D. 17/2022 Yargıtay/Asli Yetki No: 21/2022

Yüksek Mahkeme Huzurunda

Yargıç Talat Usar Huzurunda.

Müstedi: Akfinans Bank Ltd., 130-132 Girne Cad., Lefkoşa.

-ile –

Müstedaaleyh: 1- KKTC Maliye Bakanlığı vasıtasıyla KKTC Hukuk Dairesi, Lefkoşa.

 2- Hazine ve Muhasebe Dairesi Müdürü vasıtasıyla KKTC Hukuk Dairesi, Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Müstedi namına : Avukat Akan Kürşat

Müstedaaleyhler namına : Hazır değil

**K A R A R**

Müstedi 24.11.2022 tarihinde dosyaladığı tek taraflı istidası ile aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

“A- Müstedialeyhlerin Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından MES-41/2017 dosyasına istinaden 28.8.2022’de gerçekleştirilen aleni müzayede neticesinde tahsil edilen para ve/veya net meblağdan Müstedinin 6241/2009 dava numaralı 1.12.2021 tarihli tadil edilmiş hükümlü alacağının ödenmesi ile ilgili yasal görevin yerine getirilmesini emreden bir Mandamus Emri ısdarı talep eden istida dosyalanmasına izin (leave) veren bir emir;

 B- Muhterem Mahkemenin uygun göreceği başka herhangi bir emir;

 C- Bu istida masrafları.”

İstidaya temel teşkil ettiği ifade edilen hukuki gerçekler Müstedi Avukatı tarafından özetle şöyle ifade edilmektedir:

1. Lefkoşa Kaza Mahkemesinin 6241/2009 sayılı davada 18.4.2012 tarihinde verdiği hükme istinaden Erol Ulutekin n/d Erol Ahmet adına kayıtlı istidada tafsilatı verilen 5 adet taşınmaz, Tapu ve Kadastro Dairesinin MES 41/2017 sayılı dosyası tahtında 28.8.2022 tarihinde aleni müzayede usulü ile satılıp satış bedeli tahsil edilmiş olmasına rağmen Müstediye istidanın dosyalandığı tarihe değin herhangi bir ödeme yapılmamıştır.
2. Müstedi, hükümlü alacağının ne zaman ödeneceğine dair yaptığı sorgulamadan herhangi bir netice alamamıştır.
3. Müstedialeyhlerin yasal görevini yerine getirmesi için Mandamus Emri talep edilmesine olanak sağlanması en pratik, etkili, kolay ve fayda sağlayıcı yöntemdir.

 Müstedi Bankanın Genel Müdürü Avni Birman istidaya ekli yemin varakasında, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin 6241/2009 sayılı davada 18.4.2012 tarihinde hüküm verdiğini, mezkûr hükmün 1.12.2021’de tadil edildiğini, hükmün icrası için bahse konu davada Davalı No.2 konumunda olan Erol Ulutekin n/d Erol Ahmet adına kayıtlı taşınmazların satışı için Girne Tapu Dairesine müracaat edildiğini, konu taşınmazların 28.8.2022 tarihinde aleni müzayede usulü ile satıldığını ancak satış bedelinin hükümlü alacaklı olan Müstediye ödenmediğini, satışın yapıldığı tarihte 171,452.-Sterling’e tekabül eden satış bedelinin 29.8.2022 tarihindeki kura göre hükümlü borcu tatmin etmeye yettiğini ancak döviz kurundaki artış nedeniyle satış bedelinin döviz cinsinden karşılığının düşmekte olduğunu, Mandamus emirnamesine tabi olan Müstedialeyhlerin emaneten tutmakta oldukları satış bedelini derhal Müstediye ödemekle yükümlü olduklarını beyan ve iddia ile istida gereğince emir verilmesini talep etmiştir.

İstidanın duruşmasında Müstedi Bankanın Genel Müdürü Avni Birman şahadet sunmuş, şahadetinde özetle, yemin varakasındaki iddia ve beyanlarını tekrar ederek istida gereğince emir verilmesini talep etmiştir.

Yargıtay/Asli Yetki/İstinaf 2/2017 D. 1/2018’de, Mandamus Emirnamesi ısdarına izin talep edilebilmesi için ilk nazarda bakılması gereken hususlar şöyle sıralanmıştır:

1. Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı,
2. Talepte bulunulan Müstedialeyhin Mandamus Emirnamesine tabi olup olmadığı,
3. Müstedialeyhin Müstediye karşı Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin olup olmadığı

Karardan şu kısmı iktibas etmeyi gerekli görürüm:

“Mandamus emirnamesi ısdarına izin talep edebilmesi için ilk nazarda bakılması (prima facie) gereken hususlar, Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı, talepte bulunulan Müstedaaleyhin Mandamus Emirnamesine tabi olup olmadığı ve son olarak da Müstedaaleyhin Müstediye karşı, ilk etapta, Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin var olup olmadığı hususlarıdır.”

