

YÜKSEK MAHKEME KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 55

2013-2014 ADLİ YILI

- 4-



12/ 03 / 2014 – 17 / 04 / 2014 Tarihleri Arasında Okunan
Yüksek Mahkeme Kararları

Mart 2016

DERGİDE YERALIŞ SIRASINA GÖRE KARARLAR

Sayfa
No

ANAYASA

1. Kuzey Kıbrıs Bankalar Birliği ile KKTC Cumhuriyet Meclisi arasında (A.M. 18/2013 – D.1/2014) 1
2. Partner İnşaat Sanayi ve Ticaret Şti. Ltd. ve diğeri ile Sercem Homes Ltd. arasında (A.M. 1/2011 – D.2/2014) 9

YİM

3. Mehmet Uğraşın ile KKTC Bakanlar Kurulu ve diğeri ve İlgili Şahıslar arasında (YİM 68/2002 – D.8/2014) 16
4. T & T Havalimanı İşletmeciliği İnşaat Sanayi ve Ticaret Şirketi Ltd. ile KKTC Gelir ve Vergi Dairesi ve diğeri arasında (YİM 63/2014 – D.9/2014) 24
5. Sözer Özkaram Mehmet ile Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı ve diğeri arasında (YİM 184/2011 – D.10/2014) 32
6. İbrahim Taşarkan ile Lefkoşa Türk Belediyesi ve diğerleri arasında (YİM 72/2011 – D.11/2014) 50
7. Mustafa Özün ile Maliye Bakanlığı Merkezi İhale Komisyonu arasında (YİM 58/2014 – D.12/2014) 54
8. Erkan Bahçeci ile Serdarlı Belediyesi ve diğerleri arasında (YİM 161/2010 – 108/2011 – D.13/2014) 75
9. Ahmet Alkım ile Değirmenlik Belediyesi ve diğeri arasında (YİM 46/2011 – D.14/2014) 85
10. Pelin Abbasoğlu ile Turizm Çevre ve Kültür Bakanlığı ve diğerleri arasında (YİM 156/2011 – D.15/2014) 97
11. Simay İnceler ile Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve diğerleri arasında (YİM 69/2010 – D.16/2014) 105

YİM/İSTİNAF

12. Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ile Atiye Çırakoğlu arasında
(YİM/İstinaf 1/2013 – D.1/2014) 116

YARGITAY/HUKUK

13. Asil Nadir ve diğeri ile Sıdika Atalay arasında (Y/H 13/2010 –
D.6/2014) 127
14. Hanife Safa ve diğeri ile Hasan Mustafa Bilman arasında
(Y/H 9/2012 – D.7/2014) 132
15. Arox Hiper Market Ltd. ile Sezin Kaymak “Sert Elektrik”
arasında (Y/H 78/2008 – D.8/2014) 161
16. Unwin Investment Ltd. ile Paul Charles Treherne arasında
(Y/H 89/2013 – D.9/2014) 178

YARGITAY/CEZA

17. KKTC Başsavcısı ile Emin Özbeyit arasında
(Y/C 28/2014 – D.3/2014) 185
18. KKTC Başsavcısı ile Şevket Aykut Tukyü arasında
(Y/C 29/2014 – D.4/2014) 194

YARGITAY/ASLİ YETKİ

19. Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi ile Gökhan Yılmaz
arasında (Y/Asli Yetki 22/2013 – D.2/2014) 201

YARGITAY/AİLE

20. Arzu Akış ile İbrahim Beyazbayram arasında (Y/Aile 7/2012 –
D.2/2014) 209

KARARLARIN OKUNUŞ TARİHİNE GÖRE DİZİN

Okunduğu Tarih	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
13.03.2014	1/2014	A.M. 18/2013	1
17.03.2014	1/2014	YİM/İst. 1/2013	116
19.03.2014	8/2014	YİM 68/2002	16
20.03.2014	2/2014	A.M. 1/2011	9
21.03.2014	9/2014	YİM 63/2014	24
24.03.2014	6/2014	Y/H 13/2010	127
28.03.2014	7/2014	Y/H 9/2012	132
28.03.2014	2/2014	A/Yetki 22/2013	201
31.03.2014	10/2014	YİM 184/2011	32
31.03.2014	11/2014	YİM 72/2011	50
02.04.2014	12/2014	YİM 58/2014	54
09.04.2014	8/2014	Y/H 78/2008	161
09.04.2014	3/2014	Y/C 28/2013	185
09.04.2014	4/2014	Y/C 29/2014	194
10.04.2014	13/2014	YİM 161/10-108/11	75
10.04.2014	14/2014	YİM 46/2011	85
11.04.2014	15/2014	YİM 156/2011	97
16.04.2014	9/2014	Y/H 89/2013	178
16.04.2014	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
17.04.2014	16/2014	YİM 69/2010	105

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
ANAYASA MADDELERİ**

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KKTC ANAYASASI			
Madde 1	1/2014	A.M.18/2013	1
	2/2014	A.M. 1/2011	9
Madde 3(4)	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 4	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 7	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 8	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 10	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 11	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 17	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 17(4)(c)	2/2014	A.M. 1/2011	9
Madde 46	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 72	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde121	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde 146	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 147	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 151(3)	2/2014	A.Yetki 22/2013	201

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KKTC ANAYASASI (DEVAM)			
Madde 152	12/2014 15/2014	YİM 58/2014 YİM 156/2011	54 97
Madde 152(2)	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde 152(6)	8/2014	YİM 68/2002	16

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
YASA MADDELERİ**

**ADALET
MAHKEMELERİ
YASASI (38/1935)**

Madde –	7/2014	Y/H 9/2012	132
---------	--------	------------	-----

**AİLE (EVLENME VE
BOŞANMA) YASASI
(1/1998)**

Madde 28	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
Madde 28(4)	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
Madde 30	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
Madde 30(2)(ç)	2/2014	Y/Aile 7/2012	209

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
AİLE YASASI (DEVAM)			
Madde 32	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
Madde 44	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
BELEDİYE PERSONEL YASASI (65/2007)			
Madde 2(Geçici)	13/2014	YİM 161/10- 108/11	75
Madde 49(2)E	14/2014	YİM 46/2011	85
BELEDİYE PERSONEL (DEĞ.) YASASI (26/2010)			
Madde 1 (Geçici)	14/2014	YİM 46/2011	85
Madde 2 (Geçici)	14/2014	YİM 46/2011	85
BORÇ İLİŞKİLERİNDEN KAYNAKLANIP TAHSİLİ GECİKEN VE/VEYA TAHSİL EDİLEMEZ HALE GELEN BORÇLARIN YAPILANDIRILMASI YASASI (29/2013)			
Madde 2	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 3	1/2014	A.M. 18/2013	1

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
BORÇLARIN YAPILNDIRILMASI (DEVAM)			
Madde 4	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 5	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 6	1/2014	A.M. 18/2013	1
Madde 8	1/2014	A.M. 18/2013	1
CEZA USUL YASASI (Fasıl 155)			
Madde 24	3/2014 4/2014	Y/C 28/2014 Y/C 9/2014	185 194
Madde 38	4/2014	Y/C 9/2014	194
Madde 48	3/2014 4/2014	Y/C 28/2014 Y/C 9/2014	185 194
Madde 53	3/2014	Y/C 28/2014	185
CEZAEVİ DİSİPLİN YASASI (Fasıl 286)			
Madde 8	3/2014	Y/C 28/2014	185

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞMENİN ONAYLANMASININ UYGUN OLMASINA İLİŞKİN YASA (6/1996)			
Madde 3(1)	2/2014	Y/Aile 7/2012	209
EKONOMİK, TOPLUMSAL VE KÜLTÜREL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ (ONAY) YASASI (27/2004)			
Madde 7	8/2014	YİM 68/2002	16
EMLAKÇILARIN KAYIT VE İŞLEMLERİ YASASI (38/2007)			
Madde 14(2)	9/2014	Y/H 89/2013	178
KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ USULÜ YASASI (48/1977)			
Madde 13((1)(2)(3)	9/2014	YİM 63/2014	24
Madde 16(1)(2)	9/2014	YİM 63/2014	24

