D.12/2019 YİM:56/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül huzurunda.

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

 ile

Davalı:KKTC Barolar Birliği, Lefkoşa-KKTC

İlgili Şahıs:Avukat Hasan Esendağlı

 A r a s ı n d a.

Müstedi/Davacı hazır şahsen

Müstedaaleyh/İlgili Şahıs hazır değil tarafından Avukat Sim Karahasanoğlu.

----------

(Davacı/Müstedi Tarafından Yapılan 19.2.2019 Tarihli İstida Hakkında)

# K A R A R

Müstedi/Davacı konu istidası ile:

”A) Davalı Av.Hasan Esendağlı (ilgili şahıs) adına Av.Sim Karahasanoğlu tarafından dosyalanan YİM 56/2014 İcra No.314/2019 icra müzekkeresinin mezkur masraflar aleyhine Davacı tarafından dosyalanmış olan istinafın sonuçlanmasına kadar yemin varakasındaki gerekçelere dayalı olarak icranın tehiri;

 B) İcranın durdurulmasına emir ve/veya hüküm verilmemesi durumunda yasal mevzuatın sağladığı hakka dayalı olarak mahsuplaşma yapılması ve ödeme usulünün belirlenmesi ve/veya belirlenmesi için emir ve/veya hüküm verilmesi;

 C) Ahar bir emir“

verilmesi taleplerinde bulunmuştur.

İstidaya ekli yemin varakasında birçok hususa yer verilmiş olmakla birlikte, istidadaki talepleri ilgilendirdiği oranda yemin varakasındaki iddiaların şöyle özetlenebileceği görülmektedir: 56/2014, 314/2019 No.lu icra yasal olarak mümkün değildir. Can sıkıcı adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. İcranın gerçekleşmesi ve Davacının istinafta haklı çıkması durumunda masrafların geri alınması imkansız veya çok güç olacaktır. Ödeme usulü belirlenmeden icra aşamasına geçmek yasalara ve usule aykırıdır. Avukat Hasan Esendağlı kendisine peşin olarak ödenen avukat ücretlerini geri ödememiştir. Mahsuplaşma yapılmadan icraya gidilmesi yasal olarak mümkün değildir. 30190, 30191 ve 30192 No.lu ”fatura“ karşılığı toplamda 21,387.8 TL ”Davalı“ tarafından icra yoluyla alınmıştır. Ödemeler, Davacının bankalardan borçlanmasına ve İhtiyat Sandığındaki birikimlerini çekmesine bağlı olarak yapılmıştır. Özetlenen iddialar ötesinde Davacı yemin varakasının 11’inci paragrafında:

”Mahkemenin bu emri vermemesi durumunda, bu masrafların tekrar geri alınabilmesi hukuki anlamda mümkün gözükmemektedir. Çünkü özellikle avukat ücretleri kısmı, hem ücret hem masraf olarak iki farklı işlem gördükleri için yasal mevzuat bunların tahsil yolu ile ilgili herhangi bir usul belirlemiş değildir. Ayrıca Yüksek Mahkeme kararı ile iptal edilen bu masrafların hukuk davası yolu ile geri alınabileceği ileri sürülse bile tekrar yeni bir dava açmak hem Davacıyı hem de Davalıyı mağdur edecektir. Çünkü Davalı bu masraf ve ücretlerin geri alınması için yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır. Bu durumda ek zaman ve para harcaması gerekecektir ki, Davacı avukat olmadığı için mesleğini icrada zorlanacaktır. Davalı ise bu durumda ek masraf ödemek ve zaman harcamak zorunda kalacağı için gereksiz bir mağduriyet yaşayacaktır. Ayrıca bu Davacının talebi doğrultusunda karar verilmemesi durumunda, mahkeme de tekrar ek zaman harcamak zorunda kalacaktır. Mahkeme davalarındaki yoğunluk dikkate alındığında icranın istinaf sonuçlanana kadar tehirinin tüm taraflar için en uygun karar olacağı açıktır. “

şeklinde iddialarda da bulunmuştur.