 Yine Yargıtay/Asli Yetki 1/2015 D.1/2017 sayılı kararın 27’inci sayfasında Mandamus Emirnamesinin hangi koşullarda ısdar edilebileceği belirtilmiş, konunun münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine girmesi durumunda Yargıtay’ın mandamus emirnamesi ısdar etme yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir. Karardan şu kısmı iktibas etmeyi uygun bulmaktayım:

“Yukarıdakilerden çıkarılacak sonuca göre, Yargıtay:

1. Özel hukuk sahasına giren bir konuda, yetkisini kullanmayan kamu makamlarına karşı Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir.
2. Kısmen kamu hukuku kapsamına girse bile, özel kişileri ilgilendiren bir konuda Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir.
3. Belli bir konuda yetkilerini kullanmayan herhangi bir kamu görevlisi veya kamu kuruluşu aleyhine, kullanmadığı yetkilerini kullanması yönünde Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir. Ancak konunun münhasıran Yüksek İdare Mahkemesi yetkisine girmesi halinde, Yargıtay’ın Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisi yoktur.”

 Yargıtay/Asli Yetki 1/2015 D.1/2017 sayılı kararda kimlerin Mandamus Emirnamesi için müracaatta bulunabileceğine dair şu inceleme yapılmıştır:

“Halsbury’s Laws of England.vol.II, 3 ed.sayfa 104’te Mandamus emri verilebilmesinin kişi ile ilgili şartlarını izah etmiştir. Bunlar bizim de dikkate almamız gereken kriterlerdir.

 Kısaca değinecek olursak:

‘legal right must exist. The applicant for an order of Mandamus must show that there resides in him a legal right to the performance of a legal duty by the party against whom the Mandamus is sought. In order therefore that a mandamus may issue to compel something to be done under a statute, it must be shown that the statute imposes a legal duty.’

Buradaki kriterlere göre, hukuken hak var olmalıdır. Mandamus için müracaat eden, aleyhine Mandamus müracaat edilenin, kendisine karşı kanuni vecibelerini yerine getirme görevi olduğunu göstermelidir. Bu nedenle, Mandamus’ta, kişinin yetkisinde olan fakat kullanmadığı bir görevin ifasının zorlanabilmesi için, böyle bir görevin yasadan kaynaklandığının gösterilmesi gerekir.

 Yine Müstedinin hakkı ile ilgili şöyle denmiştir:

‘Right must be in applicant. The legal right to enforce the performance of a duty must be in the applicant him self. The court will therefore, only enforce the performance of statutory duties by public bodies on the application of a person who can show that he has him self a legal right insist on such performance. ....................’

Buna göre, hak, başvuru sahibinde olmalıdır. Yasal bir görevin yerine getirilmesini zorlayabilmek için, Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya hakkı olmalıdır. Kişi tarafından bir kamu görevlisinin yasal görevini yapmasının istendiği hallerde, Mahkeme, kişinin böyle bir yasal yükümlülüğün yerine getirilmesinde ısrar etmeye hakkı olduğunu göstermesi halinde sadece yasal görevin yapılmasını mecbur edebilir.”

 Yargıtay aynı kararın devamında, Yargıtayın, Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisinin sınırını da incelemiş, Yargıtayın daha önceki içtihatlarında temel ayrımın kamu hukuku ile özel hukuk alanı açısından yapıldığını, kamu hukuku alanına giren bir konuda kamu makamlarının aldığı karar ile ilgili olarak Yüksek İdare Mahkemesine (YİM) gidilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığını, daha sonra bu prensibin Yargıtay/Asli Yetki 6/1998 D.1/1998 sayılı kararda tekrar incelendiğini ve daha farklı sayılabilecek bir sonuca ulaşıldığını ifade etmiş, neticede, geçmiş tüm içtihatları değerlendirdikten sonra; müracaat kamu hukuku alanına girse bile tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan hallerde Mandamus emri verilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Karardan şu kısmı iktibas etmeyi gerekli görmekteyim:

“Mevcut içtihatlarımızın sonucu olarak Yargıtay, yapılan Mandamus müracaatlarında, kamu hukukunu ilgilendiren ve Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine giren konularda yapılan başvuruları reddetmekte; kamu hukuku alanına kısmen girse bile tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan hallerde, Mandamus Emri vermekte veya talebi incelemeyi kabul etmektedir.”

