D.3/2021 Yargıtay/Asli Yetki No: 21/2020

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Yargıç Gülden Çiftçioğlu Huzurunda

Müstedi: Dayanışma Turizm Ltd., Dome Hotel, Kordonboyu, Girne

 İle

Müstedialeyh: Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi, 11-13

 Girne Caddesi, Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Müstedi namına: Avukat Tahir Seroydaş

Müstedialeyh hazır değil .

(29.12.2020 tarihli tek taraflı leave İstidası hakkında)

…………………………………………………

K A R A R

Müstedi dosyaladığı tek taraflı istidası ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

“ A. Girne Kaza Mahkemesinin 72/2020 sayılı Genel İstida

 altında vermiş olduğu 23.11.2020 tarihli emir ve/veya

 izin ve/veya kararın Yüksek Mahkemeye getirilmesi veya

 intikal ettirilmesi (to remove into the High Court) ve

 söz konusu iznin ve/veya emrin ve/veya kararın

 uygulanmasını önlemek ve iptal edilmesi için (quash)

 ve/veya geçersiz ve hükümsüz (void) olduğuna dair

 Certiorari (Quashing Order) ve konu iznin ve/veya emrin

 ve/veya kararın uygulanmasının durdurulmasına mütedair

 Prohibition (Prohibiting Order) emri isdarı hususunda

 Muhterem Mahkemenin, istida dosyalamak için izin (leave)

 veren bir emir istikraz eylemesi,

B. Muhterem Mahkemenin, yukarıda (A) paragrafında talep

 edilen emri uygun görerek vermesi halinde, Girne Kaza

 Mahkemesinin 72/2020 sayılı Genel İstida altında vermiş

 olduğu 23.11.2020 tarihli emrin ve/veya iznin ve/veya

 kararın icrasının durdurulması ve/veya mezkur emir

 ve/veya izin ve/veya karar tahtında herhangi bir işlem

 yapılmaması (stay of execution), keza mezkur emrin

doğrudan etki etmekte olduğu Girne Kaza Mahkemesi nezdinde dosya edilen 1808/2020 sayılı dava altındaki tüm

işlemlerin, Müstedinin esas Certiorari ve Prohobition başvurularının neticesine ve/veya Muhterem Mahkemece takdir ve tayin edilecek bir tarihe değin durdurulması ve/veya dondurulması (stay of proceedings) hususunda bir Mahkeme emri istikraz eylemesi

1. Muhterem Mahkemece uygun görülecek ahar bir çare,
2. Bu istida masrafları.”

Müstedi istidasını KKTC Anayasasının 17, 139 ve 151. maddelerine; Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü E.48, N.2, 3,4; Annual Practice 1956, Rules of Supreme Court 0.59, r.1-10 ile doğal adalet ilkeleri ve bu ilkelerle ilgili Anayasa ve içtihat kararlarına ve keza Certiorari ve Prohibition ile iligli prensip ve ilkelere,ilişikteki Beyannamede (Statement) belirtilen hukuki gerekçelere ve Mahkemelerin inherent jurisdiction’ına dayandırmıştır.

Müstedi istidasını hukuki gerekçeler ve Müstedinin direktörlerinden Bayraman Karaman’ın yemin varakası ile desteklemiştir.