 Davacının anılan istidasına karşı İlgili Şahıs, Avukatı vasıtasıyla itirazname dosyalamıştır. İtiraznameye ekli İlgili Şahıs Avukatı tarafından yapılmış yemin varakasında özetle: 4.2.2019 tarihinde dosyaladıkları icra müzekkeresinin YİM 56/2014 sayılı dava altında 23.10.2015 tarihinde yapılan masraf tespitine binaen dosyalandığı, Mahkemenin İlgili Şahıs açısından Mukayyitçe yapılan masraf tespitini doğru bulduğu ve masraf miktarını değiştirmediği, ilgili Mahkeme Emrinin bu safhada sorgulanamayacağı, icranın durdurulması emri verilebilmesi için gerekli olan esasa ilişkin olguların mevcut olmadığı, yeterli ve makul iddiaların yemin varakasında belirtilmediği, icrayı durdurma emrinin iyi niyetle talep edilmeyip, bunun adaleti geciktirme çabası olduğu, istinafa gidilmesinin icrayı otomatik olarak durdurmadığı ve istinaf neticesinde haklı çıkma olasılığının icranın durdurulması emri verilmesi aşamasında değerlendirilmesi gereken bir kriter olmadığı ileri sürülmüş, ayrıca Davacının yemin varakasının 11’inci paragrafındaki iddialara cevaben itiraznameye ekli yemin varakasında:

”...devamla, Davacı, icranın durdurulmasına dair bir emir alabilmek adına Mahkemeyi, ”istinafı kazandığı takdirde ödediği miktarı hükümlü alacaklıdan geri alamama makul olasılığı olduğu hususunda...ikna etmesi gerekir ve böyle bir ikna etme istida ile beraber dosyalanan bir yemin varakası ile yapılabilir. “ (Y/H 859/77, D.9/79). Bu kritere binaen Davacı, işbu istidaya ekli Yemin Varakalarında sadece ”Davacının istinafta haklı çıkması durumunda, bu masraflar geri almasının imkansız ve/veya çok güç olacağına dair itirazlarım “ ve ”bu masrafların geri alınabilmesi hukuki anlamda mümkün gözükmemektedir“ iddiasına ve/veya ibarelerine yer vermiş ancak buna ilişkin destekleyici herhangi bir neden ve/veya iddia ortaya koymamıştır. Bu iddianın işbu emrin verilmesinde kriter olan ”geri alamama makul olasılığının varlığı“ hususunun kanıtlanması ve/veya ispat külfetinin tatmin edilmesi bakımından balance of probability tahtında yeterli olmadığını iddia ederek istidanın reddini talep ederim.

İlaveten, İlgili Şahıs, meslek icra eden bir Avukat olup, düzenli bir işe ve gelire sahiptir. İlgili Şahsın, ilgili istinaf neticesinde Davacının başarılı olması halinde, icraya konu meblağı Davacıya geri ödeme kapasitesine sahip olduğunu iddia ederim. İlaveten, Davacının istidasına ekli yemin varakasından da görülebileceği gibi, Davacı finansal olarak stabil bir durumda olmayıp, işbu icranın durdurulması durumunda, istinaf neticelenene kadar geçecek süre zarfında, Davacının finansal durumu ve/veya icraya konu meblağı İlgili Şahsa ödeme gücünün olmayacağını iddia ederim. İlaveten, icranın durdurulmaması halinde Davacının herhangi bir zarar ziyana uğrayacağı reddedilir ve bunun her hal ve karda yasal mevzuat tahtında bir kriter teşkil etmediğini iddia ederim. Sonuç olarak, Davacının istidasında A paragrafı gereğince talep ettiği emrin verilebilmesi için gerekli koşulların oluşmadığını ve/veya Davacının Yemin Varakasında ”makul olasılık“ ile ilgili ispat külfetini tatmin edememiş olduğunu iddia ederim. Davacının istidasında B paragrafı gereğince talep ettiği emrin ise yasal mevzuat tahtında talep edemeyeceği bir emir olduğunu iddia ederim. “

 içerikli iddialara yer verilmiştir.

 İstidanın dinlenmesi sürecinde Davacı taraf kendisi şahadet vermiş, bu süreçte sunulan evraklar da Emare 1,2,3,4 ve 5 olarak kaydedilmiştir.

 İlgili Şahsın tanık dinletmediği duruşma süreci sonunda taraflar Mahkemeye hitap etmişlerdir.

