuşturucu suçundan hapis cezasına mahkum olduğunu dikkate aldı ve aranan niteliklere haiz olmadığını Davacıya bildirdi – Davacı bu bildirime karşı Yüksek İdare Mahkemesine başvurdu – Davacı, Güney Kıbrıs'ta aldığı mahkumiyetin KKTC'de dikkate alınmaması gerektiğini, çünkü bunun yapılması halinde Güney Kıbrıs devletini tanımış olacağımızı iddia etti – YİM, Güney Kıbrıs'ta alınan bir mahkumiyetin dikkate alınabileceğini, bunun Güney Kıbrıs'ı tanıma anlamına gelmeyeceğini, Kamu Görevlileri Yasası'nın 62. maddesinin böyle bir kişinin kamu görevine girmesine engel olduğunu dikkate aldı ve müracaatı reddetti.

Güney Kıbrıs'ta verilen hapislik cezasının dikkate alınıp alınmaması
– 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 62. maddesi – Başka bir ülkeyi tanıyıp tanımamanın siyasi bir karar konusu olması – Güney Kıbrıs'ta alınan bir mahkumiyetin dikkate alınmasının Güney Kıbrıs Devletini tanıma anlamına gelmemesi – Güney Kıbrıs'la resmi olmayan ikili ilişkiler içinde olma – Suç ve Suçlara İlişkin Teknik Komitenin, Kamu Hizmeti Komisyonuna yazdığı yazı – İdare hukukunda eşitlik ilkesi.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- *Danıştay 12. Daire, E 2009/5045, D.2013/576.*
- 2- *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd. and others; Rayner & Keller Ltd. and others v Courts and Others (1967) 1 AC 853, sayfa 903.*
- 3- *Jones v United States (1890) 137 US 202, 34 Law ed. 691, 696.*
- 4- *Hesperides Hotels Ltd. v Aegean Holidays Ltd. (1978) 1 QB 205.*
- 5- *Caglar v Billingham (inspector of Taxes) 1996, STC (SDC) 150.*
- 6- *Emin v Yeldağ (2002) 1 FLR 956.*

KARAR

Talât D.Refiker: Davacı, Sayıştay Kadrosunda münhal bulunan III'üncü Derece Denetçi mevki için 11.2.2012 tarihinde yapılan sınavda başarılı olmasına karşın, "Güney Kıbrıs'ta Kontrollü Farmasötik madde tasarrufu suçundan 5 yıl hapis ve buna bağlantılı başka bir suçtan da 3 yıl hapis cezasına" ilişkin olan mahkûmiyetinin kamu görevine alınmasına engel teşkil eden bir olgu olarak Davalı tarafından değ erlen-dirilmesi nedeniyle, kesin başarı listesinde ismine yer verilmemesi ve buna bağlı olarak da sözlü sınava çağ ırılmaması üzerine, Davalı aleyhine ikâ me ettiği bu davada, Kamu Görevlileri Yasası'nın kamu görevine atanmayı düzenleyen 62. maddesinde "bir yıldan fazla hapis cezasına ç arptırılmamış olma" kuralı yer almakla beraber, KKTC'nin tanımadığı Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin bir Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararının mezkûr Yasa maddesi kapsamında değ erlendirilemeyeceği ve keza KKTC Mahkemeleri tarafından verilmeyen bir mahkûmiyet kararının, kamu görevine atanmasına engel teşkil etmediğini iddia etmekte ve aşağıda belirtildiği şekilde;

- A) Sayıştay Başkanlığı III.Derece Denetçi ve Hazine ve Muhasebe Dairesi III.Derece 2.Sınıf Maliye Memuru mevkisi için Komisyonlukça 11 Şubat 2012 tarihinde yapılan sınavdan geçen Davacının, “G.K.R.Y’nde bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olması gerekçesiyle“ kamu görevine alınmada aranan koşulları yerine getirmediğine ilişkin Sayı:P.14476-470 ve 15 Mart 2012 tarihli yazı ile bildirilen kararının iptali ve/veya bu karar tahtında yapılan işlemlerin ve/veya fiil ve eylemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair Mahkeme emri ve/veya hükmü;
- B) Mahkemece uygun görülecek başka herhangi bir emir ve/veya karar;
- C) İşbu dava masrafları için

karar verilmesini talep etmektedir.

Davalı ise, Davacının yukarıda yer alan iddialarına mukâbil dosyaladığı müdafaa takririnde, değiştirilmiş şekliyle 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 62'nci maddesine göre, 1 yıldan fazla hapis cezasına çarptırılmamış olma koşulunun kamu görevine girmekte aranan şartlardan biri olduğunu ve mezkûr Yasa maddesinde "yurt içinde veya yurt dışında işlenen suçlar ve alınan mahkûmiyetler" şeklinde bir ayırım yapılmadığını, Davacının Güney Kıbrıs'ta işlediği uyuşturucu madde ile ilgili suçlardan dolayı 1 yıldan fazla olan hapislik cezalarına ilişkin olan mahkûmiyeti nedeniyle sözlü sınava çağrılmadığını ve Davalının bu yöndeki kararının kamu yararı amacı ile alındığını ve mevzuata uygun olduğunu, mezkûr Yasa maddesinin KKTC dışındaki bir ülkedeki mahkûmiyetlerin kamu görevine girilmesine engel olamayacağı şeklinde yorumlanması halinde, bu hususun kamu görevine girmek isteyen KKTC vatandaşları arasında eşitsizlik yaratacağını iddia etmekte ve dava konusu kararın yürürlükteki mevzuata ve yerleşmiş idare

hukuku prensipleri ile içtihadî kararlara uygun olması nedeniyle, davanın ret ve iptal edilmesini talep etmektedir.

Davanın yapılan duruşmasında, taraflar tanık dinletmeyip, hukuki argümanlarını Mahkemeye sunmakla yetinmişlerdir.

Davacının Güney Kıbrıs'ta Kontrollü Farmasötik madde, uyuşturucu tasarrufu ve buna bağlantılı başka bir suçtan mahkûm olduğu ve 1'inden 5 yıl, diğerinden ise 3 yıl hapislik cezası aldığı, gerek mahkûmiyetinin ve gerekse cezasının kesinleşmiş olduğu ihtilâfsız bir olgu olmasına karşın, Davacı, KKTC'nin tanımadığı Güney Kıbrıs Rum Yönetimi Mahkemesi tarafından verilen bu mahkûmiyetin ve cezanın 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 62'nci maddesi kapsamında olmadığını iddia etmektedir.

7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 62'nci maddesi aynen şöyledir:

62. Kamu görevine alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel koşullar aranır:

(1) Genel Koşullar

- (a) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olmak;
- (b) On yedi yaşını bitirmiş olmak;
- (c) Bu yasada öngörülen hizmet sınıflarına girebilmede aranan öğrenim koşullarını taşımak;
- (d) Kamu haklarından yasaklı bulunmamak;
- (e) **Bir yıldan fazla hapis cezasına çarptırılmamış olmak veya rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekarlık, irtikap, ırza geçme, hileli iflas ve benzeri yüz kızartıcı suçlardan dolayı mahkum olmamış olmak;**
Ancak, onaltı yaşından küçükken yukarıda öngörülen suçları işleyenlere, bu bend kuralları uygulanmaz ve kamu görevine girme hakları saklıdır.
- (f) Yurt ödevi (Mücahitlik veya askerlik) yükümlülüğünü yerine getirmiş olmak;
- (g) Atanacağı görevi sürekli olarak yapmasına engel

olabilecek bedensel bir hastalık veya sakatlığı veya akıl hastalığı bulunmadığı Devlet Hastahanesi Sağlık Kurulu Raporuyla onaylanmış olmak;

(h) Kamu görevinden emekli maaşı çekmemiş olmak veya disiplin suçundan ötürü daha önce kamu görevinden azledilmemiş olmak (görevden uzaklaştırılmamış olmak);

(2) (a) Hizmet göreceği sınıf için bu Yasada öngörülen esaslara uygun olarak Kuruluş ve Görev yasa ve tüzüklerinde belirlenen eğitim ve öğretim kurumlarından bitirmiş olmak;

(b) Bağlı bulunduğu kurumun kuruluş ve görev yasa veya tüzüklerince atanacağı kadronun hizmet şemasında öngörülen diğer nitelikleri taşımak .

Görüleceği üzere, madde içeriğinde KKTC’de işlenen suçlardan dolayı alınan mahkûmiyetler şeklinde bir ibare yer almamaktadır. Savcılık ise, bundan hareketle, KKTC dışında alınan mahkûmiyetlerin de bu Yasa maddesi kapsamında olduğunu iddia etmektedir.

Davacı Avukatı ise buna katılmamakta ve Mahkemeye yaptığı hitabesinde, mahkûmiyetin Devletimizin yargı organına bağlı bir Mahkeme tarafından verilmesi gerektiğini, KKTC’nin de-facto varlığına karşın, Türkiye Cumhuriyeti dışındaki devletler tarafından resmi olarak tanınmayan bir devlet olması ve Türkiye Cumhuriyeti dışındaki ülkelerle resmi olarak ikili ilişkileri ve karşılıklılık (mütakâbiliyet) anlaşmalarının olmaması bağlamında, bu ülke mahkemeleri tarafından verilen mahkeme kararlarının, KKTC’de kaydının ve icrasının mümkün olmadığını, dolayısıyla 62.maddede belirtilen ‘Mahkeme’den KKTC Mahkemesinin anlaşılması gerektiğini, karşılıklı olarak birbirlerini tanımayan taraf konumunda olan Güney Kıbrıs Rum Yönetiminin bir Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet ve hapislik kararlarının, KKTC’de de geçerli kılınmasının olası olmadığını ve buna bağlı olarak

Davacının yukarıda zikredilen hapislik cezalarına ilişkin olan mahkûmiyetinin 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 62'nci maddesi kapsamında olmadığını ve buna bağlı olarak, Davacının kamu görevine girmesine engel teşkil etmediğini iddia etmektedir.

Davacı Avukatının yukarıda yer alan ve tanınma sorunu bulunmayan devletler arası resmi ilişkiler ve karşılıklılık (mütekâbiliyet) esasına göre yapılan veya yapılması gereken anlaşmalar konusunda belirtmiş olduğu hususlar, teorik olarak doğru olmakla beraber, KKTC ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin siyasi ve hukuki olarak birbirlerini tanımamaları bağlamında teorinin pratiğe dönüşmesi ve uygulanması söz konusu olamayacağına gör, ülkemizdeki de-facto durumu göz ardı etmeden siyasi, hukuki ve sosyal realiteler göz önünde bulundurulması suretiyle önümüzdeki meselenin incelenmesi kaçınılmazdır.

KKTC, Türkiye Cumhuriyeti dışındaki ülkeler tarafından siyasi olarak tanınmamış olmakla beraber, Güney Kıbrıs da dahil olmak üzere, birçok ülke ile resmi olmayan ikili ilişkileri bulunmaktadır. Buna örnek teşkil eden ve Emare 5'in ekinde yer alan Suç ve Suçlara İlişkin Konular Teknik Komitesi'nin 23.2.2012 tarihli yazısı ise aynen şöyledir:

” SUÇ VE SUÇLARA İLİŞKİN KONULAR TEKNİK KOMİTESİ
TECHNICAL COMMITTEE ON CRIME AND CRIMINAL MATTERS

23.2.2012
Sn.Çetin Uğural
Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanı,
Lefkoşa.

İlgi:KHK 0/00/31/65/16-A-12 sayı ve 15 Şubat 2012 tarihli yazınız.

İlgi yazınıza atfen Komitemize ulaşan sözlü bilgiye göre adı geçen Cemal Yorgancıoğlu'nun Güney Kıbrıs'ta Kontrollü Farmasötik madde tasarrufu ve buna

bağlantılı başka bir suçtan mahkûm olduğu ve birinden 5 yıl, diğerinden 3 yıl hapislik cezası aldığı öğrenilmiştir.

Söz konusu bilginin tarafımıza yazılı olarak da teyit edilmesini müteakiben yine size bilgi verilecektir.

Saygılarımla

Hakkı ÖNEN

(Suç ve Suçlara İlişkin Konular Teknik Komite Başkanı) “

Görüüleceği gibi, yukarıda yer alan yazı içeriğinde belirtilen hususlar, mezkûr ilişkinin bir göstergesidir.

KKTC ile GKRY arasında yukarıdaki türden ilişkiler devam etmekle birlikte, gerçek olan; Kıbrıs'ın kuzeyinde otorite kullanan KKTC ile Kıbrıs'ın güneyinde otorite kullanan GKRY'nin birbirlerini siyasi ve hukuki yönden tanımadıklarıdır.

Kural olarak birbirlerini tanımayan devletler, otoriteler, yönetimler ne ad altında olursa olsun, diğerinin egemenliğine statü kazandıracak eylem veya işlemler yapmazlar ve bu konuda KKTC yargı organı da dahil olmak üzere, devletin diğer organları kurum ve kuruluşları devletin belirlediği politikaları ortadan kaldıracak şekilde yetki kullanmazlar.

Bu prensip, İngiltere'de, Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler Ltd. and others; Rayner & Keeler Ltd. and others v Courts and Others (1967) 1 AC 853, davasında sayfa 903'te şöyle izah edilmiştir:

“... the courts of this country are no more entitled to hold that a sovereign, still recognised by our Government, has ceased in fact to be sovereign de jure, than they are entitled to hold that a government not yet recognised has acquired sovereign status.”

Bu prensibin kaynağı, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin 1890'da kabul ettiği ve tüm Common Law ülkelerinin benimsediği, Jones v United States (1890) 137 US 202; 34 Law Ed.691,696 davasıdır. Bu davada şöyle denmiştir:

“Who is the sovereign, de jure or de facto, of a territory is not a judicial, but a political question the determination of which by the legislative and executive departments of any government conclusively binds the judges as well as all other officers, subjects and citizens of that government.”

Bu prensibe göre, bir bölgenin de-jure veya de-facto olup olmadığı sorusu yargısal değil, politiktir. Yasalar tahtında hükümet tarafından alınan kararlar kesin olarak yargıçları ve diğer bütün görevlileri ve vatandaşları bağlar.

Gelişen süreç içerisinde, hayatın genel akışı, zorunlu ihtiyaçlar, bu kuralın istisnalarını yaratmıştır.

Çok detaya girmeden ifade edilecek olursa, önce yukarıda değindiğimiz Carl Zeiss Stiftung v Keeler Ltd. davasının azınlık kararında, özel hukuktan kaynaklanan haklar veya hayatın getirisi olarak ortaya çıkan hukuki fiiller, ya da idarenin baştan savmak amacıyla gerçekleştirdiği birtakım işlemler ile ilgili olarak, Mahkemelerin adalet ve sağduyu anlayışı içinde, kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla, söz konusu bölge içindeki fiili durumu veya gerçekliği tanıyabileceği ifade edilmiş; daha sonra Hesperides Hotels Ltd. v Aegean Holidays Ltd. (1978) 1 Q B 205, davasında, Kuzey Kıbrıs'taki taşınmazların kamulaştırılması ile ilgili Lord Denning, bir toprak parçası üzerinde, fiili olarak hakimiyet sahibi olan bir oluşum, hukuki veya fiili olarak Birleşik Krallık

Devleti tarafından tanınmasa bile, gerekli olduğu takdirde, böyle bir oluşumun yasa ve düzenlemelerinin İngiliz Mahkemeleri tarafından tereddütsüz olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Daha sonra *Cağlar v Billingham (Inspector of Taxes)* 1996, STC (SDC) 150, davasında, hayatın genel akışı içinde ortaya çıkan ve rutin olarak kabul edilebilecek doğum, ölüm, evlenme gibi idari kayıtların kabul edilebileceği ifade edilerek, bu tür hukuki işlemlerin kabulünün, o devletin veya otoritenin hukuki statüsünü tanıma anlamına gelebileceği karara bağlanmıştır. Tanınmayan bir ülkenin varlığını da kabul etmeyen ve bunun Birleşik Krallık Devletinin dış politikasına aykırı olacağı prensibini kabul eden İngiliz Mahkemeleri, *Emin v Yeldağ* (2002) 1 FLR 956, davasında KKTC Mahkemelerinde, KKTC hukuku uygulanarak verilen boşanma kararını tanımıştır.

Yukarıda belirttiğimiz tüm kararlar detaylı incelendiğinde, kararların, kişisel sonuçlar doğuran ve kamu düzenine aykırı olmayan kararların kabul edilebileceği ve bunun siyasi tanıma anlamına gelmeyeceği temelinde oluşturulduğu görülecektir.

Genelde tanınmayan otorite tarafından gerçekleştirilen ve kamu hukukunu ilgilendiren düzenlemeler, kamu hukukuna olan etkileri bakımından direkt egemenliği ilgilendirdiğinden, bu tür işlemler öteki devlet tarafından tanınmaz. Buna örnek olarak, bizim ülkemizi de ilgilendiren *KTHY* ve diğeri v İngiltere Ulaştırma Bakanlığı davasını gösterebiliriz.

Huzurumuzdaki davada, Davalı, Suç ve Suçlara İlişkin Konular Teknik Komitesinden aldığı bilgi uyarınca, Davacının, GKRY’nde 1 yıldan fazla hapis cezasına çarptırılması gerekçesiyle, kamu görevine alınmada aranan koşulları yerine getirmediğine karar vermiştir.

Davalı, Davacı aleyhine aldığı olumsuz kararına gerekçe olarak, GKRY'ndeki mahkumiyeti ve cezayı esas aldığına göre, ortaya çıkan idari işlem veya kararın İdare Hukuku kriterlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

İdari işlem ve kararlarda, amaç, her zaman kamu menfaatidir.

Davacının GKRY'nde aldığı mahkumiyet, kişisel sonuç doğuran yargısal bir işlemdir. Böyle bir mahkumiyete bağlı olarak Davacının aldığı hapislik cezasının süresi, KKTC'de kamu görevine girmek için aranan niteliği ortadan kaldıran, kamu düzeni ile yakından alakalı bir husustur.

Davalı, bu bilgiyi, GKRY ile ikili ilişkilerin neticesinde oluşturulan Suç ve Suçlara İlişkin Konular Teknik Komitesinden almıştır. Bu anlamda verilen bilgi, KKTC'nin benimsediği ve oluşturduğu idari mekanizmanın ürünü olup, ayrıca kararın tanınmasını gerektirecek herhangi bir yargısal işleme gerek yoktur.

9/76 Sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26(3) maddesine göre, KKTC sınırları dışında ancak Kıbrıs'ta işlenen suçlarda KKTC Mahkemeleri yetkilidir. Bu maddeye göre, Davacının işlediği suçlardan KKTC'de de yargılanması gerekmektedir. Ancak, Davacı, mahkum olduğu ve cezasını Güney Kıbrıs'ta çektiği bu suçlar için, **“kişi aynı fiilden dolayı iki kere yargılanamaz ve cezalandırılmaz”** prensibinden hareketle, mezkûr suçlardan dolayı KKTC'de yeniden yargılanamamasına karşın, mezkûr suçlardan aldığı mahkumiyetin veya diğer bir ifade ile sabıkanın kamu görevine girmesine engel teşkil edeceği için, aynı Mahkeme kararının yok sayılmasını talep etmektedir.

İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte değerlendirilmektedir. Buna göre, eşitlik, kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede İdare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, “ayırıcılık yapmama” yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır. (Bkz. Danıştay 12.Daire, E 2009/5045, D.2013/5796)

Davacının talebinin kabul edilmesi halinde, aynı suçtan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde mahkûm olanların kamu görevine girememesine karşın, Davacının kamu görevine girmesi sağlanmış olacaktır. Bu olgunun ise, KKTC vatandaşları arasında yaratacağı eşitsizlik bağlamında, adil olmadığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra, Davacının 5 yıllık hapislik cezasının İdare tarafından göz ardı edilmesi, KKTC’deki kamu düzenine aykırıdır. Bu sonuçtan hareket ettiğimizde, Davacı için kişisel sonuç doğuran ve KKTC’deki kamu düzeni bakımından önem arz eden GKRY’deki mahkumiyetin, Davalı tarafından dikkate alınması GKRY’ni tanıma anlamında değerlendirilemeyeceği gibi, İdarenin herkese eşit muamele etmesi gerektiği ilkesi bakımından bir zorunluluktur.

Bu bakımdan, ülkemizin yukarıda temas edilen siyasi ve hukuki realiteleri ışığında, Davalının, Davacının Güney Kıbrıs’ta işlediği, mahkum olduğu ve cezasını çektiği suçların, Kamu Görevlileri Yasası’nın 62’nci maddesi tahtında kamu görevine girmesine engel teşkil ettiğine ilişkin olan kararının, hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması olası değildir.

Dolayısıyla, yukarıda temas edilen hususlar nedeniyle, Davacı davasında başarılı olamadığından, davası ret ve iptal edilir. Davanın niteliği itibarıyla masraf emri verilmesi uygun görülmediğinden, masraf emri verilmez.

Talât D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

30 Mayıs, 2014

D.22/2014

YİM: 56/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152. Maddesi Hakkında.

Yargıç Mehmet Türker Huzurunda.

Davacı: Yrd.Doç.Dr.Yusuf Suiçmez, Bahçelievler Mahallesi,
Değirmenlik – Lefkoşa.

- ile -

Davalı: KKTC Barolar Birliği, Lefkoşa – KKTC

A r a s ı n d a.

(7/5/2014 tarihli Strike Out İstidası)

Davacı şahsen hazır

Davalı tarafından: Avukat Süleyman Dolmacı

İlgili Şahıs tarafından: Avukat Ayfer Şefik Tekinay

Davacı, Din İşleri Başkanı olduğu bir esnada, şahsının yolsuzlukla itham edilmesi üzerine bir dava açtı, ancak bu davada avukatları kendisini savunmasız bıraktı – Bunun üzerine Davacı, avukatları aleyhine Barolar Birliğine şikayet yaptı – Barolar Birliği, 21/12/2013 tarihinde Davacıya olumsuz bir yanıt verdi – Davacı Barolar Birliği aleyhine bu yanıtın iptalini ve tazminat talep eden bir dava açtı – Barolar Birliği, bir dilekçe dosyalayarak idari bir davada tazminat talep edilemeyeceğini ve talepte yer alan suçlamaların gereksiz ve onur kırıcı olduğunu bu nedenle layihalardan çıkarılması gerektiğini iddia etti –YİM, YİM'in yetkilerini belirleyen Anayasanın 152. maddesini inceledi – Bu yetkilere göre, bir idari davada tazminat hükmü verilemeyeceği kanısına varan YİM, tazminat talebini reddetti – Davacının diğer itirazlarının ise yargılamayı geciktirici ve zorlayıcı olmadığı kanısına varan YİM, bu iddiaların talep takririnden çıkarılma isteğini reddetti.

YİM'in yetkileri – Anayasanın 152. maddesi – YİM'in tazminat hükmü vermeye yetkili olmaması – Strike out istidası – Gereksiz ve onur kırıcı iddiaların layihalardan çıkarılması talebi – H.M.U.T. E.19 n.26 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nün 18. maddesi.

K A R A R

Davacı, Davalı aleyhine dosyaladığı bu dava ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

- “A- Davalı tarafından 3.9.2010 tarihinde alınıp davacıya bildirilen ve 23.12.2013 kararın etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü.
- B- Davalının 3.9.2010 tarihinde alınıp davacıya bildirilen ve 23.12.2013 kararın etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü ile birlikte, Lefkoşa Mahalli Barosu'nun 21.06.2013 tarihli kararının da aynı hükme bağlı olarak etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü.
- C- 20,000 (Yirmibin) TL maddi tazminat ve yasal faiz.
- D- 100,000 (Yüzbin) TL manevi tazminat”

Davalı dosyalamış olduğu istida ile;

- “A- Davacı tarafından dosyalanan talep takririnin;
 - a- C bendindeki '20,000 (yirmibin) TL maddi tazminat ve yasal faiz' ile ilgili talebinin,
 - b- D bendindeki '100,000 (Yüzbin) TL manevi tazminat' ile ilgili talebinin,
 - c- Hukuki sebepler bölümündeki 6. Paragraftaki iddialarının tümünün,

- d- Gerekçeler bölümündeki f bendinin 2. satırındaki ‘avukatlık mesleğinin gerektirdiği, sadakat ve liyakate uygun olmadığı açıktır’”

Davalı – Müstedi Avukatına göre, Davacının Talep Takririnin C bendinde talep ettiği 20,000 TL maddi tazminat, yasal faiz ve D bendinde talep ettiği 100,000 TL manevi tazminat talepleri, Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisi dışındadır, bu talepleri inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa’nın 152. maddesinde düzenlenen yetkilerine göre, Yüksek İdare Mahkemesi tazminatla ilgili bir yargılama yapamaz ve tazminata hükmedemez. Bu nedenle, Davacının Talep Takririnin C ve D bentlerindeki tazminatla ilgili talepleri gereksizdir, layihada yer almaması gerekir. Tazminat taleplerinin layihada yer alması, yargılamayı zorlaştırıp geciktirecektir. Bu nedenlerle, layihadan çıkarılması gerekmektedir.

Talep Takririnin hukuki gerekçeler kısmının 6. paragrafındaki iddialar da gereksiz olup, adilane yargılamayı geciktiren ve zorlaştıran iddialardır ve layihadan çıkarılması gerekmektedir.

Talep Takririnin gerekçeler kısmının f paragrafında ileri sürülen iddialar, kışkırtıcı, onur kırıcı olup layihadan çıkarılması gerekmektedir.

Davacı – Müstedaaleyh ise, Anayasa’da, Yüksek İdare Mahkemesinin tazminata hükmetme yetkisi olmadığına dair bir hüküm olmadığını, Yüksek İdare Mahkemesinin tazminata hükmetme yetkisi bulunduğunu, layihadan çıkarılması istenen diğer hususların da davasındaki iddia ve taleplerini ortaya koyabilmek için layihada kalması gerektiğini söyleyip, Davalının istidasının iptalini talep etmiştir.

Davalı – Müstedinin istidasındaki talepleri incelenirken, Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü kuralları dikkate alınmalıdır.

Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nün 18. maddesine göre:

“Yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü, durum uygun olduğu hallerde, Mahkeme huzurundaki bütün işlemlerde gerekli değişiklikler yapılarak uygulanır; meğer ki bu Tüzüğe başka bir hüküm konmuş veya Mahkeme veya bir Yargıç başka türlü kararlaştırmış olsun.”

Layihadan ihraç ile ilgili Yüksek idare Mahkemesi Tüzüğü'ne konmuş herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'ndeki bu husustaki düzenlemenin uygulanması gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nde layihalardan ihraç ile ilgili emir ve nizam, Emir 19 Nizam 26 olup aynen şöyledir:

“Mahkeme veya yargıç, yargı işlemlerinin herhangi bir aşamasında, herhangi bir açıklamada veya lâyhada yer almış olan ve gereksiz veya onur kırıcı veya ilgili davanın adilâne yargılanmasına zarar verecek veya adilâne yargılanmasını zorlaştıracak veya geciktirecek nitelikte olan hususların, ilgili açıklama veya lâyihadan çıkarılmasına veya değiştirilmesine emir verebilir.”

Emir 19 Nizam 26'daki düzenleme ışığında, Davalı – Müstedinin istidasındaki Strike Out talebinin incelenip bir karara bağlanması gerekmektedir.

KKTC'de İdari Yargının, yani Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı ve yetkileri, KKTC Anayasası'nın 152. maddesinde belirlenmiştir.

Anayasa'nın, İdari Yargının görev alanını belirleyen 152. maddesinin 1. fıkrasına göre, **“Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların sözkonusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.”**

Anayasa'nın bu maddesinden görüldüğü üzere, idari davalar; bir idari işlem, karar ya da ihmalin Anayasa'ya, herhangi bir yasaya veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuata aykırı olması durumunda veya bunların söz konusu organ, makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı iddiası ile açılabilir.

Diğer bir ifade ile Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin kararının, işleminin veya ihmalinin hukuka aykırı olduğu nedeniyle açılan davalar veya yapılan başvurular hakkında, kesin karar vermek yetkisine sahiptir. Bu yetki, Anayasa tarafından Yüksek İdare Mahkemesine verilmiş münhasır bir yetkidir.

Yüksek İdare Mahkemesinin; idari işlem, karar ve ihmaller nedeniyle, yetkisini kullanıp kendisine yapılan başvuruları veya açılan davaları sonuçlandırırken ne tür kararlar verebileceği, Anayasa'nın 152. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmektedir. 4. fıkraya göre Yüksek İdare Mahkemesinin verebileceği kararlar şöyledir:

- “(a) Sözkonusu karar veya işlem veya ihmali, tamamen veya kısmen onaylayabilir; veya**
(b) Sözkonusu karar veya işlemin, tamamen veya kısmen, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verebilir; veya
(c) Sözkonusu ihmalin, tamamen veya kısmen yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan eylem veya işlemin yapılması gerektiğine karar verebilir.”

Görüleceği üzere, Yüksek İdare Mahkemesinin verebileceği kararlar, Anayasa’da açıkça belirtilmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi, ancak Anayasa’da belirtilen bu kararları verebilir. Buna bağlı olarak, Yüksek İdare Mahkemesinde dava açan kişiler de sadece bu kararların verilmesini talep edebilirler.

Davacının talep takririnin C ve D bentlerindeki tazminat taleplerinin, Yüksek İdare Mahkemesinden talep edilebilecek talepler kapsamında olmadığı, karar verilmesini istediği bu taleplerle ilgili olarak, Yüksek İdare Mahkemesinin yetkili olmadığı ve karar veremeyeceği Anayasa’nın 152. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ışığında tartışmasız ve açıktır.

Davacının tazminat talepleri ile ilgili Yüksek İdare Mahkemesi yetkili olmadığına ve tazminat talebi için yargılama yapıp bir karar veremeyeceğine göre, Davacının talep takririnin C ve D bentlerindeki tazminat talepleri gereksiz olup, talep takririnden ihraç edilmesi gerekmektedir.

Davalının layihadan ihracını talep ettiği, Davacının Talep Takririnin hukuki sebepler kısmının 6. paragrafındaki iddiaları aynen şöyledir:

- “6. Her iki baro da ayrıca aynı davadan üç farklı avukatın da, makul gerekçeler göstermeden çekilmeleri ve davayı şahsen yürütmek**

zorunda kalışımı ve bunlarla ilgili şikâyetlerimi de dikkate alarak karar üretmesi gerekirdi.”

Davalı, Davacının bu iddialarının gereksiz olup adilane yargılamayı geciktirici ve zorlaştırıcı iddialar olduğu nedeniyle, talep takririnden ihracını talep etmektedir.

Davacının, Davalı KKTC Barolar Birliği aleyhine açtığı ve KKTC Barolar Birliğinin verdiği kararın iptalini talep ettiği Talep Takririnin A ve B paragraflarındaki talepleri, Talep Takririnin içeriği ve iddiaları dikkate alındığı zaman, bu iddia ve açıklamasının gereksiz olmadığı, davasındaki talepleri ile ilgili olduğu, yargılamayı geciktirici ve zorlaştırıcı iddialar olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Davalı tarafından layihadan ihracı talep edilen Davacının Talep Takririnin gerçekler kısmının f paragrafındaki açıklaması ise aynen şöyledir:

“f) Din İşleri Başkanı olarak şahsımı, yolsuzluk, usulsüzlük gibi adi bir itham altında bırakan açıklamalarla ilgili açılmış olan bu davada yapılan hata ve ihmallerin, avukatlık mesleğinin gerektirdiği, sadakat ve liyakate uygun olmadığı açıktır.”

Davalı, Davacının bu açıklamasının, kızdırıcı, onur kırıcı olduğu nedeniyle Talep Takririnden ihracını talep etmektedir. Davacının, Davalı KKTC Barolar Birliğinin verdiği karara karşı açtığı davadaki talepleri ve tüm diğer iddiaları göz önüne alındığı zaman, bu iddia ve açıklamasının kızdırıcı ve onur kırıcı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Belirtilenler ışığında, Davalı – Müstedi istidasında kısmen başarılı olmuştur.

Netice itibarı ile;

1. Davacının talep takririnin C bendindeki “20,000 (Yirmibin) TL maddi tazminat ve yasal faiz” talebinin,
2. Davacının talep takririnin D bendindeki “100,000 (Yüzbin) TL manevi tazminat” talebinin, talep takririnden ihraç edilmesine emir verilir.
3. Davacının talep takririnin hukuki sebepler bölümündeki 6. paragrafındaki iddialarının ve gerçekler bölümündeki f bendinin 2. satırındaki “Avukatlık Mesleğinin gerektirdiği, sadakat ve liyakata uygun olmadığı açıktır” iddialarının talep takririnden ihraç edilmesi ile ilgili Davalının talepleri ise ret ve iptal edilir.

İstida masrafları ile ilgili emir verilmez.

Mehmet Türker
Yargıç

30 Mayıs, 2014

D. 2/2014

YİM/İstinaf : 2/2012
YİM:74/2010

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Mahkeme Heyeti: Hüseyin Besimoğlu, Ahmet Kalkan, Mehmet Türker

İstinaf eden : 1.Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, Doğu Akdeniz
Üniversitesi, Gazimağusa.
2.Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, Vakıf Yöneticiler
Kurulu, D.A.Ü, Gazimağusa.
3.Doğu Akdeniz Üniversitesi Rektörü, Gazimağusa.

(Davalılar)

ile

Aleyhine istinaf edilen : Prof.Dr.Tayfun Turgay, Esirler Yolu,
No.18, Gülseren Plajı, Gazimağusa.
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Avukat Fuat Veziroğlu hazır
Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Güner Çakın hazır.

İstinaf, Yüksek Mahkeme Yargıçsı Talât D.Refiker'in YİM 74/2010 sayılı davada, 12.3.2012 tarihinde verdiği karara karşı, Davalılar tarafından yapılmıştır.

Davacı, DAÜ'de Akademik Personel statüsünde sözleşmeli olarak çalışmaya başladı – Vakıf Yöneticiler Kurulu, azalan öğrenci sayısı ve yetersiz bilimsel araştırma olması gerekçeleriyle üniversiteye akademik personelin sözleşmelerini yenilememe yetkisi verdi – Bu karara dayanarak üniversite rektörlüğü Davacının görevine son verdi – Bu karara karşı Davacı tek Yargıçlı YİM'e başvurdu – Tek yargıçlı YİM, Davacının işine son verme gerekçelerinin gerçeklerle bağdaşmadığını dikkate alarak son verme kararını iptal etti – Bu karara karşı Üniversite istinaf dosyaladı – Davalılar, bu davayı YİM'in

göremeye yetkili olmadığını ve tek yargıçlı YİM'in verdiği kararın hatalı olduğunu öne sürdüler – YİM İstinaf, idari sözleşmelerde, idarenin kamu gücünü kullanarak karar vermesi halinde YİM'in yetkili olduğu kanısına vardı ve yetki itirazını reddetti – Alınan kararın hatalı olduğu iddiası ile ilgili ise, Davacıyı göreve almadan önce mevcut gerekçelere dayanarak sözleşmenin feshedildiğini gözönünde bulundurdu ve tek yargıçlı YİM kararının doğru olduğu kanısına vararak istinafi reddetti.

Üniversite profesörünün görevden alınması – İşe alınmasından önce mevcut gerekçelerle işine son verilmesinin doğru olmaması – YİM'in bir sözleşmenin ihlalinden doğan ihtilafta yetkili olup olmaması – Anayasanın 152. maddesi.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 395/2004 – D.6/2007.
- 2- YİM 108/2009 – D.6/2012.
- 3- YİM 124/2010 – D.32/2013.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

- 1- Prof. Dr. Kemal Gözler, *İdare Hukuku, Cilt II, sayfa 195.*

K A R A R

Hüseyin Besimoğlu : Bu başvuruda, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Ahmet Kalkan okuyacaktır.