Müstedinin direktörlerinden Bayram Karaman yemin varakasında, Müstedi Şirketin direktörlerinden olup mezkûr yemin varakasını Müstedi namına yapmakta olduğunu beyan ederek, istidaya konu olgular bağlamında, Müstedi ile Müstedialeyh arasında bidayette 14.05.2008 tarihinde 10 yıl vadeli bir İşletme Sözleşmesi akdedildiğini, söz konusu Sözleşmenin hitam bulması üzerine ve hitam bulan mezkûr Sözleşmenin devamı ve/veya yenilenmesi amacı ile 12.03.2019 tarihli yine 10 yıl vadeli yeni bir İşletme Sözleşmesi daha imza edildiğini, mezkûr Sözleşmenin Müstedinin Müstedialeyhe her yıl en az 150,000 Amerikan Dolarını kâr payı olarak ödemesini öngördüğünü, Müstedialeyhin yıllık kâr payını Müstediden talep etmek maksadı ile Girne Kaza Mahkemesinde ikame ettiği 1808/2020 sayılı hukuk davasını başlatmadan evvel 14.05.2008 ve/veya 12.03.2019 tarihli İşletme Sözleşmesi ve/veya Sözleşmelerinin Müstedi ile Müstedialeyh arasında bir ortaklık yarattığı ve böyle bir ortaklığın da tescil edilmediği sebebi ile 72/2020 sayılı Genel İstida uyarınca Girne Kaza Mahkemesine mezkûr davayı ikame etmek için izin (Leave) başvurusunda bulunduğunu, 72/2020 sayılı Genel İstidanın Girne Kaza Mahkemesince 23.11.2020 tarihinde tek taraflı olarak dinlediğini veya ele alındığını ve istida gereğince emir verildiğini, Girne Kaza Mahkemesinin mezkûr 23.11.2020 tarihli emri ve/veya izni ve/veya kararının tarafından başvuruya EK-1 olarak işaretlenip ilave edilmiş olup, bu başvurunun bir parçasını teşkil etmekte olduğunu, Avukatından almış olduğu hukuki görüş ışığında, Girne Kaza Mahkemesi’nin 23.11.2020 tarihli emrini ve/veya iznini ve/veya kararını, gerekçesiz ve/veya Anayasa’nın 139. maddesine aykırı olarak ve/veya Fasıl 116 Kollektif ve Komandit Şirketler ve Ticari Unvanlar (Ortaklıklar ) Yasasının 62.maddesinde öngörülen tebliğ ve ilan şartını dikkate almadan ve/veya Müstediye söz ve/veya müdafaa hakkı vermeden ve/veya doğal adalet ilkelerine aykırı olarak ve/veya yetkisizce verdiğini iddia ve beyanla, Girne Kaza Mahkemesinin yetki yokluğunun ve/veya yetki eksikliğinin doğal adalet ilkelerine ve/veya

Fasıl 116 hükümlerine aykırılığının ilk nazarda dosyadan **(on the face of the proceedings)** açıkça görülebildiğini ve/veya bu hususta ilk nazarda tartışılabilir bir noktanın olduğunu ve/veya Müstedinin iyi niyetle yapılmış tartışılabilir bir müracaatının **(a bone fide arguable case)** olduğunu iddia ederek, Müstedi namına istida gereğince emir verilmesini talep etmiştir.

İstidanın dinlenmesi esnasında Müstedi direktörü Bayram Karaman şahadet verdiği gibi, Müstedi lehine, Girne Kaza Mahkemesi Hukuk Mukayyitliğinde görev yapan Pelin Özselim ve Emine Aktuğ da şahadet vermiştir. Genel İstida 72/2020 sayılı Girne Kaza Mahkemesi dosyası Emare 1, 28.12.2020 tarihinde Girne Kaza Mahkemesine ikame edilen 1808/2020 sayılı dava altında dosyalanan tek taraflı istida, yemin varakası ve emir hep birlikte Emare 2, Müstedi Dayanışma Turizm Ltd’ye ait 1 set Şirketler Mukayyitliğinden sadır onay belgesi Emare 3 ve 1808/2020 sayılı Girne Kaza Mahkemesine ait dosya Emare 4 olarak ibraz edilmiştir.

İzin (Leave) aşamasında hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği hususunda **Yargıtay/ Asli Yetki/ İstinaf 1/2017 (Yargıtay/Asli Yetki No 9/2017), D.2/2018’**de şöyle denmiştir:

“**Genel olarak certiorari veya prohibition emri almak için istida dosyalanmasına izin verilirken, hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği tartışmalı bir konu değildir. Bu konuda aşağıdaki iktibası uygun gördük. Şöyle ki:**

 **“The Supreme Court at this stage must be satisfied by the material before it, if accepted as accurate, that prima facie case is made out or an arguable point is raised. The expressions “arguable point” and “prima facie case” are used in sense of a case that it is sufficient that the applicant should show that there is a bona fide arguable case without need to go into any rebutting evidence put forward.(In Re Malikides and Others (1980) I.CLR 472, in Re Kakos (1984 I CLR 876,İn Re Kakos 1985 I.CLR 250, In Re Argyrides (1987)ICLR 23.”**

 **Buna göre Yüksek Mahkeme (Yargıtay), izin verme aşamasında, huzurundaki materyalin doğru olduğunu kabul ettiğinde, ortada tartışılabilir bir nokta veya ilk nazarda bir davanın varlığına ikna olmalıdır. Tartışılabilir nokta veya ilk nazarda bir davanın varlığı kavramları, müstedinin ortaya koyduklarının iyi niyetle yapılmış, tartışılabilir bir müracaatın varlığını, aksinin ispatlanmasına ihtiyaç**