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
MAHKEMELER YASASI (9/1976)			
Madde 41	12/2014	YİM 58/2014	54
MOTORLU ARAÇLAR VE YOL TRAFİK YASASI (21/1974)			
Madde 2	2/2014	A.Yetki 22/2013	201
OSMANLI TAŞINMAZ MAL KANUNU			
Madde 15	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 16	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 17	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 20	7/2014	Y/H 9/2012	132
PUL YASASI (19/1963)			
Madde 35	2/2014	A.M. 1/2011	9
SAYIŞTAY YASASI (18/1978)			
Madde 6	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde 6(1)	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde 7	8/2014	YİM 68/2002	16
Madde 7(1)	8/2014	YİM 68/2002	16

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
SÖZLEŞMELER YASASI (FASIL 149)			
Madde 23	9/2014	Y/H 89/2013	178
Madde 37(1)	8/2014	Y/H 78/2008	161
Madde 39(1)	8/2014	Y/H 78/20008	161
TAŞINMAZ MAL KAYIT VE DEĞERLENDİRME YASASI (12/1907)			
Madde 30	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 31	7/2014	Y/H 9/2012	132
TAŞINMAZ MAL (TASARRUF, KAYIT VE KIYMET TAKDİRİ) YASASI (Fasıl 224)			
Madde 9	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 10	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 50	7/2014	Y/H 9/2012	132
Madde 57	7/2014	Y/H 9/2013	132

**KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN
TÜZÜK VE EMİRNAMELER**

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
AKADEMİK PERSONEL KADRO VE ÇALIŞMA TÜZÜĞÜ			
Madde 9(e)	16/2014	YİM 69/2010	105
	1/2014	YİM/İst. 1/2013	116
Madde 42	16/2014	YİM 69/2010	105
Madde 42(8)	16/2014	YİM 69/2010	105
CEZAEVİ TÜZÜĞÜ			
Madde 15	3/2014	Y/C 28/2014	185
Madde 28	3/2014	Y/C 28/2014	185
Madde 97	3/2014	Y/C 28/2014	185
Madde 97A	3/2014	Y/C 28/2014	185
Madde 99	3/2014	Y/C 28/2014	185
DEVLET İHALE TÜZÜĞÜ			
Madde 11(3)	12/2014	YİM 58/2014	54
Madde 13(2)(a)	12/2014	YİM 58/2014	54

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
DEVLET İHALE TÜZÜĞÜ (DEVAM)			
Madde 13(2)(B)	12/2014	YİM 58/2014	54
Madde 13(3)	12/2014	YİM 58/2014	54
1974 MOTORLU ARAÇLAR YOL VE TRAFİK TÜZÜĞÜ			
Madde 25(1)	2/2014	A. Yetki 22/2013	201
Madde 45	2/2014	A. Yetki 22/2013	201
2005 ÖĞRETMENLER TÜZÜĞÜ			
Madde 4	10/2014	YİM 184/2011	32
Madde 4(2)	10/2014	YİM 184/2011	32
Madde 4(3)	10/2014	YİM 184/2011	32
1997 YİM TÜZÜĞÜ			
Madde 11	12/2014	YİM 58/2014	54
Madde 11(1)	12/2014	YİM 58/2014	54

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
1949 YABANCILAR VE MUHACERET TÜZÜĞÜ			
Madde 9	2/2014	A.Yetki 22/2013	201
Madde 11	2/2014	A.Yetki 22/2013	201
Madde 15(3)	2/2014	A.Yetki 22/2013	201

D. 1/2014

Anayasa Mahkemesi : 18/2013

**ANAYASA MAHKEMESİ OLARAK OTURUM YAPAN
YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.**

Anayasanın 147.maddesinin verdiği yetkiye dayanarak açılan iptal davası.

Mahkeme Heyeti: Nevvar Nolan, Şafak Öneri, Talat D.Refiker,
Narin F.Şefik, Ahmet Kalkan

Davacı : Kuzey Kıbrıs Bankalar Birliği, Şht. Mustafa Yusuf
Hacı Sokak (Atatürk Caddesi), Yenişehir – Lefkoşa.

ile

Davalı : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisi,
Lefkoşa.

A R A S I N D A.

Davacı tarafından : Avukat Fuat Veziroğlu

Davalı tarafından : KKTC Başsavcı Yardımcısı Ersoy Ölçter

Davacı Kuzey Kıbrıs Bankalar Birliği, Anayasa Mahkemesi'nde açtığı bir davada 29/13 sayılı Yapılandırma Yasası'nın Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etti – Davacı ayrıca bu dava dinleninceye kadar yasanın uygulanmasının durdurulmasını talep eden bir ara emri dilekçesi dosyaladı – Anayasa Mahkemesi, söz konusu yasanın Davacı bankalar birliği üyelerinin mevduatlarını etkilemediğini, sadece faiz gelirleri ile ilgili olduğunu dikkate aldı – Ara emri verilmesi halinde borçluların mağduriyetinin, verilmemesi

halinde, bankanın mağduriyetinden daha fazla olacağını göz önünde bulunduran Anayasa Mahkemesi, ara emri talebini reddetti.

29/13 sayılı Borçların Yapılandırılması Yasası – Yasanın yürürlüğe girmesinin durdurulması için ara emri talebi – Ara emri şartları – Telifisi imkansız zarar prensibinin incelenmesi – Davacıların olası kayıplarının sadece faiz geliriyle sınırlı olması, dolayısıyla telifisi imkansız zarar durumunun bu davada mevcut olmaması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- A.M. 20-21/2012 – D.2/2012.

ARA KARAR

KONU:

Davacı, 31.12.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesinde Davalı aleyhine dosyaladığı dava ile;

“5.12.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 29/13 sayılı Yasanın ve/veya Borç İlişkilerinden Kaynaklanıp Tahsili Geciken ve/veya Tahsil Edilemez Hale Gelen Borçların Yapılandırılması Yasası’nın ve/veya bu Yasanın 2. maddesinde yer alan “borç ilişkisi” tefsirine ilişkin kuralların, işbu Yasanın 2. maddesinde yer alan “yasal faiz” tefsirine ilişkin kuralların, aynı maddede yer alan “yasal takip” tefsirine ilişkin kuralların aynı Yasanın 3, 4, 5, 6 ve 8. maddelerinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 1, 3(4), 4, 7, 8, 10, 11, 17, 46, 136. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle Anayasa’nın 147. maddesi uyarınca iptali”ni

talep etmektedir.

TALEP:

Davacı/Müstedi, aynı tarihte dava ile birlikte dosyaladığı ihbarlı bir istida ile, davanın neticelenmesine kadar Yasanın yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin bir emir verilmesini talep etti.

Davacı/Müstedinin iki paragraftan ibaret talebi aynen şöyledir:

- a. **Takriben 5 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 29/2013 sayılı Yasanın ve/veya Borç İlişkilerinden kaynaklanıp Tahsili Geciken ve/veya Tahsil Edilemez Hale Gelen Borçların Yapılandırılması Yasası’nın yürürlüğünün yukarıda numara ve unvanı verilen dava sonuna kadar durdurulması hususunda mahkemece geçici bir emir verilmesi, veya alternatif olarak,**
- b. **Yukarıda belirtilen Yasa uyarınca ilgili ve/veya yetkili mahkemeye başvurma hakkı olanların işbu başvurma hakları saklı kalmak şartıyla 29/2013 sayılı Yasanın yürürlüğünün işbu dava sonuna kadar durdurulması hususunda mahkemece geçici bir emir verilmesi.**

Davalı/Müstedaaleyhi temsilen Başsavcılık, yürürlüğü durdurma istidasına karşı dosyaladığı itiraznamede, iptali istenen Yasanın ve/veya ilgili maddelerinin, Anayasa’nın belirtilen maddelerine veya herhangi bir maddesine aykırı olmadığını iddia etmiştir.

TARAFLARIN İDDİALARININ GEREKÇESİ:

Davacı/Müstedinin iddialarının gerekçesi özetle şöyledir.