 Bu dava altında üretilmiş Dağıtım 3/2019 sayılı Yüksek İdare Mahkemesi kararında da alıntılanmış bulunan Yargıtay/Hukuk 4/1987 Dağıtım 1/1987’de icranın durması talepleriyle ilgili olarak:

 ” Hukuk Usulü Nizamatının E.35 n.18’e göre, bir istinaf, kendiliğinden herhangi bir hükmün icrasını durdurmaz meğer ki hükmü veren mahkeme veya İstinaf Mahkemesi böyle bir karar versin. Genel kaide odur ki, özel durumlar dışında bir mahkeme, davasını kazanan davacının, davayı kazanmakla elde ettiği avantajını elinden almaz. (Gör:The Annot Lyle 1886 11 P.D.114). Bütün İngiliz içtihatlarında genellikle bir parasal hükmün icrasının durdurulması için dikkate alınan hususun davalının hükümlü borcu ödemesi durumunda ve istinafı kazanması halinde ödemiş olduğu parayı geri alıp alamayacağı hususu olduğu anlaşıl-maktadır.“

denmiştir. Aynı kararda, Yargıtay/Hukuk 9/1979’da dile getirilen:

” Yukarıda iktibas ettiğimiz İngiliz otoritelerinden açıkça görülüyor ki verilen herhangi bir hükmün icrasının durdurulması için icranın durdurulmasını isteyen tarafın hükümlü borcu ödediği ve istinafı kazandığı takdirde ödediği miktarı hükümlü alacaklıdan geri alamama makul olasılığı olduğu hususunda mahkemeyi ikna etmesi gerekir ve böyle bir ikna etme istida ile beraber dosyalanan bir yemin varakası ile yapılabilir. Böyle bir yemin varakası yapılmayan hallerde icrayı durdurma emri verilmemesi gerektiği aşikardır.“

sözleri de yer almıştır.

 Davacının yemin varakası incelendiğinde, yemin varakasının, masraf alacağını ödediği ve istinafı kazandığı takdirde ödediği miktarı geri alamama makul olasılığı olduğunu ortaya koyucu içerikte olmadığı görülmektedir. Yemin varakasında bu konuda yalnızca soyut ve genel bir iddia ile yetinilmiş, bunun somut nedenlerine ise yer verilmemiştir. Yemin varakasında yer bulan, masrafların geri alınmasının hukuki anlamda mümkün gözükmediği özlü iddia ise, Davacının aklındaki, ödeyeceği miktarı hangi yöntemle geri alabileceği noktasındaki soru işaretleri ile ilgilidir. Bu haliyle konu argümanın da, istidanın (A) paragrafındaki talebi haklı görmeye dayanak oluşturamayacağı ortaya çıkmaktadır.

 Durum bu merkezde ele alındığında, yemin varakasındaki iddiaların istidanın (A) paragrafındaki talep açısından yeterli olmadığı, bu nedenle istidanın (A) paragrafındaki talebin reddi gerektiği sonucuna varılır.

 Bu aşamada olası bir istinaf ve istinafta, belirttiğim nokta açısından, farklı bir sonuca ulaşılması olasılığı göz önüne alınarak ileri değerlendirmeye yönelindiğinde, Davacının konuyla ilgili sunduğu şahadetle karşılaşılmaktadır.

 Davacının şahadetinin bütünü ve özellikle de şahadeti sırasında dile getirdiği:

 ”....Hiçbir şüphem de yoktur. Dolayısıyla da kısmen buna bağlı olarak değinmek zorunda kaldım buna. Dediğim gibi şöyle bir ödeme insanlar burada, maddi imkan açısından bir itirazı vardır Davacının, ben maddi imkan açısından değil, ben hiçbir zaman mahkemeye masraf ödemeycem diye bir iddiam hiçbir zaman olmadı. Ama haksız bulduğumu, doğru bulmadığımı sürekli söyledim. Zaten onun için bu istinafları dosyaladım ve mesleğimi icraata da zorlanarak. Çünkü vicdanımda asla doğrulanmamış, böyle birşeyi kabullenmek Anayasamızın sağladığı, insanların kişilik gelişimiyle alakalı da o hakkı da engelleyicidir. Çünkü haksızlığı kabul etmek... “

”Müstedi:Şimdi bakın kendisi beyanında diyor ki, zengindir, zaten durumu iyidir, yani ihtiyaçlı olan birisi değil. İstidada zaten bunu kendi söylüyor. Her zaman ödeme yapabilecek kudrettedir diyor. Dolayısıyla itirazının ne anlamı var yani burda. İstinafta olan bir konu var zaten...“

ve istintakında belirttiği:

 ”C. Ben mali güç yönünden karşı tarafın mali gücü konusunda bende bir bilgi yoktur. Sizin iddianızdır o. Bu konuda da bir birşey sunmuş değilsiniz Mahkemeye. Dolayısıyla da o konuda iddianıza katılmıyorum ve başka gerekçelerim da var itiraz, illa mali gücüyle ilgili değil, ama ben karşı tarafın mali gücünü bilmiyorum. Onunla ilgili bana bir bilgi de sunmadınız. “

”S.Tamam dolayısıyla benim burda iddiam son olarak, istinafı kazanmanız halinde ve icranın tahsil edilmiş olması halinde bugün itibarıyle ilgili şahsın bunu size geri ödeyecek mali gücü olduğu noktasındadır? “

”C. Orda mali gelir ispatı getireceksiniz ki ben onu kabul edeyim. İlgili şahsın geliri ile ilgili bana ispat getireceksiniz, o zaman.. “

”S.İcranın durdurulması için kriter olan makul surette icra edilen miktarın geri ödeme durumunu makul surette alamama ihtimalini mahkemeye şahadetiniz doğrultusunda tatmin edici bir şekilde kanıtlayamadığınız iddiasındayım. Nasıl cevap verirsiniz? “

”C.Mahkemenin gerekçesi sadece, burda geri alınamayacağına dair bir ispatın yapılmadığı yönünde karar böyle çıktı, benim ona hukuki mütelaa ona bir itirazım olacak zaten hitabımda çünkü tek bu gerekçeye bağlı bir icra durdurulması, böyle bir gerekçeye bağlı icra durdurulmasının buraya bağlanması, bu şarta, hem anayasal haklar açısından hem de usul açısından hatalı olduğu kanaatindeyim. Zaten dedim o karar da istinaf edilmiştir zaten. “

içerikli sözler göz önüne alındığında, Davacının sunduğu şahadetle de, konu meblağı ödemesi ve istinafı kazanması halinde konu meblağları geri alamama makul olasılığı olduğunu kanıtladığı söylenememektedir. Davacının dile getirdikleri, kendinde olan ispat yükünü yerine getirmiş sayılması açısından yeterli değildir. Bu nedenle de, istidanın (A) paragrafındaki talebi açısından Davacının istidasında başarılı olduğu söylenememektedir.

 İstidanın (B) paragrafındaki talep açısından olaya bakıldığında ise ilk karşılaşılan gerçek, Davacının da bir anlamda kabul ettiği, İlgili Şahıs aleyhine Davacının kendi lehine hükme bağlanmış bir alacağın olmadığıdır. Davacının İlgili Şahıstan kendi kişisel düşüncesine göre alacağı olduğu hususunun temel alınması ve burdan hareketle mahsuplaşma yönünde bir emir verilmesi hukuken olanaklı değildir. Bu nedenle istidanın (B) paragrafında yer alan bu özdeki talebin de reddi kaçınılmazdır.

|  |  |
| --- | --- |
|  | ”Masraf tespit belgeleri; dosyalanmaları üzerine, mahkeme emirleri gibi icra edilirler; ancak sözkonusu belgelere ilişkin icra takibi, bir mahkeme emrine ilişkin icra takibinin durdurulmasında olduğu gibi ve aynı koşullarla mahkemenin bir yargıcı tarafından verilen bir emir ile durdurulabilir.“ |

şeklindeki Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü’nün 59’uncu Emri’nin 36’ncı Nizam’ı ve yukarıda mahsuplaşma ile ilgili söylenenler de göz önüne alındığında, Davacının, ödeme usulünün belirlenmesi özlü talebinin de kabul edilmesi olanaklı olamamaktadır.

 ”Ahar bir emir“ talebi altında Davacının iddialarına bağlı olarak herhangi bir emir verilmesini gerektirecek bir durum da mevcut değildir.

 Sonuç olarak;

Davacının istidası ret ve iptal edilir.

 Önceki süreçler ve konunun zaten masraf alacağı ile ilgili olduğu göz önünde bulundurularak, bu istida masraflarına ilişkin herhangi bir emir verilmesi uygun görülmez ve masraf emri verilmez.

 Tanju Öncül

 Yargıç

17 Nisan 2019