 Konuyla ilgili içtihatları incelediğim zaman, meselenin münhasıran YİM’in yetkisine girdiği hallerde, Yargıtaya yapılan Asli Yetki başvurusunun reddedilmesi, kamu hukuku alanına girse dahi tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan bir durum olması halinde ise Mandamus Emirnamesine müracaat edilebilmesi için izin verilmesi gerektiğini görmekteyim.

 Fasıl 6 Hukuk Muhakemeleri Usulü Yasası’nın ipotekli taşınmazın satışından elde edilen hasılatın nasıl elden çıkarılacağını düzenleyen 28. maddesinin (d) fıkrası şöyledir:

|  |  |
| --- | --- |
| “İpotekli  Taşınmaz Mal | 28. Taşınmaz malın ipotekli olması halinde- |

 ……………………………………………………………………………………………………………

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | (d) | paragraf (c) uyarınca yapılan bir satıştan elde edilen para, yettiği kadar, ilkin ipotekli borcun ödenmesine, ikinci olarak satış masraflarının ödenmesine ve üçüncü olarak hükümlü borcun ödenmesine uygulanır ve geriye kalan da (eğer varsa) hükümlü borçluya ait olur.” |
|  |  |  |

 İstidaya ekli yemin varakasındaki beyanlardan, aleni müzayedenin yapılmasını müteakip elde edilen satış bedelinin devletin genel maliye hesaplarına geçtiği bununla birlikte, hükümlü alacaklı olan Müstediye talep etmesine rağmen henüz ödenmediği anlaşılmaktadır.

 Müstedialeyh No.2 konumundaki Hazine ve Muhasebe Dairesi’nin kuruluş amacı, 47/1987 sayılı Hazine ve Muhasebe Dairesi (Kuruluş, görev ve Çalışma Esasları) Yasası’nın 3. maddesinde şöyle izah edilmiştir:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “Dairesinin Kuruluş Amacı | 3. | Dairenin amacı, Devletin gelir ve gider hesaplarını tutmak, Bütçede yer alan harcamaları Yasalara ve diğer mevzuata uygun olarak kontrol edip ödemek ve Devletin Hazinedarlığını yapmaktır.” |

 Devletin genel bütçesine giren satış bedelinin idare tarafından Müstediye ödenmesi gerektiği açık olmakla birlikte, bu ödeme mükellefiyetini doğrudan düzenleyen bir mevzuata istidada değinilmemiştir.

 Mandamus Emirnamesine müracaat edilebilmesi için ifası talep edilen görevin yasadan kaynaklandığının gösterilmesi, bir diğer anlatımla, yasal hakkın somut olması gerekliliğini dikkate aldığım zaman, Müstediye ait paranın devletin kasasında bulunmasının devlete doğal olarak Müstediye ödeme yapma mükellefiyeti yüklediğini doğru kabul etmekle birlikte, bunun işbu istida maksatları bakımından yeterli olmadığı kanaatine varmaktayım.

 Yapılan aleni müzayedeyi müteakip elde edilen paranın devletin genel bütçesine girmiş olmasıyla birlikte, idare, mezkûr parayı Müstedinin nam ve hesabında tasarrufunda bulundurmaya başlamıştır. Sunulan şahadet ve yemin varakası Müstedialeyhlerin bu parayı ödemeyi reddettikleri noktasında değil, bütçe uygun olduğu zaman bu ödemenin yapılabileceğine dair izahat verdikleri şeklindedir.

 47/1987 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin (7). fıkrasına göre ödenebilir vizesi verilen tüm harcamalar çek çıkarılmak suretiyle ödenir ve bu ödemeyi yapmak Müstedialeyh No.2’nin görevleri arasındadır. İlgili madde şöyledir:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “Dairenin Görevleri | 5. | Hazine ve Muhasebe Dairesi, yürürlükteki mevzuat çerçevesinde aşağıdaki görevleri yapar: |

 …………………………………………………………………………………………………………………………

 ….……………………………………………………………………………………………………………………

|  |  |
| --- | --- |
| (7) | (7) Ödenebilir vizesi verilen tüm harcamaları çek  çıkarmak suretiyle öder;” |
|  |  |

 Huzurumdaki şahadeti incelediğim zaman işbu meseleye konu satış tahsilatı için ödenebilir vizesi verilip verilmediğinin izah edilmediğini görmekteyim.