Olası bir iptal kararının verilmesi ve bu kararın yürürlüğe girmesine kadar Yasanın uygulanması halinde, giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararlar doğacak, ileride verilebilecek bir iptal kararı, yeniden yapılandırılan borçlar bakımından sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle durum acildir.

Bunun yanı sıra, Yasa, Anayasa ile teminat altına alınan sözleşme hürriyetine, kesin hüküm ilkesine, kazanılmış hak ilkesine, ülkedeki borç ilişkilerinin tarafları arasında ayırım yaptığı nedeniyle, eşitlik ilkesine ve yasaların geriye yürümezliği ilkesine açık surette aykırıdır.

Davalı/Müstedaalehyin itirazının gerekçesi özetle şöyledir:

İptali istenen Yasa, Anayasaya aykırı değildir. Yasanın uygulanması halinde, telafisi imkânsız zarar doğmayacağı gibi, yasa koyucu, yüksek faiz ve memleketin içinde bulunduğu durum nedeniyle ödenemez hale gelen borçları yapılandırmakla kamu yararını gözetmiş, Anayasaya uygun hareket etmiştir.

İNCELEME:

Tarafların iddia ve argümanlarını inceleyip değerlendirdikten sonra;

Anayasa Mahkemesi, son olarak, 20 ve 21/2012 D.2/12 CTP v KKTC Cumhuriyet Meclisi davasında, yürürlüğün durdurulması ilkelerini daha da netleştirmiştir. Buna göre, yürürlüğün durdurulmasına emir verilebilmesi için,

1. İptali ve yürürlüğünün durdurulması istenen normun Anayasaya aykırı bulunmasının kuvvetle muhtemel olması,

2. Giderilemez zararların ya da giderilemez durumların ortaya çıkmasının muhtemel olması,
3. Aciliyet olması,
4. Yürürlüğün durdurulması kararı için, yürürlüğün durdurulmasındaki kamu yararının, durdurulmamasından daha fazla olması gerekmektedir.

Aciliyet bulgusuna varılabilmesi için, koşulları ikiye ayırmak mümkündür:

- a. Yürürlüğün durdurulması kararını vermeden, esas hakkındaki kararı beklemek kamu yararı açısından çok büyük zarara neden olacak.
- b. İptali istenen düzenlemenin uygulanmasının durdurulması için, iptal kararının beklenmesine tahammül olmayacak.

Mezkûr Kararda, ayrıca, yürürlüğün durdurulması için, yukarıda belirtilen 1 ve 2. unsurların birlikte olması gerektiği prensibi benimsenmiştir.

Yürürlüğün durdurulmasına emir verildiği takdirde ortaya çıkacak durumun, taraflara olan etkisi bakımından, öncelikle giderilemez zarar veya durumlar unsurunu incelemeyi uygun bulduk.

Bu Yasa, genel ve objektif kural koyan bir yasa değildir. Yasa, kapsamı ve niteliği gereği, Yasada tanımlanmış belli bir dönem içinde, özel kişiler (gerçek ve tüzel kişiler dahil) arasında kurulan borç ilişkilerinde uygulanan yüksek faizler ve ülkedeki ekonomik durum nedeniyle ödenemeyecek hale gelen miktarların mahkemeler tarafından yeniden yapılandırılmasını

amaçlayan, yerine getirilmesi halinde borç ilişkisinin tarafları bakımından kişisel sonuç doğuran bir Yasadır.

Bu sonuçtan hareket ettiğimizde, Yasa kurallarının yürütülmesi halinde, geriye dönüşü mümkün olmayan veya giderilemez zarar olgusu, borç ilişkisinin tarafları ile sınırlı kalmakta, yani kişisel sonuç doğurmaktadır.

Bu istidaya konu yürürlüğün durdurulması talebi incelenirken, kamu yararı ve giderilemez durumun ortaya çıkması ihtimalini, Yasa kapsamına giren alacaklı ve borçluları eşit tutarak değerlendirmeli, bir tarafın lehine diğer tarafın aşıkâr surette aleyhine olacak bir sonuca gidilmemelidir.

Böyle bir değerlendirmenin zarureti, Yasanın yürürlüğünün durdurulması halinde ortaya çıkacak boşluğun kamu düzeni için bir tehdit olmaması veya kamu yararına aykırı bir sonuç doğurmaması gerektiği prensibinden kaynaklanmaktadır.

Yasa kapsamındaki borç ilişkisinin tarafları bakımından konuya bakacak olursak; yürürlüğün durdurulması kararı verilmemesi halinde, Davacının temsil ettiği bankaların veya Yasa kapsamındaki diğer alacaklıların kayıplarının sadece faiz geliri ile sınırlı olacağını görürüz.

Huzurumuzda, Yasanın uygulanması ile bankacılık sektörünün giderilemez zarar göreceği, zora gireceği ve kamunun bu sonuçtan dolayı giderilemez zarara uğrayacağına ilişkin iddia veya olgu bulunmamaktadır.

Yasa, ana para ve ek cetvellerdeki katsayı oranında bir miktarın belirlenmesi suretiyle, borçların yapılandırılmasını öngörmektedir.

Yürürlüğün durdurulmasına karar verilmediği takdirde, mahkemelerin borcun yapılandırılması ile ilgili karar vermesi ve kararın kesinleşmesi halinde, alacaklıların kaybı, ödenemez hale gelen fahiş faiz alacaklarının bir kısmı ile sınırlı olacaktır.

İptali istenen Yasada, yapılandırma ile ilgili tüm müracaatların, bir yargısal işlem ile karara bağlanacağı düzenlemesi yer almaktadır. Kişinin bir konu hakkında yasal yollara başvurma hakkı, Anayasa ile teminat altında alınmış temel haklardandır. Mahkeme huzurunda gerçekleştirilen yargısal işlemlerde, her iki tarafın hazır olacağını, argümanlarını mahkemeye sunabileceklerini, tek taraflı müracaat olsa bile, müracaatın yargıç kararı ile neticelendirileceğini dikkate aldığımızda, yargısal işleme muhatap tarafların, yasaların ve Anayasa'nın kendilerine tanıdığı tüm yollara başvurabilecekleri ve hakları olduğuna inandıkları çareleri talep edebilecekleri aşikâr surette ortadadır. Bu çareler arasında, yargılanmakta olan mesele ile sınırlı olmak kaydıyla, dava konusu Yasanın uygulanmasının, Anayasa Mahkemesine havale yolu ile durdurulması olanağı da mevcuttur.

Bu durumda, iptal davasında yürürlüğün durdurulmasına emir verilmemesi, Davacıyı veya alacaklıları kendiliğinden giderilemez zarara sokmayacağı gibi, uygulamada da çaresiz bırakmamaktadır. Buna mukabil, yürürlüğün durdurulması halinde, yasa koyucunun yüksek faiz ve ülkedeki ekonomik koşulların yol açtığı olumsuz durum nedeniyle korumaya çalıştığı, Davacıya göre ekonomik yönden daha güçsüz olan borçlular aleyhine icra takibi yapılabilecek ve borçlular, hapislik mazbatalarının icrası veya icraya tabi mallarını kaybetmek gibi, sonradan giderilmesi imkânsız durumlarla karşı karşıya kalabileceklerdir.

Bu durumda alacaklılardan ziyade borçluların, sonradan giderilmesi imkânsız durumlarla karşılaşma ihtimali bulunduğundan, yürürlüğün durdurulmamasındaki kamu yararının, durdurulmasından daha fazla olduğu sonucuna varmış bulunmaktayız.

Bu neticeden hareketle, diğer unsurları incelemeye gerek duyulmadan, istidanın reddedilmesi gerekmektedir.

KARAR:

Netice itibarıyla;

Davacı/Müstedi, istidasında başarılı olamadığından, istida oy birliği ile ret ve ipal edilir.