Ahmet Kalkan : Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının, İstinaf Eden/Davalılar tarafından DAÜ'deki görevinin sonlandırılması üzerine, Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı YİM 74/2010 sayılı davada, Yüksek İdare Mahkemesi, Aleyhine İstinaf Edilen/ Davacının işine son veren kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verdi. İstinaf

Eden/Davalılar, Yüksek İdare Mahkemesinin bu kararına karşı istinaf dosyaladılar.

Bundan böyle İstinaf Edenler, Davalılar; Aleyhine İstinaf Edilen ise, Davacı olarak anılacaktır.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR :

İlk Mahkemenin bulgularına göre, dava ile ilgili olgular şöyledir.

Davacı, 1966 yılında öğretim dili Fransızca ve İngilizce olan Paris Amerikan Okulundan mezun olduktan sonra, 1971 yılında İstanbul İktisadi Ticari İlimler Akademisinin İşletme Yönetimi dalında lisansını tamamladı.

Davacı, İstanbul Üniversitesi Ekonomi ve İşletme Fakültesinde BA, Boğaziçi Üniversitesinde Yönetim Bilimleri dalında MBA, 1978 yılında İstanbul Üniversitesinde İktisat Doktoru, 1980'de Endüstriyel Bilimler dalında Doçent, 1997'de İşletme ve Ekonomi dalında Profesör oldu.

Davacı, Dava ile ilgili tarihlerde, DAÜ Akademik İşlerden Sorumlu Rektör Yardımcısı, Akademik Değerlendirme Kurulu Başkanlığı, Senato Üyeliği, Akademik Personel Disiplin Kurulu Üyeliği, Akademik Yükselme Komitesi Üyeliği, Ekonomi ve Yönetim Geliştirme Merkezi Başkanlığı, Bilgi Yönetim Sistemi Komisyonu Üyeliği, DAÜ İşletme ve Ekonomi Fakültesinde Fakülte Kurulu Üyeliği görevlerinde bulundu.

Türkiye Cumhuriyeti'nde birçok görevde bulunan, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, 1991 yılı Şubat ayında DAÜ'nün daveti üzerine KKTC'ye gelip

Akademik Personel statüsü ile DAÜ kadrosuna alındı ve sözleşmeli olarak çalışmaya başladı.

Davacı ile Davalılar arasında en son, 17.8.2009 tarihinde, 3 yıllık sözleşme imzalandı.

Emare No.9 Sözleşme, 1.8.2009 – 31.7.2012 tarihleri arasındaki 3 yıllık dönemi kapsamaktaydı.

30.6.2010 tarihinde toplanan Vakıf Yöneticiler Kurulu (Bundan böyle VYK olarak anılacaktır.) 09-10/27-4 sayılı kararları alarak, aralarında Davacının da bulunduğu akademik personelin sözleşmelerinin yenilenmemesi ve/veya Üniversite ile ilişkilerinin sonlandırılması için Rektörlüğe yetki verdi.(Mavi 159)

VYK'nın gerekçe metni yazıldığı şekliyle şöyledir:

“Azalan öğrenci sayısına paralel olarak Bölümündeki öğrenci sayısının da azalması ve/veya yetersiz bilimsel çalışma/araştırma/tez yöneticiliği ve/veya yetersiz topluma ve Üniversiteye hizmet.

Detaylar:

- Öğrenci sayılarındaki düşüş ile ilgili olarak;
- İşletme ve Ekonomi Fakültesi,
- 2005-2006 Akademik yılı; 758 yeni kayıt.
- 2009-2010 Akademik yılı; 297 yeni kayıt. (Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu da dahil)
- İşletme Bölümü,
- 2005-2006 Akademik Yılı; 170 yeni kayıt 2009-10 Akademik Yılı; 53 yeni kayıt.
- Yetersiz bilimsel, çalışma/araştırma ile ilgili olarak;
- Göreve başladığı 1991 yılından bu yana (19 yıl) sadece 2 Uluslararası yayın (Çek ve Slovak dergilerinde)
- Yetersiz tez yöneticiliği;

- 19 yılda İşletme bölümünün toplam 208 mezun yüksek lisans öğrencisinden sadece 2 tanesinin (2005 ve 2007) tez danışmanı olmuş, şu an kayıtlı 18 öğrenciden ise tez danışmanlığı yok.
- Yetersiz Üniversite veya topluma hizmet ile ilgili olarak;
- ÜYK ve Senato tarafından kurulan kurul komitelerde görev yapmadı.”

Rektörlük, 1.7.2010 tarihinde, Davacıya Emare No.10 yazıyı göndererek, Üniversitenin azalan öğrenci sayısına paralel olarak, bölümdeki öğrenci sayısının azalması ve/veya yetersiz bilimsel çalışma/araştırma/tez yöneticiliği ve/veya topluma ve Üniversiteye yetersiz hizmet gerekçeleri ile sözleşmesini 13.8.2010 tarihi itibarıyla sonlandırdı.

Davacı, Avukatı vasıtasıyla Emare No.11, 8.7.2010 tarihli yazıyı Rektöre göndererek, YİM'e başvuracağını belirtti ve hizmet sözleşmesine son verilmesinin dayanağını teşkil eden kararın kendisine verilmesini talep etti.

Davacı 30.7.2010 tarihinde bu istinafa konu davayı dosyaladı.

Davayı dinleyen İlk Mahkeme, konu sözleşmede VYK kararında belirtilen gerekçelerle sözleşmenin sonlandırılabilceğini öngören kural bulunmadığına ve Davacının işine son verilmesine gerekçe olarak gösterilen hususların gerçeklerle bağdaşmadığına, yasal dayanaktan yoksun olduğuna bulgu yaparak, Davacının hizmet sözleşmesini sonlandıran kararı iptal etti.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davalılar, dosyaladıkları istinaf ihbarnamesinde, 6 istinaf sebebi ileri sürmekle birlikte, İstinaf Eden Avukatı İstinafin duruşmasında 5'inci istinaf sebebinde ısrarlı olmayacağını beyan etti.

Geriye kalan (5) istinaf sebebini 3 başlık altında toplamak mümkündür.

Buna göre:

1. Muhterem İlk Mahkemenin, “azalan öğrenci sayısına” dayalı bir gerekçeyle Davacının işine son verilemeyeceği ve/veya bunun sözleşmeye aykırı olduğu ve/veya sözleşmenin 6(1) maddesinin tek yanlı olarak sözleşmenin feshini düzenlediği ve/veya sözleşmede böyle bir gerekçeyle sözleşmenin sonlandırılabilceğini öngören bir kural bulunmadığı yolundaki bulgusu hatalıdır.
2. Muhterem İlk Mahkeme, işten çıkarma gerekçelerindeki ispat külfeti Davacıya ait olmasına rağmen bu hususu değerlendirmede, gerekçe olarak belirtilen sebeplerin Davacının işine son verme gerekçesi olamayacağına bulgu yapmakla hata etti.
3. Muhterem İlk Mahkeme, Davalıların Avukatının argümanlarına değinmemekle ve yetki konusunda taraf Avukatlarına hitap etmeleri doğrultusunda talimat vermesine rağmen, meselede YİM’in yetkisi olup olmadığını incelememekle hata etti.

TARAF AVUKATLARININ İDDİA VE ARGÜMANLARI:

İstinaf sebepleri ile ilgili tarafların argümanları genel olarak şöyledir.

Davalılar Avukatı, hitabında özetle, taraflar arasındaki sözleşmenin 6(1) maddesinin, sözleşmenin diğer maddeleri ile birlikte tezekkür edilmesi gerektiğini, sözleşmenin 8. maddesine göre, Davacının DAÜ mevzuatına tabi olduğunu, başka bir anlatımla, DAÜ mevzuatının sözleşmenin bir parçası

olduğunu, mevzuat arasında bulunan Personel Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 42. maddesinde, Akademik Personelin görevinin veya iş ilişkisinin hangi hallerde sona ereceğinin düzenlendiğini, 42(e) maddesine göre, sözleşmenin feshi halinde iş ilişkisinin sona ereceğini, Davacıya bunun yapıldığını, alınan kararın sözleşmenin 6. maddesine uygun olmasa da, 8. maddenin alınan karara olanak verdiğini, 8. maddeye göre istihdam edilen kişinin VYK'nın ileride vereceği kararlara uymayı taahhüt ettiğini, Davacının bu yönde taahhüt bulunduğunu, öğrenci sayısının azalması ile ilgili olarak kararda gerekçe bulunduğunu, bunun aksinin ispatının Davacıya düştüğünü, Davacının bu yükümlülüğü yerine getirmediğini, bu hususta YİM 395/04 (D.6/07) sayılı içtihat kararı olduğunu, İlk Mahkemenin davayı görmeye yetkisi olup olmadığını karara bağlaması gerektiğini, sözleşmenin 8. maddesi ile YİM 108/09 (D.6/2012) sayılı içtihatındaki ilkeler ışığında, yetkinin kaza mahkemesinde olabileceğini, tüm söylenenler ışığında, İlk Mahkemenin kararının hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Davacı Avukatı, hitabında özetle, uyuşmazlığın çözüm yerinin YİM olduğunu, İlk Mahkemenin bulgularının hatalı olmadığını, DAÜ'nün hiçbir ikazda bulunmadan sözleşmeyi feshettiğini, İdarenin alacağı kararların hukuka uygun olması gerektiğini, Davalıların aldığı fesih kararının hukuka aykırı olduğunu, VYK kararlarına uyma taahhüdünün Davacının hak arama hürriyetine engel olamayacağını iddia ederek, istinafin reddini talep etti.

İstinaf sebeplerini incelerken, tarafların argümanlarına daha detaylı bir şekilde değineceğiz.

İNCELEME:

İstinaf Eden/Davalılar Avukatı, yukarıda üç başlık altında özetlediğimiz istinaf sebeplerinden de görülebileceği gibi, yetki, ispat külfeti ve İlk Mahkemenin bulgularına yönelik iddialarda bulunmuş ve kararın hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

İstinaf sebeplerini incelerken, bu hususları ayırmanın zor olacağını dikkate alarak, kararın sistematığı açısından üç başlık altında özetlenen istinaf başlığını tek başlığa indirgemeyi ve tüm iddiaları bu başlık altında değerlendirmeyi uygun bulduk.

Bu düşünceden hareketle, Davalıların 3 başlık altında özetlediğimiz istinaf sebeplerini, aşağıdaki gibi tek başlık altında inceleyeceğiz:

- “1. Muhterem İlk Mahkeme, davadaki uyuşmazlık konusunun Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine girip girmediği konusunu incelememekle; Davacının ispat külfetini yerine getirmediği bulgusunu yapmamakla; azalan öğrenci sayısına dayalı bir sebeple veya işe son verme kararındaki gerekçelerle Davacının işine son verilemeyeceği bulgusuna varmakla hata etti.”**

Bir mahkemenin görev yetkisi ile ilgili ihtilâflı durum söz konusu olduğunda, mahkeme, görev yetkisizliği konusunu tarafların talepleri üzerine veya resen her safhada inceleyebilir, karara bağlayabilir.

Bu istinafta, Mahkemenin görev yetkisi ile ilgili iddiada bulunulduğundan, öncelikle bu konuyu incelemeyi uygun bulduk.

Davalılar Avukatı, yetkisizlik ile ilgili itirazının gerekçesini izah ederken, Davacı ile Davalılar arasındaki hizmet sözleşmesinin 8. maddesinde yer alan ve “istihdam edilen personel bu yasalara, tüzüğe ve bunlara bağlı diğer tüzük, yönetmelik, ilke, kıstaslara ve **“VYK ile Üniversite kurullarınca alınan kararlara uymakla yükümlüdür.”** şeklinde düzenlenen kural üzerinde durarak, bu maddenin sözleşmenin 6(1) maddesi ile birlikte yorumlanması gerektiğini, buna göre, mevzuatın sözleşmenin bir parçası olduğunu, bu düşünceden hareket edildiğinde, sözleşmenin sözleşme hükümlerine bağlı olarak sonlandırıldığını, yetkili mahkemenin kaza mahkemesi olabileceğini, İlk Mahkemenin bu konuyu incelemediğini ileri sürmüştür.

İki yanlı işlemlerden olan idari sözleşmelerde, İdarenin, kamu gücünü kullanarak, sözleşmede yer almayan sebeplerle sözleşmeyi sonlandırması halinde, kararın iptali için Yüksek İdare Mahkemesine; bunun dışında, İdarenin akit taraf gibi davranarak, sözleşmeyi sonlandırdığı hallerde ise, uyuşmazlıkların çözümü için kaza mahkemesine başvurulacağı, içtihatlar ile benimsenmiştir.

YİM 108/2009 (D.6/2012) sayılı davanın çoğunluk kararında bu konu ile ilgili şöyle denmiştir:

“Sözleşmede kural olup olmadığına bakılmaksızın, idare, karar veya işlemini kamu gücüne dayanarak gerçekleştiriyorsa, örneğin, idarenin kamu gücünü kullanarak, idari sözleşmede yer alan hükümlere aykırı bir şekilde sözleşmeyi sonlandırması. Bu konudaki ihtilâfın çözüm yeri, idari yargıdır. Eğer idari karar veya işlemi gerçekleştirirken akit taraf olarak hareket ediyorsa, o zaman ihtilâfın çözüm yeri Hukuk Mahkemeleridir.”

Aynı kural, oy birliği ile neticelenen, YİM 124/2010 (D.32/2013) sayılı Dr.Yusuf Suiçmez v KKTC Cumhurbaşkanı vasıtasıyla, KKTC ve diğerleri davasında da benimsenmiş ve mezkur davada, İdare akit taraf gibi davrandığından ve fesih işlemleri, sözleşmedeki maddelere ve bu maddelerden kaynaklanan somut olaylara dayandırıldığından, yetkili mahkemenin kaza mahkemesi olduğuna karar verilmişti.

Bu prensip çerçevesinde meseleyi incelediğimizde, İlk Mahkeme hükmünde, görev yetkisi konusu somut olarak incelenmemekle birlikte, Mahkemenin bulgusu, İdarenin kamu gücünü kullanarak sözleşmeyi feshettiği olgusunu ortaya koyarsa, İlk Mahkemenin hata yapmadığı sonucu doğmuş olacaktır.

İlk Mahkeme, Emare No.9 olarak kayıtlı Hizmet Sözleşmesini bütünüyle kararına aktardıktan sonra, Mavi 118’de şöyle bulgu yapmıştır:

“Yukarıda yer alan sözleşmenin “Sözleşme Yükümlülükleri” başlığını taşıyan (Emare 9) 6(1) maddesi, sözleşmenin hangi hallerde ihbarsız ve tek yanlı olarak feshedilebileceğini düzenlemektedir. Bu madde altında sayılan gerekçeler altında ise “azalan öğrenci sayısı” şeklinde bir gerekçe yer almamaktadır. Keza, sözleşmenin diğer maddelerinde de, böylesi bir gerekçe ile sözleşmenin sonlandırılabilceğini öngören bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir gerekçeye istinaden Davacının işine son verilmesinin, sözleşme hükümlerine ve özellikle sözleşmenin 6(1) maddesine aykırı olduğu sonucuna varmakta ve bulgu yapmaktayım.”

Yukarıda iktibas edilen kısımdan anlaşılacağı gibi, İlk Mahkeme, hizmet sözleşmesinin mukavelede yer almayan bir sebepten dolayı sonlandırıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu durumda, İlk Mahkemenin bulgusunun doğru olabilmesi için, Davalıların kamu gücünü kullanarak mukaveleyi tek taraflı olarak feshettikleri olgusunun yeterince kanıtlanmış olması gerekmektedir.

Emare No.9 olarak Mahkeme huzurunda bulunan hizmet sözleşmesinin herhangi bir maddesinde, azalan öğrenci sayısının mukavelenin fesih nedeni olabileceği yazılı değildir. Bu anlamda “**azalan öğrenci sayısı**” şeklinde gösterilen sebebin sözleşme dışı olduğu açıktır.

Emare No.9 Hizmet Sözleşmesinin 6.(1) maddesi, istihdam edilenin, sözleşmede belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket etmesi, verilen görevleri reddetmesi ya da ihmal etmesi durumunda sözleşmenin ne şekilde sonlandırılacağını açık surette belirlemiştir. Konu madde aynen şöyledir:

“6.(1) Personel, sözleşmede belirtilen yükümlölöklere aykırı hareket etmesi, verilen görevleri reddetmesi ya da görevlerini, yazılı uyarı üzerine, yazılı savunma ile bildirdiği geçerli bir mazarete dayanmadan ihmal etmesi durumunda, en az iki yazılı uyarı sonucunda, aykırılığın, reddin veya ihmalin devam etmesi halinde Üniversite, bu sözleşmeyi ihbarsız olarak feshedebilir. Böyle bir fesih halinde Personel, kendisine tanınan hakları kaybeder ve herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz. Ancak, personel herhangi bir yanlış fesih kararı ihtimaline karşı yasal yollara başvurma hakkına sahiptir.”

Davalılar Avukatının iddia ettiği gibi, Sözleşmenin yukarıdaki 6.(1) maddesini, 8. madde ile birlikte yorumlayarak, DAÜ mevzuatının sözleşmenin bir parçası olduğunu kabul etmemiz halinde dahi, İdare, sözleşmenin 6(1) maddesindeki kural ile bağlıdır ve akit taraf gibi davrandığı bulgusunu yapabilmek için, mukavelede öngörülen prosedürle sözleşmeyi feshetmesi gerekirdi.

Huzurumuzdaki istinafa konu olgulara göre, Davalılar mukavelede yer almayan bir sebep ve mukavelede öngörülmeyen bir prosedür ile sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırdıklarından, kamu gücünü kullanarak feshi gerçekleştirdikleri, akit taraf gibi davranmadıkları bulgusuna varmak, mevcut olguların doğal ve hukuki bir sonucudur.

Bu durumda, sözleşmenin sonlandırılması kararının iptali için açılan bir davada, Yüksek İdare Mahkemesi davayı görmeye yetkili olduğundan, İlk Mahkemenin davayı görüp neticelendirmiş olmasında herhangi bir hata yoktur.

Yetki konusunu bu şekilde karara bağladıktan sonra şimdi diğer istinaf sebeplerini sırasıyla inceleyeceğiz. Öncelikle İlk Mahkemenin, Davacının işine son verilmesinin sözleşme hükümlerine ve sözleşmenin 6(1) maddesine aykırı olduğu bulgusunu ele almayı uygun bulduk.

Davalılar Avukatı, bu konu üzerinde özellikle durarak, iddialarının karara bağlanmadığını ileri sürmüştür.

Davalılar Avukatı, Davacının, sözleşmenin 8. maddesi kapsamında DAÜ mevzuatına tabi olduğunu, Personel Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 42(e)

maddesine göre, sözleşmenin feshi halinde iş ilişkisinin sona ereceğini, Davacının bu hükmü kabul ettiğini, dolayısıyla fesih işlemi sözleşmenin 6(1) maddesine uygun olmasa da, 8. madde kapsamında hukuka uygun olduğunu ileri sürmektedir.

Taraflar arasında aktedilen Emare No.9 Hizmet Sözleşmesi, Davalılar tarafından eğitim alanında yürütülen kamu hizmetinin yerine getirilmesi maksadı ile yapılmış idari bir sözleşmedir.

İdare, idari bir sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme hakkına sahiptir. İdarenin bu yetkisinin altında icrai karar alma yetkisi ve hukuka uygunluk karinesi yatmaktadır. **(Bkz.Prof.Dr.Kemal Gözler,İdare Hukuku, Cilt II Sayfa 195)**

İdarenin bir sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilmesi için, İdare Hukuku prensiplerine göre, sözleşmecinin ağır kusuru olması ve sözleşmeyi bir müeyyide olarak tek taraflı feshetmesi veya sözleşmecinin kusuru olmasa bile sözleşmenin kamu yararı gereği feshedilmesi gerekir.**(Bkz. Prof.Dr.Kemal Gözler,İdare Hukuku, Cilt II Sayfa 195)**

Görülebileceği gibi İdarenin tek taraflı olarak bir mukaveleyi sonlandırma hakkı vardır ve İdare bu hakkını kullanırken belli gerekçelere dayanmak zorundadır. Dolayısıyla, Mahkeme, sözleşmenin 6(1) maddesine aykırı bir şekilde sonlandırıldığı bulgusu yaptığına göre, Davalıların iddialarında haklı oldukları sonucuna ulaşabilmek için, fesih işleminin unsurları itibarıyla hukuka uygun olup olmadığını incelememiz gerekmektedir. Nitekim, İlk Mahkeme de kararında, bu hususları ayrı ayrı incelemiştir.

Davacının işine son verilmesine neden olarak, azalan öğrenci sayısı yanında, bilimsel çalışma ve araştırmalarının, tez yöneticiliğinin, Üniversite ve topluma verdiği hizmetin yetersiz olduğu gösterilmiştir.

Mevcut olgulara göre, Davacıya ağır kusur isnadında bulunulmamış, sözleşmesinin bir müeyyide olarak sonlandırıldığı kararda yer almamıştır. Dolayısıyla, ağır kusur isnat edilerek, mukavelenin müeyyide olarak sonlandırıldığı konusu üzerinde durmaya gerek yoktur.

Bunun dışında, Davacının işine son verilirken, sözleşmenin kamu yararına sonlandırıldığı somut olarak belirtilmemiş olmakla beraber, İdarenin işlem ve kararlarının kamu yararına alındığı hukuki gerçeğinden hareketle, İdarenin tek taraflı fesih gerekçesi olarak gösterdiği sebeplerin, hukuka uygun ve gerçek olduğunun ortaya çıkması halinde, feshin kamu yararına gerçekleştirildiği sonucuna ulaşmamız kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle, İlk Mahkemenin bulgularını ayrı ayrı ele alıp incelememiz gerekmektedir.

Fesih sebeplerini ayrı ayrı incelemeye başlamadan önce Davalılar Avukatının, Davacının alınan karara uymak zorunda olduğuna dair iddiasını karara bağlamayı uygun gördük.

Davalılar Avukatı, hizmet sözleşmesinin 8. maddesine istinaden, istihdam edilenin VYK'nın ileride vereceği kararlara uymayı taahhüt ettiği, dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesine aykırı olsa da, 8. madde kapsamında verdiği taahhüde uygun olarak işine son verilme kararına uymasının zorunluluk olduğunu ileri sürmüştür.

Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerden biri olan ve bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının çağdaş yöntemi olarak tanımlanan hak arama özgürlüğünün, idari tasarrufla sınırlandırılması mümkün olmadığı gibi, İdarenin, yönetilenlerden yargı denetimini ortadan kaldıracak nitelikte taahhüt alma yetkisi bulunmamaktadır.

Davacının, sözleşmenin 8. maddesi kapsamında mevzuata ve VYK kararlarına uyma taahhüdü, temel haklarının sınırlandırılması ile alakalı olmayan, istihdam edilenin sözleşme ile yürüttüğü kamu görevinin gereğini yapacağına yönelik, işin niteliği ile alakalı bir taahhüttür. Dolayısıyla, İlk Mahkemenin, Davacının yasal yollara başvurma hakkına sahip olduğu ve Davacının bu hakkını kullanarak davayı ikame ettiği bulgusunda hata yoktur.

İlk Mahkeme, Davalıların “azalan öğrenci sayısı” olarak ifade edilen, işe son verme gerekçesi ile ilgili bulgusu şöyledir:

**“İşletme ve Ekonomi Fakültesi:
2005-06 Akademik Yılı:758 yeni kayıt
2009-10 Akademik Yılı:297 yeni kayıt**

**İşletme Bölümü:
2005-06 Akademik Yılı:170 yeni kayıt
2009-10 Akademik Yılı:53 yeni kayıt yapıldığı görülmekle beraber, Davacının işine son verilmezden önceki akademik yıllara (2006-07; 2007-08; 2008-09) ait yeni kayıt sayısı, bu veriler arasında yer almamıştır. Dolayısıyla, Davalı No:2 Vakıf Yöneticiler Kurulunun, zikredilen akademik yıllara ait öğrenci sayısını gözönünde bulundurmaksızın, 2009-2010 akademik yılında işletme bölümüne yapılan 53 yeni kaydın “azalan öğrenci sayısı“ olarak değerlendirilmesi ve bunu, Davacının işine son verilmesi bağlamında gerekçe olarak göstermesinin hatalı olduğu sonucuna varmakta ve bulgu yapmaktayım.”**

Davalılar Avukatı, İlk Mahkemenin bulgusu ile ilgili olarak, gerekçeyi çürütme yükümlülüğünün Davacıda olduğunu, Davacının bu yükümlülüğünü yerine getirmediği halde, İlk Mahkemenin, Davacının işine son verilmeden önceki akademik yıllara ait yeni kayıt sayısının veriler arasında yer almamasını eksiklik olarak kabul etmesinin hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Davalılar Avukatının hitabında değindiği YİM 395/2004 (D.6/2007) sayılı kararda **“idari davalarda işlemin hatalı olduğunu kanıtlamak, başvuruyu yapan kişiye aittir.”** prensibinin yer aldığı doğrudur.

Bu prensipten hareketle, Davacının ortaya koyduğu olgu ve belgeler, idari işlemin unsurlarında eksiklik ve sakatlık olduğunu ortaya koyarsa, Davacının ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu kabul edilir.

Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi, 17.8.2009 tarihinde imzalanmış olup, 1.8.2009 – 31.7.2012 yılları arasındaki 3 yıllık dönemi kapsamaktaydı.

Davalılar, Davacı ile 2009 yılında sözleşme imzalarken, İşletme Bölümüne kaydedilen öğrenci sayısı 53 idi.

Mevcut verilere göre, öğrenci sayısının en aza düştüğü dönemde, Davalılar, Davacı ile sözleşme imzaladılar ve azalan öğrenci sayısını dikkate almadılar.

2009 yılında 53 olan öğrenci sayısını dikkate almadan Davacı ile sözleşme imzalayan Davalılar, sözleşmeden önceki bir nedenle sözleşmeyi sonlandırmak istemektedirler. Davalılar geçmişten başlayan ve giderek azalan öğrenci sayısını sözleşmeyi sonlandırma nedenleri arasında gösterdiklerine göre, kendilerini böyle bir işlem yapmaya sevk eden tüm etkenleri tam olarak ortaya koymaları gerekirdi. Davalılar, yıllara göre azalan öğrenci sayısının seyrini tam ve eksiksiz olarak gösteren rakamları kararın gerekçesinde göstermemekle hatalı davrandıkları gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra hangi etkenin öğrenci sayısının azalmasına sebebiyet verdiğini belirtmemişlerdir. Bu durum, fesih kararını sebep unsuru bakımından sakat hale getirdiğinden, İlk Mahkemenin azalan öğrenci sayısının Davacının sözleşmesinin sonlandırılması için gerekli bir sebep olmayacağına ilişkin bulgusunda hata bulunmamaktadır.

Daha önce belirttiğimiz gibi, azalan öğrenci sayısı yanında, Davacının bilimsel çalışma ve araştırmalarının, tez yöneticiliğinin, Üniversite ve topluma verdiği hizmetin yetersiz olduğu sözleşmenin feshine sebep olarak gösterilmiştir.

Sorumlu bir idare, bir öğretim görevlisi ile sözleşmesini yenilerken, sözleşmecinin o tarihe kadar yaptığı tüm hizmetleri göz önünde bulundurur ve sözleşmeyi kamu yararını gözetecek biçimde yeniler veya sonlandırır.

Bu bağlamda, Davalıların idari bir sözleşmeyi tek taraflı olarak kamu yararına feshetme hakkının olması, Davacının çalışma yaşamını düzenleyen yasalar altında sahip olduğu hakların varlığını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, yapılan idari işlem veya alınan kararın hukuka uygun olması gerekir.

Davacının 19 yıl boyunca iki Uluslararası yayın yaptığı ve sadece iki öğrenciye tez hocalığı yaptığını fesih kararına gerekçe yapan Davalılar, Davacı ile 2009 yılında sözleşme yapmışlardır. Davacı ile sözleşme yaparken dikkate almadıkları hususları, sözleşmenin sonlandırılmasına gerekçe yaptıklarına göre, bu konuda Davacının savunmasını almaları gerekirdi. Davacının savunmasını almadan, olgular kısmında değindiğimiz akademik kariyerini hiçe sayarak sözleşmesinin feshedilmesi hukuka aykırı olup, İlk Mahkemenin bu yöndeki bulgularında hata yoktur.

Buna göre, Davalılar istinaflarında başarılı olamadığından, istinafin reddi gerekmektedir.

KARAR:

Yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında,

- A. İstinaf reddedilir.
- B. Mukayyit tarafından tespit edilecek masrafların, İstinaf Eden/Davalılar tarafından ödenmesine emir verilir.

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

30 Nisan, 2014

D. 10/2014

Yargıtay/Hukuk 92/2011
(Mağusa Dava No: 1023/2007)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Narin F.Şefik, Hüseyin Besimoğlu.

İstinaf eden: İstanbul Hava Yolları Anonim Şirketi,
Lefkoşa c/o Salamis Bay Conti Resort
Hotel Magosa
(Davalı No.1)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Gönül Üzgen, Beşiktaş - İstanbul
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Tağmaç Bilgehan
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Hasan Hasipoğlu.

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Başkanı Tanju Öncül'ün 1023/2007 sayılı davada 28/6/2011 tarihinde verdiği karara karşı Davalı No. 1 tarafından yapılan istinaftır.

Davacı Salamis Bay Conti Otelde yemek yerken masalar arasındaki koridora dökülen yemek artıklarına basarak yere düştü ve yaralandı – Davalının ihmalinin bu kazaya neden olduğunu iddia eden Davacı, Davalı aleyhine tazminat talep eden bir dava açtı – Taraflar, Davacının toplam zararının 10.000 TL maddi, 15,000 TL manevi olmak üzere, 25,000 TL olduğu hususunda anlaştilar ve Davalının sorumlu olup olmadığı konusunda duruşmaya devam ettiler – İlk Mahkeme, kazanın meydana gelmesinde Davalının ihmali olduğu ve Davacının da %20 katkısız kusuru olduğu kanısına vararak buna göre Davacı lehine hüküm verdi – Davalı Otel bu hükmü istinaf etti – Yargıtay Fasıllar 148 Haksız Fiiller Yasası'nın 51 ve 52. maddelerini inceledi – İhmale ilişkin ilkeleri ve bu konudaki ispat külfetini dikkate alan Yargıtay, Davalının kusurlu olduğu kanısına vardı – Katkısız kusur konusunda

istinaf yapılmadığını da göz önünde bulundurarak İlk Mahkeme kararını onayladı.

***İhmal davası** – Bir otelde meydana gelen kazada otel sahibinin ihmalkarlık nedeniyle sorumlu olması – Fası 148 Haksız Fiiller Yasası'nın 51. maddesi – Bir şahsın başka bir şahsa karşı dikkatli olma yükümlülüğü – İhmal davalarında ispat yükümlülüğü – Otellerde otel sahibinin yerleri temiz tutup dökülenleri süratle kaldırma yükümlülüğü – Tarafların katkısız kusurları.*

Atıfta Bulunan Yargısal İctihatlar:

1- Hukuk/İstinaf 12/1972.

2- Ward V. Tesco Stores Ltd. 1976 1 All Er 219.

K A R A R

Şafak Öneri: Davacı, davalı 1'in işletmecisi olduğu, davalı 5 Salamis Bay Conti Resort Otel'de müşteri olarak bulunduğu 18/8/2002 tarihinde, saat 20.00 – 20.15 civarında, yemek salonunda, açık büfeden yemeğini alıp masasına döndüğü bir sırada, daha önce yere dökülmüş bulunan makarna ve/veya makarna sosuna basarak yere düştü. Meydana gelen bu kaza neticesinde davacı, sağ dizinde meydana gelen kırık nedeniyle taraflarca uyuşulmuş 10,000 TL maddi, 15,000 TL manevi zarara uğradı.

Meydana gelen kazaya ve kaza dolayısıyla uğradığı toplam 25,000 TL zararı ziyana davalıların ihmalinin neden olduğunu ileri süren davacı, huzurumuzda bulunan istinafa konu davayı dosyaladı.

Dava celpnamesinde 5 davalı görülmesine rağmen, davacı, davanın Alt Mahkemede ki duruşmasında 2, 3 ve 4. davalılar aleyhindeki davayı geri çekti. Davalı 5 hakkındaki dava ise Alt Mahkeme tarafından iptal edildi.

Davacı, talep takririnde, davalı 1'in: a) davacının otel içerisinde rahat hareket etmesini sağlayıcı tedbirleri almayarak, b) davacıya yemek almak için rahat bir ortam sağlamayarak, c) yemek masalarının arasındaki koridoru temiz tutmayarak, d) masaların etrafını ve yanını temiz tutmayarak, e) masaların etrafına dökülen yemek artıklarını temizlemeyerek davacıya karşı ihmalde bulunduğunu ve bu ihmal sonucunda, davacının yere dökülmüş makarna ve/veya yemek artıklarına basarak düşmesine ve zarara uğramasına neden olduğunu iddia etmiştir.

Davalı 1 ise dosyalanmış olduğu müdafaa takririnde, davacının iddialarını reddederek, makul ve basiretli bir iş adamı gibi davranarak davacının otel içerisinde rahat hareket etmesi için her türlü tedbirleri aldığını, rahat yemek alması için ortam sağladığını, düzenli olarak temizlik yaparak masaların etrafını temiz tuttuğunu, kazadan önce salonda yere dökülü makarna ve/veya başka yemek artığı bulunmadığını, her türlü döküntünün makul bir sürede temizlendiğini, davacının kayıp düşmesine kendi döktüğü makarna ve/veya yemek artığının sebebiyet verdiğini, kazanın oluşumunda hiç bir ihmalinin bulunmadığını, her halükârda davacının yere dökülmüş yemek artıklarını görmemekle kendisinin kazaya sebebiyet verdiğini veya katkıda bulunduğunu ileri sürmüştür.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme, davalı 1'in göstermesi gereken makul dikkati göstermeyerek, davacının kaza anında, daha önceden başkası tarafından yere dökülen yemek artığına basıp düşerek yaralandığı bulgusuna vardı. Meydana gelen kazada, davacının da %20 katkısız kusuru olduğuna kanaat getiren Alt Mahkeme, sonuçta davacı lehine 12,000 TL özel, 8,000 TL genel zararı ve 6,000 TL dava masrafı için hüküm verdi.

Alt Mahkeme kararının hatalı olduğunu ileri süren davalı 1, huzurumuzdaki istinafi dosyaladı.

İstinaf ihbarnamesinde ileri sürülen istinaf sebepleri 3 başlık altında özetlenebilir:

- 1- Alt Mahkemenin, kazaya, davalı 1'in ihmalkârlığının neden olduğuna ilişkin bulgusu hatalıdır.
- 2- Alt Mahkeme, kararını verirken, şahadeti ve hukuki durumu yanlış değerlendirerek, keza kararını spekülatif bulgulara dayandırarak hatalı davrandı.
- 3- Alt Mahkeme, meydana gelen kazada, davalı 1'e %80 oranında kusur bulmakla hata etmiştir.

İstinafın duruşmasında, davalı avukatı tarafından ileri sürülen iddialara göre, ihmalkârlık davalarında davalının, ihmalkâr olmadığını kanıtlama yükümlülüğü yoktur. Davalının üzerine düşen isbat külfeti, kazanın meydana gelmemesi için makul ve basiretli bir kişiden beklenen tedbirlerin aldığını ortaya koymasındır. Davalı tarafından ibraz edilen şahadet, kaza gecesi, bu tip kazaların önlenmesi için yeterli personelin çalıştırıldığını, bu cümleden olmak üzere, müşteriler tarafından yere dökülen yemek artıklarının 3 dakika içinde kaldırılmasını sağlayan bir sistem kurulduğunu göstermektedir. Kaza anında davacının basarak düşmesine sebep olan yemek artıkları, Mahkeme önündeki bu şahadete göre, çok kısa bir süre önce yere dökülmüş olması gerekir. Alt Mahkeme, şahadeti yanlış değerlendirmek ve bunun sonucu olarak spekülatif bulgulara vararak, keza meseleye şamil olmayan Fasil 138 Oteller Yasası ve 40/2003 sayılı Tüketicileri Koruma Yasası'nı esas alarak, davalıyı kazadan sorumlu tutmakla hata etmiştir. Alt Mahkeme, davacının, kaza anında

10 dakika yerde kalmasına rağmen otel personelinin olaya müdahale etmediğine ilişkin iddiasını yorumlayarak, tamamen spekülâtif bir değerlendirme ile, kazaya sebebiyet veren yerdeki artıkların uzun bir süre yerde kalmış olabileceği bulgusuna vararak, hatalı davranmıştır.