 Bu yöndeki ödenebilirlik vizesinin verilmesi, Hazine ve Muhasebe Dairesinin görev ve yetkisi dahilinde olup bu yetkinin kullanılmamış olması idari ihmal boyutunda incelenebilecek bir iddiadır ve bu incelemeyi yapmaya yetkili mahkeme de münhasıran Yüksek İdare Mahkemesidir.

 Zaim M. Necatigil KKTC’de Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları isimli kitabının 229. sayfasında yasal bir yetkinin kullanılmamasının kötü niyetli dahi olabileceğine böyle bir durumda açılacak ihmal davasında Anayasa veya yasaya aykırılık iddiası üzerinde yoğunlaşmanın daha yerinde olacağına dair şu görüşleri ifade etmiştir:

“İhmal, bir yetkiyi kullanmamak anlamına geldiğine göre, kullanılmamış bir yetki ile ilgili olarak yetki aşımından söz etmek kendi içinde çelişki oluşturur. Ancak, yasada öngörülen yetkinin kullanılması zorunlu ise, o yetkinin kullanılmamış olması, nesnel açıdan olmasa da, hukuk tekniği açısından ‘yetki aşımı’ olarak değerlendirilebilse dahi, bunun yasaya ‘yasaya aykırılık’ olarak algılanması daha uygun olabilir. Diğer yandan yasal bir yetkinin kullanılmamasında kötü niyet aramak mümkündür. Buna göre, ihmal davasında Anayasa veya yasaya aykırılık üzerinde yoğunlaşmak daha isabetli olur. Başka bir ifade ile ihmalin sonlandırılması için açılacak davada yönetimin anayasal veya yasal bir yükümlülüğü olduğu halde bunu yerine getirmeyi ihmal ettiğini, yani yasal olarak kendisine verilen yetkiyi kullanmasında bir zorunluluk bulunmasına karşın yetkiyi kullanmaktan kaçındığını veya iyi niyetli davranmadığını ileri sürmek gerekir.”

 YİM 136/2001 D.13/2002 sayılı kararında, idarenin, alması gereken bir kararı almaması veya yapması gereken bir idari işlemi yapmaması halinde Yüksek İdare Mahkemesine ihmalin sonlandırılması talebiyle müracaat edilebileceğine dair şunları söylenmiştir:

“Yürütsel veya yönetsel bir organ veya makamın alması gereken bir kararı almaması veya yapması gereken bir yönetsel işlemi yapmaması halinde, Anayasanın 152(2) maddesi altında ihmalden dolayı Yüksek İdare Mahkemesine başvurma olanağı vardır. 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. Ancak ilgili yönetim organı bir konuda karar almak veya işlemi yapmakta serbest ise başka bir deyişle karar almak veya işlem yapmakta yasal bir zorunluluk yoksa, yönetimin ihmalinden söz etmek mümkün değildir.”

 Yargıtay, Yargıtay/Hukuk 12/1985 D.25/1985 sayılı kararında, kamu görevlisinin maaşının idare tarafından ödenmemesini idari ihmal olarak değerlendirirken şu görüşleri benimsemiştir:

“………………… Maaşın ödenmesi yürütsel veya yönetsel bir işlem olduğuna göre bunun ödenmemesi de bu işlemin bir ihmali olması gerekir.

 …………………………………………………………………………………………………………………………………………………

 Önümüzdeki meselede davacının bir kamu görevlisi olduğu gerçeği karşısında 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası uyarınca onu istihdam eden devletin maaşını Yasa uyarınca ödemesi gerektiğine kuşku yoktur. Diğer bir deyimle davacının maaşının Devletçe ödenmesi bir yasa gereğidir. Bu konuda devletin herhangi bir tekâsül göstermesi yukarıda belirtilen görüş ışığında Anayasanın 118. maddesi anlamında bir “ihmal”den başka bir şey değildir.”

 Yargıtayın değindiğim kararından da görüleceği üzere, devletin yasa gereği yapması gereken maaş ödemesini yapmaması içtihatta idari ihmal olarak kabul edilmiştir.

 Huzurumdaki meselede de idarenin yasal olarak Müstediye ödemekle yükümlü olduğu parayı ödemediği iddiasının idari ihmal kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği, bu bağlamda münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetki alanına giren ihmalin sonlandırılması talebinin Yargıtayda incelenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşırım.

 Tüm yukarıda izah ettiklerim ışığında, Müstedinin işbu müracaatı yapma noktasında somut ve yasal bir hakkının olduğunu ortaya koyamadığı, keza, meselenin Yargıtayın yetki alanına girmediği gerekçeleriyle istidayı ret ve iptal ederim.

|  |
| --- |
|  |
|  |  |

 Talat Usar

 Yargıç

 8 Aralık, 2022