Nevvar Nolan
Başkan

Şafak Öneri
Yargıç

Talat D.Refiker
Yargıç

Narin F.Şefik
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

13 Mart, 2014

D. 2/2014

Anayasa Mahkemesi: 1/2011

ANAYASA MAHKEMESİ OLARAK OTURUM YAPAN
YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Nevvar Nolan, Başkan, Şafak Öneri, Talat D. Refiker,
Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu.

Anayasanın 148. maddesi tahtında

Girne Kaza Mahkemesi tarafından 2087/2005 sayılı Davada (Davacı 1- Partner İnşaat Sanayi ve Ticaret Şti. Ltd., 21, Şht. Aytekin Zekai Sokak, Lefkoşa ve diğeri ile Davalı: 1- Sercem Homes Ltd., Girne ve diğeri arasında) sunulan konu.

Havale isteminde bulunan Davacılar tarafından Avukat Hasan
Esendağlı. Davalılar tarafından Avukat Oktay Feridun ve Avukat Serhan
Çinar. Amicus Curiae olarak Başsavcı Yardımcısı Ersoy Ölçter.

Davacı, Kaza Mahkemesi'nde açtığı davada pullanmamış bir sözleşmeyi ibraz etmeye teşebbüs etti – Davalının buna itiraz etmesi üzerine, Davacı Pul Yasası'nın ilgili 35 ve 36. maddelerinin Anayasa'nın 17(4)(c) maddesine aykırı olduğunu iddia etti – Anayasa Mahkemesi sözkonusu pul vergisinin yüksek olmadığını, genelde pul masrafının önemsenmeyecek kadar düşük olduğunu göz önünde bulundurdu – Mahkemeye sunulmak istenen bir

belgenin Pul Yasası'na göre pullanması gerektiği kanısına varan Anayasa Mahkemesi, Yasanın Anayasaya aykırı olmadığına karar verdi.

Pullanmamış sözleşmenin mahkemeye ibrazı – 19/63 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerinin Anayasa'nın 17(4)(c) maddesine aykırı olup olmadığı tartışması – Sözleşmeyi pullama yükümlülüğü – Böyle bir sözleşme delil olarak gösterilmek istenirse, Pul Yasası'na göre Pullanması gereği.

K A R A R

Girne Kaza Mahkemesinin 2087/2005 sayılı hukuk davasında, Davacı taraf, taraflar arasında yapılan bir inşaat ve/veya inşaat hizmeti sözleşmesini Mahkemeye emare olarak sunmak istedi, Davalılar 19/1963 sayılı Pul Yasası gereği vergiye tabi olan sözleşmenin pullanmadığını, pullanmamış sözleşmenin de 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 36. maddesine göre delil olarak gösterilemeyeceğini ileri sürerek, sözleşmenin ibrazına itiraz ettiler. Sözleşmenin vergiye tabi olduğu ve pullanmadığı taraflarca kabul edilmektedir. Davacılar, pullanmamış sözleşmenin Mahkeme tarafından delil olarak kabul edilemeyeceğini düzenleyen 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerinin Anayasa'nın 1 ve 17(4)(c) maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek, konu Yasa maddelerinin karara bağlanmak üzere Anayasa Mahkemesine havalesini talep ettiler; Girne Kaza Mahkemesi de önündeki davanın karara bağlanmasında etken olduğu gerekçesi ile, 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerini, Anayasa'nın 1 ve 17(4)(c) maddelerine aykırı olup olmadıklarının karara bağlanması için Anayasa Mahkemesine havale etti.

Anayasa'nın 17 (4)(c) maddesinde, herkesin delillerini göstermek veya göstertmek hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Davacılar, "vergiye tabi bir enstrüman, ceza davaları dışında, bu Yasa hükümlerine göre hakkıyla pullanmadıkça delil olarak gösterilemez" kuralını içeren 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 36. maddesi ile sonuçta aynı kuralı içeren 35. maddesinin, Anayasa'nın 17(4)(c) maddesinde kişiye sağlanan delillerini gösterme hakkını, keza Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan hukukun üstünlüğü ilkesini ihlal ettiği iddiasındadır.

19/1963 sayılı Pul Yasası'nın, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen 35 ve 36. maddeleri ile Anayasa'nın 17(4)(c) maddeleri aşağıda verildiği gibidir:

19/1963 sayılı Pul Yasası

Pullanmamış
Enstrümanların
ibrazı.
7.93/1995
28.12.998
11/2006

35. (1) Mahkemede delil olarak işlem görmek üzere ibraz edilen vergiye bağlı herhangi bir enstrümanın hakkıyla pullanmış olup olmadığı veya kifayetsizce pullanmış olup olmadığını saptamak ve bu konuda yargıcı veya diğer bilirkişileri uyarmak veya dikkatini çekmek , mukayyit veya mahkeme memurunun görevidir.

Enstrümanın düzenlenmesinden sonra yasal olarak pullanabilen bir enstrüman ödenmemiş verginin bu Yasanın 20'nci maddesindeki kuralları uyarınca ödenmesi gereken cezanın ve 2,5.-YTL . (İki Yeni Türk Lirası Elli Yeni Kuruş) ek cezanın;

- (a) Enstrümanın mahkemede olması durumunda, mukayyit veya mahkeme memuru önünde ödenmesi üzerine; ve
(b) Enstrümanın bir yargıç veya bilirkişi önünde bulunması durumunda bir Gelir ve Vergi Dairesi memuru önünde ödenmesi üzerine, diğer maddelere bağlı bütün haklı istisnalar saklı kalmak koşuluyla delil olarak kabul edilebilir.
- (2) Pullanmamış veya kifayetsizce pullanmış bir vesikanın, herhangi bir Mahkemedeki herhangi bir

dava veya muamelede, ödenmemiş pul vergisi ve bir evvelki fıkra da tâyin edilen ceza ödenmeksizin, delil olarak kabul edilmesi halinde, bu gibi vesikanın delil olarak önünde kabul edildiği Mahkeme veya Hâkim, bu gibi vesikayı ibraz eden veya bu gibi vesikanın onun adına ibraz edildiği şahsa, bu gibi şahsın ödenmemiş pul vergisini ve cezayı, bu gibi bildiride gösterilen müddet zarfında ödemesini talep eden yazılı bir bildirinin tebliğ edilmesini herhangi bir zamanda sağlamak yetkisine haizdir; ve bu gibi bildiride gösterilen müddet zarfında bu gibi ödemenin yapılmaması üzerine, bu gibi bildirinin kendisine tebliğ edildiği şahıs, bir suç işlemiş olur ve hüküm giymesi halinde, bu şekilde ödenmemiş miktarın iki mislini ödemeye mâruz kalır.

- (3) Hâkimin, herhangi bir vesika hususunda bir pulun lüzumu veya kifayeti veya herhangi bir vesika hususunda pul vergisi olarak ödenmesi gereken miktar hakkındaki kararı kat'idir.

Pullanmamış
enstrümanların
delil olarak
kabul
edilmemesi, v.s

36. 35'inci madde hükümleri mahfuz kalmak şartıyla, herhangi bir vergiye tabi hiç bir enstrüman, ceza muameleleri dışında, bu Yasa hükümlerine göre hakkıyla pullanmadıkça, delil olarak gösterilmez veya herhangi bir maksat için kullanılmaz.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası

Madde 1

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti devleti, demokrasi, sosyal adalet ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanan laik bir Cumhuriyettir.

Madde 17

- (1)
(2)
(3)
(4) Herkes,
(a)
(b)

- (c) Delilerini göstermek veya göstermek veya tanıkların yasaya uygun olarak doğrudan doğruya soruguya çekilmesi istemek;
(ç)
(d)
hakkına sahiptir.

Anayasa, 17(4)(c) maddesi ile herkese delillerini gösterme veya göstertme hakkını tanımıştır. 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerinde ise, vergiye tabi bir enstrümanın yeterince pullanarak vergisi ödenmedikçe, delil olarak gösterilemeyeceği düzenlenmiştir. Konu Yasa'nın 35 ve 36. maddeleri, vergiye tabi ancak vergisi ödenmemiş bir enstrümanın delil olarak gösterilebilmesini, vergisinin ödenmesi önkoşuluna bağlıyor.