**duymadan, tatmin edici bir şekilde göstermesi anlamında kullanılmaktadır.”**

Diğer yandan, **Yargıtay/Asli Yetki 1/1982 D.5/1982** sayılıkararda **Certiorari ve Prohibiton** emirleri ile ilgili şöyle denmektedir**:**

**“Yargısal yetki kullanan bir Alt Mahkemenin vermiş olduğu bir emir yetki yokluğu veya yetki aşımı, doğal adalet ilkelerine aykırılık, tutanaklara ilk bakışta yasal bir hatanın bulunduğunun açıkça görülmesi veya tarafgirlik, hile veya muvazaa gibi durumların bulunması halinde Yargıtayca verilecek bir certiorari veya prohibition emri ile iptal edilir veya uygulanması önlenir. Certiorari ve prohibition emirlerinin verilip verilmemesinde Yargıtayın geniş takdir yetkisi vardır. Bu yetkiyi kullanırken, başka şeyler yanında mahkemenin sakat olan yetkisine müstedinin rıza gösterip göstermediğine veya itiraz hakkından feragat edip etmediğine, müstedinin hattı hareketine veya makul olmayan bir gecikmenin olup olmadığına bakılır. Prohibition emri müracaatı için zaman sınırı bulunmamakla beraber makul olmayan bir gecikme emrin verilmemesi için yeterli bir neden teşkil edebilir. Certiorari emri için müracaatlarda ise bir zaman sınırı bulunmakta ve iptali istenen emrin verildiği tarihten itibaren 6 ay içinde müracaat yapılmaması halinde certiorari emri müracaatı için izin verilmemektedir. Her ne kadar da 6 aylık sürenin uzatılması hususunda müracaatta bulunmak mümkün ise de Mahkeme, kuvvetli bir neden gösterilmedikçe sürenin uzatılmasına izin vermez. Judicial Review of Administrative Action S.A. de Smit 2. baskı sayfa 434-435’de şöyle denmektedir:….”**

Huzurumdaki istida, ekli yemin varakası, Müstedi tanıklarının şahadeti ve sunulan emareler, hukuki durum ışığında hep birlikte değerlendirilip huzurumdaki materyal doğru kabul edildiğinde, Alt Mahkemenin yetki aşımı noktasında

ortada tartışılabilir bir konunun veya tartışılabilir bir noktanın veya ilk nazarda bir davanın mevcut olduğu veya iyi niyetle yapılmış, tartışılabilir bir müracaatın varolduğu görülmekte midir?

  Müstedinin yakınması, yukarıdaki yemin varakasından da görüleceği üzere, kısaca, Müstedialeyhin Girne Kaza Mahkemesinde ikame ettiği 1808/2020 sayılı hukuk davasını başlatmadan evvel 14.05.2008 ve/veya 12.03.2019 tarihli İşletme Sözleşmesi ve/veya Sözleşmelerinin Müstedi ile Müstedialeyh arasında bir ortaklık yarattığı ve böyle bir ortaklığın da tescil edilmediği sebebine istinaden Girne Kaza Mahkemesinde dosyaladığı 72/2020 sayılı Genel İstida ile Girne Kaza Mahkemesine mezkûr davayı ikame etmek için izin başvurusunda bulunmasının akabinde, Girne Kaza Mahkemesinin 72/2020 sayılı Genel İstidayı 23.11.2020 tarihinde tek taraflı olarak dinleyip, istida gereğince emir vermesidir.

Müstedi, Fasıl 116 Kollektif ve Komandit Şirketler ve Ticari Unvanlar (Ortaklıklar) Yasası’nın 62.maddesinin tebliğ ve ilan şartı öngördüğünü iddia ederek, Alt Mahkemenin bu hususu dikkate almadan ve/veya Müstediye söz hakkı vermeden emir vermekle yetkisini aştığını ileri sürmektedir.