Alt Mahkeme, Fâsıl 138 Oteller Yasası ve 40/2003 sayılı Tüketicileri Koruma Yasası'nın bazı maddelerine atıfta bulunarak, davalının, davacıya karşı ihmalde bulunmama ve bir müşteri olarak ona karşı dikkatli olma yükümlülüğü olduğuna vurgu yaparak, konuya şâmil Fâsıl 148 madde 51 altında hüküm vermiştir. Bu nedenle davalının, Alt Mahkemenin ilgisiz mevzuata dayanarak karar verdiği iddiası reddolunur.

Davalı 1'in, dava konusu otelin işletmecisi olarak, Fâsıl 148 madde 51(1) ve madde 52(2)(b) altında müşterilerine karşı ihmalde bulunmama yükümlülüğü vardır. İhmal, Fâsıl 148 madde 51(1) altında düzenlenmektedir.

- “51. (1) Negligence consists of—
- (a) doing some act which in the circumstances a reasonable prudent person would not do or failing to do some act which in the circumstances such a person would do, or
 - (b) failing to use such skill or take such care in the exercise of a profession, trade or occupation as a reasonable prudent person qualified to exercise such profession, trade or occupation would in the circumstances use or take,
- and thereby causing damage:
- Provided that compensation therefor shall only be recovered by any person to whom the person guilty of negligence owed a duty, in the circumstances, not to be negligent.”

“51. (1) İhmal –

- (a) Makûl ölçüde ihtiyatlı bir kişinin, aynı koşullar içinde, yapmayacağı bir eylemi yapmayı veya yapacağı bir eylemi yapmamayı; veya
- (b) Bir meslek icra ederken veya bir ticaret veya iş yaparken, söz konusu meslek, ticaret veya işi icra etme veya yapma yeteneğine sahip ve makûl ölçüde ihtiyatlı bir kişinin göstereceği özen ve beceriyi göstermekte kusur etmeyi,

ve böylelikle başkalarına zarar vermeyi anlatır:

Ancak, bir ihmalle ilgili olarak tazminat, sadece, ihmal gösteren kişinin ihmalden zarar gören kişiye karşı, ihmalin gösterildiği koşullar içinde, ihmal göstermeme ödeviyle yükümlü olduğu durumlarda, tahsil edilebilir.”

Maddenin yorumu, geçmiş birçok içtihat kararında incelenmiştir. İyi yerleşmiş prensiplere göre, bir şahsın, bir başka şahsa karşı dikkatli olması gerekiyorsa, böyle bir şahsın, başka şahıslara zarar verebileceğini makul surette önceden görebileceği (reasonably foresee) eylem ve ihmallerden kaçınması için makul dikkat göstermesi gerekir.

Makul dikkat, alelade makul bir şahsın göstereceği dikkattir. (Bak: Hukuk/İstinaf 12/1972) Bu dikkatin ölçüsü, makul ölçüde ihtiyatlı bir kişinin aynı koşullarda göstereceği dikkattir. Makul ölçüde ihtiyatlı kişinin aynı ko-şullarda yapacağı bir şeyi yapmamak veya yapmayacağı bir şeyi yapmak, ihmal oluşturur.

Davalının, davacıya karşı ihmal göstermeme ödevi ile yükümlü olduğu durumlarda, davacının bir zarara uğraması halinde, davacı, ilk nazarda (prima facie) bir davası olduğunu gösterdiği takdirde, davalının tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmesi, ihmali bulunmadığı hususunda makul, kabul edilebilir bir izahat vermesine bağlıdır. Ward V. Tesco Stores Ltd. 1976 1 All

Er 219 davasında çoğunluk kararına imza atan LJ Lawton şunları söylemektedir:

“In this case the floor of this supermarket was under the management of the defendants and their servants. The accident was such as in the ordinary course of things does not happen if floors are kept clean and spillages are dealt with as soon as they occur. If an accident does happen because the floors are covered with spillage, then in my judgment some explanation should be forthcoming from the defendants to show that the accident did not arise from any want of care on their part; and in the absence of any explanation the judge may give judgment for the plaintiff. Such burden of proof as there is on defendants in such circumstances is evidential, not probative. The trial judge thought that prima facie this accident would not have happened had the defendants taken reasonable care. In my judgment he was justified in taking that view because the probabilities were that the spillage had been on the floor long enough for it to have been cleaned up by a member of the staff.

Bu davada, marketin zemininin düzenlenmesi Davalı ve müstahdemlerine aitti. Buradaki kaza, zeminin temiz tutulması ve birşey döküldüğü zaman, döküldüğü an işlem görmesi halinde, normal koşullarda meydana gelmez. Eğer yere dökülen birşey nedeni ile kaza olursa, bana göre, Davalı tarafından, kazanın onun ihmali nedeniyle olmadığı doğrultusunda bir izahat vermesi gerekir. Davalı üzerindeki ispat külfeti bu koşullarda şahadet sunmaktır, ispata müteallik değildir. Alt Mahkeme, ilk nazarda, Davalı makul ihtimam göstermiş olsa bu kazanın olmayacağını düşündü. Kanaatimce bu görüşe varmakta haklıydı, çünkü olasılık, yere dökülen

maddenin bir müstahdem tarafından temizlenmesi için yeterli bir zaman, orda kaldığı yönündedir.”

Daha önce de belirttiğimiz gibi, davalı 1'in, Fası 148 madde 51 altında davacıya karşı ihmalde bulunmama yükümlülüğü vardır.

Alt Mahkeme önündeki şahadete göre, davacı, kaza anında yere daha önceden dökülmüş bulunan yemek artıklarına basmak suretiyle düşerek zarara uğradığı cihetle, ilk nazarda bir davası olduğunu kanıtlamıştır. Davalının normal şartlarda makul ve öngörülü bir otel ve/veya restoran işletmecisinin davranması gerektiği gibi yerleri temiz tutması ve dökülenleri süratle kaldırması davacıya karşı ihmalde bulunmama yükümlülüğünün bir gereğidir. Davalı yerleri temiz tutup dökülenleri süratle kaldırdığı hususunda Alt Mahkemeyi tatmin ettiği takdirde, ihmalde bulunmama yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılarak, meydana gelen zarardan sorumlu olmaz.

Davalı tarafından şahadet veren, 18/8/2002 tarihinde restorandan sorumlu elemanı Zekeriya Koç'un şahadetine göre, mezkûr tarihte otelde müşteri olarak 700 civarında kişi bulunmaktaydı. Aynı gece bir müzik etkinliği nedeniyle, 400 - 420 otel müşterisi, otelin bir başka bölümünde yemek almakta idi. Kazanın olduğu restoranda ise 180 – 200 kişi vardı. Restoranda içki v.s. servisi için her 5 - 6 masaya hizmet etmek üzere 1 garson ve 1 komi görev yapmaktaydı. Garson ve komilerin servis görevi yanında, yere dökülen yemek artıklarının temizlenip kaldırılmasına yardım etmek de vardı. Bu amaçla, bu 2 personel masalar arasında sürekli dolaşmaktaydı. Bu şekilde her masa, 3 dakikalık sürelerle kontrol edilmekteydi. Bu organizasyon sayesinde, yere dökülen yemek artıklarının anında kaldırılması için makul önlem alınmıştı.

Davalı Avukatı, bu tanığın şahadeti ışığında, davalının temizlikle ilgili olarak yaptığı organizasyonun müşterilere karşı ihmalde bulunmama yükümlülüğünü yerine getirdiğini gösterdiğini ve kirlilikten dolayı kaza olması için yeterli tedbirin alındığını ortaya koyduğunu, restoranın temiz tutulduğunu, kazaya sebebiyet veren yemek artıklarının kaza anında ne kadar süre ile yerde kaldıklarına dair şahadet bulunmadığını, kurulan organizasyon sayesinde yere dökülen yemek artıklarının çok kısa bir süre yerde bulunma ihtimali olduğunu, buna rağmen kazanın meydana geldiğini, bu olgulara göre herhangi bir ihmalin söz konusu olmadığını iddia ederek, Alt Mahkeme kararının hatalı olduğunu ileri sürmektedir.

Kazaya sebebiyet veren yemek artıklarının, kaza anına kadar ne kadar süre ile yerde kaldığı hususu davalının ihmali olup olmadığını tesbitte önem arz etmekte olmasına rağmen, bu konuda Alt Mahkeme önünde direkt şahadet yoktur.

Bunun gibi, davalı tanığının yukarıda özetlediğimiz şahadetinde ileri sürdüğü tedbir amaçlı organizasyonunun gereğinin yerine getirilip getirilmediğine dair, yani garson ve komilerin 3 dakikalık zaman dilimlerinde masaların etrafında dolaşarak kontrolde bulduklarına dair de direkt bir şahadet ibraz edilmemiştir.

Alt Mahkeme önünde konu ile ilgili tek şahadet, davacının, davacının kızının şahadeti ile desteklenen şahadetidir. Buna göre, olay gecesi restoran çok kalabalık olup, masalar çok sıkışık olarak yerleştirilmiştir. Garson olarak ise çok az sayıda kişi görevlidir. Kaza anında bile, restoran personeli, ancak 10 dakika sonra olay yerine gelmiştir.

Alt Mahkeme, davacı tarafından ibraz edilen bu şahadete itibar ederek, olgularla ilgili bulgu yaparken bu şahadeti esas almıştır. Alt Mahkemenin şahadet ile ilgili bu bulgusuna karşı herhangi bir istinaf yoktur.

Alt Mahkeme, davalının ihmalkârlığı ile ilgili olarak kararında şu tesbitleri yapmaktadır:

“Bu aşamada belirtmekte yarar görürüm ki, yere dökülmüş makarnaların ve yemek artıklarının ne kadar süre ile yerde kaldığı önemli olmakla birlikte ve bu konuda zaman olarak net bir tesbit yapılmamış bulunmakla birlikte, yukarıda da vurgulandığı üzere, konu otelin 5 yıldızlı bir otel olduğu ve olay sonrasında yapılması gereken temizlikte bile gecikmenin söz konusu bulunduğu göz önüne alındığında, bu noktanın çok net ortaya konulamamasının fazla da bir önemi olamamaktadır. Ortaya konulanlardan ve olgulardan anlaşılacağı üzere, otel işletmesi, o gece için olaylara geç müdahale eder konumdadır ve bu da “yemek artıklarının ne kadar süre ile orda kaldığı kanıtlanmadı o nedenle sorumluluğum yoktur” özlü iddiayı değer verilebilir olmaktan çıkarmaktadır.

Yukarıda belirtilmesine karşın Davalı (1)’in, dava konusu kazanın olmaması için tüm önlemleri aldığı söylemek de olanaklı değildir. Davalı (1), tüm önlemleri alıp, 5 yıldızlı bir otel için gerekli hız ve titizlikte temizlik yapsa veya restoranın masa aralarını veya koridorları gerekli sıklıkla gözden geçirse açıktır ki, konu kaza olmayacaktı. Daha ileri giderek, Davalı (1)’in tüm önlemleri aldığı kanıtlanmış kabul edilse bile, kazanın yine de gerçekleşeceğini düşünmekse, yukarıda dile getirdiklerim ışığında olanaklı değildir. Davacının, 5 yıldızlı bir otelin restoranında, yerdeki yemek artıklarına basıp kayıp düşmesini, anlık ve önlenemeyecek bir kaza olarak yorumlamak ise kabul edilebilir bir husus değildir.”

Alt Mahkemenin, davalının olay gecesini olaylara geç müdahale edildiğine dair bulgusu, davacının, Alt Mahkeme tarafından doğru olarak kabul edilen ve istinaf konusu yapılmamış şahadeti ile uyum içinde olduğundan hatalı değildir.

Davalının ileri sürdüğü, yemek artıklarından dolayı herhangi bir kaza meydana gelmemesi için makul bir işletmecinin göstermesi gereken dikkati ve ihtimamı göstererek gerekli organizasyonu kurduğu iddiası, makul ve kabul edilebilir tedbirlerin alındığı iddiasını kanıtlamaya yeterli olmayıp, organizasyonun gereğinin yerine getirildiğinin de şahadetle ortaya konması gerekirdi. Bu yapılmadığı cihetle, Alt Mahkemenin yeterli tedbirlerin alınmadığına dair bulgusu hatalı değildir.

Alt Mahkeme, kararında, davacının katkısız kusuru ile ilgili olarak şunları belirtmektedir:

“Ayrıca doğaldır ki, Davalı (1) için olduğu kadar olmasa da, Davacı için de, açık büfe bir restoranda yerlere yemek dökülebileceğini düşünme sorumluluğu mevcuttur. Olay anında Davacının, babet ayakkabı giydiği, masa aralarının dar olduğu, olayın, Davacının otele geldiği ilk gün gerçekleştiği hususları yukarıda değerlendirilenlerle birlikte göz önüne alındığında, dava konusu kazanın oluşumunda, Davacının da katkısız kusuru olduğunu söylemek kanaatimce kaçınılmazdır.

Tüm söylenenler değerlendirildiğinde ve özellikle 5 yıldızlı bir otelde konaklamanın, Davacı açısından yarattığı rahat hareket etme duygusu göz önüne alındığında, Davacının kusurunun %20 olarak saptanması kanaatimce doğru ve adil olandır.”

Dava ile ilgili tüm olgular dikkate alındığında, kazadan dolayı davacıya kusur yüklenip yüklenemeyeceği tartışma konusu olmakla birlikte, bu konuda davacı tarafından herhangi bir istinaf dosyalandığını dikkate alarak herhangi bir şey söylemeyi uygun bulmayız. Katkısal kusur konusunda verilen kararın tüm olgular ışığında makul olduğu görüşündeyiz.

Sonuç olarak istinaf reddolunur.

İstinaf masraflarının, istinaf eden tarafından ödenmesine emir verilir

Şafak Öneri
Yargıç

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

18 Nisan 2014

D. 11/2014

Yargıtay/Hukuk No. 9/2013
(Gazimağusa Dava No. 1506/2009)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Narin F.Şefik, Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: Abdurrahman Uyar, Tatlısu
(Davalı)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Raşit Cankadı, Tatlısu
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat İsmail Sağlamer
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Tevfik Pilli.

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Başkanı Gülden Çiftçioğlu'nun 1506/2009 sayılı davada 30/11/2012 tarihinde verdiği karara karşı Davalı tarafından yapılan istinaftır.

Bir motosiklet sürücüsü olan Davacı yolda park edilmiş arabaların arkasından yola çıktı ve yolda seyretmekte olan Davalının arabasına çarptı – Davacı bu kazaya Davalının ihmalkarlığının neden olduğunu iddia ederek Davalıdan tazminat talep eden bir dava açtı – Alt Mahkeme kazada tarafların %50 oranında kusurlu olduğu kanısına vararak bu orana göre tazminat kararı verdi – Davalı bu kararı istinaf etti – Yargıtay, ihmal sonucu meydana gelen kazalarla ilgili ilkeleri gözden geçirdi – Makul ve öngörülü (prudent) bir sürücünün yolu kullanırken yolda park edilmiş vasıtaların arkasından bir yaya veya motorlu aracın çıkabileceğini dikkate alması gerektiğini belirtti – Davalının bu kazada kusuru olduğu kanısına varan Yargıtay, buna rağmen Davacının da park edilmiş bir aracın arkasından yola çıkarken dikkatli olması gerektiğini belirterek, Davalının kusurunu %35 olarak saptadı – Yargıtay, bu kusur oranına göre tazminatta indirim yaptı.

Trafik kazası – İhmalkarlık – Trafik kazası sonucu tazminat talebi – Katkısal kusur – Park edilmiş bir aracın arkasından yola çıkan motosikletin katkısal kusuru – Kusur oranı saptanırken şahadete dayanmayan olguların dikkate alınmasının hatalı olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- *Christos Charalambides V. Polyvios Michaelides, JSCC 1973, part II.*
- 2- *Nicolaidis V. Ekonomides (1963) CLR 2, sayfa 781.*

KARAR

Şafak Öneri: 10/10/2008 tarihinde Tatlısu köyünde, davalının yönetiminde bulunan CN 776 plakalı araba ile, davacının yönetiminde bulunan EA 184 plakalı motosikletin methaldar olduğu bir trafik kazası meydana geldi.

Kazanın, davalının dikkatsizliği ve ihmalkârlığı sonucunda meydana geldiğini ileri süren davacı, kaza sonucunda almış olduğu bedensel yaralardan dolayı uğradığı özel ve genel zararın tazmini için Mağusa Kaza Mahkemesinde huzurumuzdaki istinafa konu davayı dosyaladı.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme, huzurundaki şahadet ışığında, kaza ile ilgili olarak aşağıdaki şekilde bulgu yaptı:

“Yukarıda işbu kazanın oluş şekli ile ilgili Davacı Tanığı No 2 p/m Abidin Bayram’ın şahadeti, Emare 2 kroki ve çözüm anahtarı ve Davalıya ait Emare 3 gönüllü ifade ışığında, Davalının CN 776 plakalı pick up aracı ile, ana yolda, Yalı Mahallesinden Aktunç Mahallesine doğru seyretmekte olduğu bir esnada, Çelik Restorant önünden geçerken istikametine doğru yolun sol tarafında park halinde bulunan FS 684 plakalı van aracı geçtiği esnada, Davacının EA 184 plakalı motosiklet aracı ile yolu karşı karşıya geçmek için yolun içerisine çıktığı ve yol

içerisinde, takriben yol kenarından 3.80 metre mesafe aldığı esnada Davalının, yönetimindeki CN 776 plakalı aracın sol önü ile Davacının kullandığı EA 184 plakalı aracın sağ tarafına çarpmak suretiyle bir trafik kazası yaptığı hususlarında bulgu yaparım.”

Kazanın oluş şekli ile ilgili olarak yukarıdaki bulguya varan Alt Mahkeme, tarafların kazaya olan katkısını da inceleyerek, davalının, meskun mahalde yol kenarına park edilmiş araçların önünden veya arkasından yola araç veya yayaların çıkabileceğini öngörmeyerek dikkatsiz davrandığı, park edilmiş aracı gördüğü anda süratini azaltmadığı, davacının motosikletini gördüğü anda ise yeterince fren yapmadığı gibi kazayı önleyecek yeterli manevra da yapmadığı nedenleriyle, kazanın oluşumuna katkıda bulunduğu, davacının ise, davalının kullandığı arabanın yolu kullanmakta olduğunu görmemekle, ana yolun boş olup olmadığını kontrol etmeden yola çıkış yapmakla, yol kenarında park edilmiş bir araç olduğu halde yoldaki trafiği rahatça görebileceği bir yerden yola çıkmamakla, dikkatsiz ve ihmalkârane davrandığı ve kazaya katkıda bulunduğu bulgusuna vardı. Her iki tarafın da kazaya olan katkısız kusurunu %50 olarak tesbit eden Alt Mahkeme, davacının uğradığı zarar-ziyan için tazminata hükmetti.

Alt Mahkeme kararının hatalı olduğunu iddia eden davalı, huzurumuzda bulunan istinafi dosyaladı.

İstinaf ihbarnamesi kazanın meydana gelmesindeki sorumluluk ve davacı lehine verilen tazminata karşı, 9 istinaf sebebi içermesine rağmen, davalı avukatı sadece 2 istinaf sebebini ileri götürerek, diğer istinaf sebeplerinde ise ısrar etmedi. Bunun gibi, mukabil istinaf dosyalayan davacı da istinafin duruşma-sında, mukabil istinaf sebeplerini ileri götürmedi.

Davalının ileri sürdüğü istinaf sebeplerine göre, Alt Mahkemenin, davalının kazanın oluşumunda hatalı olduğuna dair bulgusu hatalıdır. Her halükârda, davalıya yüklenen %50 sorumluluk oranı açıkça fazladır.

Alt Mahkemenin kazanın oluşumu ile ilgili bulgularında hatalı olduğuna dair istinaf sebebi ileri sürülmemiştir. Huzurumuzda tartışılan tek konu, davalıya yükletilen %50 katkısız kusurun isabetli olup olmadığı noktasındadır.

Davalı avukatı, istinafin duruşmasında, kaza anında davacının motosikleti ile aniden yola atıldığını ve o esnada yolu kullanan davalının arabasının önünü keserek davalıya çarptığını, davalının kazada hiçbir kusuru bulunmadığını iddia etmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Alt Mahkemenin olgular ile ilgili bulguları aleyhine herhangi bir istinaf sebebi yoktur. Alt Mahkemenin yukarıda alıntısı yapılan bulgularına göre, kaza, davalı avukatının istinafta ileri sürdüğü gibi meydana gelmiş değildir.

Kaza anında, davalının aracının 16 metre fren izi bıraktığı sabittir. Düşünme payı (thinking distance) süresi de dikkate alındığında, davalının, davacının yol içerisinde olduğunu, 16-20 metre mesafeden görmüş olması gerekir. Kaza, davalının aracının sol ön kısmı ile davalının motosikletinin sağ tarafına, şahadete göre, motosikletin ortasına tekabül eden ayakça kısmına çarpması sonucu meydana gelmiştir. Bu olgular, davalının çarpışmanın ani olduğu iddiasını doğrulamamaktadır. Olgulara göre, davalı, davacının yol içinde olduğunu 16-20 metre mesafeden görmüş, kazayı önlemek için fren yapmasına rağmen duramayarak, davacıya çarpmış ve kaza meydana gelmiştir. Kaza, davacının motosikleti ile aniden yola atılıp, o esnada yolu

kullanmakta olan davalıya çarpması şeklinde meydana gelseydi, davalıya herhangi bir kusur yüklenmeyebilirdi. (Bak: Bizi bağlamamakla birlikte, Christos Charalambides V. Polyvios Michaelides, JSCC 1973 part II)

Olgulara göre, davalı boş bir yolda ilerlemekteydi. Davacı ise, davalının kendisini göremeyeceği bir yerden, bir van arabanın arkasından yola giriş yapmış, 6.10 metrelik yolun 3.80 metresini aştığı anda kaza meydana gelmiştir.

Bu olgular ışığında, davalının kusuru, park edilmiş van araba arkasından davacının yola atılabileceğini öngörmeyerek tedbir almamasıdır. Makul ve öngörülü (prudent) bir sürücünden beklenen, yolu kullanırken yolda park edilmiş araçların arasından yola her an yaya veya motorlu aracın aniden çıkabileceğini öngörerek gerekli tedbirleri alması, dikkatli davranması, süratini bu gibi tehlikelere karşı anında durabilecek salim bir hadde indirmesidir.

Davalı ise, makul ve öngörülü bir sürücünden beklenen tavrı göstermeyerek, davacının yol içerisinde bulunduğunu zamanında görmemiş, yol kenarında park edilmiş araç yanından yol içerisine araç ve yaya çıkabileceğini dikkate alarak salim bir sürüş yapmamış, bu cümleden olmak üzere park edilmiş aracı gördüğünde süratini azaltmayarak, ihmalkâr davranmış ve kazaya katkıda bulunmuştur. (Bak: Nicolaidis V. Ekonomides (1963) CLR 2, sayfa 781)

Alt Mahkemenin, davalının kaza anında kazayı önlemek için yeterli fren ve manevra yapmadığına ilişkin bulguları şahadete dayanmadığından hatalıdır. Alt Mahkeme hatalı bulgulara dayanarak kusur oranı tesbit etmekle hatalı davranmıştır.

Davacı ise, alelade makul ve öngörülü bir motosiklet sürücüsünden beklenen dikkat ve ihtimamı göstermeksizin kaza anında park edilmiş aracın yanından yola çıkarken, yoldaki trafiği görmeye müsait olmayan bir yeri seçmekle, yolda bulunan davalının aracını görmemekle, yolu karşıdan karşıya geçerken etrafını yeterince kontrol etmemekle, kazanın meydana gelmesine katkıda bulunmuştur.

Yukarıda özetlenen olgular ve tarafların kazaya olan katkıları dikkate alındığında, Alt Mahkeme tarafından tesbit edilen %50 katkısız kusur oranı fazla olduğundan, davalının kazaya olan katkısız kusurunun %35 olduğu bulgusuna varırız.

Sonuç olarak, Alt Mahkeme hükmünün A, B ve C paragrafları iptal edilerek aşağıdaki şekilde değiştirilir.

- A) Davacının aldığı yaralar, çektiği acı ızdırıp ve hayat nimetleri kayıpları ile ilgili olarak 15,079 TL genel tazminat;
- B) Duruşma tarihine değin geçen 4 yıllık süre için kazanç kaybı olarak 18,060 TL genel ve/veya özel zarar-ziyan;
- C) Müstakbel kazanç kaybı olarak 36,120 TL genel tazminat; için hüküm verilir.

Mukabil istinaf ret ve iptal edilir.

İstinaf ve mukabil istinaf masrafları için herhangi bir emir verilmez.

Şafak Öneri
Yargıç

Narin F. Şefik
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

28 Nisan 2014

D. 12/2014

Yargıtay/Hukuk 52/2011
Lefkoşa Dava No: 3586/2004)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Mehmet Türker.

İstinaf eden: Fuat Veziroğlu, Lefkoşa
(Davalı No. 1)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Yalım Eralp, İstanbul
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden şahsen hazır
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Talat Kürşat.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Peri Hakkı'nın 3586/2004 sayılı davada 23.3.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı No. 1 tarafından yapılan istinaftır.

Davalı No.1 yazdığı 'Annan Planı ve Yalan Makinaları' adlı kitapta Davacıdan 'Papyonlu Şarlatan' diye söz etti – Bunun üzerine Davacı, Davalılar aleyhine bir zem ve kadih davası açtı – İlk Mahkeme davayı dinledikten sonra Davacı lehine hüküm verdi – Davalı no.1 bu hükmü istinaf etti – Yargıtay, zem ve kadih davalarındaki ilkeler üzerinde durdu – Yargıtay 'Innuendo' yani ima yoluyla hakaret konusunu irdeledi – Fasıllık 148 Haksız Fiiller Yasası, madde 3 ve 18 ile İngiliz içtihatlarını inceledi – Davalı 1'in bir kısım iddialarında haklı olduğunu ancak bu durumun sonucu değiştirmedini belirten Yargıtay, istinafi reddetti.

Zem ve kadih – Davalı no.1'in yazdığı kitapta Davacıya hakaret ettiği iddiası – Fasıllık 148 Haksız Fiiller Yasası'nın 3., 17. ve 18. maddeleri – Innuendo (İma yoluyla hakaret) tartışması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- Yargıtay/Hukuk 42/84 – D.26/84.
- 2- Yargıtay/Hukuk 70-71/97 – D.3/99.
- 3- *Fullam V. Newcastle Chronicle Journal Ltd (1977) 1 W.L.R., 651, s.654.*

Atıfta Bulunulan Bilimsel İctihatlar:

- 1- *Gatley on Libel and Slander, 8th ed. Para 88, 93, 1061, 1065, 1069, 1320 ve 1327.*

HÜKÜM

Narin F. Şefik: Huzurumuzdaki istinaf, Bidayet Mahkemesinin, 23.3.2011 tarihli, zem ve kadih davasında, Davacı lehine verdiği hükümden kaynaklanmaktadır.

Davada zem ve kadih içerdığı iddia edilen sözler, Davalı No.1 tarafından yazılan ve Davalı No.2 tarafından yayınlanan “Annan Planı ve Yalan Makinaları” adlı kitapta yer almaktadır.

Davacı, Talep Takriri ile, Davalı No.1’in kitabın yazarı olduğunu, Davalı No.2’nin ise kitabı KKTC’de ve Türkiye’de “yayınlayan ve/veya basımını yapan Akdeniz Haber Ajansı Yayınlarının sahibi ve/veya mezkur kitabın yayımcısı” olduğunu ileri sürmüştür.

Davacı, Davalı No.2 aleyhindeki davasını, 23.2.2006 tarihinde geri çekmiştir. Bidayet Mahkemesi, Davacı ve Davalı No.1 arasındaki davayı

dinlemiş ve 23.3.2011 tarihli kararı ile Davacı lehine ve Davalı No.1 aleyhine 3000 TL tazminat ve 1500 TL dava masrafı için hüküm vermiştir.

İstinaf Eden/Davalı No.1, bu karardan 8 istinaf sebebi ile istinaf etmiştir. İstinafın dinlenmesi aşamasında, istinafını 4 başlık altında toplamıştır.

1. Davacı, Talep Takririnde, Davalı No.1'in kitabı yayınladığı veya yayınlamasına katkı koyduğu iddiasında bulunmadığından, Davalı aleyhine herhangi bir dava sebebi yokken Davacı lehine karar vermekle Bidayet Mahkemesi hata yaptı.
2. Huzurundaki şahadet ışığında, "Papyonlu Şarlatan" söz dizisinden, Davacıya karşı zem ve kadih haksız fiilinin oluştuğunu kabul eden Bidayet Mahkemesi hata yaptı.
3. Bidayet Mahkemesi, Davalı tarafından tanıtma olarak ibraz edilmek istenen, Annan Planı ve Doğu Perinçek'in kitabının ibrazına izin vermemekle, Davalının müdafaa hakkını engelledi ve hata yaptı.
4. Bidayet Mahkemesi, KKTC'de Davacının tanındığı doğrultusunda şahadet yokluğunda, Davacı lehine herhangi bir tazminata hükmetmekle, tazminat miktarını 3000 TL gibi fahiş bir rakam saptamakla ve dava masrafı olarak 1500 TL tespit etmekle hata yaptı.

1. istinaf sebebi:

Davacıya karşı zem ve kadih haksız fiilinin oluşması için tatmin edilmesi gerekli unsurlar, Fası 148 madde 17'de yer alır. Zem ve kadih haksız fiilinin oluşması için "publication", yani yazının , 18. maddede serdedilen anlamda yayınlanması gerekmektedir.

18. madde aynen şöyledir:

- “18. (1) A person publishes defamatory matter if he causes the print, writing, painting, effigy, gestures, spoken words, or other sounds or other means by which the defamatory matter is conveyed to be dealt with, either by exhibition, reading, recitation, description, delivery, communication, distribution, demonstration, expression or utterance, or otherwise, so that the defamatory meaning thereof becomes known or is likely to become known to any person other than-**
- (a) the person defamed thereby; or**
 - (b) the husband or wife of the person publishing the defamatory statement so long as the marriage is subsisting.**
- (2) For the purposes of this section, communication by open letter or postcard, whether sent to the person defamed or to any other person, constitutes publication.”**

- “18. (1) Bir kimse, zem ve kadih içeren baskıyı, yazıyı, boyanmış şeyi, resimi, maketi, jest ve mim“18.(1) ikleri, söylenen sözleri, veya başka sesleri veya zemmedici malzemeyi veya ifadeyi başka yöntemle ileten şeyleri teşhir etme veya sergileme, okuma, dinleti, ezbere okuma, tarif etme, teslim etme, iletme veya ulaştırma, tevzi etme veya dağıtma, gösterme veya gösteri düzenleme, ifade etme veya ağızdan ses çıkarma veya başka biçimde hareketle bunların zemmedici anlamının -**
- (a) zemmedilen kişiden başka herhangi bir kişi tarafından ; veya**
 - (b) (b) evlilikleri yürürlükte bulunduğu sürece, zem ve kadih içeren beyanı yayımlayan kişinin karısı veya kocası dışında herhangi bir kişi tarafından öğrenilmesine veya öğrenilmesi olasılığının yaratılmasına sebep olursa, zemmedici malzeme yayımlamış olur.**

(2) Bu madde amaçları bakımından açık mektup veya kartpostalla yapılan iletişim, ister zemmedilen kişiye, isterse başka bir kişiye gönderilmiş olsun,yayınlama oluşturur.”

Zem ve kadih haksız fiilinin oluşması için, zem ve kadih ihtiva ettiği iddia edilen metnin, yazarın kendisi, eşi ve hakaret edilen kişi dışında en az bir kişinin daha bilgisine getirilmesi gerekir.

Davacı, Davalı ve Davalının eşi dışında bir kişi yazıyı görmediği takdirde, yazının madde 18’de belirtildiği şekilde yayınlanmış olduğu kabul edilemez. Haksız fiilin oluşması için, yazının yazıldığı ve yazının yayınlandığı iddialarının esasa müteallik olgu olarak talep takririnde yer alması gerekir.

Davacının talep takririne bakıldığı zaman, talep takririnin 2. paragrafında, Davalı No.1’in kitabın yazarı, Davalı No.2 ise kitabı yayınlayan ve/veya basımını yapan Akdeniz Haber Ajansı Yayınlarının sahibi ve/veya mezkûr kitabın yayımcısı sıfatı ile dava edildikleri görülür. Talep takririnin içerisinde Davalı No.1’in kitabı yazdığı ve/veya kaleme aldığı, Davalı No.2’nin ise kitabı yayınladığı ve/veya yayınlanmasını sağladığı yer alır. Talep takririnde kullanılan yayınlama kelimesi, madde 18 anlamında değil, kitabın basım işlemini yaptırdığı anlamında kullanılmıştır.

Bir zem ve kadih davasında talep takririnde nelerin yer alması gerektiği, Gatley on Libel and Slander, 8th ed. Paragraf 1061’de şu şekilde izah edilir:

“1061. Material facts. The statement of claim must contain a concise statement of the material facts on which the plaintiff relies, but not the evidence by which they are to be proved. The material facts are the publication by the defendant, the words published,

that they were published of the plaintiff, where necessary the facts relied on as causing them to be understood as defamatory or as referring to the plaintiff, and knowledge of these facts by those to whom the words were published, and where the words are slander not actionable per se any additional facts making them actionable, such as that they were calculated to disparage the plaintiff in an office, etc., held by him or that they had caused special damage.”

(Esasa ilişkin olgular. Talep takririnde esasa müteallik olguların yer alması şarttır. Bu olguları ispat edecek şahadetin talep takririnde yer alması gerekmez. Esasa müteallik olgular Davalı tarafından yayınlama, yayınlanan kelimeler, bu kelimelerin Davacı hakkında yayınlandığı, gerektiği hallerde sözlerin zem ve kadih ihtiva ettiğini veya Davacıyı ilgilendirdiği gösteren olgular ile sözlerin yayınlandığı kişiler tarafından bu hususların bilindiği” dir.)

Talep takririnde Publication ile ilgili ne tür detayın olması gerektiği ise 1065.paragrafta yer alır:

“1065. Details of publication. The statement of claim must in principle show that the words were published on a stated occasion to a named person or persons other than the plaintiff. Thus, in an action for libel on a letter or memorandum the plaintiff should specify the date on which and the person or persons to whom the libel was published. But the principle requires only that the defendant be given due notice of the case he has to meet, and there is no fixed general rule. Where the publication complained of is in a newspaper or book it is not usual to plead particular acts of publication unless the plaintiff is relying on special facts not generally known.”

Burada açıkça zem ve kadih teşkil eden yazının, bir kitapta yer aldığı takdirde, Davacının davasını “publication”, yayınlama, ile ilgili olarak genelde bilinmeyen özel olgulara dayandırmadığı sürece, davada detay verilmesi gerekmediği ifade edilmektedir.

Fullam V. Newcastle Chronicle Journal Ltd (1977) I W.L.R 651, sayfa 654'de bu konu ile ilgili şu sözler yer almıştır:

“If the plaintiff relies on the natural meaning of the words (pleading what is called a “popular” innuendo so as to show what, in his view, is the natural and ordinary meaning) he must in his statement of claim, specify the person or persons to whom they were published: save in the case of a newspaper or periodical which is published to the world at large, when the persons are so numerous as to go without saying-or book, I woul add.”