Özellikle sosyal adalet ilkesini benimsemiş bir devletin, toprakları üzerinde yaşayan kişilere hizmet sunma yükümlülüğü vardır. Devletin kamu hizmeti sunması, aksi söylenemeyecek ölçüde kamu yararınadır; ancak devletin kamu hizmeti sunması, devlete mali bir yük getirir, bu nedenle devlet kamu giderlerini karşılamak amacı ile vergilendirmeye gider. Anayasamızın 75. maddesinde vergi ödevi düzenlenmiştir; bu maddeye göre, herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür; vergi, resim ve harçlar ve benzer mali yükümler yasa ile düzenlenir. 19/1963 sayılı Pul Yasası da Anayasa'nın 75. maddesine uygun, konu maddeyi uygulama alanına taşıyan bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 11. maddesine göre, temel haklar, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, sosyal adalet ve sayılan diğer nedenlerle yasalarla kısıtlanabilir. 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerindeki düzenleme, vergiye tabi tutulan enstrümanların düzenlendikleri anda

vergilerinin ödenmesine veya vergilerinin gecikme olmaksızın, etkili bir şekilde tahsiline yönelik bir düzenlemedir. Kamu hizmetlerinin doğurduğu kamu giderlerinin karşılanması için Anayasa'nın 75. maddesinde ifade edildiği gibi, herkesin mali gücüne göre vergi ödeme yükümlülüğü vardır; vergi, resim ve harçlarla devletin kamu hizmeti verebilir konuma gelmesi kamu yararına. Anayasa ile tanınan bir hak kamu yararına dayanarak kısıtlanabilir, ancak kısıtlamanın, hakkın özüne dokunmaması gerekir. Bir kısıtlama, hakkın kullanılmasını son derece zorlaştırıyorsa, o hakkı kullanılamaz duruma getiriyorsa, o kısıtlamanın hakkın özüne dokunduğu söylenebilir.

Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddeleri ile getirilen düzenleme, kişinin delillerini gösterme hakkını elinden almamakta, sadece delil olarak sunmak istediği vergiye tabi enstrümanın vergisinin ödenmiş olmasını aramaktadır; bu, kamu yararına yönelik ve hakkın özüne dokunmayan bir kısıtlamadır.

Davacılar Avukatı, en azından delil olarak gösterilmek istenen enstrümanın vergi yükümlülüğü, o enstrümanı delil olarak göstermek isteyen tarafta olmadığı durumlarda, enstrümanı delil olarak göstermek isteyen taraftan vergisinin istenmesinin ve pullanmadıkça, vergisi ödenmedikçe, delil olarak gösterilememesinin, Anayasa'nın 1 ve 17(4)(c) maddelerine aykırı olduğu iddiasındadır.

Taraflar aksine anlaşmadıkça, bir enstrümanın vergisini karşılayacak taraf Pul Yasası'nda gösterilmiştir. Pul Yasası'na göre, vergiye tabi ancak vergisi ödenmemiş, yani pullanmamış bir enstrümanı delil olarak göstermek isteyen taraf, vergi yükümlülüğü kendisinde olmasa bile, vergisini ödemek, karşılamak durumundadır. Konu Yasa'ya göre, vergiye tabi bir enstrümanın suretleri de, asılın yeterince pullanmış olması koşulu ile, Yasaya ekli cetvelde

gösterildiği gibi pullanıp kanıtlayıcı belge olarak kullanılabilir. Genelde suretin pul masrafı, Yasaya ekli cetvelden görülebileceği gibi önemsenmeyecek kadar düşüktür. Bu düzenleme, sözleşmeyi pullama yükümlülüğü kendisinde olmayan tarafı, sözleşmenin pullanmasında ısrarcı olmaya yönlendirmekte ve sözleşmenin pullanması gereğinin yerine getirilmesine hizmet etmektedir. Yeterince pullanmamış bir sözleşmenin delil olarak gösterilemeyeceğini bilen tarafların sözleşmenin yeterince pullanmadığını görmeleri, yeterince pullanmasını sağlamaları gerekir. Sözleşmeyi pullama yükümlülüğü kendisinde olan fakat sözleşmeyi yeterince pullamayan veya suretini kanıtlayıcı belge olarak kullanabilmek için sözleşmenin yeterince pullanmasını sağlamayan bir taraf, böyle bir sözleşmeyi delil olarak göstermek isterse Pul Yasası'na göre pullamak durumundadır. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 1 ve 17 (4)(c) maddelerini ihlal ettiği söylenemez.

Yukarıda ifade edilenler ışığında, sonuç olarak, 19/1963 sayılı Pul Yasası'nın 35 ve 36. maddelerinin Anayasa'nın 1 ve 17 (4)(c) maddelerine aykırı olmadıklarına oy birliği ile karar verilir.

(Nevvar Nolan)
Başkan

(Şafak Öneri)
Yargıç

(Talat D.Refiker)
Yargıç

(Narin F.Şefik)
Yargıç

(Hüseyin Besimoğlu)
Yargıç

20 Mart 2014

D. 8/2014

YİM 68/2002

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152. maddesi hakkında.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Hüseyin Besimoğlu, Ahmet Kalkan.

Davacı: Mehmet Uğraşın, Lefkoşa

- ile -

Davalı: 1- KKTC Bakanlar Kurulu vasıtasıyla KKTC Lefkoşa
2- KKTC Cumhurbaşkanlığı vasıtasıyla KKTC Lefkoşa

İlgili Şahıslar: 1- Soner Vehbi, Sayıştay
2- İsmet Akim, Sayıştay

A r a s ı n d a .

Davacı şahsen hazır

Davalılar namına: Başsavcı Yardımcısı Muavini Behiç Öztürk

İlgili şahıslar namına: Kimse yok.

Davacı Sayıştay denetçisi idi ve zorulu olarak emekliye sevk edildi – Davacı emekli iken İlgili Kişiler sayıştay başkan ve üyeliğine atandı – Bunun üzerine Davacı Yüksek İdare Mahkemesi'nde bir dava açarak atanma kararının iptalini talep etti – Davalılar, ön itiraz dosyalarak Davacının meşru menfaatinin kalmadığını iddia ettiler – YİM, bu dava görülürken İlgili Kişilerin de emekli olduğunu dikkate aldı – Meşru menfaatle ilgili prensipleri göz önünde bulunduran YİM, Davacının duruşma tarihinde meşru menfaati kalmadığı kanısına vardı ve davayı iptal etti.

Sayıştay, Başkan ve Üyelerinin atanmasına karşı açılan iptal davası – Davacının emekliye ayrılmış olması – Meşru menfaat – Duruşma tarihinde Davacının meşru menfaatinin kalmamış olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- YİM 93/1983 – D.21/1984.
- 2- YİM 146/1986 – D.41/1987.
- 3- YİM 177/2007 – D.15/2007.
- 4- YİM 189/2007 – D.27/2010.

KARAR

Şafak Öneri: Bakanlar Kurulu, davacının Sayıştay Denetçisi olarak kamu görevi ifa ettiği bir sırada, 28 Mart 2002 tarihli E.577/2002 sayılı bir kararla, Soner Vehbi ve diğer bir kişiyi 5/2002 sayılı Yasa ile değiştirilen 18/1978 sayılı Sayıştay Yasası'nın 6. maddesi uyarınca Sayıştay Başkanlığına; 7. maddesi uyarınca da İsmet Akim ve diğer bir kişiyi Sayıştay Üyeliğine önerdi. Öneriyi değerlendiren Cumhurbaşkanı, Soner Vehbi'yi Sayıştay Başkanı, İsmet Akim'i ise Sayıştay Üyesi olarak atadı.

Gerek Bakanlar Kurulunun önerme, gerekse Cumhurbaşkanının atama işlemlerinin, Anayasaya, keza İdare Hukuku ilkelerine aykırı olduğu nedeniyle geçersiz, hükümsüz ve yoklukla malul olduğunu iddia eden davacı, huzurumuzda bulunan bu davayı dosyaladı.