**Fasıl 116 madde 62’nin orijinal İngilizce metni şu şekildedir:**

Disebility 62. Where any firm or individual or corporation required of persons by this Law to furnish a statement of particulars or

in default required by subsection (1) of section 54 to furnish

 a statement of any change in such particulars shall

 have made default inso doing, then the rights of

 that defaulter under or arising out of any contract

 made or entered into by or on behalf of such

 defaulter in relation to the business in respect to

 the carrying on of which particulars were required

to be furnished at any time while he is in default

 shall not be enforceable by action or other legal

 proceeding either in the firm or business name or

otherwise:

 Provided always as follows: -

1. The defaulter may apply to the Court for relief

           against the disability imposed by this section,            and the Court, on being satisfied that the default was            accidental, or due to inadvertence, or some other            sufficient cause, or that on other grounds it is just and            equitable to grant relief, may grant such relief either            generally, or as respects any particular contracts, on            condition of the costs of the application being paid by            the defaulter, unless the Court otherwise orders, and            on such other conditions (if any) as the Court may

 impose, but such relief shall not be granted except on

 such service and such publication of notice of the

 application as the Court may order, nor shall relief be

 given in respect of any contract if any party to the

 contract proves to the satisfaction of the Court that, if

 this Law had been complied with, he would not have

 entered into the contract;

1. nothing herein contained shall prejudice the rights

           of any other parties as against the defaulter in respect            of such contract as aforesaid ;

1. if any action of proceeding shall be commenced

     by any other party against the defaulter to enforce the      rights of such party in respect of such contract, nothing      herein contained shall preclude the defaulter from      enforcing in that action or proceeding, by way of      counterclaim set off or otherwise, such rights as he may      have against that part in respect of such contract.

**Fasıl 116 madde 62’nin türkçe tercümesi ise şu şekildedir:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Kusur işleyen-lerin haklarından yararlanama-maları | 62. | Bu Yasanın bir bilgi beyannamesi veya 54. maddenin (1). fıkrasının bu bilgilerdeki herhangi bir değişiklik ile ilgili beyanname sunmasını gerektirdiği bir firma veya hakiki şahıs veya tüzel kişi, bunu yapmakta kusur işlerse, o kusur işleyenin, işini yapmaya devam edebilmesi için kusurunun devam ettiği sırada herhangi bir zaman bilgi vermesi gereken işi ile ilgili olarak kendisinin yaptığı veya adına yapılan herhangi bir sözleşmeden doğan veya sözleşmeye dayanan hakları, dava veya, başka yargı işlemi yoluyla gerek firmadan veya ticari unvanda gerek başka şekilde tanınmaz : Ancak daima aşağıdaki kurallar da uygulanır : - |
|  |  | (a) | Kusur işleyen kişi bu maddenin koyduğu yetkisizliğe karşı mağduriyetin giderilmesi için Mahkemeye başvurabilir ve Mahkeme, kusurun kazaen veya dikkatsizlik veya başka yeterli bir sebepten dolaylı işlendiğinden veya başka sebeplerden dolayı mağduriyetinin giderilmesinin doğru ve hakkaniyet kaidelerine uygun olacağından tatmin olması üzerine, aksine bir emir vermedikçe, dilekçe masraflarının kusur işleyen tarafından ödenmesi şartıyla ve koymayı uygun göreceği başka herhangi bir şarta bağlı olarak, gerek genel gerek belirli sözleşmelerle ilgili olarak, mağduriyetin giderilmesi konusunda karar verebilir, ancak dilekçe Mahkemenin emredeceği biçimde elden veya ilân yolu ile tebliğ edilmedikçe mağduriyetin giderilmesi konusunda karar alınmaz ; sözleşmeye taraf olanlardan herhangi birinin bu Yasaya uyulmuş olsa idi sözleşmeyi yapmış olmayacağının Mahkemeyi tatmin edecek şekilde ispatlanması halinde de herhangi bir sözleşme ile ilgili olarak mağduriyetin giderilmesi kararı verilir ; |
|  |  | (b) | Bu maddenin içerdiği kurallar başka tarafların, yukarıda sözü edilen bir sözleşme ile ilgili olarak kusur işleyene karşı olan haklarını etkilemez . |