(Kelimelerin doğal anlamında kullanıldığını ileri sren bir Davacının genelde talep tavrında bu kelimelerin kim veya kimlere yayımlandığını da belirtmesi gerekir. Ancak tüm dünyaya yayımlanan bir gazete veya mecmua ve bir kitap olduğu zaman bu yayımın çok kişiye yapıldığı iddia edilmesine gerek olmayacak kadar açık olduğu için, buna gerek yoktur)

Davalı No.1, kitabı oluşturan metni yazmış, Davalı No.2 metnin kitap olarak yayınlanmasını sağlamıştır. Davalı No.1, Emare No.1 Kitabın 9 ile 11. sayfaları arasında yer alan bir n sözü de kaleme almıştır. Bu Emarenin 11. sayfasında, Davalı No.1'e ait ifadeler aynen şyledir:

“Bu küçük kitapta, tek amacımız, bir yandan Annan plânını izah ederken, diğer yandan İter Türkmen ve benzerlerinin yalanlarını, kendi yazdıklarından ve Annan plânından alıntılar yaparak sergilemek.

**Yalancının mumunu söndürmek.
Hepsi bu.**

**Fuat Veziroğlu
24 Temmuz 2003
Lefkoşa”**

Emare No.1 Kitabı yazan Davalı No.1, bu kitap vasıtasıyla bazı hususları kamuoyuna sunmak istediğini kendi ön sözünde vurgulamaktadır. Davalı No.1, bu kitabın fiili basımında yer almamış, ancak kitabın Davalı No.2 tarafından basılması için kitabı oluşturan metni, Davacı, kendisi ve eşi dışında birisi olan Davalı No.2'e vermiştir. Fasıllık 148 madde 18 maksatları bakımından bu davranış mevzuatın aradığı bir yayımdır (publication) ve bunu destekleyecek şahadet, Bidayet Mahkemesi huzurunda mevcuttur. Talep tavririnde Davacı, Emare No.1 Kitabı Davalı No.1'in yazdığını, Davalı No.2'nin yayınladığını belirtmektedir. Davalı No.1'in Davalı No.2'ye kitabı vermekle yayınlamış olduğu talep tavririnde yoktur. Talep tavririnde, kitabı oluşturan metni Davalı No.1'in yayınladığı iddiası da yoktur. Fasıllık 148 madde 11 altında Davalı No.1 ve 2 (joint tortfeasor), müştereken ve müteselsilen sorumlu konumundadırlar. Böyle kişiler, aynı dava ile dava edilebilecekleri gibi, ayrı da dava edilebilirler. Bu konu ile ilgili Gatley paragraf 1006'da şu sözler yer alır:

“...the author of the libel and the proprietor, editor, printer and publisher of the newspaper in which it appeared are jointly and severally liable, and the plaintiff can join any or all of them as co-defendants in one and the same action. If he brings separate actions, two or more of the defendants may apply to have the actions consolidated.”

(Zem ve kadihin yazarı ve bunun yayımlandığı gazetenin sahibi, editörü, basımcısı ve yayımcısı tümü müştereken ve müteselsilen sorumludurlar ve Davacı onları Davalı olarak aynı davada dava edebilir. Davacı bu kişiler aleyhine ayrı dava açtığı takdirde, 2 veya daha fazla Davalı, davaların konsolide edilmesi için müracaat edebilir.)

Bu nedenlerle, İstinaf Edenin, Davacının Davalı No.1 aleyhine talep takririnde herhangi bir dava sebebi ihtiva etmediğini ve kitabın Davalı No.1 tarafından yayımlandığını gösterecek şahadet sunulmadığı iddiaları yersizdir ve 1. istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

2. istinaf sebebi:

Davacı, talep takririnde, 3. paragrafta, Emare No.1 Kitapta zem ve kadih teşkil ettiğini ileri sürdüğü ifadeleri sıralamıştır. Mavi 11 aynen şöyledir:

“Şöyle ki;

- a. “... Bu utanç verici gizli mesajda isim vermeden zikredilen “bir grup eski büyükelçi” kim acaba? Tabii ki İlter Türkmen ve papyonlu şarlatan Yalım Eralp, (Sayfa 15)
- b. “...papyonlu şarlatan Yalım Eralp ise...”(Sayfa 40)
- c. “...ve papyonlu şarlatan Yalım Eralp...”(Sayfa 43)
- d. “...Annan belgesinin şampiyonları arasında papyonlu şarlatan Yalım Eralp’in ayrı ve özel bir yeri var. Onun neresini anlatsam ki?(Sayfa 53)
- e. “...Karen Fogg bataryasının topçu subaylarından Yalım Eralp ...”(Sayfa 53)
- f. “...Papyonlu şarlatan iddia ve yalanlarında o kadar ileri gitmişti ki...”(Sayfa 54)
- g. “... ve papyonlu şarlatan Yalım Eralp’in...”(Sayfa 60)”

Davacı, talep takririnde, bu sözlerin, “kendiliğinden ve/veya sade ve/veya doğal anlam itibarı ile ve/veya kitapta olduğu şekliyle hakaret ve/veya iftira ve/veya zem ve kadih teşkil ettiğini, bu sözlerin “açık ve sarih bir şekilde Davacıya yönelik yazılmış olup, zaman zaman ise bu sözler ve/veya cümleler ve/veya ibareler ve/veya sıfatlar ve/veya ifadeler ve/veya iddialardan Davalı No.1’in Davacıyı ima ettiğini (innuendo) kolayca” anlaşıldığını ileri sürmüştür.

Davacı, talep tkririnde, sadece Şikayet ettiği sözlerin yer aldığı cümlelerin kısımlarına yer vermiştir.

Gatley paragraf 1069'da, zem ve kadih teşkil ettiği iddia edilen pasajın yazılmasının ve hangi sayfada bulunduğunun belirtilmesinin yeterli olduğu, tüm yazı veya mektubun yazılmasının gerekmediği yer almaktadır:

“1069. Libellous passages only to be set out. If the plaintiff is suing in respect of certain libellous passages in an article or letter, he should not set out the whole article or letter; it is sufficient to set out the libellous passages only, provided their meaning be clear and distinct. But if the meaning of the passages needs clarification from the context, or if the imputation conveyed by the libellous passages is materially altered or qualified by other passages in the article or letter, the plaintiff should specify those other passages which, as he contends, are the context from which the natural and ordinary meaning is derived. He should not plead the whole article or letter. On the other hand, semble, he cannot pick and choose between libellous passages which are not in severable parts of the work. And there may be cases in which the plaintiff can set out a whole article in the statement of claim, and rely on the effect it makes as a whole; in such a case the defendant would not be entitled to particulars or which parts of it are alleged to be defamatory.

If the libellous passages are contained in a book, the plaintiff should set them out as separate passages, indicating in each case the page at which it is to be found.”

Innuendo, zem ve kadih teşkil ettiği ileri sürülen kelimelerin doğal anlamı ile değil de, yayınlanan kiŐilerde olan zel bilgiler ışığında, zem ve kadih teşkil ettiği durumu kapsar. Davacı, talep tkririnde, yukarıda alıntısı yapılan paragrafta innuendo kelimesini kullanmıŐ olmakla beraber, talep tkririnin 4. paragrafının devamında, davasını, kelimelerin doğal ve sade anlamı üzerine kurduğu görülmektedir. Alıntı yapılan paragrafta, innuendo

kelimesi, sözlerin, Davacıya atıfta bulunduğu anlaşılabilir anlamında kullanılmıştır. Ancak bu, zem ve kadih ile ilgili mevzuatta yer olan innuendo olmadığından, talep takdirinde şikayet konusu yapılan sözlerin innuendo ihtiva ettiği ile ilgili bir talep bulunduğu kabul edilmez.

Şikayet konusu kelimelerin doğal ve sade anlamı ile kullanıldığı iddia edilmesi halinde, bu kelimelerin makul zeka düzeyi bulunan, makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesine sahip, makul bir vatandaş konumundan incelenmesi gerekir.

Davacının veya Davalının kullanılan kelimelere, ne anlam verdiği önem arz etmez, yani Davalı bu kelimeleri kullanırken ne söylemek istediği veya Davacı okurken ne anladığına önem atfedilemez. Mahkemenin, şikayet konusu kelimelerin ne anlamda anlaşıldığına karar verirken, kendisini makul zeka düzeyi olan, makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesine sahip, makul bir vatandaş yerine koyarak yazıyı okuması ve bu vasıfları taşıyan bir vatandaşın bu kelimeleri ne şekilde anlayacağına bakması gerekir.

Gatley on Libel, 8th edition paragraf 88 ve 93'de bu konu ile ilgili şu sözler yer alır:

“88. The test is whether .. under the circumstances in which the writing was published, reasonable men to whom the publication was made would be likely to understand it in a libellous sense. The imputation conveyed is not to be determined by the meaning intended by the man who published the words, nor is it necessarily determined by the meaning which those to whom the words were published in fact attached to them.”

“93. Natural and ordinary meaning. Words are normally construed in their natural and ordinary meaning, i.e. in the meaning in which reasonable men of ordinary intelligence, with the ordinary man’s general knowledge and experience of worldly affairs, would be likely to understand them. The natural and ordinary meaning may also “include any implication or inference which a reasonable reader guided not by any special but only by general knowledge and not fettered by any strict legal rules of construction would draw from the words. The words are not to be construed in a milder sense (mitiori sensu) merely because they are capable on some forced construction of being interpreted in an innocent sense.”

Davacının yukarıda sıralanan ifadelerinin, Davacıya karşı zem ve kadih teşkil ettiği Bidayet Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bidayet Mahkemesi, kararında, Mavi 63, 64 ve 65’de şöyle demiştir:

“Yukarıda madde ışığında zem ve kadih haksız fiilin oluşabilmesi için dava konusu yazılanların Davacının şeref ve haysiyetini olumsuz bir şekilde etkilemesi, rencide etmesi veya Davacıyı küçük düşürmesi veya gülünç veya nefret edilecek duruma getirmesi veya Davacının başkaları tarafından sakınılması gereken bir şahıs olduğunun düşünülmesine sebep olması gerekir. Davacı açısından zikrolunanların gerçekleşip gerçekleşmediğini tetkik ederken Mahkemenin kendisini makul ve sıradan bir vatandaşın yerine koyması ve böyle bir kişinin dava konusu yazıları okuduğu zaman ne anladığını veya ne düşündüğünü saptaması gerekir. Bu noktada önem arzeden husus makul ve sıradan bir vatandaşın yazılardan ne anlam çıkardığıdır. Bir diğer anlatımla Davacının veya tanıkların dava konusu yazılara ne gibi mana attığı ve ne gibi sonuçlar çıkardığı önemli değildir ve Mahkeme tarafından dikkate alınmamalıdır. Keza Mahkeme Emare 1 kitapta yer alan “şarlatan” kelimesinin doğal anlamları ile Davacı açısından zem ve kadih teşkil edip etmediğine bakmalıdır.

.....
Yani kelimelerin kullanımında normal anlamları dışında sıradan bir zeka ve bilgiye sahip makul bir kişinin özel bilgisi haricinde

genel bilgi ve tecrübesi ile çıkaracağı anlam da kelimenin doğal anlamı kapsamında kabul edilmelidir.

Emare 1 kitapta yer alan “şarlatan” kelimesinin Davacıya zem ve kadih oluşturup makul bir vatandaşın bakış açısıyla değerlendirmeli ve böyle bir şahısın yazıları ne şekilde anlayıp yorumlayacağı saptanmalıdır.

“Şarlatan” kelimesinin anlamının sıradan bir kişinin anlayabileceği şekilde değerlendirdiğim zaman makul ve sıradan bir kişi için anlamının başkalarını kandıran ve dolandıran kimse olduğu hususunda bulgu yaparım.....

Makul ve sıradan bir kişiye göre Emare 1 kitapta bulunan “papyonlu şarlatan” kelimelerinin Davacının iş ve mevkiisi ile ilgili şöhretini zedeleyici nitelikte olduğu ve Davacıya karşı rencide edici, rahatsız ve huzursuz edici olduğu ve Davacıya yönelik kötü niyetli yazıldığı hususunda bulgu yaparım. Keza Davalı No.1’in yazdığı Emare 1 kitabın 15., 40., 43., 53., 54., ve 60. sayfalarındaki “papyonlu şarlatan” kelimelerinin Davacıya karşı zem ve kadih haksız fiilinin oluştuğuna dair bulgu yaparım”

Kelimelerin doğal anlamları ile zem ve kadih teşkil ettiğine karar verileceği hallerde, Bidayet Mahkemesinin kendisini makul ve sıradan bir kişi yerine koyarak yazıyı okuması gerektiği, böyle bir kişiye göre “papyonlu şarlatan” kelimelerinin Davacının iş ve mevkiisi ile ilgili şöhretini zedeleyici nitelikte olduğu ve Davacıyı rencide edici, rahatsız edici ve huzursuz edici olduğu doğrultusunda Mahkemenin yaptığı bulgularda hata yoktur.

Yargıtayın görevi, Bidayet Mahkemesinin yerine davayı dinlemiş olsa, ne karar vereceğini tespit etmek değil, verilen kararın Bidayet Mahkemesi huzurundaki şahadet ışığında, verilip verilemeyeceğini incelemektir. Şarlatan kelimesi makul ve sıradan bir vatandaş tarafından “insanları kandıran” ve/veya “yalan söyleyen” anlamında anlaşılır. Şarlatan kelimesinin bir anlamı da

dolandırıcı olmakla birlikte, Emare No.1 Kitap içerisinde, Davacıya dolandırıcı yakıştırmaları yapıldığının makul bir vatandaş tarafından anlaşılması mümkün değildir. Şarlatan kelimesinin dolandırıcı anlamında da anlaşılacağı bulgusunda, Bidayet Mahkemesi hata yapmıştır. Ancak “insanları kandıran” anlamını kabul etmekle hata yapmış değildir. İstinaf Eden 2. istinaf sebebinde kısmen haklıdır.

3. istinaf sebebi:

Davalı, davanın dinlenmesi esnasında, Davacıya, Annan Planı ile Doğu Perinçek’in kitabını tanıtmaya ibraz etmek istemiş ve Bidayet Mahkemesi bu talebi reddetmiştir. Mavi 48 ve 49’da istinaf konusu direktifi şu şekilde yer almıştır:

“Mahkeme: İbraz edilmek istenen evrak ile ilgili yapılan beyan, ona verilen itiraz tetkik ve tezekkür edildikten sonra, Davalı avukatının bu evrağın ibrazı ile ilgili yaptığı beyanda talimat aşamasında bu kitabın davasında ibraz edeceğinedair beyanlar yapmış olmasına rağmen, bunun illa ki duruşma aşamasında emare olarak ibraz edilebileceğine dair bir karar verilmiş değildir. Bu duruşma aşamasında Mahkemenin takdirine kalmış bir husustur. Talimat aşamasında ibraz edilecek evrakları beyan etmek, onların emare olduğunu varsaymak kanaatimce mümkün değildir. Emare ibraz etmek, duruşmanın seyri safhasında hukuk kuralları çerçevesinde kurallara tabidir. Ve bu safhada ibraz edilmek istenen kitabın Davacının istintak safhasında Davalı avukatı tarafından ibraz edilmek istenen bir kitaptır.Kanaatimce bu kurallarımız çerçevesinde doğru değildir. Davacıya Davalı avukatının istintak aşamasında, Davacı avukatının itirazı olmasını dikkate alarak bu kitabın gerek emare, gerekse tanıtmaya ibrazına izin verilmez.”

“Mahkeme: İbraz edilmek istenen Annan Planı ile ilgili yapılan beyan ve verilen itiraz tetkik ve tezekkür edildikten sonra 26 Şubat 2003 tarihli Annan Planı ile ilgili yapılan beyan ve verilen itiraz

tetkik ve tezekkür edildikten sonra bu dava bir libel davasıdır. Bu iddia edilen bu libele konu sözler Annan Planı ve Yalan Makineleri adlı kitapta yer almaktadır. Bu kitap emare 1 olarak Mahkemenin huzurunda durmaktadır. Kanaatimce bu safhada yine Davacı tanığı olan Davacıya bu evrağın Davacı avukatının itirazı olmasına rağmen ibraz edilmesine imkan yoktur. Bu nedenle bu evrağın tanıtma veya emare olarak ibraz edilmesine Emir verilmez.

**Davalı Fuat Bey: Dolayısıyla efendim, bu iki kitabı açıp, bu iki kitabın içeriği hakkında soru soramam?
Mahkeme: Soramazsınız? ”**

Davalının ibraz edilmesini istediği bir evrağı, Davacı Tanığına emare olarak ibraz ettirmeye hakkı yoktur. Bidayet Mahkemesi, Davalının, Davacının, ibraz etmesini talep ettiği kitapları, “Davacı istemedikten sonra, emare yapılamaz” demekle hata yapmış değildir. Ancak, Davalı, esasında, gerek Annan Planı, gerekse Doğu Perinçek’in kitabının Davacı tarafından emare yapılmasını talep etmiş değildir. Davalı, Davacıyı müdafaa takriri doğrultusunda istintak edebilmek için, bu kitapların tanıtma olarak ibraz edilmesini talep etmiştir. Mavi 45’de Davalı No.1’in müracaatı, kitabın tanıtma yapılması doğrultusundadır.

Bir evrak emare yapılmadan önce, şahadet veren tanık tarafından evrağın emare yapılmasına engel bulunduğu veya tanık, evrağı emare olarak ibraz etmeyi kabul etmediği takdirde, evrağın tanıtma olarak ibraz prosedürü, şahadet veren tanığa, o evrak ile ilgili soru sorulmasına fırsat tanımak için vardır. Aksi takdirde, o tanığa, evrağın emare olmamasından dolayı soru sorulmadan şahadeti bitecek ve evrağın emare yapılmasından sonra, aynı tanığın tekrar çağrılmasının mümkün olup olmadığı gündeme gelecektir.

Şahadet veren bir tanık, itiraz olmadığı ve başka bir mevzuat engellemediği takdirde, herhangi bir evrağı emare olarak ibraz edebilir. Bir evrak bir tanığın tasarrufunda olsa da, evrak başkası tarafından hazırlanmış ise, evrağı hazırlayan kişinin istintak edilmesi istenebilir. Bu istintak hakkının kaybedilmemesi için de, istintak etmek isteyen taraf, söz konusu belgenin, belgeyi tasarrufunda bulunan tanık tarafından emare olarak ibrazına itiraz edebilir. Böyle bir durumda şahadet veren tanığın o belge ile ilgili bildiklerini söylemesine fırsat vermek için, evrak tanıtma yapılır ve tanıtma ile ilgili o tanığa soru sorulur. Daha sonra o evrak emare yapılmazsa, tanıtma üzerine verilen şahadet kaale alınmaz. (D 26/84 Y/H 42/84, D.3/99 Y/H 70+71/97)

Her halükarda, daha sonra itiraz edildiği takdirde, emare olarak ibraz edilmesine imkan bulunmayacak bir evrağın, tanıtma olarak dahi ibraz edilmesi mümkün olmayacaktır. İbrazına itiraz edilen bir evrağın, o davada emare yapılması mümkün değilse, o evrağın tanıtma yapılmasının hiç bir anlamı olmayacaktır; çünkü, ileride evrak emare yapılamayacağından, mahkeme tarafından değerlendirilemeye de tabi tutulamayacaktır.

Huzurumuzdaki istinafa konu davada, Davacı, Davalılar aleyhine zem ve kadih davası ikame etmiş, Davalı No.1'in yaptığı bir müdafaa ise, yazdıklarının doğru olduğu (justification) yönünde olmuştur.

Davalı No.1, Davacının şahadeti esnasında, Davacıya Annan Planı ve Doğu Perinçek'in kitabını tanıtma olarak ibraz ettirerek, kitaplar ile ilgili soru sormak istemiştir.

Davalı No.1'in yazdığı ve Davacıya karşı zem ve kadih haksız fiilinin yer aldığı iddia edilen Emare No.1 Kitabın ismi Annan Planı ve Yalan Makinaları'dır. Davalı No.1'in kitabı, Annan Planı hakkında tartışılan hususları konu yapmıştır. Davalı No.1, bu kitabında yazdıklarının doğru olduğuna dair müdafaa takririnde justification müdafaasını ileri sürmüştür. Bu durumda, Davalı No.1'in Annan Planını ihtiva eden kitabı tanıtma olarak ibraz etmesine ve bu konuda Davalı No.1'in Davacıya soru sormasına Bidayet Mahkemesinin izin vermemesi hatalı olmuştur. Annan Planı ile ilgili Davacının söylediklerinin doğru olmadığını iddia eden ve bu nedenle Davacıya 'papyonlu şarlatan' sözlerini kullanan Davalı No.1'in müdafaasının esasını Annan Planı teşkil edeceği için, kitabın tanıtma yapılmasına izin vermemekle Bidayet Mahkemesi hata yapmıştır. Davalı No.1, Davacının, Annan Planını farklı bir şekilde aktardığı nedeniyle, Davacıya istinaden papyonlu şarlatan kelimelerini kullandığını müdafaa takririnde ve kitabında açıkça ifade etmiştir. Davalı No.1'in, müdafaası bakımından Davacının söylediklerini ve bunların niçin doğru olmadığını ortaya koyması gerekirdi. Bu doğrultuda şahadet sunulması ve Davacıya soru sorulması için, Annan Planını ihtiva eden kitabı Davalı No.1'in tanıtma olarak ibraz etmek istemesi olağandı. Bidayet Mahkemesinin buna izin vermemesi yanlış olmuştur.

Davalı No.1, Annan Planı dışında Doğu Perinçek'in kitabını da tanıtma olarak ibraz etmek istemiştir. Doğu Perinçek'in kitabı, sadece yazarın görüşünü içeren bir metindir. Böyle bir kitap içerisinde yer alan hususlar, o hususların doğru olduğu kapsamında, yani justification müdafaası dahilinde değerlendirilemez. Kitapta yer alan hususların, kitap vasıtasıyla Mahkemenin bilgisine getirilmesi, bu hususların doğruluğunu göstermez. Bidayet Mahkemesinin, Doğu Perinçek'in kitabının huzurundaki davayı

ilgilendirmediği ve emare veya tanıtma olarak ibraz edilemeyeceği doğrultusundaki bulgusunda hata yoktur. Doğu Perinçek'in kitabının istinafa konu davada emare olarak ibraz edilmesi mümkün değildi. Tanıtma yapılırsa da emare yapılamayacak bir evrağa, Mahkemenin kıymet vermesi veya değerlendirmesi mümkün olmayacaktı. Bu nedenle bu kitabın tanıtma olarak da ibraz edilmesine izin verilmemesinde hata yoktur ve Davalıya bir zarar vermemiştir.

Davalı No.1'in Annan Planını tanıtma olarak ibraz edilmesine Bidayet Mahkemesi tarafından izin verilmemesi, Davalı No.1'in müdafaasını ne kadar engellemiştir? Annan Planı hakkında Davalı No.1'in iddiaları, Davacının bu Plan ile ilgili halka yanlış bilgi verdiği noktasındadır. Annan Planının Davacının söylediğinden farklı olduğunu ortaya koymak isteyen Davalının, Davacıya Annan Planını nasıl anladığını ve anlattığını sormasına herhangi bir engel olamaz. Mavi 49'da Bidayet Mahkemesinin, Davalı No.1'e "kitabı açıp ... kitabın içeriği hakkında soru soramayacağı", ifadesi tanıtma yapılmamış olan kitaptan okunup şahadet verilemeyeceği anlamında kabul edilmelidir. Davalı No.1'in kendisi şahadet vererek ve tanık dinleterek, Annan Planının ibrazını sağlayabileceği gibi, bu Planı kendisi ve tanıkları yorumlayabilirdi. Davacıya ise, istediği konularda Annan Planını nasıl anladığının izahatını, Annan Planı ile ilgili kitabı tanıtma olarak ibraz etmeden de sorabilirdi. Davalı No.1, Bidayet Mahkemesinin hatalı olarak tanıtma olarak ibrazına izin vermediği Annan Planı ile ilgili Davacıya soru sormayıp, daha sonra kendisi de şahadet sunmayarak, justification müdafaasını ortaya koyamamıştır. Davalı No.1'in müdafaası takririnde ileri sürdüğü şekilde, müdafaasını ortaya koymasına Bidayet Mahkemesinin engel olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, Bidayet Mahkemesi yanlış bir şekilde Annan Planının

tanıtma olarak ibrazına izin vermemekle hata yapmış olmasına rağmen, bu hatanın, Davalı No.1'in davasını etkilemesi gerekmediği halde, Davalı No.1'in müdafaası için hiç bir şahadeti Bidayet Mahkemesine sunmadığı ve justification müdafaasını ortaya koymadığı kabul edilmelidir.

İstinaf Eden, 3. istinaf sebebinde kısmen haklıdır.

4. istinaf sebebi:

İstinaf Eden/Davalı No.1, Davacının KKTC'de yaşayan insanlar nezdinde rencide olduğuna veya Davacı ile ilgili KKTC'de olumsuz düşünceler edinildiğine dair, ne talep takririnde iddia yapıldığını, ne de bu doğrultuda şahadet sunulduğunu, Davacının Türkiye kamuoyu nezdindeki saygınlığının dava konusu olmadığını ileri sürerek, Bidayet Mahkemesinin herhangi bir tazminata hükmetmemesi gerektiğini veya ancak sembolik bir tazminata hükmetmesi gerektiğini, 3000 TL tazminatın fahiş ve yanlış olduğunu ileri sürmüştür. İstinaf Eden/Davalı No.1, Davacı lehine dava masrafına hükmedilmesinin de hatalı olduğunu ifade etmiştir.

Fasıl 148 madde 3 haksız filler için hangi koşullarda çare aranabileceğini (relief) izah etmektedir. Bu madde aynen şöyledir:

“The matters in this Law hereinafter enumerated shall be civil wrongs, and subject to the provisions of this Law, any person who shall suffer any injury or damage by reason of any civil wrong committed in the Colony or within three miles of the coast thereof measured from low water mark shall be entitled to recover from the person committing or liable for such civil wrong the remedies which the Court has power to grant:

Provided that an act which if repeated would not tend to establish an adverse claim or which is an act of which in the circumstances a person of ordinary sense and temper would not complain shall not be deemed to be a civil wrong.”

“3. Bu Yasada bundan sonra ele alınan konular haksız fiil sayılır ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti toprakları içinde veya deniz sularının çekilmiş haldeyken, bıraktığı en alçak su izinden ölçülmek üzere, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sahillerinden üç millik bir mesafeye kadar uzanan deniz sahası içinde yapılan bir haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişi, bu Yasa kurallarına bağlı olarak, haksız fiil işleyen veya haksız fiilden sorumlu olan kişiden, Mahkemenin bahsetmeye yetkili olduğu mağduriyetini giderici çareler elde etme hakkına sahiptir.

Ancak, tekrarlanması halinde bir karşıt talep (adverse claim) oluşturabilecek nitelikte olmayan bir fiil veya yapıldığı koşullar altında sıradan bir sağduyu ve mizaç sahibi bir kişinin şikayet konusu yapmayacağı bir fiil, haksız fiil sayılmaz.”

Bir haksız fiil davası için zararın nerede vukubulduğu önem arz etmez, haksız fiilin nerede oluştuğu önem arz eder. Haksız fiil KKTC’de oluşmuş ise, haksız fiil nedeniyle doğan zararın da KKTC’de oluşması şartı madde 3’de yoktur.

KKTC’de yayınlanan bir yazı ve/veya makale ve/veya kitabın KKTC’e dışında görülmesi, İnternet vasıtasıyla yurt dışında da dağılması artık çok kolaylaşmıştır. Zaten, Emare No.1 Kitabın, hem KKTC’de hem de TC’de yayınlandığı talep tavrında ileri sürülmüş, müdafaa tavrında paragraf 8’de, Davalı No.1, kitabın Türkiye’de basıldığını kabul etmiştir. Kitabın TC’de bulunduğu, Davacının şahadetinden sarihdir. Gerek S. Ergün, gerekse öğrencilerinden bir tanesi kitaba ulaşmıştır.

KKTC’de zem ve kadih haksız fiilinin oluştuğuna karar verildikten sonra, hükmedilecek tazminat, KKTC’de oluşan zarar üzerine tespit edilmez. KKTC’de yapılan yayım neticesinde Davacının, nerede olursa olsun, dışarı olduğu zarar tespit edilerek tazminata hükmedilir.

Zem ve kadih davalarında, zarar ispat edilmez. Hakaretimiz olduğu kabul edilen bir yazı nedeniyle zarar olduğu varsayılır.

“1320. Damage presumed. In cases of libel or slander actionable per se, the plaintiff need not prove actual damage, for “the law presumes that some damage will flow in the ordinary course of things from the mere invasion of his absolute right to reputation.” “Where disparaging words are spoken of a person, and either actual injury has flowed from them or they were spoken of him in the way of his trade, in contemplation of law damage has accrued to the person defamed.”

(Zarar-zıyan varsayılır. Zem ve kadih ... davalarında, Davacının gerçekten zarara dışarı kaldığını ispat etmesi gerekmez. Hukuk, bir kişinin şöhretine karşı yapılan bir saldırı neticesinde normal süreç içerisinde bir zararının oluştuğunu kabul eder. Bir kişi ile ilgili küçümseyici sözler sarfedildikten sonra, gerçekten bu sözler neticesinde zarara uğramışsa veya o sözler o kişinin mesleği ile ilgili söylenmişse, hukuk zem ve kadihe uğramış kişi lehine zarar tahakkuk ettiğini kabul eder.)

Bir kişi ile ilgili hakaretimiz olduğu kabul edilen sözlerin yayınlanması nedeniyle dışarı olunan zararın tespiti için yayının ne kadar yaygın olduğu, kaç kişiye ulaştığı önem arz eder. Bidayet Mahkemesi huzurunda, Emare No. 1 Kitabın kaç kez basıldığı veya kaç tane basıldığı ile ilgili şahadet sunulmuş değildir. Gerek talep takririnden, gerekse Davacının şahadetinden, Davacının tanınmış bir emekli diplomat ve saygın bir entellektüel olduğu anlaşılmaktadır.

CNN’de sık sık KKTC’deki izleyiciler tarafından da, TC’deki halk tarafından da izlenebilmektedir. Emare No.1 Kitabın gerek TC’de, gerekse KKTC’de kaç kişiye ulaştığı ile ilgili Bidayet Mahkemesi huzurunda şahadet yoktur. Sadece Davacı, şahadetinde, Emare No.1 Kitapta yazılanlardan, Sedat Ergün ve bir öğrencisinden haberdar olduğunu söylemiştir. Yazılanlardan kendisinin rahatsız olduğunu, eşi, gazeteci arkadaşları ve öğrencilerinin tepki verdiğini söylemiştir.

Tazminat saptarken, davalının tutum ve davranışları da dikkate alınacak hususlardır. Davalının zem ve kadih içeren yazının yayınlandığı zamandan, mahkemenin karar tarihine kadar geçen sürecin dikkate alınması gerekir. Tazminat, davalının hislerine olan yaralama, duruşma safhasındaki tedirginlik ve belirsizlik, özür dilenmemiş olması, yazılanların doğru olduğu iddiasının yenilenmesi, davalının kötü niyeti dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Davalının müdafaa takriri dahil davadaki tutumu, davadan önceki tutumu ve karar verinceye kadar gösterilecek olan tutumu da dikkate alınmalıdır.

Gatley Para 1327’de bu husus ile ilgili şu sözler yer almıştır:

“Again the conduct of the defendant may be shown as a matter of aggravation of damages, semble, both for its direct effect on the plaintiff, and as an indication of malice, which may further affect his feelings. “ The jury in assessing the damages are entitled to look at the whole conduct of the defendant from the time when the libel was published down to the very moment of their verdict. They may take into their consideration the conduct of the defendant before action and after action.” “Quite obviously, the award must include factors for injury to the feelings, the anxiety and uncertainty undergone in the litigation, the absence of apology or the reaffirmation of the truth of the matters complained of , or the malice of the defendant.”

(Davalının hareketleri, hem Davacı üzerindeki direkt etkisi, hem de kötü niyetinin göstergesi kapsamında ve netice itibarıyla davacının duygularını daha da etkileyici olarak zarar-zıyanı ağırlaştırıcı etkiler olarak gösterilebilir. Zarar-zıyan tespit edilirken, davalının zem ve kadihin yayınlandığı tarihten, karar tarihine kadar olan tüm hareketlerine bakılabilir. Davalının dava öncesi ve dava açıldıktan sonra hareketleri de tezekkür edilebilir. Hükümde yer alacak zarar-zıyan miktarı, duygulara olan hasar, dava sürecinde yaşanan endişe ve belirsizlik, özür dilenmemesi veya şikayet edilen konuların doğru olduğuna dair ısrar veya davalının kötü niyeti de tezekkür edilerek tespit edilmelidir.)

Huzurundaki şahadet ışığında, Davacı için şarlatan kelimesini kullanan Davalı No.1'in 3000 TL zarar-zıyan ödemesine karar veren Bidayet Mahkemesinin, bu kelimeye dolandırıcı anlamını da yüklemesine rağmen, tazminat miktarında hata yaptığına ikna edilmedik. Bu nedenle, bu başlık altındaki istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

Dava masrafı takdir etmek, Bidayet Mahkemesinin takdirinde olan bir husustur. Davasını kazanan bir Davacıya, dava masrafı vermekle, Bidayet Mahkemesinin takdir hakkını yanlış kullandığını söylemeye olanak yoktur. Bidayet Mahkemesi masraf ödenmesine emretmekle kalmamış, ayrıca rakam olarak 1500 TL belirlemiştir. Dava masraflarının ne olması gerektiği, Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü'nden hesaplanabilir. Bidayet Mahkemesinin, dava masrafı olarak bir rakam belirlerken, bu tabloyu göz önünde bulundurarak bir rakam belirlediği varsayılır. Bunun böyle olmadığı, rakamın fahiş olduğu hususunda İstinaf Eden herhangi bir şey söylememiş, sadece aleyhine masraf emri verilmemesi gerektiğini ileri sürmekle yetinmiştir. Bidayet Mahkemesi, Davalı aleyhine dava masrafı takdir etmekle hata yapmamıştır. Rakamın hatalı olduğu iddia edilmediği cihetle, bu konunun incelenmesine gerek yoktur. İstinaf Edenin bu başlık altındaki istinaf sebebi de ret ve iptal edilir.

Netice itibarıyla, İstinaf Eden, istinafında başarılı olmamıştır. 2. ve 3. istinaf sebeplerinde kısmen başarılı olması, Bidayet Mahkemesinin kararının bozulmasını getirmemiştir. İstinaf, ret ve iptal edilir.

İstinaf masrafları ile ilgili emir verilmez.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

29 Nisan 2014

D. 13/2014

Yargıtay/Hukuk 24/2012
(Girne Dava No: 1498/2008)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Mehmet Türker.

İstinaf eden: Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya
Endüstri Ltd. Şti. Girne

(Davacı)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Saffet Başpınarlı, Girne

(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Akan Gürkan ve Avukat Ayşe Gürkan
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Derviş Akter adına Avukat
Buğra Akter.

Girne Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargııcı Talat Usar'ın 1498/2008 sayılı davada
16.1.2012 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı dosyalamış olduğu istinafta, davanın İlk Mahkemede dinlenmesi esnasında şirketin tasfiyesi ile ilgili bilgi sunulmadığını belirtti ve şirketin tasfiyesi işlemlerinin başlatılması ile kaydının silinmesi konularında ek şahadet sunmak istedi – İstinaf Mahkemesi, Alt Mahkemede sunulmayan bir şahadetin İstinafta hangi hallerde sunulabileceği konusunu inceledi – Alt Mahkemede sunulmayan şahadetin istinafta sunulabilmesi için üç kriter olduğunu belirten Yargıtay, bu olayda her üç kriterin mevcut olduğu kanısına vardı ve ek şahadet sunulmasına izin verdi.