Davanın duruşmasına başlandığında, davacı, 5/2002 sayılı Yasa ile değiştirilen 18/1978 sayılı Sayıştay Yasası'nın 6(1) ve 7(1) maddelerinin, Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmesi üzerine, konu karara bağlanmak üzere Anayasa Mahkemesine havale edildi. Konunun Anayasa Mahkemesinde henüz askıda bulunduğu bir sırada davacı, Bakanlar Kurulu tarafından mecburi emekliye sevk edildi. Davacı, bu kararın iptali için, YİM'e 119/2003 sayılı davayı

dosyaladı. 1/2003 sayılı Anayasa Mahkemesi dava-sı, YİM 119/2003 sayılı davanın sonucuna kadar askıya alındı.

Uzun bir süreç sonucunda, YİM 119/2003 sayılı dava, 22/4/2009 tarihinde lehine sonuçlanması üzerine, davacı, Sayıştaydaki denetçi görevine geri döndü. Bu süreç yaşanırken, huzurumuzda bulunan bu davadaki alakadar şahıslardan olan Sayıştay Başkanı Soner Vehbi emekli oldu. Soner Vehbi'nin emekli olmasını müteakip, bu davadaki diğer alakadar şahıs İsmet Akim, Sayıştay Başkanlığına seçildi. Bilahare İsmet Akim de emekli oldu. Yine bu süreçte, 18/1978 sayılı Sayıştay Yasası'nın bu davanın konusu olan 6 ve 7. maddeleri, 49/2007 sayılı Yasa ile değiştirilerek, Sayıştay Başkan ve Üyelerinin Cumhuriyet Meclisi tarafından seçilmesi kuralı getirildi. Yasadaki bu değişikliğin yapılmasına, Anayasa Mahkemesinin bir başka meselede Cumhurbaşkanına verdiği görüşte, Sayıştay Başkan ve Üyelerini seçebilecek en uygun makamın, Cumhuriyet Meclisi olduğuna dair görüşü etken olmuştur. Davacının Sayıştaydaki Denetçilik görevine geri döndüğü tarih-te, Sayıştay Başkanlığı boş durumdaydı. Bilahare Cumhuriyet Meclisi, Sayıştay Başkanlığı için münhal ilan ederek, müracaat kabul etmesine rağmen, davacı bu münhale müracaat etmedi. Cumhuriyet Meclisi müracaatçılar arasından halen görevde bulunan Osman Korahan'ı, Sayıştay Başkanı olarak seçti.

YİM 119/2003 sayılı davanın, davacı lehine sonuçlanmasını müteakip, Anayasa Mahkemesi 1/2003 sayılı dava, Anayasa Mahkemesi tarafından ele alındığında, yukarıda özetlenen gelişmeler sonucunda, davacının meşru menfaatinin devam edip etmediği tartışma konusu olması üzerine, Anayasa Mahkemesi öncelikle bu hususta bir karar üretilmesi için dosyayı yetkili Mahkeme olan Mahkememize gönderdi.

Meşru menfaat konusu ile sınırlı olarak yapılan duruşmada, taraflar, Mahkemeye argümanlarını sunmakla yetinmişlerdir.

Huzurumuzdaki bu meselede, davacının dava açtığı tarihte meşru menfaatinin mevcut olduğu ihtilaf konusu değildir. Dosyanın tetkikinden, davanın açıldığı tarihte, davacının meşru menfaati olduğu görülmektedir.

Davalıları temsil eden savcının iddialarına göre, dava konusu yasa maddelerinin bilahare değiştirilmek suretiyle yürürlükten kaldırılması, davacının yeni yasaya göre açılan münhale müracaat hakkı varken müracaat etmemesi, ilgili şahıs-ların ve davacının halen emekli olması meşru menfaati ortadan kaldırmaktadır.

Davacı ise, dava konusu işlemin temel hak ve özgürlük-lerine açıkça aykırı olduğunu, temel hak ve özgürlüklerine bu işlemle getirilen kısıtlamanın ortadan kalkmadığını, bu nedenle emekli olmasına rağmen, meşru menfaatinin devam etmekte ol-duğunu iddia etmektedir.

Davacı bu cümleden olmak üzere, dava konusu işlemlerin, eşitlik ve fırsat eşitliği ilkesine; kamu görevine girme hakkına bağlı olarak kamu görevinde yükselme hakkına; kamu görevine girişte ve yükselişte liyakat ilkesine açıkça aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Davacıya göre, münhal ilan edilmeden ve sınav yapılmadan atama işlemi yapılması liyakat ilkesine ve Anayasa'nın 72. maddesi altında düzenlenen hizmete alınmada ödevin getirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğine dair kurala aykırıdır.

Davacı, mahkemece meşru menfaatinin devam ettiğine dair karar verilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi 1/2003 sayılı davadaki havale konusuna ilaveten, 5/2002 sayılı Yasa ile değiştirilen 18/1978 sayılı Sayıştay Yasası'nın 6(1) ve 7(1) maddelerinin, Anayasa'nın 72 ve 121. maddeleri ile 27/2004 sayılı

Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (Onay) Yasası'nın 7. maddesine aykırı olup olmadığının tesbiti için, Anayasa Mahkemesine havale edilmesini talep etmiştir.

İnceleme:

İdare Hukuku alanında tek taraflı irade açıklaması ile kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen normlara uygun şekilde gerçekleşir. İdari davaların kimler tarafından açılabileceği, Anayasa'nın 152(2) maddesinde gösterilmektedir. Anayasa'nın 152(2) madde-sine göre, idari bir karar veya işlemin iptali için dava açma ehliyeti (subjektif ehliyet), iptal davasının ön koşullarından biridir.

Meşru menfaat konusunda TC mevzuatı, mevzuatımızla benzer hükümlere sahiptir. Tecrübelerinden ağırlıklı olarak yararlandığımız, çok yakın İdare Hukuku sistemini uyguladığımız TC İdare Hukuku doktrin ve içtihatları subjektif, dava açma ehliyeti (menfaat ihlali – meşru menfaat) konusunda iyi yerleşmiş prensipler içermektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.1999/1261, K.2000/168 sayılı davada şu görüşler yer almaktadır:

“Taraflar ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari

yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır.

Ayrıca, iptal davaları ile idari işlemleri hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.”

Yukarıda iktibas ettiğimiz görüşleri aynen benimser ve katılırız.

Bu görüşler ışığında, Anayasamızın 152(2) maddesi altında, bir iptal davasında dava açma ehliyetinin, yani meşru menfaatin varlığından söz edilebilmesi için, aşağıdaki şartların kümülatif olarak görülmesi gerekir:

- 1- İptali istenen idari karar veya işlem tarafından etkilenen menfaat kişisel, meşru ve güncel olmalıdır.
- 2- İptali istenen karar veya işlemin davacı ile ciddi ve makul, maddi veya manevi bir ilişkisi olmalıdır.
- 3- İptali istenen karar veya işlem davacının menfaatlerini doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilemiş olmalıdır.

(Bak: YİM 177/2007)

Yukarıda bahsedilen “menfaat”, davacı ile iptalini istediği idari işlem arasındaki bağı anlatır. İdari işlem ile davacı arasında, geçerli (meşru) güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise, davada menfaat bağı bulunduğu kabul edilir.

(Bak: TC Anayasa Mahkemesi E.1995/46, K.1995/49 sayılı kararı)

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, şu andaki içtihadi hakim görüşe göre, meşru menfaatin hem iptal davası açıldığı zamanda, hem de davanın duruşması esnasında mevcut olması, diğer bir deyimle aktüel, güncel olması, yani davacının iptali talep edilen işlemle, başlangıçta var olan ciddi ve makul ilgi-sinin devam etmesi gerekir. (Bak: YİM 93/1983)

Genel bir ifade ile, davanın devam ettiği bir sırada, dava konusu işlemin bütün hüküm ve sonuçları doğmuşsa, davacının işlemle olan ciddi ve makul ilgisinin ortadan kalktığı varsayılır. Bu durumda, menfaatin güncelliğini yitirmesi nedeniyle dava iptal edilmelidir.