**Yargıtay/Hukuk 17/1978’**de bu hususta şöyle denmektedir:

**“Fasıl 116 Ortaklık ve İş İsimleri Yasasının 50. maddesine göre her ortaklığın kaydedilmesi gereklidir. 51. maddeye göre ise kayıt, tüm ortaklar tarafından imzalı ve maddede öngörülen tafsilâtı içeren bir beyannamenin, ortaklığın kuruluşundan itibaren bir ay zarfında, mukayyitlik vazifesini gören makama gönderilmesi ile yapılır 62.maddeye göre de bu şekilde bir beyannameyi göndermekle yûkûmlü bir firma veya şahıs bunu yapmağı ihmal ederse bu gibi firma veya şahsın tafsilâtın onun hakkında verileceği işe ilişkin yaptığı bir mukavele tahtındaki hakları, ihmalin devam ettiği sürece, dava yolu ile takip veya elde edilemez meğer ki yapacağı bir istida üzerine Mahkeme kendisine ihmalinin doğurduğu bu gibi bir ehliyetsizlikten bağışıklık versin.**

 **Yasanın 62.maddesi sözünû ettiği mukaveleleri geçersiz kılmayıp sadece ihmali yapan şahsın bu gibi bir mukavele tahtındaki haklarını dava yolu ile takip veya elde etmesini önler.(-Gör: Daniel v. Rogers (1918) 2 K.B. 228.)**

 **Görüleceği gibi 62.madde tahtındaki ehliyetsizlik 51. maddede sözü edilen beyannameyi göndermeği ihmal eden şahıs veya firma için zuhur eder. 62. maddede kullanıldığı anlamda 'ihmal' (default) ise yapılabilecek bir şeyin yapılmamasını veya yapılmasında kusur edilmesini öngörür. Halbuki Mahkeme huzurundaki tekzip edilmeyen şahadete göre dava konusu ortaklığın kurulduğu ve devam ettiği süre zarfında bizim tarafta, yani zamanın Tûrk Yönetiminin yetki sınırları dahilinde, herhangi bir ortaklığı kaydedecek veya 51. maddenin öngördüğü beyannamenin kendisine gönderilebileceği bir mukayyitlik veya makam mevcut değildi. Bu böyle olduğuna göre de aleyhine istinaf edilen davacının 62.maddenin sözünü ettiği biı ihmalde bulunduğu söylenemez. 62.madde tahtında bir ihmal yapmış sayılamayacağına göre de davacı bu maddenin öngördüğü bir ehliyetsizliğe dûçar olamaz ve olmaması gerekir.**

 **Aleyhine istinaf edilen davacı, 62.maddenin öngördüğü ehliyetsizlikten mustarip olmadığına göre Mahkemenin kendisine böyle bir ehliyetsizlikten bağışıklık vermesi söz konusu olamaz. Esasen Mahkeme bu gibi bir bağışıklığı re'sen değil de bu hususta yapılan bir istida üzerine verebilir”**

Alt Mahkemenin Yasa’nın 62. maddesini uygulamasının **Yargıtay/Hukuk 17/1978**’e paralel olmadığı veya kararın gerekçesiz olduğu ilk nazarda söylenebilir değildir.

Buna karşın, Müstedinin Fasıl 116’nın 62.maddesi ile ilgili iddiaları doğru farz edilse dahi, bu durum Alt Mahkemenin yasaları /Yasa’nın62. maddesini yanlış yorumlamasından /yanlış uygulamasından kaynaklanmakta olduğunu düşündürür mahiyettedir.

Herhangi bir yasa veya mevzuatın yorumlanması ilk önce Alt Mahkemeye aittir. Alt Mahkeme herhangi bir yasa maddesini yorumlamakta hata etmişse, bunun çaresi, o hususta verilen karara karşı istinaf etmektir. Kanaatimce, bu hususta istinaf yoluyla karar vermek daha doğru bir yaklaşım olup, **Certiorari** veya **Prohibition** için **izin** / **leave** müracaatında bu hususta karar vermek doğru görünmemektedir **(Bkz: Yargıtay/ Asli Yetki 5/1981 D.1/1981, s.3 ).**

Belirtilenler ışığında, huzurumdaki materyal doğru kabul edilse dahi, Alt Mahkemenin vermiş olduğu emirle ilgili yetki yokluğu veya yetki aşımı veya tutanaklarda ilk bakışta yasal hatanın açıkça görülmesi noktasında, ortada ilk nazarda tartışılabilir bir konunun veya tartışılabilir bir müracaatın varlığından söz edilemeyeceği cihetle başvurunun reddi gereklidir.

Netice itibarı ile başvuru reddedilir.

Gülden Çiftçioğlu

 Yargıç

3 Mayıs, 2021