İstinafta ek şahadet sunulması için aranan kriterler – a) Sunulmak istenen şahadetin daha önceki duruşmada makul bir gayretle sunulamayacak olması – b) Sunulmak istenen şahadetin dava sonucunu etkileme olasılığının kuvvetli olması – c) Sunulmak istenen şahadetin ilk etapta inanılır mahiyette olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Yargıtay/Hukuk 19/77.
- 2- Yargıtay/Hukuk 30,31,32/88 – D.21/88.
- 3- Ladd v. Marshall 1954 3 ALL ER 745, sayfa 748.
- 4- Moundjis V. Michaleiou (1974) 12 JSC 1210.
- 5- House V. Houghton Brothers (Worceter) Ltd. (1967) 1 WLR 148.

K A R A R

Narin F. Şefik: Bidayet Mahkemesi tarafından, 16.1.2012 tarihinde, Davacının davasını ret ve iptal eden hükümden dosyalanan huzurumuzdaki işbu istinafta, istinafin dosyalanmasından 8 ay kadar sonra, 30 Ekim 2012 tarihinde çift taraflı bir istida dosyalanmış ve bu çift taraflı istida altında, Aleyhine İstinaf Edilen/Müstedi/Davalı, Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü Emir 48 nizam 2, Emir 35 nizam 8 altında, İstinaf Mahkemesi huzurunda ek şahadet olarak 5 adet belgenin ibraz edilmesine izin verilmesini talep etmiştir.

İstidaya ilişik yemin varakasında, Davalı/Aleyhine – İstinaf Edilen/Müstedi, kısa bir süre önce İstinaf Eden/Davacı/ Müstedaaleyh şirketin tasfiye edilmiş ve tasfiye işlemlerinin tamamlanmış olduğu yönünde bilgi aldığını, bu bilgiyi alır almaz Avukatına bildirdiğini, Avukatının yaptığı araştırma neticesinde, Davacı/İstinaf Eden/Müstedaaleyh Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. Şirketinin ortaklar kurulunun, 18 Mart

2008 tarihinde şirketin tasfiyesine ilişkin karar aldığını, bu kararın 27.3.2008 tarihinde tescil edildiğini ve tasfiye memuru olarak Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun atandığını, bu hususların 1.4.2008 tarihinde Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlandığını, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde şirketin tasfiyesine ilişkin 1.4.2008 tarihinde birinci ilan, 8.4.2008 tarihinde ikinci ilan ve 15.4.2008 tarihinde üçüncü ilanın yayınlandığını, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinin 21.4.2010 tarih ve 7548 sayılı yayınında ise, şirketin kapandığı ve şirket kaydının silindiğinin ilan edildiğini, bu durumda adı geçen şirket için, ortaklarının kararı ile “kanuni tasfiye süresini tamamlamış olduğundan ve şirketin herhangi bir borcu-alacağı olmadığından şirket tasfiyesinin kapatılmasına, tasfiye memurunun ibrasına ve şirketin ticaret sicil kaydının silinmesine” yönelik karar alınması neticesinde, şirketin tüzel kişiliğinin sonlandırıldığını öğrendiğini; Bidayet Mahkemesi huzurundaki davada, müdafaa takririnde, Davacı şirketin tüzel kişiliği haiz olma iddiası ile ilgili bilgisizlik ifade edilmiş olmasına rağmen, Davacının davanın dinlenmesi esnasında, şirketin tüzel kişiliğini ispatlayıcı herhangi bir belge sunmadığını; kısa süre önce duydukları neticesinde araştırmak zorunda kaldığı bu bilgilere çok zor ulaştığını; Alt Mahkemede davanın görüldüğü esnada, makul bir gayret neticesinde bu bilgileri temin edip Alt Mahkemeye ibraz etmesinin mümkün olmadığını; kısa bir zaman önce bilgisine gelen bu hususların Yüksek Mahkeme huzuruna şahadet olarak ibraz edilmesine izin verilmesini, taraflar arasında mevcut sorunun adaletli bir şekilde çözülmesi ve gerçek adaletin sağlanması bakımından istida gereğince emir verilmesinin uygun ve adil olacağını; verilmek istenen şahadetin, sadece İstinaf Eden/Davacı/Müstedaaleyhin tüzel kişiliği haiz olup olmadığına ilişkin bir husus olduğunu ifade etmiştir.

İstinaf Eden/Davacı/Müstedaaleyh, Müstedinin istidasına itiraz dosyalamıştır. İtiraza ekli yemin varakasını, Lütfi Serdar Çakıroğlu yapmış ve Müstedinin kabul etmediği tüm iddialarını tümü ile ret ve inkar etmiştir. Lütfi Serdar Çakıroğlu, yemin varakasinda, Müstedi tarafından istidasında sıralanan belgelerin Bidayet Mahkemesi tarafından dava dinlenip karara bağlanmadan önceki tarihlere dayanan ilan ve sicil sayfaları olduğunu, makul bir gayret sonucu sicil araştırması yaparak bunların bulunabileceğini, Müstedinin Alt Mahkemede eksik bıraktığı şahadetini bu istida ile tamamlama gayreti içerisinde olduğunu, ek şahadet verilmesi ile ilgili kurallar neticesinde böyle bir şahadeti sunamayacağını belirttikten sonra, İstinaf Eden/Müstedaaleyh/Davacı şirketin tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ile ilgili iddiaları reddederek, İstinaf Eden/Davacı/Müstedaaleyhin ilgili dönemlerde sehven yapılan bir hata ile tasfiyenin kapatılması yönünde karar aldığını, ancak şirketin devam eden davalarının mevcut olduğunun ortaya çıkması üzerine, bir ihya kararı için başvuru yaptığını ve/veya ihya kararı alındığını, aldığı müşavereye göre hukuken tüzel kişiliğin sonlandırılması için tasfiye işlemlerinin eksiksiz tamamlanması gerektiğini, halen devam eden dava varken veya şirketin alacakları henüz tahsil edilmemişken, tasfiye işlemlerinin sehven sonlandırılmasının, şirketin Davacı olması sıfatını elinden alamadığını ve tüzel kişiliğini ortadan kaldırmadığını, sunulması istenen Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi sayfasının, Aleyhine İstinaf Edilen Davalı/Müstededi tarafından sunulmasının şahadet kurallarına aykırı olduğunu, uygun ve adil olmadığını, bu belgelerin tek başına Müstedaaleyh şirketin tüzel kişiliğini haiz olup olmadığını belirleyici nitelikte şahadet olamayacağını ifade ederek, istidanın ret ve iptal edilmesini talep etmiştir.

Bilahare, 4.1.2013 tarihinde, Müstedi, mahkeme izni ile ek yemin varakası dosyalamış, 10.1.2013 tarihinde ise yine izin ile Lütfi Serdar Çakıroğlu ek yemin varakası dosyalamıştır.

Müsteddi tarafından dosyalanan ek yemin varakasinda, Müsteddi, Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun dava ile ilgili tüm zamanlarda şirketin yetkilisi olduğunu; adı geçen kişinin şirketin statüsü ile ilgili doğrudan bilgi sahibi olduğunu; Bidayet Mahkemesi huzurundaki davanın 27.6.2008 tarihinde ikame edilmiş olduğunu, halbuki bu tarihten 3 ay önce, 18.3.2008 tarihinde, şirketin ortakları tarafından şirketin tasfiyesine karar verildiğini ve bu kararın 27.3.2008 tarihinde tescil edildiğini, tasfiye memuru olarak da Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun atandığını, bu hususların 1.4.2008 tarihinde Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlandığını ve Bidayet Mahkemesi huzurundaki davanın duruşması başlamadan çok önce, 21.4.2010 tarihinde, şirketin tasfiyesinin kapatılması, tasfiye memuru olan Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun ibrası ve şirketin ticaret kaydının silinmesi yönünde karar olmasına ve bu kararlardan Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun haberi olmasına rağmen, Çakıroğlu'nun tüm bu hususları Bidayet Mahkemesinden bilerek kötü niyetle gizlediğini belirtmiştir.

Yine Müsteddi, davada Emare No. 1 olarak sunulan 21.1.2009 tarihli vekaletnamede de şirketin tasfiyesinin gizlendiğini, Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun iyi niyetinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür. Müsteddi, 21.4.2010 tarihinde şirket kaydının silinmesinden sonra, şirket tüzel kişiliğinin son bulunduğunu, bir an için iyi niyetle bir hata yapıldığı kabul edilse dahi, Mahkemedden bir canlandırma kararı alınmadan, yeniden şirket sicil kaydı yapılmadan, şirketin tüzel kişiliği haiz olamayacağını, şirket canlansa ve kaydı yapılırsa dahi İstinaf Eden/Davacı/Müsteddaaleyh şirketin sıfat ve isminin Tasfiye

Halinde Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. Şirket olacağını, bugüne kadar yapılan tüm işlemlerin yetkisiz ve usulsüz olduğunu ifade etmiştir.

Davacı/İstinaf Eden/Müstedaaleyh tarafından dosyalanan ek yemin varakasında ise, Lütfi Serdar Çakıroğlu, yalan beyanda bulunduğu veya şirket tasfiyesinin kapatılması hususunda kendisinin veya diğer şirket ortaklarının kötü niyetli oldukları iddialarını reddetmiş ve sehven bir hata yapıldığını, her halükarda şirketin tekrardan ihya edildiğini ifade etmiştir.

Müstedi/Aleyhine İstinaf Edilen/Davalının ek şahadet dinlenmesini talep ettiği istidası dinlenmiştir. Müstedi/Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı, istida maksatları için şahadet vermiştir. İtiraz maksatları için ise, Davacı/İstinaf Eden/Müstedaaleyh şirket namına, Lütfi Serdar Çakıroğlu şahadet vermiştir.

İstidanın dinlenmesi esnasında, şahadet olarak ibraz edilmek istenen Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 14.6.2005 sayısı sayfa 8 Emare No.1A, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 1.4.2008 sayı sayfa 477 Emare No.1B, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 1.4.2008 sayı 7032 sayfa 93 Emare No.1C, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 8.4.2008 sayı 7037 sayfa 93 Emare No.1D, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 15.4.2008 sayı 7042 sayfa 93 Emare No.1E, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 21.4.2010 sayı 7548 sayfa 8 Emare No.1F ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 14.2.2013 sayı 8258 sayfa 16 Emare No.1G olarak kaydedildi. Ayrıca TC Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi Esas No.2012/628 Karar No.2012/711 gerekçeli kararı da Emare No.2, 01638 sayılı 21.1.2009 tarihli Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. Şirketi adına Şirket Müdürü Emine Siben Çakıroğlu'nun Gencehan Tunay, Lütfi Serdar Çakıroğlu,

Enver Bahçeciler ve Azmi Karamahmutoglu'nu vekil tayin eden vekaletnamenin sureti Emare No.3 olarak kaydedildi.

Huzurumuzda şahadet veren Lütfi Serdar Çakiroğlu, kendisine Avukatı tarafından yöneltilen bir soru üzerine, Dekodizayn Ltd. Şirketinin tasfiye memuru olduğunu kabul etmiştir. Lütfi Serdar Çakiroğlu şahadetinde, kendisinin hazır olduğu kararlarda, şirketin tasfiyesine 2008'de karar verildiğini, yine kendisinin hazır olduğu bir toplantıda, tasfiye memuru olarak atandığını kabul etmiştir. Şirketin tasfiyesine karar verildikten ve kendisi tasfiye idare memuru olarak atandıktan ve 24.10.2011 tarihinde şirket kapatıldıktan sonra, Bidayet Mahkemesi huzurunda, halen şirketin temsilcisi diyerek şahadet vermesini de sehven bir hata olarak nitelendirmiştir.

Kronolojik olarak olayları sıraladığımız zaman, Bidayet Mahkemesi huzurundaki davanın 27.6.2008 tarihinde ikame edildiğini, dava konusu çeklerin 30.9.2007 tarihli oldukları görülür. Bidayet Mahkemesi huzurunda 24.10.2011 tarihinde Lütfi Serdar Çakiroğlu'nun şahadet verdiği ve Mavi 31'de şirket ile bağlantısı kendisine sorulduğunda "şirkette vekil temsilciyim, şirket eski eşime aittir. Daha önce yine benim kurmuş olduğum şirket, vekil olmamın sebebi de şu, ben Bağkur'dan SSK'dan emekli olacağım için eşimin adına yaptım ancak şirketin tüm işlemleri benim tarafımdan takip edilir bunca zamandır," dediği görülür.

Şahadet olarak sunulmak istenen hususları içeren, ibraz edilmiş Türkiye Ticaret Sicili gazetelerine bakıldığında, 18.3.2008 tarihinde Davacı/İstinaf Eden şirketin ortaklar kurulunun tasfiye kararı aldıkları, 27.3.2008 tarihinde bu kararın tescil edildiği ve Lütfi Serdar Çakiroğlu'nun tasfiye memuru olarak

atandığı, bu hususun **1.4.2008** tarihinde yayınlandığı, **21.4.2010** tarihinde ise şirket kaydının silindiği görülmektedir. Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun Bidayet Mahkemesi huzurunda Emare No.1 olarak sunduğu bu istidada, Emare No.3 olarak verdiği vekaletname **21.1.2009** tarihlidir ve vekaletname Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. Şirketi tarafından verilmiş ve bu vekaletname ile Gencehan Tunay, Lütfi Serdar Çakıroğlu, Enver Bahçeciler ve Azmi Karamahmutoğlu vekil tayin edilmiştir. Bu vekaletname üzerinde şirketin tasfiye halinde olduğu ifade edilmiş değildir.

İstidanın dinlenmesi aşamasında ibraz edilen Emare No.2 belge ise, ilgili şirketle alakalı olarak **26.12.2012** tarihinde bir "ihya" kararı verildiğini göstermektedir. Emare No.2 olarak sunulan evrakta "şirketin Kadıköy Birinci Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmekte olan bir dava varken tasfiye işlemlerinin sonlandırılarak sicilden silinmesine karar verildiğini, tasfiye işlemlerinin usulsüz olduğunu, şirketin ihyasına karar verilmesini talep etmiş, Davalı Lütfi Serdar Çakıroğlu ise, duruşma sırasında, tasfiye işlemleri sırasında dava dosyasından haberdar olduklarını, ancak muhasebecilerinin kendilerine davanın devam edeceğini, tasfiyeyi kapatmaları gerektiğini söylediği için tasfiye işlemini sonlandırdıklarını" sözleri yer almakta ve **26.12.2012** tarihinde şirketin ihya edilmesine karar verildiği görülmektedir. Bu kararın temyiz edilmeyerek, **31.1.2013** tarihi itibarı ile Türkiye Cumhuriyeti'nde kesinleştiği de evrağın arkasında ifade edilmiştir.

Bu kronolojik detaya bakıldığı zaman, davanın ikame edildiği tarihte yani **27.6.2008** tarihinde şirket ile ilgili tasfiye kararı alınmış bulunduğu, şirkete tasfiye memuru atandığı ve bu hususların yayınlanmış olmasına rağmen, bu hususların davanın unvanında belirtilmediği, talep takririnde de bu

hususlara Davacı/Müstedaaleyh/İstinaf Eden tarafından yer verilmediği görülmektedir.

Davacı/İstinaf Eden/Müstedaaleyh şirketin yetkilisi olarak Lütfi Serdar Çakıroğlu Bidayet Mahkemesi huzurunda, **24.10.2011** tarihinde şahadet verdiği ise, şirketin **21.4.2010** tarihinde kaydının silinmiş olduğu ve **24.10.2011** tarihinde böyle bir şirketin var olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu aşamada, bu hususların Davacı/İstinaf Eden/ Müstedaaleyhin davasına ne şekilde etki edeceği konusunda görüş belirtmek gerekmemektedir. TC Mahkemesinde verilen “ihya” kararı ile, ilgili şirketin tasfiye kararının ortadan kaldırıldığı ve şirketin yeniden canlandırıldığı ifade edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına istinaden alınan bu kararın hukuken ne getirdiği ispat edilmiş değildir. “ihya” kararı TC mevzuatı altında alınan bir karardır ve etkisinin ne olduğu, ancak TC hukukunun bu konuda ne olduğu yönünde ibraz edilecek şahadet ile ispat edilebilir. Her halükarda, TC Mahkemesinde alınan bir kararın da KKTC’de kabul edilmesi, ancak karar tanındıktan sonra olabilir. Tasfiye ile ilgili bir kararın KKTC Mahkemelerinde tanınmasının mümkün olup olmadığı bu aşamada tartışılmış değildir.

İhya edilen şirketin hangi tarihten itibaren ihya edildiği, şirketin ihyasının geriye dönük olarak 24.10.2011 tarihinde, yani davanın Alt Mahkemede dinlenmesi safhasında var olup olmadığı, dava ikamesindeki dava unvanında ve halen davanın mevcut unvanında şirketin tasfiye halinde olduğunun belirtilmemesinin davayı ne şekilde etkilediği hususları ile ilgili olarak, bu aşamada karar verilmesi gerekmemektedir. Bu aşamada karar verilmesi gereken husus, bu bilgileri içeren Emare No.1A’dan G’ye kadar

sayılandırılıp kaydedilen evrakların, İstinaf Mahkemesinin huzuruna, istinaf dinlenmeden önce getirilip yeni şahadet olarak sunulmasına izin verilip verilmeyeceğidir.

Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü Emir 35, nizam 8 altında, İstinaf Mahkemesine ek şahadet sunulmasına emir verebilir. Emir 35 nizam 8 aynen şöyledir:

“8. The Court of Appeal shall have all the powers and duties as to amendment and otherwise of the Trial Court, together with full discretionary power to receive further evidence upon questions of fact, such evidence to be either by oral examination in Court, by affidavit, or by deposition taken before an examiner or commissioner. Such further evidence may be given without special leave upon interlocutory applications, or in any case as to matters which have occurred after the date of the decision from which the appeal is brought. Upon appeals from a judgment after trial or hearing of any cause or matter upon the merits, such further evidence (save as to matters subsequent as aforesaid) shall be admitted on special grounds only, and not without special leave of the Court. The Court of Appeal shall have power to draw inferences of fact and to give any judgment and make any order which ought to have been made, and to make such further or other order as the case may require. The powers aforesaid may be exercised by the said Court notwithstanding that the notice of appeal may be that a part only of the decision may be reversed or varied, and such powers may also be exercised in favour of all or any of the respondents or parties, although such respondents or parties may not have appealed from or complained of the decision. The Court of Appeal shall have power to make such order as to the whole or any part of the costs of the appeal as may be just.”

“8. İstinaf Mahkemesi, değişiklik yapma hususunda ve diğer konularda İlk Mahkemenin haiz olduğu tüm yetki ve görevleri haizdir ve onlarla ilgili olarak ek şahadet kabul etmekte tam takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu şahadet mahkemede sözlü olarak

sorgulama suretiyle veya yemin takriri veya istinabe yolu ile verilir. Sözkonusu ek şahadet, ara dilekçelerin verilmesi üzerine veya istinaf edilen kararın verilmesinden sonra meydana gelen meselelerle ilgili olduğunda, özel izin alınmadan verilebilir. Herhangi bir sebep veya meselede duruşma veya yargılama yapıldıktan sonra ve sebep veya meselenin hakettiği değere göre verilen bir hükmün istinaf edildiği hallerde, sözkonusu ek şahadet, (yukarıda sözü edildiği gibi karar sonrası meydana gelen meselelerle ilgili olanlar hariç) yalnız özel nedenlere istinaden ve ilgili mahkemenin özel izni ile kabul edilir.

İstinaf Mahkemesi, esasa ilişkin istidlaller yapmaya ve verilmesi gereken herhangi bir hükmü veya herhangi bir emri vermeye ve meselenin gerektirdiği ek veya diğer emirleri vermeye yetkilidir. Yukarıda sözü edilen yetkiler, istinaf ihbarnamesinin kararın yalnız bir kısmının bozulmasına ve değiştirilmesine ilişkin olmasına bakılmaksızın, İstinaf Mahkemesince kullanılabilir. Bu gibi yetkiler ayrıca, kararı istinaf etmeyen veya karara karşı itirazda bulunmayan, tüm davalılar veya taraflar veya bunlardan herhangi biri yararına da kullanılabilir, İstinaf Mahkemesi, istinaf masraflarının tümü veya herhangi bir kısmı ile ilgili olarak adil sayılacak bir emri verme yetkisine sahiptir.”

Emir 35, nizam 8 altında yeni şahadet kabul edilmesi için uygulanan kriterler birçok içtihat kararında yer alır. Yargıtay/Hukuk 19/77’de:

“İstinaf Mahkemesinin Alt Mahkemeye ibraz edilmeyen bir şahadeti hangi ahval tahtında veya hangi koşullara tabi olarak kabul edebileceği Pourikkou v. Feizi (1962) C.L.R. 283 at 288 davasında verilen hükümde belirtilmiştir. Bu hükme göre bu gibi bir şahadetin kabul edilebilmesi için tatmin edilmiş olması gereken koşullardan birincisi, en önemlisi sözü edilen şahadetin makul bir gayret neticesi temin edilip Alt Mahkemeye ibraz edilmesinin mümkün olmadığıdır.”

Yine sayfa 3’de:

“Sırası gelmişken şunu da söylemek yerinde olur ki bu birinci koşul tatmin olmuş olsa idi dahi bu gibi şahadetin kabul edilebilmesi için aşağıdaki 2 ek koşulun da tatmin olması gerekirdi:

- (i) İbraz edilmek istenen şahadetin davanın neticesini önemli derecede etkileyebilecek nitelikte olduğunun muhtemel olması;**
- (ii) Bu şahadetin muhtemelen inanılır bir şahadet olması.**

Yukarıda belirtilen iki koşuldan birinin tatmin olması için bu gibi şahadetin davada teati edilen takrirler ışığında ibraz edilebilir bir şahadet olması gereklidir.” ifade edilmektedir.

Bu kural Yargıtay/Hukuk 30,31,32/88 (D. 21/88)’de de aynen uygulanmıştır.

Ladd v. Marshall 1954 3 ALL ER 745 davasında, sayfa 748’de, Lord Denning ilgili prensipleri şu şekilde sıralamıştır:

“To justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial; secondly, the evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, though it need not be decisive; thirdly, the evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, though it need not be incontrovertible.”

(Yeni şahadetin kabul edilmesi veya yeniden davanın dinlenmesini haklı kılmak için 3 şartın yerine getirilmesi gerekir: İlk olarak şahadetin makul gayret ile davanın duruşmasında kullanılmak üzere temin edilemediği; ikinci olarak, şahadet verildiği takdirde davanın sonucunu muhakkak etkilemese de büyük bir ihtimalle neticesine kuvvetli bir

etkisi olacağı; sunulacak şahadet tartışılmaz olmasa da büyük ihtimalle inanılır veya ilk nazarda güvenilebilecek şahadet olması gerekir.)

Aynı prensipler Güney Kıbrıs'ta da uygulanmaktadır (Moumdjis v Michaleidou (1974) 12 JSC 1210).

Bu prensipleri huzurumuzdaki dava için uyguladığımız zaman, ilk önce Müstedi/Aleyhine İstinaf Edilen/Davalının, davanın dinlendiği aşamada, şu anda İstinaf Mahkemesi tarafından kabul edilmesini talep ettiği yeni şahadete, makul gayretle erişmesinin imkan dahilinde olup olmadığına karar verilmesi gerekir.

Müstedinin İstinaf Mahkemesi huzuruna getirmek istediği şahadet, Davacı/İstinaf Eden şirket ile ilgili davanın ikame tarihi olan 27.6.2008 tarihinden önce, 18.3.2008 tarihinde ortaklar kurulu tarafından tasfiye kararı alındığı, 27.3.2008 tarihinde tescil edilmiş bir tasfiye kararı olduğu ve 1 Nisan 2008 tarihinde bu kararın yayınlandığı yönündedir. Şirket tasfiye halinde olmasına rağmen Davacı/İstinaf Eden/Müstedaaleyh bu hususu dava başlığında belirtmemiş ve davanın içeriğinde de bahsetmemiştir. Davanın dinlenmeye başlandığı ve Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun şahadet verdiği tarih olan 24.10.2011 tarihinden önce, 21.4.2010 tarihinde Davacı şirketin kaydının silinmiş olmasına rağmen, şahadetinde bu konuya değinmemiştir.

Müstedî, davanın ikamesi için (27.6.2008) verilen Avukat Tutma Varakasının yanıltıcı, yine istinafin dosyalanmasında (24.2.2012) kullanılan Avukat Tutma Varakasının da, yanlış, dava dosyasında emare olarak ibraz edilen Emare No.1 21.1.2009 tarihli vekaletnamenin de sahte olduğunu iddia etmektedir. Davanın ikamesinde kullanılan Avukat Tutma Varakasında, şirketin tasfiye halinde olduğu belirtilmemiş, Avukat Tutma Varakasının

şirketin ismi ve kaşesine ek olarak, Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun paraf ve imzasını içerdiği görülmektedir. İstinafin dosyalanmasında kullanılan Avukat Tutma Varakasında, yine şirketin mührü yer almasına rağmen, Davacının ismi Serdar Çakıroğlu olarak belirtilmiştir.

Müstedî, istida maksatları için verdiği şahadetinde, geçen yılın Eylül ayı sonu Ekim ayı başında, bir sohbet esnasında, kendisine, Davacı/İstinaf Eden şirketin kaydının silindiğinin ve tasfiyede olduğunun söylendiğini, bunun üzerine Ankara'da avukat tutarak araştırma yaptığını ve Ankara'da mevcut durumu öğrenip, Mahkemeye ibraz etmek istediği yeni şahadeti temin ettiğini söylemiştir.

Müstedaaleyh/İstinaf Eden, bu bilgilerin açık olduğunu ve makul bir gayretle, davanın dinlenmesi esnasında, bu bilgilere ulaşılabileceğini ileri sürmüştür. Müstedaaleyh/İstinaf Eden, Müstedî/Aleyhine İstinaf Edilenin makul gayret gösterse, bu bilgilere ulaşabileceğini, bu nedenle ek şahadete izin verilmesi için gerekli kriterlerin tatmin olmadığını ileri sürmüştür.

Davacı, gerek dava celpnamesi, buna ekli Avukat Tutma Varakası, gerekse Alt Mahkeme huzurunda verdiği şahadeti esnasında, şirket ile ilgili tasfiye kararı alındığını veya şirketin sicilden silindiğini belirtmiş değildir. Bu durumda, makul gayret ile Davalının bu bilgilere ulaşabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Davacı Avukatı müvekkilinin bu hususları kendisine dahi söylemediğini ifade etmiştir.

House v. Haughton Brothers (Worcester) Ltd. 1967 1 WLR 148'de rapor edilen davada, tanığın bilgisinde olan ancak avukata veya tarafa bildirilmeyen hususların, alt mahkeme huzurunda kullanılmak üzere mevcut

olduğunun kabul edilemeyeceği, çünkü bu hususların tanıkları çağırınlar tarafından bilinmediği, bu durumda makul gayretle bulunamayacağı kabul edilmiştir.

Kararın 153'üncü sayfasında şu sözler yer almıştır:

“The Court has, of course, been referred once again to Ladd v. Marshall, a decision of this court in 1954, where, laying down the relevant principles so far only as was requisite for the purposes of that case, Denning L.J. said: “It is very rare that application is made to this court for a new trial on the ground that a witness has told a lie.” This case is not precisely the same as that. This is a case of suppressio veri which may or may not in the circumstances have amounted to a suggestio falsi, but it is not shown that a lie was told by either of the witnesses at the trial; for the sake of their employment they were discreet.

“The principles to be applied are the same as those always applied when fresh evidence is sought to be introduced. In order to justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial.”

That is very often in my own experience paraphrased by saying it must be shown that the witness was not available at the trial. I venture to think that had the mind of Denning L.J. been then specifically directed to the point, he might well have added by way of amplification what I myself deliberately now add: that the evidence or witness may not have been available or the evidence “could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial” where the situation is that although a witness is called at the trial and physically present in the witness-box, and although he gave evidence about some matters relevant in that trial, he had not told the solicitors, or party who caused him to be called as a witness, what he was able to say about some issue in the trial: then his evidence upon that issue “could not have been obtained with reasonable diligence,” if it can be assumed that the solicitors are not shown to have been careless or neglectful or dilatory in the

manner in which they interviewed him to see what evidence could be given by him at the trial. Equally in this case, on the point as to whether he or his evidence was available, for myself I say that in so far as the evidence which he could have given was not known to those who caused him to be called as a witness, then quoad such evidence, neither he nor that evidence was available.”

(Mahkeme yine Ladd v. Marshall davasında mahkemenin 1954 yılında verdiği karara yönlendirilmiştir. O dava için gerekli prensibi ortaya koyarken Lord Denning mahkemeye bir tanığın yalan söylemesi nedeniyle davanın yeniden dinlenmesi için müracaat yapılmasının çok ender olduğunu ifade etmişti. Bu dava öyle değildir. Bu davada bazı veriler bastırılmıştır. Bu bazı veriler ile ilgili yalan söylemekle aynı değildir. Ancak bu davada tanıkların yalan söylediği gösterilmiş değildir, tanıklar işleri nedeniyle sessiz kalmayı tercih etmişlerdir.

Yeni şahadet sunulması istenildiği zaman uygulanacak kurallar aynen geçerlidir. Yeni şahadet sunulmasına veya yeniden davanın görülmesine izin verilmesi için 3 şartın tatmin edilmesi gerekir. İlk olarak, şahadetin, davanın dinlenmesi esnasında kullanılmak üzere makul gayret ile temin edilemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu şart esasen o davada tanığın mahkemede hazır edilemediği anlamında kabul görmektedir. Bu olaydaki durum Lord Denning’in dikkatine getirilmiş olsaydı, kararına, benim şimdi ekleyeceğim açılımları, yani bir tanığın mahkeme huzurunda fiziken bulunduğu ve konu ile ilgili şahadet verdiği zamanlarda dahi avukatlara veya kendini celbeden tarafa davadaki olay ile ilgili söyleyebileceği herşeyi söylemediği takdirde, avukatların tanık ile görüştükleri zaman ihmalkar veya dikkatsiz oldukları söylenemediği zaman, ilgili tanığın vermediği şahadetin makul gayretle temin edilebilen şahadet kapsamında olmadığı kabul edilmelidir diye eklerdi. Aynı doğrultuda, bu davada, şahadetin, davanın dinlenmesi aşamasında şimdi sunmak isteyen tarafın elinde olup olmadığı noktasında, tanığın vermediği şahadet kendisini tanık olarak çağırılanlar tarafından bilinmediğinden, o şahadet ile ilgili tanığın veya o konudaki şahadetin elde edilebilir, mevcut şahadet olarak kabul edilmesi mümkün değildir.)

Lütfi Serdar Çakıroğlu, şahadetinde, şirketin tasfiye edildiği ve şirketin kayıttan silindiğini söylemedikten sonra ve şirketin faaliyette olduğu doğrultusunda şahadet verdikten ve Emare No.1 olarak da bu hususların yer almadığı bir vekaletname ibraz ettikten sonra, karşı tarafın makul bir gayret ile şirketin tasfiye halinde olduğunu tespit edilebileceği iddiasına itibar etmek mümkün değildir.

Bu şartlarda, yeni şahadet sunulması ile ilgili kriterlerden birincisinin bu olgularda tatmin olduğu kabul edilir.

İkinci kriter, sunulmak istenen şahadetin, davanın neticesine kuvvetli ihtimalle etkisi olması gerektiğidir. Davacı şirketin, duruşmanın devam ettiği, kararın verildiği ve istinafin dosyalandığı tarihlerde kayıttan silinmiş olması, davanın neticesini etkileyecek olgulardır. Bu tartışmasızdır. şirketin tasfiye halinde olması da, davanın unvanında hata olduğunu göstermektedir. TC'de tasfiye kararı olması, bu kararın 22/88 sayılı Yasa altında tanınmasının mümkün olup olmadığı veya KKTC mevzuatı altında ayrı işlem yapılıp yapılmaması gerektiği sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

Emare No.2 olarak ibraz edilen TC Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin Esas No.2012/628, Karar No 2012/(711) kararı ile 26.12.2012 tarihinde "Ankara Ticaret Sicil Memurluğunun 277-Akyurt Ticaret Sicil No.sunda kayıtlı Tasfiye Halinde Dekodizayn İnşaat ve Dış Ticaret Mobilya Endüstri Ltd. şirketinin ihyasına" karar verildiği ve bu karar neticesinde, tasfiye kararının iptal edilerek, şirketin tekrar "tasfiye halinde" durumuna döndüğu ileri sürülmüştür.

İhya kararı, TC Mahkemelerinde verilmiş bir karardır. Davacı/İstinaf Eden şirket, TC'de kayıtlı bir şirketti ve halen de tasfiye halinde olduğu ileri sürülmektedir. KKTC'de, Davacı şirketin yurt dışı şirketi olarak kaydı bulunmamaktadır. Bu koşullarda, Davacı/İstinaf Eden şirketin davasının KKTC Mahkemelerinde devam edip edemeyeceği veya ne şekilde ve koşullarda devam edebileceği ile ilgili karmaşık hukuki sorunlar olduğu görülmektedir. Davanın ikamesi veya unvanı ile ilgili bu denli önemli sorunların, ayrıca Lütfi Serdar Çakıroğlu'nun şahadet verdiği, Bidayet Mahkemesinin kararının okunduğu ve istinaf dosyalandığı tarihlerde şirketin kaydının silinmiş olduğu gerçeklerinin davanın neticesini etkiler mahiyette olduğu açıktır. Bu durumda, ikinci kriterin de tatmin edilmiş olduğu kabul edilir.

Üçüncü kriter, sunulmak istenen şahadetin ilk etapta inanılır mahiyette olması gerektiği doğrultusundadır. Yargıtaya sunulmak istenilen şahadet evraklarda yer almaktadır. Bu kriterin de tatmin olduğu kabul edilmelidir.

Netice itibarıyla, Müstedi/Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı, İstinaf Mahkemesine yeni şahadet sunma talebini içeren istidasında muvaffak olur ve;

- i) 01.04.2008 tarihli 7032 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Sayfa 477 (tasfiye işlemlerinin başlatılması ve tasfiye memurunun ilanı)
- ii) 01.04.2008 tarihli 7032 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Sayfa 93 (Tasfiye 1. İlan)
- iii) 08.04.2008 tarihli 7037 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Sayfa 93 (Tasfiye 2. İlan)
- iv) 15.04.2008 tarihli 7042 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Sayfa 93 (Tasfiye 3. İlan)
- v) 21.04.2010 tarihli 7032 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Sayfa 7-8 (Tasfiye kapanışı ve Şirketin Kaydının Silinmesi) Resmi Sicil Gazetesi İlanlarının

İstinaf Mahkemesi huzuruna ek şahadet olarak sunulmasına izin verilir.

Masraflar, Müstedi/Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı lehine verilir.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

30 Nisan 2014

D. 14/2014

Yargıtay/Hukuk No. 106/2013
(Lefkoşa Dava No. 5389/2009)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti:Şafak Öneri, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: İntizar Taşseven, Mehmet Bulman Taşseven Terekesi,
Tereke İdare Memuru sıfatıyla Gönyeli, Lefkoşa
(Davacı)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Servet Türkmen, Lefkoşa
(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Ata Dayanç
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Yankı Akif.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Peri Hakkı'nın 5389/2009 sayılı davada 31/5/2013 tarihinde verdiği karara karşı Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı, Lefkoşa Sanayi Bölgesinde bulunan bir dükkanı Davalıya kiraladı – Davacı, kira borcunu ödemediği için Davalı aleyhine tahliye ve kira borcunun ödenmesini talep eden bir dava açtı – Davayı dinleyen İlk Mahkeme, dava konusu dükkanın, Sanayi Bölgesinde Devlete ait bir mal olduğunu dikkate aldı – Bu taşınmaz malın Kira Denetim Yasasına tabi olmadığını belirten İlk Mahkeme davayı reddetti – Davacı kararı istinaf etti – Yargıtay, herhangi bir konut ve işyerinin yasa kurallarından tamamen veya koşullu olarak muaf tutulabileceğini dikkate aldı – Bakanlar Kurulunun 7 Haziran 1984 tarih ve 300 sayılı kararnamesini gözönünde bulundurunca dükkanın Kira Denetim Yasası kapsamı dışında olduğu kanısına varan Yargıtay, tahliye emri

verilemeyeceğini belirtti – Yargıtay, sadece Davalının Davacıya kira borcunu ödemesi için emir verdi.