Ancak bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmuş bir işlemin davacı üzerindeki etkileri ve sonuçları, işlem iptal edilmediği tak-dirde devam ediyorsa, menfaatin güncelliğini sürdürdüğü kabul edilir. (Bak: YİM 146/1986)

Bunun gibi ilk bakışta bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğu görülen bir işlem, davacıyı maddi zarara uğratmışsa, davacının bu maddi zararının tazmini için Anayasa'nın 152(6) maddesi kapsamında tazminat davası açabilmesi, mezkûr işlemin iptali koşuluna bağlı olduğundan, bu halde de menfaatin güncelliğini sürdürdüğü kabul edilir. (Bak: YİM 189/2007)

Huzurumuzda bulunan bu davada, ilgili şahısların emekliye ayrılmaları, dava konusu mevzuatın değiştirilerek yürürlükten kaldırıldıktan sonra yeni mevzuat altında başka bir 3. şahsın Sayıştay Başkanı atanması ile dava konusu işlemin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, keza davacının emekliye ayrılması ile, dava konusu işlemlerle ilk nazarda ciddi ve makul ilgisinin kalmadığı görülmektedir.

Davacı, dava konusu işlemlerin, temel hak ve özgürlüklerini etkilediğini, bu nedenle meşru menfaatinin devam etmekte olduğunu iddia etmektedir.

YİM 189/2007 sayılı davada verilen çoğunluk kararına göre, süreli bir idari işlem doğrudan davacının temel hak ve özgürlüklerine ilişkin ise, sürenin sona ermesi veya işleme konu ihlalin ortadan kalkması halinde dahi, davacının işlem ile olan güncel ilgisi devam ettiği kabul edilir.

Huzurumuzdaki davaya konu işlemler, davacının temel hak ve özgürlüklerini hedef alan, temel hak ve özgürlüklerine ilişkin işlemler değildir.

Yukarıdakiler ışığında, davacının dava konusu işlemlerle, dava açtığı tarihte mevcut olan ciddi ve makul ilgisinin, davanın duruşması safhasında devam etmediği bulgusuna varırız.

Sonuç olarak, davacının davada meşru menfaati kalmadığından, dava ret ve iptal edilir.

Dava masrafları ile ilgili emir verilmez.

Şafak Öneri
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

19 Mart 2014

D.9/2014

YİM: 63/2014

**Yüksek İdare Mahkemesinde
Anayasanın 152. Maddesi Hakkında**

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

**Davacı: T & T Havalimanı İşletmeciliği İnşaat Sanayi ve Ticaret
Şirketi Ltd., Çitköy Sokak, No 4, Yenişehir, Lefkoşa.**

ile

- Davalı: 1. KKTC Gelir ve Vergi Dairesi vasıtası ile
KKTC Başsavcılığı, Lefkoşa.**
- 2. KKTC Maliye Bakanlığı vasıtası ile KKTC
Başsavcılığı, Lefkoşa.**

A r a s ı n d a .

**Davacı-Müstedi hazır değil, tarafından: Avukat Kıvanç M. Rıza adına ve
şahsen Avukat Gülsüm Yücel ve Avukat Serhan Çınar hazır**

Davalı, havalimanı işletmeciliği ile uğraşan bir şirket olup girdiği bir ihale nedeniyle Vergi Dairesine borcu vardı – Vergi Dairesi KDV ve gecikme zammı ödenmesi için 48/77 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Yasasına göre ödeme emri verdi – Davacı ödeme emrinin hatalı olduğunu iddia ederek iptali için dava açtı – Davacı ayrıca bir ara emri istidasi dosyalayarak mahkeme karar verinceye kadar işlemlerin durdurulmasını talep etti – YİM, 48/77 sayılı yasaya göre verilen bir ödeme emrine karşı yapılacak itirazları dinlemeye yetkili mahkemenin YİM değil, Kaza Mahkemesi olduğunu belirtti – Bu nedenle yapılan müracaatı red ve iptal etti.

**Gelir Vergisi Dairesinin 48/77 sayılı yasa altında verdiği ödeme emri
– Ödeme emrine karşı yapılacak itirazlarda YİM'in değil Kaza Mahkemesi'nin**

yetkili olması – 48/77 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Yasasının 13 ve 16. maddeleri.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- YİM 26/1980 – 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 24/1986 – D.8/1986.

K A R A R

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

Mehmet Türker: Davacı, dosyaladığı dava ile, aşağıdaki gibi taleplerde bulunmuştur:

- “A- Davalılar tarafından davacıya 17/10/2012 tarih ve KZ2335-2012 sayılı ihale uyarınca ödemiş olduğu 100,000,000 Euro peşin devir bedeline ilişkin 16,000,000 Euro KDV yükümlülüğü ve 2,400,000 Euro gecikme zammı olduğunu bildiren ve davacıya 12/2/2014 tarihinde tebliğ edilen 12/2/2014 tarihli KDV ve gecikme zammı Ödeme emrinin hatalı ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair bir hüküm ve/veya karar; ve/veya;
- B- Davacının davalının yukarıda ‘A’ paragrafında belirtilen Ödeme emrine ilişkin 25/2/2014 tarihinde yapmış olduğu itirazın ret edildiğine ilişkin davalılar tarafından davacıya 3/3/2014 tarihinde tebliğ edilen 26/2/2014 tarih ve GVD.0.00.167/14-342 sayılı yazılarına ilişkin kararlarının hatalı ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair bir hüküm ve/veya karar;

C- Başka uygun ve adil çare. ”

Davacı, dava ile birlikte dosyaladığı istida ile ise;

- “A- Davalılar tarafından davacıya 17/10/2012 tarih ve KZ2335-2012 sayılı ihale uyarınca ödemiş olduğu 100,000,000 Euro peşin devir bedeline ilişkin 16,000,000 Euro KDV yükümlülüğü ve 2,400,000 Euro gecikme zammı olduğunu bildiren ve davacıya 12/2/2014 tarihinde tebliğ edilen 12/2/2014 tarihli KDV ve gecikme zammı Ödeme emrinin icrasının işbu davanın sonuçlanmasına değin durdurulması hususunda bir emir;
- B- Davalılar tarafından davacı aleyhine başlatılan haciz işlemlerinin ve Lefkoşa Kaza Mahkemesinde 1/2014 sayılı dava altında vermiş olduğu haciz ve/veya garneshee emirlerinin icrasının durdurulması hususunda bir emir.
- C- Henüz kesinleşmemiş olan dava konusu Ödeme emrine konu Katma Değer Vergisi ve gecikme zamlarının, davalılar tarafından, davacının davalıya vergi borcu varmış gibi addedilerek ‘Vergi Borcu Yoktur’ belgesi verilmesine engel teşkil etmemesi hususunda bir emir.”

verilmesini talep etmektedir.

Davacı-Müstedinin istidasındaki ara emri talepleri, Muhasebecisi Behzat Mut tarafından yapılan yemin varakasındaki olgulara dayandırılmıştır. Davacı-Müstedi Avukatı, istidanın istinat ettiği gerçeklerin, yemin varakasinda belirtildiği gibi olduğunu beyan edip, talep edilen tedbir kararının verilmesini talep etmiştir.

İdari davalarda ara emirleriyle ilgili mevzuat, 1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nün 11(1) maddesinde yer almaktadır. Sözü edilen 11(1) maddesi aynen şöyledir:

“11(1) Anayasanın 152. 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.”

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.

Ara emirleri ve davadaki taleplerle ilgili mevzuata dayanılarak yapılan bir ara emri talebinin ele alınıp, ara emri verilmesini gerektirecek koşulların var olup olmadığının incelenebilmesi için, davanın yetkili mahkemede ikame edilmesi ve ara emrinin yetkili mahkemeden talep edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ara emri verilmesini gerektirecek kriterlerin var olup olmadığını incelemeden önce, Davacı-Müstedinin ödeme emrinin icrasının durması ile ilgili istidasındaki taleplerini, yetkili mahkemeden talep edip etmediğini, öncelikle incelemeyi gerekli gördük.