***Tahliye ve kira talebi** – 23/77 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Yasası'nın 23. maddesi – 17/81 sayılı Kira Denetim Yasası'nın 3(2) maddesi – Bakanlar Kurulunun 7 Haziran 1984 tarihli kararıyla KKTC Devletine ait taşınmaz mallarda tahliye davası açılmaması.*

K A R A R

Şafak Öneri: KKTC'nin ilgili bakanlığı, Lefkoşa'da Sanayi Bölgesinde, içinde dava konusu dükkanın bulunduğu araziyi 18/8/2000 tarihli emare 3 kira mukavelesi ile İrfan Andaş ve merhum Mehmet Bulman Taşseven'e 2023 tarihine kadar kiraladı. Mezkûr kira mukavelesi, kiracıya, 23/1977 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Yasası'nın 23. maddesi altında bir ayni hak vermektedir.

Merhum Taşseven, mezkûr dükkanı Yasanın verdiği ayni hakka dayanarak, emare 2 kira mukavelesi altında, 1/7/2003 tarihinden 30/6/2005 tarihine kadar, 2 yıl süreyle, aylık 250-TL (mukavele tarihindeki TL karşılığı 250 milyon) kira bedeli ile davalıya kiralayıp teslim etti.

Merhum Taşseven'in vefatını müteakip, davacı, merhumun terekesini temsilen, Lefkoşa Kaza Mahkemesinde, huzurumuzdaki istinafa konu davayı dosyalayarak, davalının, Mayıs 2006 – Ocak 2009 ayları için toplam 8,000-TL biriken kira borcu bulunduğunu, davalıya gönderilen 1/3/2009 tarihli 21 günlük ihbara rağmen dükkanı boş olarak teslim etmediği gibi birikmiş kira borcunu da ödemediğini ileri sürerek, lehine tahliye emri ve birikmiş kira borcunu ödemesi, keza, 1/2/2009 tarihinden itibaren ayda 500-TL mesne profit için

hüküm talep etti. Davayı dinleyen Alt Mahkeme, dava konusu dükkanın 23/1977 sayılı Yasa hükümlerine tabi olarak, merhum Taşseven tarafından davalıya kiralandığı, davalının kira mukavelesinin hitam bulmasına rağmen, mezkûr dükkanı tasarrufa devam ettiği, Mayıs 2006 – Ocak 2009 ayları için toplam 8,000-TL kira borcu olduğu, davacının davalıya gönderdiği 21 günlük ihbarnamenin davalı tarafından tebliğ alınmasına rağmen, kira borcunu ödemediği ve dükkanı tahliye etmediği bulgusunu yaptı.

Hukuki durumu değerlendiren Alt Mahkeme, yukarıdaki bulgusuna rağmen, dava konusu dükkanın 18/1971 sayılı Kira Denetim Yasası kapsamında olmadığı nedeniyle, davacının bu Yasa altında talepte bulunmaya hakkı olmadığını gerekçe göstererek davayı ret ve iptal etti.

Alt Mahkeme konu ile ilgili olarak kararında şunları söylemektedir:

“Dava konusu gayrimenkulün Lefkoşa Organize Sanayi Bölgesi Koçan No. 386, blok/Ada D, 254 nolu Devlet Hazine Malı Kira Belgesi tahtında KKTC Devletinin kayıtlı mal sahibi olduğu hususlarında bulgu yaparım.

17/81 Kira Denetim Yasası 3(2) maddesi şöyle demektedir:

“Bakanlar Kurulu, Resmî Gazete’de yayınlanacak bir kararname ile denetim bölgesi içinde bulunan herhangi bir ikâmetgâh veya işyerini veya bir sınıf veya grubunu bu Yasa kurallarından tamamen veya koşullu olarak muaf tutabilir.”

Bakanlar Kurulu bu madde altında 7 Haziran 1984 tarihinde 300 sayılı kararı ile “KKTC Bakanlar Kurulu değiştirilmiş şekliyle 17/81 sayılı Kira Denetim Yasası’nın 3(2) maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak 308/81 kararname ile ilan edilen denetim bölgesi içinde KKTC devletine, devlet kurum ve kuruluşları ile Vakıf idaresine ait taşınmaz mallar ile bunları kiralayan durumunda olduğu

taşınmaz mallara denetim bölgesi içinde olmasına bakılmaksızın değiştirilmiş şekliyle Kira Denetim Yasası'nın kuralları uygulamasından tamamen muaf tutulduğu ilan edilir”.

Huzurumdaki dava Kira Denetim Yasası'na dayandırılarak açılmış olmasına rağmen dava konusu gayrimenkulün yukarıda atıfta bulunduğum Bakanlar Kurulu Kararı doğrultusunda Kira Denetim Yasası kapsamında muaf tutulduğu açıklıkla görülmektedir. Dolayısıyla Davacının davasının yasal dayanaktan yoksun olduğu ve reddedilmesi gerektiği kanaatindeyim.”

Huzurumuzdaki istinafi dosyalayan davacı/istinaf eden, Alt Mahkemenin bu kararının hatalı olduğunu iddia etmektedir.

İstinaf ihbarnamesindeki istinaf sebepleri ile istinafin duruşmasında ileri sürülen argümanlara göre Alt Mahkeme, olgular hususunda davacı lehine bulgu yapmasına rağmen, yasal durumu yanlış değerlendirmiş ve davacı lehine hüküm vermemekle hatalı davranmıştır. İstinaf edene göre, yasa altında elde edilen aynı hak nedeniyle, devletin dava konusu dükkan üzerinde tasarruf hakkı kalmadığından, devlete ait mal olarak değerlendirilemez. İstinaf edene göre, Alt Mahkeme, dava konusu malı devlete ait mal olarak değerlendirip, Kira Denetim Yasası kapsamında olmadığına karar vermekle hata etmiştir.

Aleyhine istinaf edilen ise, Alt Mahkeme kararının doğru olduğunu savunmaktadır.

17/1981 sayılı Kira Denetim Yasası'nın 3(1) maddesine göre, Bakanlar Kurulu, toplum huzuru açısından ikâmetgâh ve iş yerlerinin hak ve adalete uygun kira karşılığında varlığını ve tasarruf teminatını sağlamak amacıyla

veya kamu yararının gerektirdiği hallerde, herhangi bir sahayı Resmî Gazete’de yayınlanacak bir kararname ile denetim bölgesi ilân edebilir. Lefkoşa Belediye sahası, dava konusu bölgeyi de kapsayacak şekilde, bu kurala uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan 12/6/1981 tarihli 308/1981 sayılı Kararname ile denetim bölgesi olarak ilan edildi.

17/1981 sayılı Kira Denetim Yasası’nın 3(2) maddesine göre ise, Bakanlar Kurulu, Resmî Gazete’de yayınlanacak bir Kararname ile denetim bölgesi içinde bulunan herhangi bir ikâmetgâh veya iş yerini veya bir sınıf veya grubunu, Yasanın kurallarından tamamen veya koşullu olarak muaf tutabilir.

Bakanlar Kurulu 7 Haziran 1984 tarihli 300 sayılı karar ile, 17/1981 sayılı Kira Denetim Yasası’nın 3(2) maddesi altında KKTC Devletine, Devlet, Kurum ve Kuruluşları ile Vakıflar İdaresine ait taşınmaz mallar ile bunları kiralayan durumda olduğu taşınmazları 17/1981 sayılı Yasa’nın kapsamı dışına aldı. Mezkûr Kararname şöyledir:

“KKTC Bakanlar Kurulu Değiştirilmiş şekliyle 17/81 sayılı Kira Denetim Yasası’nın 3(2) maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak 308/81 sayılı kararname ile ilan edilen “Denetim Bölgesi” içinde KKTC Devletine, Devlet Kurum ve Kuruluşları ile Vakıflar İdaresine ait taşınmaz mallar ile bunları kiralayan durumda olduğu taşınmaz mallara; Denetim Bölgesi içerisinde olmasına bakılmaksızın Değiştirilmiş şekliyle Kira Denetim Yasası’nın kuralları uygulamasından tamamen muaf tutulduğu ilan edilir.”

Davalı/aleyhine istinaf edilen, bu Kararnameye göre, dava konusu dükkanın, 17/1981 sayılı Yasa’nın kapsamı dışında tutulduğu iddiasındadır.

Dava konusu dükkanın, KKTC'nin mülkiyetinde olduğu ve 23/1977 sayılı Organize Sanayi Bölgesi Yasası altında davacının kira ve tasarrufuna verildiği bir gerçektir. 23/1977 sayılı Yasa'nın 23. maddesi şöyledir:

“23. Bu Yasanın 22. maddesi uyarınca kaydı yapılan sözleşmedeki arazi üzerinde bulunan bina üzerinde kiracı, kira süresi ile sınırlı aynı hak elde eder. Bu hak, sözleşmedeki koşullara bağlıdır ve bunlara uyulduğu sürece kiracının uhdesinde kalır. Bu hak kira süresince taşınmaz mallarda olduğu gibi devir veya ipotek edilebilir, yeniden kiraya verilebilir, miras yoluyla kiracının mirasçılara geçer, haczedilebilir, kamulaştırılabilir ve borç için zorla satılabilir.
Ancak:

İrtifak hakkı olarak davacıya verilen aynı hak süreli olup, sözleşme koşullarına uyulması şartı ile, sözleşmede belirtilen süre içinde, 3. kişilere kiralamak da dahil olmak üzere, dava konusu dükkandan yararlanma ve kullanma hakkı verir.

Davacıya verilen irtifak hakkı, bir kullanma ve/veya yararlanma yetkisi olup devletin dükkan üzerindeki hukuki statüsünü değiştirmemektedir. Bu nedenle, Alt Mahkemenin, dava konusu dükkanın Bakanlar Kurulunun 300 sayılı kararı ışığında Kira Denetim Yasası'nın kapsamı dışında olduğundan, bu Yasa altında tahliye kararı verilemeyeceğine ilişkin bulgu ve kararı hatalı değildir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, davacı talep takririnde, tahliye emri ile birlikte, Mayıs 2006 – Ocak 2009 aylarına ait ödenmemiş toplam 8,000 TL kira borcu için de hüküm talep etmiştir.

Alt Mahkeme, davalının, davacıya mezkûr aylara ait toplam 8,000 TL kira borcu olduğu bulgusuna varmasına rağmen, bu konuda davacı lehine karar vermemekle hata etmiştir.

Bu sonuç ışığında, Alt Mahkemenin, davacı lehine dava masrafı tesbit etmesi de hatalı olmuştur.

Sonuç olarak, istinaf kısmen kabul edilerek, davacı lehine ve davalı aleyhine Mayıs 2006 – Ocak 2009 aylarına ait toplam 8,000 TL kira borcu için hüküm ve emir verilir. Alt Mahkemenin masraf emri iptal edilir.

Davacının davasında kısmen başarılı olduğu dikkate alınarak davalının, davacıya, dava ve istinaf masraflarının yarısını ödemesine emir verilir.

Şafak Öneri
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

12 Mayıs 2014

D.15/2014

Yargıtay/Hukuk 116/2011
(Lefkoşa Dava No:3302/2010)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı

İstinaf eden: Kıbrıs Mobile Telekomünikasyon Ltd.,Lefkoşa

(Davacı)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Gürkan Ün, Lefkoşa

(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına:Avukat Dervişe Çerkez ve Avukat Özlem Onbaşı
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Levent Celaleddin

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Yargıcı Fatma Şenol'un 3302/2010 sayılı davada 23.9.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı GSM hizmeti veren bir telekomünikasyon şirkettir – Davalı, imzaladığı abonelik sözleşmesi tahtında bu şirketten hizmet almıştır – Davacı Davalıdan telefon borcunu ödemesini talep eden bir dava açtı – Davalı talep edilen faturaların bir kısmının iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu ve bu süre geçtiği için talep edilemeyeceğini iddia etti – Duruşma sonunda İlk Mahkeme söz konusu faturaların iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kanısına vardı ve talepleri reddetti – Davacı İlk Mahkeme kararını istinaf etti – Yargıtay Fesıl 15 Zamanaşımı Yasasını inceledi ve bu yasada iki yıllık zamanaşımı ile altı yıllık zamanaşımına tabi olan borçları birbirinden ayırdı – İçtihatlarda belirtilen 'labour' sözcüğünün elle yapılan ağır iş gücünü kapsadığı ve elektronik haberleşme ve/veya telefon hizmetlerini kapsamadığı kanısına varan Yargıtay, Davacının verdiği hizmetin iki yıl değil genel altı yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna vardı – Bu nedenle İlk

Mahkeme kararını iptal eden Yargıtay, davanın tekrar dinlenmesi için davayı İlk Mahkemeye iade etti.

Zamanaşımı – Fesil 15 Zamanaşımı Yasası – Davacının verdiği elektronik haberleşme ve telefon hizmetinin madde 3(1)(f)'de belirtilen iki yıllık zamanaşımına mı yoksa madde 5'te belirtilen altı yıllık zamanaşımına mı tabi olduğu tartışması – Kas gücü ve elle çalışmayı gerektiren hizmetlerin iki yıllık zamanaşımına tabi olması, Elektronik haberleşme veya telefon hizmetlerinin ise bu sınırlamanın dışında kalarak altı yıl genel zamanaşımı süresine tabi olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Yargıtay/Hukuk 62/2000 – D.2/2003.*
- 2- Morgan v. L.G.O.C. (1884) 13 Q.B.D. 1048.*

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

- 1- Straud's Judicial Dictionary, 3. Baskı, Volume S-Z, sayfa 3329.*
- 2- Straud's Judicial Dictionary 2. Baskı, Volume E-L, sayfa 1568.*
- 3- The Dictionary of English Law, Earl Jowitt, Volume 2 (1-z), sayfa 1048.*
- 4- Salmond On the Law of Torts 9th ed., W.T.S. Stallybrass, sayfa 89.*
- 5- Halsburys Laws of England, 4th ed.. Vol. 41. Para. 35.*

H Ü K Ü M

Şafak Öneri: Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Emine Dizdarlı okuyacaktır.

Emine Dizdarlı: Davacı, Kıbrıs Mobile Telekomünikasyon Ltd. Kuzey Kıbrıs Turkcell namı altında mobil telefon haberleşme imkânı sağlayan ve/veya GSM operatörlüğü yapan kayıtlı limited bir şirkettir. İstinaf Eden Davacı, Davalı aleyhine Lefkoşa Kaza Mahkemesinde dosyaladığı bir dava altında, Davalıdan,

ödenmeyen faturalı telefon borçları için 313.56 Türk Lirası, faiz ve dava masrafları için hüküm talep etti. Davacı, Talep Takririnde özetle, taraflar arasında ve/veya Davalının ve Davacının yetkili bayisi arasında, 9.3.2006 tarihinde, 403447 numaralı yazılı bir Abonelik Sözleşmesi imzalandığını, söz konusu Abonelik Sözleşmesi gereğince ve/veya Taahhütname gereğince Davacının Davalıya verdiği SİM kartı ve/veya GSM kartı ile Davalıyı, abonesi olarak sunmakta olduğu tüm hizmetlerden yararlandırmayı, Davalının ise buna karşılık olarak, Davacının duyurmuş olduğu tarifede yer alan konuşma ücreti, ek servis bedelleri, işlem ücreti ile yasal vergi, resim ve harçlarla birlikte faturada belirtilen son ödeme tarihine kadar ödemeyi kabul ve deruhte etti. Davacının, Davalının tebligat adresine 31.1.2008, 29.2.2008 ve 31.3.2008 tarihli faturaları göndermesine rağmen, Davalı söz konusu fatura bedellerini son ödeme tarihlerinde ödemediğinden ve/veya Davalının söz konusu faturaları ödemekten imtina ettiğinden, Davacı lehine hüküm verilmesini talep etti.

Davalı ise, dosyalanmış olduğu müdafaasında, Davacının Talep Takririndeki iddialarını reddederek, iptidai itiraz olarak dava konusu 3 adet faturanın zaman aşımına uğradığını ve davanın daha ileri gidemeyeceğini ileri sürerek, davanın iptalini istedi. Bu hususlara ilaveten, Davalı, Talep Takririnin 3.paragrafında ve/veya Abonelik Sözleşmesinde belirtilen faizlerin fahiş olduğunu ileri sürdü.

Davanın duruşmasında taraflar tanık çağırılmayıp, Mahkemeye hitap etmekle yetindiler. Davaya konu 3 adet fatura, Mahkemeye Emare No.3 olarak ibraz edilmiştir.

Bidayet Mahkemesi, davayı dinledikten sonra, Davacının Davalıdan ibraz edilen faturalar tahtında alacağı olduğu ve/veya söz konusu faturaların Davalı tarafından ödenmemiş olduğu bulgusuna varmasına rağmen, Davacının bu husustaki talebinin Fası 15 Zamanaşımı Yasası'nın madde 3(1)(f)'de belirtilen 2 yıllık zaman aşımı süresine tabi olduğu nedeniyle Davacının hüküm almaya hakkı olmadığına karar verdi. Bunun neticesinde, Bidayet Mahkemesi, Davacının davasını ret ve iptal etti. Keza, Bidayet Mahkemesi, Davacının, Davalının masraflarını ödemesini de emretti.

Davacı tarafından dosyalanan istinaf ihbarnamesi, 6 istinaf sebebi içermekle birlikte, istinaf esnasında Davacının Avukatı, bunları bir ana başlık altında özetlemiştir. İstinaf Eden Davacının iddiası şöyledir:

Dava konusu alacak, Fası 15 madde 3(1)f'de belirtilen 2 yıllık zaman aşımı süresine tabi değildir ve/veya bu tür alacakların Fası 15 madde 5 altında değerlendirilmesi gerekir.

İstinaf Eden, Bidayet Mahkemesinin, Davacı ve Davalı arasındaki hukuki ilişkinin Emare No.1 9.3.2006 tarihli Abonelik Sözleşmesinden kaynaklandığı, buna bağlı olarak Davacının Davalıya haberleşme hizmeti sunduğu, Davacı tarafından sunulan bu hizmetin aylık olarak faturalandığı ve her faturanın son ödeme tarihi ve/veya her fatura için ayrı bir muacceliyet tarihi içerdiği hususlarını kabul etmiş olmasına rağmen, Emare No.1 Abonelik Sözleşmesinin yapılmış olmasının, Davacı tarafından verilen hizmetin niteliğini değiştirmediyini ve her ay ayrı faturalandırmanın sözleşmede var olan bir borç için değil, her ay sunulan hizmetin karşılığı olan bir miktar için olduğu kanaatine vararak, dava konusu alacağın Fası 15 Zamanaşımı

Yasası'nın madde 3(1)(f)'ye tabi olduğu ve/veya söz konusu faturaların bu madde kapsamında "yapılan iş ve emeğin" karşılığı oldukları nedeniyle iki yıllık zaman aşımı süresine tabi oldukları ve Fası 15 madde 5'de belirtilen genel zaman aşımı süresi olan 6 yıla tabi olmadıkları yönünde bulgu yaparak, hatalı davrandığını ileri sürdü.

Aleyhine İstinaf Edilen Davalı ise, Fası 15 Zamanaşımı Yasası'nda belirtilen "Labour" sözcüğü "kas gücünü", "çalışmayı", "elle" yapılan hizmeti veya herhangi bir işi kapsadığını, bu nedenle geniş yorumlanması gerektiğini, yine aynı şekilde "Servants" sözcüğünün "ev hizmetlisi" dışında kamu görevlilerini (civil servants) de kapsadığını, Davacı Şirketin sunduğu mobil telefon hizmeti karşılığında bir bedel aldığını, bu hizmetin her ay faturalandırıldığını, İstinaf Eden Davacının vermiş olduğu hizmetin mal veya emtia olmadığı gibi, somut, elle tutulabilen bir madde olmadığını, Bidayet Mahkemesindeki duruşma esnasında Davacı tarafından emsal olarak gösterilen Yargıtay/Hukuk 62/2000 D.2/2003 sayılı kararın İstinaf Mahkemesi huzurundaki meseleye şamil olmadığını, Mahkemenin bu konuyu değerlendirirken haberleşme hizmetinin bir akım olup olmadığı konusunda bir ayırım yapmaması gerektiğini ve Davacının abonelerine sunduğu hizmetin, genel olarak 2 yıllık zaman aşımı süresine tabi olduğunu ve/veya bu şekilde kabul edildiğini iddia etmiştir.

İstinaf Eden Davacıya göre, Fası 15 madde 3(1)(f)'de belirtilen iki yıllık zaman aşımı süresi elektronik haberleşme ve/veya telefon hizmetlerini kapsamamaktadır ve bu tür alacaklar için Fası 15 madde 5 uyarınca zaman aşımı süresi 6 yıldır.

Fasıl 15 Zamanaşımı Yasası'nın bu istinaf ile ilgili maddeleri şunlardır:

“3. (1) Subject to the provisions of this law, no action shall be brought upon, for or in respect of...

(a)

(b)

(c)

(d)

(e)

(f) any goods sold and delivered, shop bill, hotel bill, book debt, (other than a book debt as mentioned in paragraph (d) here of) work and labour done, wages of artisans, labourers or servants, after the expiration of two years from the date on which the cause of action accrued.

5. No action shall be brought upon, for, or in respect of, any cause of action not expressly provided for in this law, or expressly exempted from the operation of this law, after the expiration of six years from the date when such cause of action accrued.”

“3. (1) Bu Yasa kurallarına bağlı kalınması koşuluyla:-

(a)

(b)

(c)

(d)

(e)

(f) dava hakkının tahakkuk ettiği tarihten itibaren iki yıl geçmesi üzerine satılan ve teslim edilen eşyalar, dükkân faturası, otel faturası, yukarıdaki (d) bendinde sözü edilen defter hesabı, yapılan iş ve hizmet ve sanatkâr, işçi ve müstahdem gündelikleri için, o konularda veya onlarla ilgili olarak dava açılmaz.

5. Dava hakkının tahakkuk ettiği tarihten itibaren altı yıl geçmesi üzerine, bu Yasada açıkça kural bulunmayan veya

bu Yasanın uygulanmasında açıkça muaf tutulan herhangi bir dava hakkı için, o konuda veya onunla ilgili olarak dava açılmaz.”

Fasıl 15 madde 3(1)(f)’den görüleceği gibi, bu Yasa kurallarına bağlı kalınması koşuluyla, dava hakkının doğduğu tarihten itibaren iki yıl geçmesi üzerine satılan ve teslim edilen herhangi bir eşya veya emtia, dükkân faturası, otel faturası, defter hesabı ((d) bendinde sözü edilen defter hesabı borcundan başka), yapılan iş veya emek, sanatkâr, işçi ve müstahdem gündelikleri bu madde kapsamındadır.

Fasıl 15 madde 5 ise, kural bulunmayan davalar ile ilgili dikkate alınacak kuralı ve/veya koşulu düzenler. Bu maddeye göre, dava sebebinin doğduğu tarihten itibaren altı yıl geçmesi üzerine, bu Yasada açıkça, kural bulunmayan veya bu Yasanın uygulanmasında açıkça muaf tutulan herhangi bir dava hakkı için, o konuda veya onunla ilgili olarak dava açılmaz.

Bu durumda, Davacının abonelerine ne tür bir hizmet verdiğinin saptanması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde odak noktasını oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere, Davacı şirket telefon abonesi olan herkese bir haberleşme hizmeti veya mobil telefon/Data hizmeti veya telekomünikasyon hizmeti sunmaktadır. Bidayet Mahkemesine Emare No.1 olarak ibraz edilen Abonelik Sözleşmesine göre, Davacı, telefon hattını aboneye tahsis ettikten sonra, abone hiç başkalarını aramasa veya telefonla hiç konuşmasa dahi, telefon hattını görüşmeye hazır tutar ve bağlı kalmasını sağlar. Yine Davacı, Abonelik Sözleşmesi uyarınca, alt yapı hizmetlerini abonesine sunar ve/veya

bu hizmetlere ulaşılmasını sağlar. Tabidir ki, bu hizmetler bir enerji tüketimini gerektirir ve/veya enerji akımından meydana gelir.

Fasıl 267 Eşya Satışı Yasası “eşya” veya “goods” sözcüğünü şu şekilde tanımlamıştır:

“ “Eşya” dava konusu olabilecek talepler ve para dışındaki her çeşit taşınır malı anlatır ve tahvil ve pay senedi, yetişmekte olan ürün, çayır ve araziye bağlı olan veya arazinin bir kısmını teşkil eden ve satıştan önce veya satış sözleşmesi uyarınca araziden ayrılması için anlaşmaya varılan şeyleri de içerir.”

Davacı tarafından sunulan hizmetlerin aboneye ulaşmasında kullanılan enerjinin, “satılan veya teslim edilen eşya” tanımına girmediği sabittir. (Bak:Yargıtay/Hukuk 62/2000 D.2/2003)

Yine aboneler tarafından kullanılan bu enerjinin veya Davacı tarafından verilen söz konusu hizmetin, dükkân faturası, otel faturası, defter hesabı, sanatkâr (artisans), işçi ve müstahdem gündeliklerini kapsamadığı açıktır.

İstinaf Eden, Davacı şirketin abonelerine sunduğu haberleşme veya telekomünikasyon hizmetinin Fasıl 15 madde 3(1)(f)’de belirtilen “work and labour done”, “labourers” ve “servants” sınıfına dahil olmadığını, bu nedenle de, Davacının, Fasıl 15 madde 5 tahtında 6 yıllık zaman aşımına tabi olduğunu iddia etti.

Stroud’s Judicial Dictionary, 3.baskı, Volume S-Z, sayfa 3329 ve aynı eserin 2.baskısında Volume E-L, sayfa 1568’de “Work” ve “Labour” sözcükleri şöyle tanımlanmıştır:

“Work” (1) The word “work” may be used in two senses; it may mean either the labour which a man bestows upon a thing, or the thing upon which the labour is bestowed.(Bak:Collins, M.R. Atkinson V Lumb,(1903) 1 KB 861)

“Labour” (1) The expression used “is not manual work” but “manual labour”, for many occupations involve the former but not the latter, such as telegraph clerks and all persons engaged in writing.

Yukarıdan görüleceği gibi, iş “work” sözcüğü iki şekilde kullanılır veya iş sözcüğüne iki şekilde anlam verilebilir. Birincisi, bir adamın bir şey veya nesne üzerine harcadığı emek. İkincisi, bir şey veya nesneden dolayı harcanan emek. “Labour” sözcüğü ise elle yapılan iş olmakla birlikte, büro ve daktilo memurlarını ve ellerinde kalem tutan ve yazan kişileri (civil servants) kapsamamaktadır. Labour sözcüğü elle yapılan ağır iş gücünü anlatmaktadır.

The Dictionary of English Law, Earl Jowitt, Volume 2(I-Z), sayfa 1048’de “Labourer” sözcüğü şöyle yorumlanmıştır:

“It has been judicially decided that a parish clerk or a bailiff or a carpenter is not a labourer and that a labourer is a man who digs and does other things of that kind with his hands. (Bak: Morgan v L.G.O.C.(1884) 13 Q.B.D. 832).

Görüleceği gibi, İngiltere’deki içtihat kararlarına göre, bir papaz katibi, bir icra memuru veya bir dülger işçi (labourer) değildir. Bir işçi (labourer) kazı yapan veya benzer tarzdaki işleri elleri ile yapan kişidir.

Aleyhine İstinaf Edilen Davalı, “servant” kelimesinin sadece ev hizmetlisinin değil, kamu görevlilerini de kapsadığını, bu nedenle “servant” sözcüğüne işlerlik kazandırmak için geniş yorumlanması gerektiğini ve Davacının abonelerine sunduğu hizmetin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Salmond On the Law of Torts 9th edition, W.T.S. Stallybrass, sayfa 89’da “servant” sözcüğünü şu şekilde tanımlamıştır:

“A servant may be defined as any person employed by another to do work for him on the terms that he, the servant, is to be subject to the control and directions of his employer in respect of the manner in which his work is to be done.”

Yukarıdaki alıntı ışığında, “servant” sözcüğünü şu şekilde tanımlamak mümkündür: Herhangi bir kişinin başka bir kişi tarafından işe alınması ve işe alınan kişinin işveren tarafından belirlenen koşullara bağlı olarak ve/veya işverenin kontrolü altında ve/veya talimatları ışığında işini yapan kişidir.

Halsbury’s Laws of England, 4th edition, Volume 41, par. 35
“contracts for the supply of services” başlığı altında şöyle denmektedir:

“A ‘contract for the supply of a service’ means a contract under which a person (the supplier) agrees to carry out a service; but a contract of service or apprenticeship is not a contract for the supply of a service.”

Bir hizmet sözleşmesi akdetmek demek, bir sözleşme altında hizmeti sağlayacak olanın (firma, bayi veya kişi) söz konusu hizmeti sunmayı kabul etmesidir. Halbuki iş veya hizmet sözleşmesi veya staj/çıraklık sözleşmesi, hizmet sağlamak (supply of service) için yapılan bir sözleşme değildir.

Taraflar arasında düzenlenen Abone Sözleşmesinin içeriği ile ilgili bir ihtilâf yoktur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Davacının sürdürdüğü faaliyetlerinin “iş” (work) kapsamına girip girmediği noktasında düğümlenmektedir. O halde, Davalıdan veya abonelerden faturalandırılıp tahsil edilen görüşme ve sabit ücrete karşılık, Davacı tarafından nasıl bir hizmet verildiğinin saptanması gerekir.

Abonelik Sözleşmesi uyarınca, aboneye hat tahsis edildikten sonra, cep telefonu bekleme modunda olsa dahi, sistem gezgin durumundaki bu aboneyi takip eder ve abone, telefonunu açmasa bile sistem, her an onu izlemekte olup, onu şebekeye ulaştırmaya hazırdır. Bu, Davacı tarafından sürekli verilen sabit bir hizmettir ve/veya görüşme zamanları dışında oluşan bilgi alışverişi hizmetidir. İstinaf Eden, bu sistemi 365 gün /24 saat hizmete hazır tutmak zorundadır. Görüşme hizmeti dışında, Davacı ayrıca teknik donanımın bakımını yapar. GSM-Mobil cep telefonu sisteminde haberleşme, havadan elektromanyetik dalgalar ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla, aboneye haberleşme hizmeti sunulurken bir enerji sarfı yapılır ve/veya bu hizmet aboneye enerji akımı ile ulaşır. Davacı Şirket tarafından yapılan ücretlendirme ve/veya aboneye gönderilen fatura, tüm bu hizmetleri ve görüşme ücretini kapsamaktadır. Görüldüğü üzere, tüm bu hizmetler “**work and labour**” ve “**servant**” tanımına girmemektedir. Başka bir deyimle, Davacının faaliyetleri esasında abonelerine sunduğu hizmetler, elle yapılan ve/veya ağır ve/veya kas gücünü gerektiren bir işi kapsamamaktadır. Aboneye aylık olarak yansıtılan, görüşme ücreti ile bilgi alışverişi hizmetidir. Bilgi alışverişi hizmetinin sürekliliği için bir enerji sarfı gerekmektedir ve/veya Davacının sunduğu hizmet bir enerji akımı neticesinde olur. Belli teknik ve donanım gerektiren bu hizmetlerin Fası 15 madde 3(1)(f) kapsamına girmediği açıktır. Bu durumda,

GSM operatörü olarak faaliyetlerini yürüten Davacı Şirketin, Fası 15 madde 5 kapsamında (genel madde altında) değeriendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Bidayet Mahkemesi, Davacı Şirketin Fası 15 madde 3(1)(f)'de belirtilen 2 yıllık zaman aşımı süresine tabi olduğu konusunda karar vermekte hata yapmıştır ve istinafin bu noktada kabul edilmesi gerekir.

İstinaf Eden Davacı, Bidayet Mahkemesinin Davacı aleyhine takdir ettiği masraf emri ile ilgili istinaf sebebinde ısrarlı olmamıştır. Bu nedenle bu konudaki istinaf reddolunur.

Netice itibarı ile istinaf kabul edilir. Alt Mahkemenin hükmü iptal edilir.

Dava zabıtlarına göre, tarafların olgular hususunda anlaştıkları görülmekte birlikte, bunların ne olduğu, talep takririndeki talepleri kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Bu hususlarda karar verilmek üzere, dosya Alt Mahkemeye iade olunur.

İstinaf masraflarının, Aleyhine İstinaf Edilen tarafından, İstinaf Edene ödenmesine emir verilir.

Şafak Öneri
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

30 Mayıs, 2014

D.5/2014

Birleştirilmiş
Yargıtay/Ceza: 2-3-4-10-11-12-/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Mehmet Türker.

Yargıtay/Ceza 2/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: İlkşen Varoğlu Atik, Girne
(Sanık 3)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Avukat Öncel Polili
Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Ahmet Varol.

Yargıtay/Ceza 3/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: Hasan Belen, Lefkoşa
(Sanık 7)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Avukat Öncel Polili
Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Ahmet Varol.

Yargıtay/Ceza 4/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: Burak Maviş-Mağusa
(Sanık 11)
-ile-

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Öncel Polili
Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Ahmet Varol.

Yargıtay/Ceza 10/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)
-ile-

Aleyhine istinaf edilen: İlkşen Varoğlu Atik, Girne
(Sanık 3)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Savcı Ahmet Varol.
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Öncel Polili

Yargıtay/Ceza 11/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)
-ile-

Aleyhine istinaf edilen: Hasan Belen, Lefkoşa
(Sanık 7)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Savcı Ahmet Varol.
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Öncel Polili

Yargıtay/Ceza 12/2012
(Lefkoşa Ceza Dava 16123/2009)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı, Lefkoşa
(Davayı ikame eden)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: Burak Maviş, Lefkoşa
(Sanık 11)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Savcı Ahmet Varol.
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Öncel Polili

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Fügen Ulutekin'in 16123/2009 sayılı davada 22.12.2011 tarihinde verdiği karara karşı Sanık 3, Sanık 7 ve Sanık 11 ve Başsavcılık tarafından yapılan istinaflardır.

Kıbrıs Türk Amme Memurları Sendikasına bağlı olan Sanıklar, 28.10.2010 tarihinde Lefkoşa'da 'Göç Yasasına Hayır' isimli bir toplantı ve gösteri yürüyüşü yaptılar – Sanıklar bu yürüyüşle ilgili Lefkoşa Kaymakamlığına bildirimde bulundular – Söz konusu günde polisle Sanıklar arasında bir arbede yaşandı – Sanıklar aleyhine, görev yapan bir polis memurunu görevinden men etme ve darp etme davaları getirildi – Duruşmada Sanıklar suçlarını kabul etmediler – Duruşma sonunda şahadeti değerlendiren Alt Mahkeme, Anayasanın 32. maddesi ışığında sanıkların toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakları olduğunu, ancak polisin de kamu güvenliği açısından önlem almaya yetkisi olduğunu dikkate aldı ve sanıkları polisi darp ile görevi ifa etmekten men etme suçlarından mahkum etti – Bu mahkumiyet kararına karşı Sanıklar Yargıtay'a başvurular – Yargıtay, toplantı ve gösteri mitinginin çok kalabalık olduğunu ve polislerle gösteriye katılanlar arasında arbede yaşandığını dikkate aldı – Arbede sırasında kalabalık nedeniyle polislerin itildiğini ve polis kordonunun kısmen aşıldığını dikkate aldı – Yargıtay, yol kapatma kararının yasal olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtti – Yol kapatma kararı yasal olmamasına rağmen polisin darp edildiği noktada, polisin KKTC Meclisini korumaya yönelik görev ifa ettiğini göz önünde bulundurarak mahkumiyet kararını onayladı.

Polisi darp ve görevden men etme – Sendika üyesi olan Sanıkların toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında polisi darp edip görevden men etmesi – Fası 154 Ceza Yasası'nın 244(b) maddesi – KKTC Anayasasının 32. maddesi – Bölüm 32 Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın 4. maddesi – Bir yolun polis müdürü tarafından gösteriye kapatılmasının idari bir karar niteliğinde olmaması – Bir davada herhangi bir yasal konu ile ilgili müracaat yapıldığında bu hususun alt mahkemeler tarafından esaslı bir şekilde incelenmesi gereği.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Chappel v. The Unted Kingdom (1988) 10 EHRR CD:510.
- 2- Davis v. Lisle, 1936(2) All E.R. 213.

Atıfta bulunulan Bilimsel İctihatlar:

1- *The Protest Handbook*, s.105, 140.

K A R A R

Narin F. Şefik: İş bu istinafta, Mahkemenin hükmünü Sayın Yargıç Hüseyin Besimoğlu okuyacaktır.

Hüseyin Besimoğlu: Sanıklar, Lefkoşa Kaza Mahkemesinde 16123/09 sayılı dava ile; Fası 154 Ceza Yasası'nın 20 ve 244(b) maddelerine aykırı, 28.10.2009 tarihinde Lefkoşa'da, Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde görev gereği barikat kuran polis barikatını zorla geçmek suretiyle görevli olan PÇ Rifat Ulu, PM Cemal Pınardan, PM Salih Keskinel, PM Ümran Sağlam, PM Şevket Sekmen, PM Ali Uyar, PM Cemil Basri ve PM Mustafa Kuraner'i kasıtlı olarak görevinden men etme; Fası 154 Ceza Yasası'nın 20 ve 244(b) maddelerine aykırı Bedrettin Demirel Caddesi üzerindeki polis barikatını geçtikten sonra, görevli olan PÇ Rifat Ulu, PM Cemal Pınardan, PM Salih Keskinel, PM Ümran Sağlam, PM Şevket Sekmen, PM Ali Uyar, PM Cemil Basri ve PM Mustafa Kuraner'in üzerlerine yürüyüp elleri ile itmek suretiyle görev ifa etmekte oldukları sırada darp etme suçları ile itham edildiler.

Sanıklar, aleyhlerindeki ithamları kabul etmedikleri için davanın duruşması yapıldı.

Alt Mahkeme, huzurundaki şahadeti ve emareleri tezekkür ettikten sonra, Sanık 2, Sanık 7 ve Sanık 11'i, 1. ve 2. davadan, Sanık 3'ü, 1. davadan suçlu bulup mahkum etti, Sanık 3'ü ise 2. davadan beraat ettirdi.

Alt Mahkeme, Sanık 2, 7 ve 11'i, mahkum edilmiş olduğu her iki davadan 1'er yıl süre ile sulh ve sükunu koruyacaklarına ve iyi ahlak sahibi olacaklarına dair 10,000' TL'lik kefalet senedi imzalamalarına ; Sanık 3'ü ise mahkum edilmiş olduğu 1. Davadan 1 yıl süre ile sulh ve sükunu koruyacağına ve iyi ahlak sahibi olacağına dair 1 yıl süre ile 5000 TL'lik kefalet senedi imzalamasına emir vermiştir.

Sanık 3, Sanık 7 ve Sanık 11, Alt Mahkemenin mahkumiyet kararına karşı; İddia Makamı ise Alt Mahkemenin, Sanık 3, Sanık 7 ve Sanık 11'e takdir etmiş olduğu cezalara karşı huzurumuzdaki istinafları dosyalamışlardır.

Yargıtay/Ceza 2/2012 sayılı istinaf, Sanık 3'ün; Yargıtay/Ceza 3/2012 sayılı istinaf, Sanık 7'nin; Yargıtay/Ceza 4/2012 sayılı istinaf, Sanık 11'in mahkumiyet aleyhine dosyaladıkları istinaflardır. Yargıtay/Ceza 10/2012 sayılı istinaf, Sanık 3; Yargıtay/Ceza 11/2012 sayılı istinaf, Sanık 7; Yargıtay/Ceza 12/2012 sayılı istinaf, Sanık 11 ile ilgili İddia Makamının ceza aleyhine dosyaladığı istinaflardır.

İstinaflar, birleştirilerek dinlenmiştir.

İSTİNAFA KONU OLGULAR

KKTC'de kayıtlı 27 sendika, 28.10.2009 tarihinde Lefkoşa'da, "Göç Yasasına Hayır" isimli toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak için anlaştilar.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili olarak, Lefkoşa Kaymakamlığına yazılı bildirim yapıldı.

Lefkoşa Kaymakamlığı, toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili olarak, Lefkoşa Polis Müdürlüğüne bilgi verdi.

Lefkoşa Polis Müdürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü günü, KKTC Meclisinin önünden geçen Bedreddin Demirel Caddesini, her iki taraftan trafiğe kapatmıştır.

28.10.2009 tarihinde, eski Peyak Binaları önünde ve Kıbrıs Türk Öğretmenler Sendikasının Çağlayan Mahallesinde bulunan binası önünde miting için toplananlar, Sedat Simavi Meslek Okulu önündeki yolu takip ederek, Şehitler Abidesine doğru yürümüş ve Şehitler Abidesinin bulunduğu yerde, toplantı ve gösteri yürüyüşü tamamlanmıştır.

Lefkoşa Polis Müdürü Pervin Gürler, miting öncesi KTAMS Başkanı Ahmet Kaptan'ı makamına davet etmiş ve Meclis önündeki yolun kapatılacağını Ahmet Kaptan'a bildirmiştir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü sabah saat 9.30'da başlamış ve ö.s 12.30'a kadar devam etmiştir.

İstinaf Eden Sanıklar da toplantı ve gösteri mitingine katılmıştır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında, Polis Müdürlüğüne bağlı takriben 165 polis görev ifa etmiştir.

Polis memurları, toplantı ve gösteri yürüyüşünü, görüntülü olarak kayıt altına almış ve bu kayıtlar duruşma sırasında emare olarak ibraz edilmiştir.

İSTİNAF SEBEPLERİ

Sanıklar 3,7 ve 11 ile ilgili istinaf sebepleri:

Sanık 3, Yargıtay/Ceza 2/2012 sayılı istinafta 9; Sanık 7, Yargıtay/Ceza 3/2012 sayılı istinafta 9; Sanık 11, Yargıtay/Ceza 4/2012 sayılı istinafta 9 istinaf sebebi ileri sürmüştür. İstinaf sebeplerinin tümü hemen hemen aynı sebepleri içermektedir.

İstinaf Eden Avukatı, istinafin duruşmasında, istinaf sebeplerini iki başlık altında toplamış, diğer istinaf sebeplerinde ise ısrarcı olmamıştır.

İstinaf Eden Avukatının argümanları ışığında, istinaf sebepleri, iki başlık altında ele alınıp incelenecektir.

1. Polisin, darp edildiği noktada yasal görevini ifa etmemesine rağmen, Alt Mahkemenin, Sanıkları Fasil 154 madde 244(b) altında mahkum etmesi hatalı olmuştur.
2. Alt Mahkeme, KKTC Meclisi önündeki umumi yolun, Lefkoşa Polis Müdürü tarafından keyfi bir şekilde kapatılmış olduğu konusundaki iddiaları incelememek ve yolu kapatma kararının tamamen idari bir tasarruf olduğunu ve bu uygulamadan yakınların başvuracağı bir merci olduğunu belirttikten sonra, bu konu ile ilgili Yüksek İdare Mahkemesi

kararı olmadığından kararın geçerli olduğunu varsayarak ve yeterli gerekçe göstermeden, İstinaf Edenlerin iddialarını reddetmekle hatalı hareket etmiştir.

İddia Makamının istinaf sebepleri:

İddia Makamı, Sanık 3 ile ilgili 10/2012 sayılı istinafta 2, Sanık 7 ile ilgili 11/2012 sayılı istinafta 2 ve Sanık 11 ile ilgili 12/2012 sayılı istinafta 2 istinaf sebebi ileri sürmüştür. Tüm istinaf sebepleri hemen hemen aynı sebepleri içermektedir.

İddia Makamının argümanları ışığında, tüm istinaf sebepleri bir başlık altında ele alınıp incelenecektir.

“Alt Mahkeme, Sanıklara, aşikar surette az ceza takdir etmekle hatalı hareket etmiştir.”

İNCELEME

Yargıtay/Ceza 2/2012, Yargıtay/Ceza 3/2012, Yargıtay/Ceza 4/2012 sayılı istinaflara konu olan 1. istinaf sebebinin incelenmesi:

İstinaf Edenler, gösteri özgürlüklerinin kısıtlandığını, 28.10.2009 tarihinde, KKTC Meclisi önündeki yolun kapatılmasının polisin yetki ve görevi içinde olmadığını, bu nedenle, mezkur yerde Lefkoşa polis memurları yasal bir görev ifa etmedikleri için, Alt Mahkemenin Sanıkları mahkum etmesinin hatalı olduğunu iddia etmektedirler.

Aleyhine İstinaf Edilen ise, Lefkoşa Polis Müdürlüğüne bağlı polis mensuplarının 28.10.2009 tarihinde yasal bir görev ifa ettiklerini, Sanıkların gösteri özgürlüklerinin engellenmediğini, Alt Mahkemenin, Sanıkları mahkum etmekle hatalı olmamasına rağmen, Sanıklara aşikar surette az ceza takdir etmekle hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Sendikaların, Lefkoşa'da, "Göç Yasasına Hayır" ismi altında, 28.10.2009 tarihinde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmaya karar verdikleri, bu amaçla Lefkoşa Kaymakamlığına yazılı bildirimde buldukları, toplantı ve gösteri yürüyüşünün belirlenen tarihte Lefkoşa'da eski Peyak Binaları olarak bilinen yer ile Asal Şubenin bulunduğu yer ve Çağlayan Bölgesinde Kıbrıs Türk Öğretmenler Sendikası önünden başladığı, Sedat Simavi Meslek Okulu önündeki yol takip edilip, Cemal Gürsel Caddesi boyunca devam edilerek, Şehitler Abidesi önünde tamamlandığı ihtilafli değildir.

Dava zabıtlarına göre, polis, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapıldığı gün, KKTC Meclisinin önünden geçen Bedreddin Demirel Caddesini her iki yönden kordon çekmek suretiyle her türlü trafiğe kapatmış ve KKTC Meclisini korumaya yönelik gerekli güvenlik önlemini almıştır.

PÇ Rifat Ulu, PM Cemal Pınardan, PM Salih Keskinel, PM Ümran Sağlam, PM Şevket Sekmen, PM Ali Uyar, PM Cemil Basri ve PM Mustafa Kuraner, Bedreddin Demirel Caddesi ile Şehitler Abidesi arasında yolu kapatmak için çekilmiş olan kordon arkasında görev ifa eden polislerdir.

İstinaf Eden Sanıklar, Fası 154 Ceza Yasası'nın 244(b) Maddesine aykırı polis memurlarını darp ve görevden men suçları ile itham edilmiştir.

Sanıkların itham edildiği suçlarla ilgili Fası 154 madde 244(b)'nin İngilizce ve Türkçe metni aynen aşığıdaki gibidir:

244. Any person who—

- (a).....
- (b) assaults, resists, or wilfully obstructs any peace officer in the due execution of his duty, or any person acting in aid of such officer ; or
- (c)
- (d).....
- (e).....

is guilty of a misdemeanour and is liable to imprisonment for two years.

244. Aşığıdaki suçları işleyen herhangi bir kişi, hafif bir suç işlemiş olur ve iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir :-

- (a).....
- (b) Herhangi bir polis memuruna gerekli görevini yaparken veya polis memuruna yardım etmekte olan herhangi bir kişiye eylemli saldırıda bulunmak, direnmek veya kasten engel olmak ; veya
- (c).....
- (d).....
- (e).....

Yasanın bu maddesine göre, Sanıkların mahkum edilebilmeleri için;

- a) görevini yapan bir polis memuru veya ;
- b) polis memuruna yardım etmekte olan bir kişi ;
- c) darp edilecek veya ;
- d) görevini yapan polise direnecek veya
- e) görevini yapmaktan kasıtlı olarak engellenecek.

İddia Makamı suçun tüm unsurlarını ispat etmekle mükelleftir.

Bölüm 244 (b) maddesine göre, İddia Makamı, Sanıkların ithamnamede belirtilen polisleri görevlerinden men ettiklerini, engellendiklerini, direndiklerini ve darp ettiklerini makul şüphenin ötesinde ispat etmelidir.

Alt Mahkeme, sunulan şahadeti değerlendirdikten sonra, Sanıkları, ithamnamede isimleri verilen polisleri görevlerinden men ettikleri, engelledikleri ve darp ettikleri bulgusunu yapmış ve Sanıkları aleyhlerindeki suçlardan suçlu bulup mahkum etmiştir.

İstinaf Edenler, polisin, darp edildiği noktada bulunmalarının yasal olmadığı, toplantı ve gösteri özgürlüklerinin engellendiği ve bu nedenle ilgili yasal mevzuat ışığında suçlu olmadıklarını iddia etmektedirler.

Polisin, darp edildikleri noktada bulunmalarının yasal olmadığı, toplantı ve gösteri özgürlüğünün engellendiği iddiası karşısında, öncelikle polisin görev ve yetkileri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili yasal durumu incelemeyi uygun buluruz.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili mevzuat, 17.4.1958 tarihinde yürürlüğe giren, Bölüm 32 **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'dır**. Yasanın 4. maddesine göre; umumi bir yerde toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlemek veya yapmak istendiğinde, bu hususta Kaymakamlığa, belirlenmiş bir şekilde bir dilekçe sunulur; böyle bir toplantının veya gösteri yürüyüşünün asayiş olumsuz yönde etkileme olasılığı olmadığına kanaat getirilmesi halinde ise, belirli koşullarda, Kaymakam, toplantı ve gösteri yürüyüşüne izin verebilir.

Umumi olmayan bir yerde toplantı ve gösteri yürüyüşünün Bakanlar Kurulunun ısdar edeceği bir emirname ile yasaklanabileceği, 5. Maddede düzenlenmektedir.

İzinsiz veya izin şartlarına aykırı olarak yapılan herhangi bir gösteri yürüyüşünün, Kaymakamlık tarafından durdurulabileceği veya yürüyüşün dağılmasını emredebileceği, 6. Maddede düzenlenmektedir.

KKTC Anayasası'nın 32. Maddesi, yurttaşların, önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırsız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip oldukları ve bu hakkın, kamu düzenini korumak için, yasa ile sınırlanabileceğini düzenler.

KKTC Anayasası'nın 32. maddesi ışığında, toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili olarak, Fası 32'nin izin verme ile ilgili kurallarının uygulanma olanağı kalmadığı bilinen bir gerçektir. Yasal düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, bu konuda sadece Kaymakamlığa yazılı bildirim yapılmaktadır.

Yurttaşlar, Anayasal bir hak olarak, önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırsız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip olmakla birlikte, toplantı ve gösteri yürüyüşü esnasında, kamu güvenliği bakımından kolluk kuvvetlerinin yetkilerinin neler olduğu önem arz etmektedir.

İstinafa konu davada, toplantı ve gösteri yürüyüşü günü, toplantı ve gösteri güzergahında ve toplanma yerinde, Lefkoşa Polis Müdürlüğünün, gerek trafik akışı, gerekse güvenlik bakımından önlem almış olduğu dava zabitlerinden anlaşılmaktadır.

KKTC Polis Örgütünün görev ve yetkileri ile ilgili mevzuat, 51/1984 sayılı Polis Örgütü Yasası'dır.

51/1984 sayılı Polis Örgütü Yasası'nın 8. Maddesi, Polis Örgütünün yetki ve görevini düzenler.

8. maddenin istinafa konu dava ile ilgili olan 20. fıkrası ile 27. fıkrası aşağıda gösterildiği gibidir:

- (20) Kamu yararının gerektirdiği özel durumlarda, resmi törenlerde ve anma günlerinde, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ve yasal her tür toplantıda nizam ve asayişini korumak; suçları önlemek ve ortaya çıkarmak amacıyla, belirli yol, cadde ve sokakları belirli süre veya sürelerle trafiğe kapatmak veya trafiğin yönünü değiştirmek;
- (27) Belediyeler, kaymakamlıklar ve muhtarlıklarla işbirliği yapmak;

Polisin temel yetki ve görevlerini düzenleyen, **85. maddenin 1. ve 2. fıkrası ile 5. fıkrasının (a) bendi ile 6. fıkrası aşağıda gösterildiği gibidir:**

- 85 (1) Emniyet ve asayişini; kamu düzenini ve kamu güvenliğini; kişi, tasarruf ve konut dokunulmazlığını; yurttaşların can, mal ve namusunu korumak ve kamu huzurunu, sulh ve sükunu sağlamak;
- (2) Emniyet ve asayişini; kamu düzenine ve kamu güvenliğine; Kişi tasarruf ve konut dokunulmazlığına; yurttaşların can, mal ve ırzına; kamu huzuruna, sulh ve sükuna yönelik saldırıları ve saldırı girişimlerini önlemek ve engellemek; saldırganları ve saldırı girişimcilerini yakalamak ve bunlar hakkında, bu Yasa, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası ve yürürlükteki öteki Yasalarca yapılması gereken işlemleri yapmak;
- 85 (5) Aşağıda öngörülen durumlarda ve belirtilen durumlarda ve belirtilen yerlerde gerekli önlemleri almak;

- (a) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası kapsamına giren toplantı ve yürüyüşlerin düzenini ve güvenliğini bozacak eylem ve davranışları önlemek üzere, toplantı ve yürüyüşün yapıldığı yerde veya yakın çevresinde;
- (b)
- 85 (6) Toplumun ve devletin duyarlı noktaları olarak kendilerine amirlerince bildirilen bina, tesis, siyasal kişi, dikkat edilmesi gereken yetkili görevli dolayısıyla tehlikeye maruz kalabilecek örgüt yetkilileri gibi noktaları bilmek, tanımak, görevli bulunduğu bölgelerde bu gibi noktalara özen göstermek ve bunları öncelikle korumak

Polisin kamu yollarında düzeni sağlamaya yönelik görev ve yetkilerini düzenleyen, **92. maddenin 2. ve 4. fıkraları aşağıda gösterildiği gibidir:**

92. Polisin yol ve trafik ile ilgili yürürlükteki yasalarda var olan diğer yetki ve görevleri saklı kalmak üzere, kamu yollarında düzeni sağlamaya yönelik görev ve yetkileri şunlardır:
- (2) Kamu yararına olduğuna kanaat getirdiği durumlarda, tüm trafiği veya belirli bir türünü başka bir yere veya yöne yöneltmek;
- (4) Yasal toplantı ve yürüyüşlerde, düzenin bozulmasının ve trafik yığılmalarını veya tıkanıklıklarını önlemek ve gidermek amacıyla trafiği başka bir yöne veya yollara kaydırmak;

Polis Yasası'nın ilgili maddelerinden de görüleceği gibi, Polis:

Kamu yararının gerektirdiği özel durumlarda, resmi törenlerde, anma günlerinde, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ve yasal her tür toplantıda, nizam ve asayişi korumak; suçları önlemek ve ortaya çıkarmak amacıyla, emniyet ve asayişi; kamu düzenini ve kamu güvenliğini; kişi, tasarruf ve konut dokunulmazlığını; yurttaşların can, mal ve namusunu korumak ve kamu

huzurunu, sulh ve sükunu sağlamak; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası kapsamına giren toplantı ve yürüyüşlerin düzenini ve güvenliğini bozacak eylem ve davranışları önlemek üzere, toplantı ve yürüyüşün yapıldığı yerde veya yakın çevresinde; Toplumun ve devletin duyarlı noktaları olarak kendilerine amirlerince bildirilen bina, tesis, siyasal kişi, dikkat edilmesi gereken yetkili görevli, dolayısıyla tehlikeye maruz kalabilecek örgüt yetkilileri gibi noktaları bilmek, tanımak, görevli bulunduğu bölgelerde bu gibi noktalara özen göstermek ve bunları öncelikle korumak görevini haiz olduğu anlaşılmaktadır.

Sayılan bu yetki ve görevler içinde, polisin, umumi yerleri, toplantı ve gösteri yürüyüşüne kapatabilme yetkisi bulunmamaktadır.

Dava zabıtlarına göre, KKTC Cumhuriyet Meclisi binası Bedreddin Demirel Caddesi üzerinde bulunmaktadır. Şahadete göre, daha önce yapılmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında, bazı göstericiler Meclis Binası içine girmiş ve Meclis Binası içerisinde maddi zarara neden olmuşlardır.

İddia Makamı Tanığı Lefkoşa Polis Müdürü Pervin Gürler, benzer olayların yaşanmaması ve Meclis Binasını korumak amacıyla Meclis Binası önünde bulunan Bedreddin Demirel Caddesi girişinde önlem alındığını, girişin polis memurları tarafından kordon çekilmek suretiyle kapatıldığını şahadetinde söylemiştir.

KKTC Meclis Binasının, bu gibi durumlarda korunması gereken en önemli kamu binalarından birisi olduğuna şüphe yoktur.

İddia Makamı tanıkları, alınan önlemlerin toplantı ve gösteri yürüyüşünü önlemek için değil, KKTC Meclisinin korunmasına yönelik olduğu yönünde ifade vermişlerdir.

Şahadete göre, toplantı ve gösteri yürüyüşü sabah saat 9.30'da başlamış ve saat 12.30'da Şehitler Abidesi önünde tamamlanmıştır.

Şehitler Abidesi önüne kadar olan mesafede ve yerde toplantı ve gösteri yürüyüşünün engellendiğini kabul etmek, sunulan şahadet ışığında imkansızdır.

Yukarıda alıntısı yapılan Polis Yasası'nın ilgili maddelerine göre, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenini ve güvenliğini bozacak eylem ve davranışları önlemek, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapıldığı yerde gerekli tedbirleri almak, polisin yetki ve görevleri içinde olan hususlardır. Toplumun ve Devletin duyarlı noktaları olarak amirlerince bildirilen bina ve tesisi özenle korumak da, polisin yetki ve görevi içindedir.

KKTC Meclisinin korunmasına yönelik güvenlik tedbiri alınması, polisin görevleri içinde olan tedbirlerdir. KKTC Meclisine yapılması olası herhangi bir saldırıyı önlemek ve KKTC Meclisini korumaya yönelik alınmış olan tedbirler, polisin asli görevleri içinde olan yasal tedbirler olarak kabul edilmelidir.

KKTC Meclisinin korunması polisin yasal görevleri içinde olmakla birlikte, KKTC Meclisi önünde bulunan umumi yolun toplantı ve gösteri yürüyüşüne kapatılması, polisin yasal görevleri içinde olmadığı, ilgili yasal mevzuattan anlaşılmaktadır.

Yurttaşların, önceden izin almaksızın silahsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkını haiz olduğu, bu hakkın, kamu düzenini korumak için yasa ile sınırlanabileceği KKTC Anayasası'nın 32. maddesinde ifade edilmiş olmakle birlikte, bugüne kadar bu konuda yasal bir düzenleme yapılmamıştır.

Yukarıda izah edilenlerden çıkan sonuç; KKTC Meclisi önündeki yolun toplantı ve gösteri yürüyüşüne açık umumi bir yer olduğudur.

Fasıl 32'de dahi, toplantı ve gösteri için umumi bir yolun kapatılması mümkün değildir. Polis Yasası'nın yukarıda alıntısı yapılan maddelerine göre de, polis, herhangi bir umumi yerde miting yapılmasını yasaklayamaz.

İstinaf Edenler, Meclis önündeki yolun kapatılmasının polisin yetki ve görevleri içinde olmadığını, yolun kapatılması ile Sanıkların toplantı ve gösteri özgürlüklerinin engellendiğini, polisin, darp edildikleri noktada bulunması yasal olmadığından, Sanıkları polisi darp ve görevini ifa etmekten men suçundan mahkum etmekle Alt Mahkemenin hatalı olduğunu iddia etmektedirler.

Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüş hakkı, demokratik toplumda temel haklardan biridir. Tıpkı ifade özgürlüğü gibi, bu hak da demokratik toplumun temellerinden birini teşkil etmektedir. (Fried/Avusturya 15225/89 30.11.1992 İnsan Hakları Komisyonu sayfa 559-600)

Yurttaşların önceden izin almaksızın silahsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahip olduğu, KKTC Anayasası'nın 32. maddesinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı olarak ifade edilmiştir.(gör. A.İ.H.S mad. 11)

BARIŞÇIL AMAÇLARLA TOPLANMA HAKKI, Ergin Ergül Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulamaları kitabında, sayfa 258'de aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

“Bu hak, bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı ya da halka açık yerlerde toplantı, gösteri ve yürüyüş vb. gibi, hangi şekil altında olursa olsun, bir araya gelmeleri demektir. Bu madde, devlete aynı zamanda pozitif mükellefiyet de yüklemektedir. Yani devlet, toplantı ve gösteri özgürlüğünün fiilen kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Toplantı ve ifade özgürlükleri, birbiriyle çok sıkı bir şekilde bağlantılıdır. Bu nedenle Mahkeme bir çok olayda bu iki özgürlüğü birlikte değerlendirmiştir. Toplanma özgürlüğü sadece kapalı yerlerde yapılan sabit toplantıları değil, gösteri ve yürüyüşleri de kapsar.

Toplantı ve gösteri özgürlüğü konusunda devletin görevi bunlara karşı hiçbir tavır takınmayarak pasif şekilde seyirci kalmak değil, toplantı ve gösterinin gerçekleşmesi için gereken önlemleri almaktır.

Madde sadece barışçı amaçlarla yapılacak toplantı ve gösterileri korumaktadır. Toplantıyı düzenleyen ve katılanların kamu düzenini bozmaya yönelik şiddet eylemlerine başvurma niyetlerinin anlaşılması halinde, o toplantı ve gösteri barışçı sayılamaz. Yine bizatihi toplantının konusunun şiddet içermesi ve başkalarının insan haklarını ihlal etmesi halinde de bu madde uygulanmaz ve devletin bu gibi durumlarda toplantı ve gösteriyi kısıtlama hakkı vardır.”

(gör. Chappel v. the United Kingdom (1988) 10. EHRR CD.510)

28.10.2009 tarihinde yapılmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün, Anayasal bir haktan kaynaklandığı ve barışçıl bir şekilde yapılmış olduğu konusunda kuşku yoktur.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında hem gösteriye katılanların, hem de diğer üçüncü şahısların güvenliklerini sağlama yükümlülüğü de göz önünde bulundurulduğunda, otoritelerin, önceden bazı tedbirleri alabilme hakları olduğu bir gerçektir.

Olgulardan anlaşılacağı üzere, 28.10.2009 tarihinde yapılmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında, Lefkoşa Polis Müdürlüğü, kamu düzeni gereği ve herhangi bir olumsuz olayı önlemek bakımından, gerekli olan tedbirleri almış olduğu, İddia Makamı Tanığı Polis Müdürü Pervin Gürler'in şahadetinde ileri sürülmüştür.

Şahadete göre, toplantı ve gösteri yürüyüşü eski Peyak Binaları önünden başlamış, Sedat Simavi Meslek Okulu önündeki yol takip edilmiş ve Şehitler Abidesi önünde yoğunlaşmıştır. İddia Makamı tanıkları, ilgili günde, 3000'den fazla bir kalabalığın olduğunu ve 165 polisin görev yaptığını söylemektedirler.

İddia Makamı tanıkları, 28.10.2009 tarihinde, kalabalığın yoğunluğundan dolayı, mitinge katılanların, polis şeridini açtıklarını, bu nedenle polisin Meclis önünde sıkı güvenlik tedbiri aldıklarını ve Meclise girişlerin önlendiğini söylemektedirler.

Şahadete göre, 28.10.2009 tarihinde, polisin esas görevi, bir kamu binası olan KKTC Meclis Binasını korumaktı. Lefkoşa Polis Müdürlüğünün almış olduğu tedbirler ile KKTC Meclis Binasına girilmesi ve arzu edilmeyen olayların meydana gelmesi önlenmiştir. Polisler ile göstericiler veya Sanıklar arasında polis kordonu önünde bir arbede yaşanmış olduğu doğru olmakla birlikte, Meclis önünde herhangi bir olay olmadığı da bir gerçektir.

Toplantı ve gösteri mitinginin çok kalabalık olduğu ve kalabalık nedeniyle polisler ile gösteriye katılanlar arasında arbede yaşandığı şahadetle ortaya çıkan bir gerçektir. Bu arbede sırasında, kalabalık nedeniyle polislerin itildiği ve polis kordonunun kısmen aşıldığı bir gerçektir.

Şahadete göre, 28.10.09 tarihinde yapılmış olan toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında, Sanıkların esas niyetleri, Anayasal bir hak olan toplantı ve gösteri yürüyüş haklarını kullanmaktan ibaretti.

Bu gibi hareketler, silahsız veya şiddet kullanılmadan yapıldığı sürece toplantı ve gösteri özgürlüğünün normal bir sonucu olarak kabul edilmeli ve hoşgörü ile karşılanmalıdır.

Toplantı ve gösteri yapma özgürlüklerinin belirli bir ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsadığı, Jonowski/ Polonya 25716/94 (21.1.1999) davasında ifade edilmiştir.

Polisin görevini yasalar çerçevesinde ifa etmesi gerektiği **The Protest Handbook** sayfa 105’de, şu şekilde ifade edilmektedir.

“Any assault, battery, unlawful arrest or trespass to property by a police officer will interfere with a person’s liberty and, unless justified, take an officer outside the execution of his duty. Not every physical contact with a person will amount to an assault and there are a large number of cases which concern police officers touching someone without arresting them. If such contact goes beyond what one would expect in everyday life from another citizen, it will amount to an assault and therefore be outside the officer’s duty unless it can be justified by reference to a specific power.”

“Bir polis memuru tarafından herhangi bir darp yaralama, kanunsuz tutuklama veya mala tecavüz, haklı olmadığı takdirde, polisi görevini ifa etmenin dışına çıkarır ve polis memurunun kişinin hürriyetini ihlal ettiği kabul edilir. Polis memurunun her fiziki teması darp oluşturmaz ve polis memurlarının tutuklamadan dokundukları kişiler ile ilgili bir çok dava vardır. Böyle bir fiziki temas, günlük hayatta başka bir vatandaştan beklenen bir temastan daha ileriye giderse, darp fiilinin olduğu kabul edilir ve spesifik bir yetki ile haklı kılınmadığı takdirde, polis memurunu görevi dışına taşır”.

Polis, yasal mevzuata uygun görev ifa ettiği için, bu görev sırasında polis, özgürlükleri en az sınırlayan tedbirlere başvurmalıdır.

Polisin, görevi sırasında insan haklarına uygun bir şekilde hareket etmemesi, bir ceza davasında müdafaa sebebi olarak ileri sürülebilir.

Bu hususta **The Protest Handbook** sayfa 140’de, şöyle denmektedir:

“Orders must comply with the provisions of the ECHR. Otherwise, the police officer making the order is not acting in accordance with the CHR and a court upholding the order by convicting would not be acting in accordance with the ECHR. Both are impermissible under the

Human Rights Act. 1998, s 6¹²⁷. For example, if conditions imposed upon the location of a public assembly under POA 1984, s 14 mean that the defendants could not see or be seen by the target of their protest, it could be argued that their Article 10 and 11 rights had been breached and the order was therefore unlawful.”

“Verilen emirler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi maddelerine uyum sağlamalıdır. Aksi takdirde, emri veren polis memuru Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun hareket etmemektedir, böyle bir emri kabul ederek mahkum eden Mahkeme de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun hareket etmemiş olur. İki olasılığa da Human Rights Act altında izin verilemez. Örneğin madde 6 maksatları için, gösteri yapılacak yere POA 1984 madde 14 altında uygulanan şartlar neticesinde protesto etmek istedikleri hedefleri tarafından davalılar görülemez veya duyulamaz ise Davalıların 10 ve 11’inci madde altındaki haklarının ihlal edildiği, emrin kanuna aykırı olduğu kabul edilir.”

Yine polis, bir şahsın hakkını ihlal ederek görev yapması durumunda da, bu husus ceza davalarında müdafaa sebebi olarak kullanılabilir. (1936.2. All England Law Reports 213 (Davis v. Lisle) davası.)

Sunulan şahadete göre, Lefkoşa Polis Müdürünün, KKTC Meclisinin güvenliği için tüm önlemleri aldığı, Bedreddin Demirel Caddesinin Meclis önündeki bölümünü trafiğe ve miting yapmaya kapattığı anlaşılmaktadır.

Bedreddin Demirel Caddesinin, KKTC Meclisinin güvenliği bakımından kapatılması yetkisizce alınmış bir tedbir olmakla birlikte, toplantı ve gösteri yürüyüşü, Şehitler Abidesi önünde yapıp tamamlanmıştır. Bu gerçek ışığında, Sanıkların, toplantı ve gösteri özgürlüklerinin kısıtlandığını veya önlendiğini kabul etmek mümkün değildir.

KKTC Meclisine girilmesini önlemek, toplantı ve gösteri yürüyüşünün güvenli bir şekilde yapılmasını sağlamak, polisin yasal görevleri arasındadır.

Sunulan şahadete göre, polisin, darp edilmiş olduğu noktada, KKTC Meclisini korumaya yönelik görev ifa ettiği kabul edilmelidir.

Polisin darp edildiği noktada, KKTC Meclisini korumaya yönelik görev ifa ettiği iddia edilmiş olmakla birlikte, İstinaf Edenler, polisin, engellendikleri noktada Meclisi korumadığını veya polisin KKTC Meclisini koruma görevi olmadığını iddia etmemiştir.

Yukarıda izah edilenler ışığında, polisin, Bedreddin Demirel Caddesini, toplantı ve gösteri yürüyüşüne yasaklama getirme yetkisi olmamakla birlikte, polisin, KKTC Meclisini korumaya yönelik olarak almış olduğu tedbirler kapsamında Sanıkların polisi engelledikleri ve bu aşamada polislerin darp edildikleri anlaşılmaktadır.

Yukarıda izah edilenler ışığında, İstinaf Eden Sanıkların toplantı ve gösteri özgürlüklerinin engellenmediği, polis, darp edildiği noktada, KKTC Meclisini korumaya yönelik görev ifa ettiğinden, Alt Mahkemenin, Sanıkları, polisi görevi esnasında darp etme suçundan mahkum eden kararı hatalı değildir.

İstinaf Eden 1. istinaf sebebinde başarılı olmadığı için, bu istinaf sebebi iptal edilmelidir.

2. istinaf sebebinin incelenmesi:

İstinaf Edenler, Alt Mahkemenin, KKTC Meclisi önündeki umumi yolun keyfi bir şekilde kapatılmış olduğu ile ilgili yapılan itirazlarda, yetkili mahkemenin Yüksek İdare Mahkemesi olduğu konusundaki iddiaları incelemeyen ve herhangi bir gerekçe göstermeden, İstinaf Edenlerin iddialarını reddetmekle hatalı olduğunu iddia etmektedirler.

Alt Mahkemenin kararının ilgili kısmı aynen şöyledir:

“Yine Savunma Avukatları Tanık 1 Polis Müdürü Pervin Gürler’in yetkisini keyfi bir şekilde kullandığını, böyle bir yetkinin sürekli kullanılmasının eylemleri yasakladığı anlamına geldiği bu da Anayasal hakların gasp edildiği yönündedir.

Öncelikle şunu söylemek gerekirse yetki aşımı veya yetkinin keyfi kullanılması bu mahkemede tartışılacak bir mesele değildir. Tamamen idari bir tasarruf olan bu uygulamadan yakınların başvuracağı merci bellidir ve bu hususta huzurunda verilmiş bir YİM kararı mevcut değildir. Anayasaya aykırı olduğu iddialar da Anayasa Mahkemesinin kararına değin uygulamayı ve yasayı geçersiz kılmaz. Tarafların bu iddiaları ile ilgili de herhangi başvuruları veya bu konu ile ilgili verilmiş bir karar yoktur. Söylenenler ışığında bu iddiaları da mesnetsiz bulurum.”

Görüldüğü gibi Alt Mahkeme, İstinaf Eden Sanıkların, Polis Müdürü Pervin Gürler’in yetkilerini keyfi bir biçimde kullandığı yönündeki iddialarını incelememiş ve herhangi bir gerekçe göstermemiş ve başvuru merciinin Yüksek İdare Mahkemesi olduğu gerçeğinden hareketle, Sanıkların iddialarını mesnetsiz bulmuştur.

Polis, görevini ifa etme noktasında, amirlerinden aldığı emirleri uygulamak, verilen direktiflere uygun hareket etmek mecburiyetindedir. Bir

ceza davasına konu olacak bir bir yolun, Polis Müdürü tarafından bir gösteriye kapatılması kararı idari bir karar niteliğinde değildir. Alt Mahkemenin, yol kapatma kararının yasal olup olmadığını incelemesi ve vereceği karar ışığında, polisin görevini ifa etmekte olup olmadığına karar vermesi gerekmekte idi.

Bir davada, herhangi bir yasal konu ile ilgili bir müracaat yapıldığında, bu husus, alt mahkemeler tarafından esaslı bir şekilde incelenmeli ve hukuki mevzuata uygun gerekçeli karar verilmelidir.

Alt Mahkemenin, İstinaf Eden Sanıkların yapmış olduğu müracaatı yasal yönden incelememesi ve bunu gerekçe göstermeden reddetmesi hatalı olmuştur.

İstinafin sonucunu etkilemeyecek olmasına rağmen, İstinaf Edenlerin 2. istinaf sebebi kabul edilmelidir.

İddia Makamının Y/C 10/2012, 11/2012 ve 12/2012 sayılı istinaf sebeplerinin incelenmesi:

İddia Makamı, Sanıklara aşikar surette az ceza takdir etmekle, Alt Mahkemenin hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Alt Mahkeme, huzurundaki olguları değerlendirdikten sonra, Sanık 2,7 ve 11'i mahkum etmiş olduğu davalardan birer yıl süre ile sulh ve sükunu koruyacaklarına ve iyi ahlak sahibi olacaklarına dair 10,000'er TL'lik şahsi kefalet senedi imzalamalarına, Sanık 3'ü ise mahkum etmiş olduğu davadan 5000 TL şahsi kefalet senedi imzalamasına karar vermiştir.

Genel prensip olarak, cezalar alt mahkeme tarafından takdir edilir ve takdir edilen bu cezalara Yargıtay olarak müdahale edilemez. Verilen cezaya müdahale edilebilmesi için, alt mahkemenin ceza takdir ederken hataya düştüğü hususunda Yargıtayın ikna edilmesi gerektir. Alt Mahkeme tarafından nazarı itibara alınması gereken ağırlıklı faktörlerin dikkate alınmamış olması veya nazarı itibara alınmaması gereken faktörlerin dikkate alınmış olması veya tüm faktörlerin dikkate alınmış olmasına rağmen verilen cezanın alenen fahiş veya alenen az olduğu hususunda Yargıtay'ın tatmin edilmesi gerekir.

Alt Mahkeme, Sanıklara verilecek olan cezayı takdir etmeden önce, lehlerine ve aleyhlerine olabilecek tüm faktörleri dikkate aldıktan sonra ceza takdir ettiği ve ceza takdirinde bir hata olmadığı kanaatindeyiz.

İzah edilenler ışığında, İstinaf Eden, istinafında başarılı olamamıştır.

Netice olarak;

Sanıkların, Y/C 2/2012, Y/C 3/2012 ve Y/C 4/2012 sayılı istinafları iptal edilir.

İddia Makamının, Y/C 10/2012, Y/C 11/2012 ve Y/C 12/2012 sayılı istinafları iptal edilir.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

30 Mayıs, 2014

D. 3/2014

Yargıtay/Asli Yetki 4/2014

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Yargıç Narin Ferdi Şefik Huzurunda.

Müsteddi: Kıbrıs Türk Amme Memurları Sendikası – Lefkoşa

- ile -

Müstedaaleyh: KKTC Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
vasıtasıyla KKTC Başsavcısı, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Müsteddi namına: Avukat Kemal Şentürkler.

Müstedinin, Mandamus emirnamesi ısdarına izin verilmesi için yaptığı istidanın kararıdır.

Kıbrıs Türk Amme Memurları Sendikası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak toplu iş sözleşmesi yapma amacıyla bir gün ve saat tespit edilerek bildirilmesini talep etti – Bakanlığın bu isteği yerine getirmemesi üzerine, Asli Yetki çerçevesinde Yüksek Mahkemeye başvuran sendika mandamus emirnamesi talep etti – Yargıtay, 42/96 sayılı ve 29/96 sayılı yasaları inceledi – Toplu iş sözleşmesi yapma hakkının KKTC Anayasasının 54. maddesi tarafından tüm çalışanlara tanınan bir hak olduğunu göz önünde bulunduran Yargıtay, sözkonusu kişilerin 24/2012 Özelleştirme Yasası geçici madde kapsamında oldukları için statüleri nedeniyle toplu iş sözleşmesi yapma hakları olmadığı kanısına vardı – Bakanlık müstediye toplantı, tarih ve saati bildirmek zorunda olmadığı için mandamus emri vermeyi reddetti.

Mandamus Emri – 29/96 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Referandum Yasası, madde 11 (4) – 24/2012 Özelleştirme Yasası Geçici madde 1 – 42/96 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Referandum Yasası madde 10 ve

11 – Kıbrıs Türk Hava Yolları çalışanlarının özelleştirme nedeniyle kamuda istihdam edilmeleri – Toplu sözleşme yapma hakları olmaması nedeniyle bakanlığın toplu görüşme gün ve saati saptayıp bildirme zorunda olmaması.

KARAR

Narin F. Şefik: Müstedi Kıbrıs Türk Amme Memurları Sendikası, Müstedaaleyh KKTC Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının, 29/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Referandum Yasası madde 11(4) altında, Müstedi sendika ile İşveren (KKTC) arasında toplu görüşme gün ve saatini tespit ederek taraflara bildirmesi hususunda Yasanın yüklediği görevi yerine getirmesi ve/veya bu konudaki yetkilerini kullanması doğrultusunda mandamus emirnamesi ısdarı talep eden bir istidanın dosyalanmasına izin verilmesini talep etmektedir.

İstidaya ekli yemin varakası ve Bildirge – Hukuki Gerekçelerde Müstedinin Örgütlenme Sekreteri, Müstedi Sendikasının 24/2012 sayılı Özelleştirme Yasası'nın Geçici 1. maddesi kapsamında kamuda istihdam edilenlerin yetkili sendikası olduğunu; bu çalışanlar arasında en fazla üyeye sahip olduğunu; 19.11.2013 tarihinde 24/12 sayılı Yasa kapsamında istihdam edilenlerin 1.1.2014-31.12.2015 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesi için İşvereni (KKTC-Devletini), Ortam ve Haberal Kıbrıslı gazetelerine verilen 19.11.2013 tarihli ilanlarla toplu görüşmeye çağırdıklarını; bu çağrıya yasal süre içerisinde, çağrı tarihinden itibaren 6 iş günü içerisinde ve halen uyulmadığını ve toplu görüşme gün ve saatinin tespit edilmediğini; bunun Yasanın 10. maddesine aykırılık oluşturduğunu; toplu görüşme gün ve saati

saptanmaması üzerine, 28.11.2013 tarihli bir yazı ile Müstedinin Müstedaaleyhe başvurarak, Toplu İş Sözleşmesi hakkında toplu görüşme gün ve saati saptaması ve taraflara bildirmesi için talepte bulunduğunu; Müstedaaleyhin bu talebe uygun olarak yasal süre olan 5 iş günü içerisinde toplu görüşmenin yapılacağı gün ve saati saptayarak bildirmediğini, bu şekilde davranmakla madde 11(4) altındaki görev ve yetkilerini kullanmadığını; Müstedaaleyhin bu görevlerini yerine getirmesi için mandamus emirnamesi ısdarını talep eden bir istidanın dosyalanmasına izin verilmesini talep etti.

Bu müracaatı ilgilendiren maddeler aynen şöyledir:

24/2012 Özelleştirme Yasası Geçici madde 1:

“1. Bu Yasanın Üçüncü Kısımında yer alan, özelleştirme uygulamaları sonucunda kamu iştirakleri dışında kalan şirket çalışanlarının işsiz kalacak olanlarının istihdamının sağlanmasına ilişkin kurallar, mahkemece tasfiyesine karar verildiği tarihte, Şirketin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları dahilindeki şubelerinde Kıbrıs Türk Hava Yolları çalışanı statüsünde olan ve bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde talepte bulunanlar hakkında da uygulanır.”

42/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Referandum Yasası madde 10 ve 11 aynen şöyledir:

- “10. (1) Aynı işverene bağlı bir veya birden fazla işyerinde çalışanlardan en çok üyesi bulunan sendika, o işyeri veya işyerleri için Toplu İş Sözleşmesi yapmaya yetkilidir.**
- (2) Bir işveren kendisine ait işyerlerinde veya işverenin yetkili kılacağı işveren sendikası, kendi üyesi olan işverenlere ait farklı işyerlerinde, her işyeri için ayrı**

ayrı veya topluca bütün çalışanları kapsayan Toplu İş Sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

- (3) Toplu İş Sözleşmesi yapma yetkisi, yetki talep edilen işyeri veya yetki talep edilen işyerlerinde, talep esas alınarak, bu madde ve 12'nci madde kuralları çerçevesinde bakanlık tarafından saptanır.

“11. (1) (A) Bir işyerinde Toplu İş Sözleşmesi yapılması söz konusu ise, bu sözleşmeyi yapmaya yetkili sendika ile işveren veya yetkili işveren sendikası, ayrı ayrı birbirlerini yazılı olarak toplu görüşmeye çağırarak zorundadır.

Taraflardan birinin süreci başlatmak için böyle bir çağrıyı yapması yeterlidir.

(B) Taraflar bu çağrıyı yerel günlük iki gazetede de bir gün süre ile ilan ederler.

(C) Çağrılan taraf bu çağrıya uymak zorundadır.

(2) Toplu görüşme için bir araya gelen taraflar, toplu görüşmeye başlamadan önce görüşmecilerinin yetki belgelerini teati etmekle yükümlüdürler.

(3) Toplu Sözleşmeyi görüşmek için taraflardan birinin çağrısı üzerine, toplu görüşme tarihini taraflar anlaşarak altı işgünü içinde saptarlar.

(4) Toplantı yer, gün ve saati bakımından taraflar arasında bir anlaşmaya varılmazsa, taraflardan herhangi birinin bakanlığa başvurusu üzerine, Bakanlık başvurma tarihinden başlayarak beş işgünü içinde toplantı gün, saat ve yerini saptayıp taraflara yazılı olarak bildirir.

(5) Taraflar bu çağrıya uymak zorundadırlar.

(6) Toplantıya her halükârda Bakanlığa başvurma tarihinden başlayarak en çok yedi işgünü içinde başlanır.”

10. maddeye göre, aynı işverene bağlı bir veya birden fazla iş yerinde çalışanlardan en çok üyesi bulunan sendika, o iş yeri veya iş yerleri için Toplu İş Sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Müstedi, toplamda 330 kişinin, Kıbrıs Türk Hava Yolları çalışanı tanımında iken Devlete istihdam edildiklerini, bunlardan 126'sının Müstedinin üyeleri olduğunu, Geçici 1. madde altında istihdam edilenler arasında en fazla sayının kendilerine bağlı üyelere olduğunu belirtmiştir.

Müstedi, 42/96 sayılı Yasanın 11 (1)(B) fıkrası gereğince, Toplu İş Sözleşmesinin yapılması amacıyla yönelik olarak, 2 yerel gazetede bir gün süre ile toplu görüşmeye çağrı yapmıştır.

Müstedi, 42/96 sayılı Yasa altında (madde 10), Müstedaaleyhe çağrı yapmış, Müstedaaleyh bu çağrı üzerine Müstedi ile anlaşarak 6 iş günü içerisinde toplu görüşme tarihini saptamamıştır. Anlaşmaya varılamadığı nedeniyle, Müstedinin Bakanlığa başvurması üzerine de, Bakanlık 5 iş günü içerisinde toplantı gün, saat ve yerini saptamamış ve yazılı olarak da bildirmemiştir.

Müstedaaleyhin, 42/96 sayılı Yasa altında, kendisine Toplu İş Sözleşmesi yapma hakkı olan kişileri temsil eden bir sendika tarafından müracaat yapıldığı takdirde, toplu görüşme gün ve saatini anlaşarak tespit etmesi gerekir. Bu yapılmadığı takdirde ise, sendikanın madde 11(4) altında müracaatı üzerine, 5 iş günü içerisinde toplantı yer ve saatini tespit etmesi gerekir.

Müstedaaleyhin böyle bir mükellefiyetinin bulunması için, Müstedi sendikanın temsil ettiğini iddia ettiği 126 kişinin, 42/96 sayılı Yasanın 4. maddesi altında Toplu İş Sözleşmesi yapma haklarının bulunması gerekir.

Kimlerin Toplu İş Sözleşmesi yapma hakları vardır? KKTC Anayasası'nın 54. maddesi, tüm "çalışanlara" bu hakkı vermektedir. 42/96 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Referandum Yasası'nın 2. maddesinde, "**Çalışan**, Sendikalar Yasasında işçiye verilen anlamı anlatır ve bu Yasa amaçları bakımından öğretmenleri ve kamu görevlilerini de kapsar" der.

Yine 2. maddede, "'Toplu İş Sözleşmesi' Yasasının 4. maddesinde yapılan tanımı anlatır" diye izah edilmiştir.

4. madde ise aynen şöyledir:

- "4. (1) Toplu İş Sözleşmesi, çalışanların işverenle olan ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal durumlarını korumak, geliştirmek, çalışma esaslarını düzenlemek ve düzeltmek amacıyla, seçtikleri sendikaları, federasyonları veya konfederasyonları kanalı ile işveren veya işverenin yetkili kılması halinde işveren sendikası arasında yapılan bir sözleşmedir.
- (2) Toplu İş Sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen kuralları da içerebilir.
- (3) Toplu İş Sözleşmeleri uygulamaları bakımından öğretmenler ve kamu görevlileri bu Yasa kapsamında sayılmaz.

Ancak bu kural, kamu görevlilerinin ve öğretmenlerin Toplu Pazarlık ve Toplu görüşme yapmalarına engel teşkil etmez. "

Müstediler, 24/12 sayılı Özelleştirme Yasası'nın Geçici 1. maddesi altında verilen hak ile göreve alınmışlardır. Bu geçici 1. madde, Yasanın 27. maddesini yönlendirmektedir. Bu madde, bu kişilerin farklı statülerini gösterir niteliktedir.

Kıbrıs Türk Hava Yollarının tasfiyesi neticesinde, Geçici 1. madde kapsamında bulunan kişiler, açıkça, ne kamu görevlisi ne de öğretmendirler.

Sendikalar Yasası'nda işçiye verilen anlam, o Yasanın tefsir yan başlıklı 2.maddesinde yer alır. Madde aynen şöyledir:

"İşçi", bir mukavelenin mahiyetine yani, fikrî veya bedenî veya başka suretle iş ifasını derpiş edip etmediğine veya sarahaten veya zımnen veya sözlü veya yazılı olarak hizmet, çıraklık veya herhangi diğer bir işi ifa etmek için yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, işverenle böyle bir mukavele yapan veya işverenin iş veya hizmetinde böyle bir mukavele gereğince çalışan herhangi bir şahsı ifade eder."

Geçici 1. madde altında, KKTC devletinde istihdam edilen kişiler, bu tefsire de dahil olamazlar.

Anayasa'nın 120. maddesi, kamu görevlileri ve diğer kamu personelinin ayrımını açıkça izah etmektedir. Kamu görevlileri Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından atanan kişilerdir. Geçici madde 1 kapsamında işe alınanlar, bu kapsamda değildirler. Geçici 1. madde altında işe alınanları istihdam eden organ olan ve 24/2012 sayılı Yasanın 31. maddesi altında kurulan Özelleştirme İstihdam Komisyonu, Anayasa'nın 120. maddesinin 2. fıkrasının murat ettiği gibi tarafsız ve bağımsız bir organ değildir.

Geçici 1. madde altında istihdam edilenler, 42/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Referandum Yasası'nın 2. maddesindeki “**çalışan**” tefsirine dahil olmuş olsalardı, Müstedinin Geçici 1. madde kapsamında işe alınan bu kişileri temsil etme hakkı olan sendika olduğunu ve KKTC Devletinin de Geçici 1. madde altında devletin muhtelif birimlerinde istihdam edilenlerin işvereni olduğunu kabul ettiğini belirtirdim.

Netice itibarıyla, Geçici madde 1 altında devlet dairelerinde çalışmaya başlayan ve Müstedinin üyeleri bulunan kişilerin, 42/96 sayılı Yasa altında Toplu İş Sözleşmesi yapma hakları bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda, Müstedinin bu kişiler için toplu görüşme talep etme hakkı da yoktur. Böyle bir hakkı olmadığından, Müstedaaleyhin Müstediye toplantı tarih ve saat bildirme görevi de yoktur.

Tüm söylenenler ışığında Müstedinin, Müstedaaleyh aleyhine mandamus emirnamesi ısdarına izin verilmesini talep eden istidası ret ve iptal edilir.

Narin F. Şefik
Yargıç

6 Mayıs 2014

D.4/2014

Yargıtay/Asli/Yetki 21/2013
(Lefkoşa Ağır Ceza Dava No: 2334/2013)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı.

Müstedî: Peral Ulunay, AK 9 Apartmanı, Daire 5, Ortaköy-
Lefkoşa

– ile –

Müstedaaleyh: 1- KKTC Başsavcısı, Hukuk Dairesi, Lefkoşa
2- Lefkoşa Kaza Mahkemesi, Lefkoşa
3- Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Müstedî namına: Avukat Ergin Ulunay adına ve şahsen Avukat
Adnan Ulunay
Müstedaaleyh namına: Kıdemli Savcı Sarper Altıncık.

Müstedinin, Prohibition Emirnamesi ısdarına izin verilmesi için yaptığı istidanın kararıdır.

Sanık aleyhine çeklerle ilgili sirkat ve sahte davranışla para temin etme soruşturması başlatıldı ve bir süre sonra (nolle prosequie) takipsizlik kararı dosyalandı – Takipsizlik kararının dosyalanmasından bir yıl sekiz ay sonra ve sanığın ilk teminata bağlandığı tarihten 6 yıl iki ay sonra sanık aleyhine ceza davaları getirildi – Sanık, bu gecikmenin doğal adalet ilkeleri ve adil yargılama ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile ceza davasının durdurulmasını öngören bir prohibition emrini Yüksek Mahkemeden talep etti – Yargıtay, doğal adalet ilkelerini ve adil yargılama hakkını inceledi – Gecikmenin bir adaletsizlik olduğunu kabul etmekle birlikte bu olayda birçok erteleme sanıktan kaynaklandığını dikkate alan Yargıtay, tek başına gecikmenin

prihibition emri vermek için yeterli olmadığı sonucuna vardı ve prohibition emirnamesi talebini reddetti.

Prohibition emri – Doğal adalet ilkelerine aykırı olarak davanın uzaması – Adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği iddiası – Gecikmenin kötü niyetle yapılması halinde prohibiton emri verilebilmesi – Tek başına gecikme nedeniyle prohibiton emri vermenin doğru görülmemesi.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- Yargıtay/Asli Yetki 2/1981 – D.3/1981.
- 2- *The Republic of Cyprus through the Public Service Commission and Anatonios Mozoras* 1966 3CLR 356 sayfa 399-400.
- 3- *Rv Chief Constable of the Mereseyside Police ex parte Calveley* (1986) QB 424.
- 4- *Rv Gray's Justice ex parte Graham* (1982) 1 QB 1239.
- 5- *Oxford City Justices ex parte Smith* (1982) 75 Cr. App. R.200).

Atıfta Bulunulan Bilimsel İctihatlar:

- 1- *The Annual Practice* 1963, Vol. 1 s.1732.
- 2- *Halsbury's Law of England* 3rd. Ed. Vol.11, s.114.
- 3- *Halsbury's Law of England* 4th ed. Vo.18, para 1677.
- 4- *Halsbury's Law of England* 5th ed. (2010) para.629.
- 5- *Halsbury's Law of England* 5th ed. (2010) Vol. 61, para.693.

KARAR

Narin F. Şefik: Müstedi, Polis Makamlarının aleyhindeki soruşturmayı 5/1/2007 tarihinde açtıkları, daha sonra aleyhine ikame edilen ceza davalarında 7/7/2011 tarihinde İddia Makamının Nolle Prosequi dosyaladığı halde, 22/2/2013 tarihinde aynı olayla ilgili tekrar Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinde görüşülmek üzere, 2334/2013 sayılı bir ceza davası ikame ettiği; 5/1/2007 tarihinde başlatılan cezai kovuşturmanın makul bir süre içerisinde sonuçlanmadığından ve/veya sonuçlanmasına imkan olamayacağından ve

soruşturmanın başlatılmasından çok uzun bir süre geçmiş olduğundan bu aşamada adil yargılama yapılamayacağını ve/veya yapılacak herhangi bir yargılamanın yargı yetkisini kötüye kullanmak olacağını (abuse of the process of the Court) ileri sürerek, 2334/2013 sayılı ceza davasının askıya alınması ve/veya yasaklanması için bir Prohibition Emirnamesi ısdar edilmesini talep etmektedir.

Müstedî istidasını KKTC Anayasası'nın 1, 16, 17, 18, 151. maddelerine, 39/1962 sayılı Onay Yasası ile kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6, 6(1), 13. maddelerine, 1960 Mahkeme Nizamatı (Geçici Hükümler) madde 3'e, Mahkemeler Yasası, Bölüm 8, madde 35, İngiliz Yüksek Mahkeme Nizamatı E59, nn 1-10, Bölüm 6, Hukuk Yargılama Yasası madde 4,9, 1976 Mahkemeler Yasası madde 41, Ortak Hukuk İlkelerine, Yüksek Mahkeme Kararlarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına, Prohibition ile ilgili prensiplere, Bildirgede belirtilen Hukuki Gerekçelere, Hukuk Yargılama Tüzüğü E48 nn 1, 2'ye dayandırmıştır.

İstidaya ekli Bildirge, Hukuki Gerekçeler ile yemin varakasında, Müstedî, Müstedaaleylelerin Anayasa'nın 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesini ihlal ettiklerini; ceza davasının makul bir süre içerisinde dinlenmesini sağlamamak ve keyfi olarak Nolle Prosequi dosyalamakla İddia Makamının yargısal süreci istismar ettiğini ileri sürmektedir.

Müstedî, 5.1.2007 tarihinde, Lefkoşa Polis Müdürlüğüne davet edildiğini, tutuklandığını, mahkeme huzuruna çıkarılarak aleyhinde tutukluluk kararı alındığını, 10.1.2007 tarihinde teminat emri ile serbest kaldığını, bundan

2 yıl 11 ay sonra 19.11.2009 tarihinde, aleyhine, Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinde 14453/2009, 14454/2009, 14455/2009, 14456/2009, 14457/2009, 14458/2009, 14459/2009, 14460/2009, 14461/2009 14462/2009, 14463/2009 14464/2009, 14465/2009 ve 25.11.2009 tarihinde Girne Ağır Ceza Mahkemesinde 5320/2009 ve 5321/2009 sayılı ceza davalarının ikame edildiğini; bu davaların muhtelif çeklerin sahtelenmesi ve tedavüle sürülmesi, konu çeklerle ilgili sirkat ve sahte davranışla para temin etme suçlarını ihtiva ettiğini; 7.7.2011 tarihinde 15 dava ile ilgili İddia Makamı tarafından Nolle Prosequi dosyalandığını; Nolle Prosequi'lerin dosyalanmasından 1 yıl 8 ay sonra, teminata bağlandığı tarihten de 6 yıl 2 ay sonra, 22.2.2013 tarihinde, aynı konuda aleyhine Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinde görülmek üzere, 2334/2013 sayılı ceza davasının ikame edildiğini; davanın henüz Ağır Ceza Mahkemesine havale edilmediğini belirtmiştir.

Müstedî, bu yargılama sürecinde çok fazla bir gecikme (delay) olduğunu, bu gecikmenin doğal adalet ilkelerinden sapma (breach of the rules of natural justice) olarak yorumlanması gerektiğini, doğal adalet ilkelerinden sapma olması halinde de mahkeme sürecinin istismar edildiğinin (abuse of the process of the Court) kabul edilmesi gerektiğini iddia ederek, bu şartların, 2334/13 sayılı ceza davasının durdurulmasını öngören bir Prohibition Emri verilmesi için yeterli olduğunu iddia etmektedir.

Müstedaaleyh ise, sanık aleyhine ikame edilen davaların basit olmadığını, sadece Lefkoşa'da aleyhine 51 itham bulunduğunu, ceza davalarındaki tehir sürecine bakıldığı zaman tehir taleplerinin çoğunun Sanık Avukatından geldiğini, tehirlerin İddia Makamı ile görüşme yapılması talebini de içerdiğini, İddia Makamının Müstedî/Sanık aleyhinde ithamları 15 ayrı dava

altında sunmak yerine, hepsini birleştirerek tek bir ithamname altında sunmak istediğini, bu nedenle, ilk ikame edilen davalarda, Nolle Prosequi dosyalandığını, bu hazırlık için zamana ihtiyaç duyulduğunu, bu gecikmede Saınığın da katkısı olduğunu ifade ederek, istidanın reddini talep etmiştir.

Prohibition Emirnamesinin, bir alt mahkemenin yetki aşımı ile hareket etmesi halinde ısdar edilebileceği, The Annual Practice 1963 vol.1 sayfa 1726’da izah edilmiştir. Burada alt mahkemenin hatasının ülkenin mevzuatına aykırı veya esas adalet kurallarını yıkıcı mahiyette olması halinde, bunun yetki aşımı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

“An order of prohibition lies to restrain an inferior Court from exceeding its jurisdiction.”.....
“Excess of jurisdiction includes a case where the error of the inferior court involves doing ‘something which is contrary to the general laws of the land’..... or ‘so vicious as to violate some fundamental principles of justice.’

Halsbury’s Law of England 3rd ed. Vol. 11 page 114 para 213’de, yine prohibition şu şekilde izah edilmiştir:

“Prohibition lies not only for excess of or absence of jurisdiction, but also for a departure from the rules of natural justice. It does not, however, lie to correct the course, practice, or procedure of an inferior tribunal, or a wrong decision on the merits of proceedings.”

(Prohibition sadece yetkisizlikte değil, ayrıca doğal adalet kurallarından uzaklaşıldığı takdirde de kullanılır. Ancak alt mahkemenin olgular ile ilgili yanlış kararını veya alt mahkemenin uyguladığı yanlış usul ve prosedr dzeltmek için kullanılmaz.)

Rules of natural justice (doğal adalet kuralları) justice'in ne olduğu The Republic of Cyprus through the Public Service Commission and Antonios Mozoras 1966 3CLR 356 sayfa 399-400'de şu şekilde izah edilmiştir:

“Now, what are the rules or principles of natural justice? The two essential elements of natural justice are in modern times usually expressed as follows:

(a) no man shall be judge in his own cause; and

(b) both sides shall be heard, or audi alteram partem.

Other principles which have been stated to constitute elements of natural justice, e.g. that the parties must have due notice of when the tribunal will proceed, etc., may be said to be merely extensions or refinements of the two main principles stated above.”

(Doğal adalet kurallarının 2 esas unsuru vardır.

1) Hiç bir kişi kendi davasında Yargıç olamaz.

2) Her iki tarafa da söz hakkı verilmelidir. Doğaladalet kurallarının unsurları olduğu iddia edilen diğer hususlar – örneğin davanın ne zaman görüleceğinin belirli bir süre önce bildirilmesi gerektiği, yukarıda ifade edilen iki unsurun uzantısı veya detayı olarak görölmeldir.)

Yargıtay/Asli Yetki 2/81 (D.3/81)'de burada ifade edilen doğal adalet ilkelerinin tanımını aynen benimsenmiştir.

Halsbury's Law's of England 5th ed. (2010) vol. 61 para 693'de prohibiting order (Prohibition artık İngiliz hukunda prohibiting order olarak geçmektedir.) şu şekilde izah edilmiştir:

“A prohibiting order is an order issuing out of the High Court and directed to an inferior court which forbids that court..... to act in excess of jurisdiction or contrary to law.”

(Men edici emir Yüksek Mahkemeden bir alt mahkemeye verilir ve o mahkemenin kanuna aykırı veya yetkisi dışında hareket etmesini engeller.)

Halsbury's Law of England 5th ed. (2010)'da para, 629'da natural justice şu şekilde izah edilmiştir:

Natural justice and fairness:

“629. There are two basic rules of natural justice. First, that no man is to be a judge in his own cause (nemo judex in cause sua). Second, that no man is to be condemned unheard (audi alteram partem). These rules govern the way in which a decision is taken, they are not concerned with its correctness.”

(Doğal adalet kurallarının 2 esas unsuru vardır. Birincisi, hiç bir kimse kendi davasında yargıç olamaz, ikincisi, hiç bir kişi dinlenmeden mahkum olamaz. Bu kurallar, bir kararın ne şekilde alındığını ilgilendirir, doğruluğu ile alakalı değildir.)

Müstedinin, Müstedaaleyhlerin yetki aşımı ile hareket ettikleri veya kanuna aykırı bir işlem yaptıkları iddiası yoktur. Müstedi, yargılanmasındaki gecikmenin, yargılanmasının doğal adalet kurallarına uygun yapılmadığını veya aradan geçen bu süre nedeniyle yapılmayacağını gösterdiğini ve gecikmenin bu kuralları ihlal etmesi nedeniyle, yargısal sürecin durdurulması gerektiğini iddia etmektedir.

Doğal adalet kuralları, esasen 2 başlık altında; yani bir sanığın tarafsız bir mahkemede yargılanmasını ve kendisine söz hakkı verilmesini kapsamaktadır. Sanığın diğer hakları, esasen, bu iki başlığın uzantısı veya detayı olarak ele alınmalıdır. Yargılama sürecindeki gecikmelerin de doğal adalet kurallarını ihlal kapsamında ele alınabileceği yerli içtihatlarımızda

olmamasına rağmen, Prohibition Emirnamesinin mehzazı olan Common Law sisteminin uygulandığı İngiltere’de verilen bazı kararlarda, sanıkların gecikmeden dolayı savunma yapmada olumsuz etkilenmeleri veya gecikmenin kötü niyetle yapılması halinde, doğal adalet kurallarının ihlal edildiği ve mahkeme sürecinin istismar edildiği kabul edilerek, Prohibition Emirnamesinin isdar edildiği görölmektedir. (Bak: Rv Chief Constable of the Merseyside Police ex parte Calveley (1986) QB 424, Rv Gray’s Justices ex parte Graham (1982) 1 QB 1239 OX ford City Justices ex parte Smith (1982) 75 Cr. App.R 200).

Müstedi tarafından iddiasını desteklemek amacı ile sunulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da, ceza yargılanması tamamlandıktan sonra, konunun ciddiyeti, kapsamı ve karışıklığı göz önünde tutularak, gecikme olması halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin, yani adil yargılama hakkının ihlalinin mümkün olduğunu göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir:

“1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.....”

6. (1) maddede yer alan “reasonable time” makul süre, her davanın olgularına, tüm davaya etken faktörlere, sanığın durumuna ve benzeri koşullara göre değerlendirilip karar verilecek bir husustur.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, makul sürenin geçip geçmediğine, davaya has olgulara göre karar verileceği, bu yapılırken bilhassa içtihat kararlarında vurgulanan kriterlere bakılacağı, yani: 1) davanın ne kadar karmaşık olduğuna, 2) müstedinin davranışlarına ve 3) ilgili yetkili kurumların davranışlarına bakılarak, geçen sürenin makul olup olmadığı değerlendirileceği ifade edilmiştir.

“The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and of the relevant authorities (see, among other authorities, the Vernillo v. France judgment of 20 February 1991, Series A no. 198, p. 12, para.30).”

Bir davada adil yargılama olup olmadığını hangi tarihler arası ve hangi koşullar dikkate alınarak karar verildiği, Halsbury’s Laws of England 4th ed. vol. 18 para 1677’de şu şekilde izah edilmiştir:

“1677. Hearing within a reasonable time. The hearing is to take place within a reasonable period of time. For this purpose, the date from which the time begins to run in a criminal case is the date at which the accused was charged, and not the time at which the indictment was presented, nor the date at which the offence was committed. The period ends with a final decision on appeal. The reasonableness of the time is measured according to the usual time taken under the administration of the system of criminal law in question, and in relation to the investigation and trial of a case in a manner consistent with the good administration of justice; factors to be taken into account include whether the responsibility for delay lies with the prosecution or the courts, and the complexity of the issues involved. The applicant must not have caused the prolongation of his own detention.”

Burada açıkça, sürenin makul olup olmadığı incelenirken, sanığa suçlamanın ne olduğunun bildirildiği tarih, dolayısıyla soruşturmanın başladığı tarih ile istinafin bittiği tarih arasındaki sürenin tezekkür edildiği görülmektedir.

Huzurumuzdaki asli yetki davasında, konu yapılan 2334/2013 sayılı ceza davasının ikamesinden önce, Müstedi/Sanık aleyhine ikame edilmiş olan toplam 15 adet davada, Nolle Prosequi dosyalanmasına kadar geçen süreçte, davaların ertelenmelerinin çoğunluğunun Sanık Avukatının müracaatı üzerine yapıldığı veya her halükarda ertelemelere Sanığın itirazı olmadığı görülmektedir.

Sanık aleyhine soruşturmanın başladığı 5.1.2007 tarihinden bugüne kadar 7 yılı aşan bir süre geçmiştir. 2334/2013 sayılı ceza davasının dosyalanma tarihi olan 22.2.2013 tarihine kadar ise 6 yıl 1 ½ ay geçmiştir. Bu süreler önemsenmeyecek süreler değildir. Ancak, Sanık aleyhine ikame edilen davalar için İddia Makamı tarafından Savcılığın Nolle Prosequi dosyalanma aşamasına kadar geçen sürede, erteleme sebepleri ağırlıklı olarak Sanıktan kaynaklandığı gerçeği ışığında, bu sürecin makul süreyi aşması için gerekli unsurların var olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nolle Prosequi dosyalama, İddia Makamının takdir yetkisindedir ve Nolle Prosequi neticesinde Sanık, aleyhindeki ithamlardan serbest kalmıştır. İddia Makamının Temmuz 2011 tarihinde Nolle Prosequi dosyaladıktan sonra, aynı konuda ithamları tek ithamname altında birleştiren yeni ceza davasının dosyalanmasının, 1 yıl 8 ay sonraya kalmasının sebebini anlamak zordur. Ancak tek başına bu nedenle, bu sürecin makul süreyi aştığını kabul etmek mümkün değildir.

Her halükarda, Müstedi, yargılanmaya başlanması halinde, aleyhindeki davayı savunmada zorlanacağı, tanıklarının vefat ettiği, tanıklarının şahadet veremeyecek konumda oldukları iddiasında veya benzeri herhangi bir iddiada bulunmuş değildir. Müstedinin şikayeti, sadece gecikme başlığı altında ileri sürülmüştür. Tek başına gecikme, neticede, yargılamanın adil olmadığı neticesini getirebilir, ancak yargılama öncesinde, adil yargılama olamayacağına sadece gecikme olduğu iddiası üzerine peşinen karar verilmesi mümkün değildir. Sadece gecikme nedeni ile, kötü niyet – mala fides – veya savunmasında olumsuz etkilenileceği iddiası olmaksızın, doğal adalet kurallarının ihlal edildiğinin kabul edilmesi yukarıda söylenenler ışığında mümkün değildir. Bu koşullarda, Prohibition Emirnamesinin ısdar edilmesini gerektirecek bir olgu yoktur.

Tüm söylenenler ışığında, Müstedinin müracaatı ret ve iptal edilir.

Masraf ile ilgili emir verilmez.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

21 Mayıs 2014