Davacı, Talep Takririnin “A” paragrafı ile 12/2/2014 tarihli ödeme emrinin hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna, “B” paragrafı ile de aynı ödeme emrine yaptığı 25/2/2014 tarihli itirazın kabul edilmemesinin hükümsüz ve etkisiz olduğuna dair hüküm ve/veya karar talep etmektedir.

Davacı-Müstedi, istidasının “A” paragrafında, 17/10/2012 tarih ve KZ2335-2012 sayılı ihale uyarınca ödemiş olduğu 100,000,000 Euro peşin devir bedeline ilişkin, 16,000,000 Euro KDV yükümlülüğü ve 2,400,000 Euro gecikme zammı olduğunu bildiren 12/2/2014 tarihli ödeme emrinin icrasının, davanın sonuçlanmasına değin durdurulması hususunda, Yüksek İdare Mahkemesinden emir talep etmektedir.

Diğer bir anlatımla, Davacı, davasında da istidasında da, Yüksek İdare Mahkemesinden ödeme emri ile ilgili taleplerde bulunmaktadır.

Ödeme emirleri, 48/1977 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası'nın 13. maddesi uyarınca çıkarılmaktadır. 13. maddenin ilgili 1, 2 ve 3. fıkraları şöyledir:

- “13. (1) Kamu alacağını zamanında ödemeyenlere, tahsilattan sorumlu dairece on beş gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları gereği, bir ‘Ödeme Emri’ ile tebliğ olunur. Ödeme emri yetkili memur veya Posta Dairesince tebliğ edilir. Tebliğ alındısı tahsilâtan sorumlu daireye verilir.
- (2) Ödeme emrinde borcun aslı ve niteliği, miktarı, nereye ödeneceği, süresinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun 12. madde uyarınca tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapislik cezasına çarptırılabilceği, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğı takdirde, bu Yasa ve diğer ceza yasaları kuralları gereğince hapis cezasına çarptırılabilceği kayıtlı bulunur. Hapis cezası için gerekli işlem tahsilattan sorumlu dairenin yazılı isteğı üzerine yetkili mahkeme tarafından başlatılır ve en geç otuz gün içinde karara bağlanır.
- (3) Ödeme emirlerinin şekli Maliye Bakanlığınca tespit edilerek matbu hale getirilir.”

Yasanın 16. maddesi ise, ödeme emrine itirazı düzenlemektedir.

48/1977 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası'nın 16. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aynen şöyledir:

- “16. (1) Kendisine ödeme emri tebliğ olunan kişi, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediğı hakkında tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde ilgili Tahsilattan Sorumlu Daire nezdinde itirazda bulunur. İlgili Tahsilattan Sorumlu Daireye yapılan itiraz en geç on beş gün zarfında sonuçlandırılarak borçluya bildirilir. İtirazın kabul

edilmemesi halinde borçlu yetkili mahkemeye başvurabilir. Bu konuda Vergi Usul Yasası'nın kuralları uygulanır.

- (2) Mahkeme, borçlunun emredilmiş teminatı göstermesi halinde karar verilinceye kadar Tahsilattan Sorumlu Dairece yapılan işlemi durdurur. Borçlu istenen teminatı gösteremez ise itirazı en çok iki ay içinde karara bağlamak zorundadır.”

YİM 24/86 (D.8/86) sayılı kararda, Yüksek İdare Mahkemesi, 16. madde gereğince ödeme emrine karşı itirazın nasıl ve neye karşı yapılacağı ve yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğu hususları ile ilgili şöyle demektedir:

“Görülebileceği gibi bu maddeye göre kendisine ödeme emri tebliğ olunan kişinin buna karşı yapabileceği itiraz sadece böyle bir borcun olmadığı veya kısmen ödendiği hususlarına münhasırdır. Böyle bir itiraz borcun esasına yönelik veya diğer bir deyimle borcun üzerine dayandırıldığı karar veya işlemin hükümsüz ve etkisiz olduğu hususunda bir itiraz değildir. Bu durumda maddenin öngördüğü yetkili mahkeme Yüksek İdare Mahkemesi olmayıp tahsilat hakkında karar verecek olan kaza mahkemesidir. Bu böyle olduğuna göre de bizim, Yüksek İdare Mahkemesi olarak, bu madde altında bir ara emri vermemiz mümkün değildir.”

48/1977 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası ve Yüksek İdare Mahkemesinin atıfta bulunduğumuz kararına göre, ödeme emrine yapılan itirazın kabul edilmemesi veya reddedilmesi durumunda, borçlunun başvuru yapabileceği yetkili mahkeme, kaza mahkemesidir.

Davacı-Müstedi, Davalı-Müstedaaleyh No.(1) tarafından 48/1977 sayılı Yasa'nın 13. maddesi gereğince çıkarılan ve kendisine aynı tarihte tebliğ

edilen, 12/2/2014 tarihli ödeme emrine, 48/1977 sayılı Yasa'nın 16. maddesi gereğince, 25/2/2014 tarihinde itiraz ederek, böyle bir KDV borcu olmadığı iddiasında bulunmuştur. Davalılar, 26/2/2014 tarihinde, Davacının itirazını redderek, itirazını reddettiklerini 3/3/2014 tarihinde Davacıya bildirmişlerdir. Davacının ödeme emrine yaptığı itirazın, Davalılar tarafından kabul edilmemesi veya reddedilmesinden sonra, 48/1977 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü Yasası'nın 16. maddesi ve Yüksek İdare Mahkemesinin atıfta bulunduğumuz kararı birlikte değerlendirildiği zaman, bu hususta yetkili mahkeme, kaza mahkemesidir. Yetkili mahkeme, kaza mahkemesi olmasına rağmen, Davacı-Müstedi, işbu davayı Yüksek İdare Mahkemesinde ikame ederek, dava ile birlikte dosyaladığı bu istida ile istidadaki ara emirlerini talep etmektedir.

Belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, ödeme emirleri ve ödeme emirlerine karşı yapılan itirazlarda, yetkili mahkeme Yüksek İdare Mahkemesi olmadığından, Yüksek İdare Mahkemesinin, istidada talep edilen ara emirlerini vermesi mümkün değildir.

Bu nedenlerle, Davacı-Müstedinin istidası ret ve iptal edilir.

Talât D. Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

21 Mart, 2014

D.10/2014

YİM: 184/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152. maddesi hakkında.

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

Davacı : Sözer Özkaramahmet, Köprülü - Gazimağusa.

ile

Davalı : 1. Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı vasıtasıyla,
KKTC, Lefkoşa.
2. Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı vasıtasıyla,
KKTC Lefkoşa.

A r a s ı n d a .

Davacı namına : Avukat Hasan Esendağlı ve Avukat Emre Kadri

Davalılar namına: KKTC Başsavcısı adına Kıdemli Savcı Sarper Altıncık.

İlgili Şahıslar : No.1,2,3,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17, 18,19,20
hazır değiller.(Savcılığa katıldılar)

İlgili Şahıs : No.4 hazır değil. Tebliğ var.

Akdoğan İlkokulu Müdür Muavini olan Davacı, ilkokul müdürlüğü münhaline başvurdu – Sınava katılanlar arasında en fazla başarılı olan 20 kişi sözlü mülakata çağırılıp terfi etti – Davacı, YİM’de bir dava açarak atanma kararının iptalini talep etti – YİM, yapılan yazılı sınavda usulsüzlük olduğu kanısına vardı – Sınav heyetinden bulunanların yakınlarının imtihana katıldığı, sınavın adil, eşit, güvenilir ve yansız olmadığı, tarafsızlık ilkesinin ihlal edildiği kanısına varan YİM, atama kararlarını iptal etti.

İlkokul müdürü atanması için yapılan yazılı sınavda ilk 20 sırada yer alanların mülakata çağırılarak atamalarının yapılması – Tarafsızlık ilkesi – Yazılı sınavın yansız ve güven içinde yapılmadığı iddiası – Sınavı yapanlarla imtihana girenlerin yakınlık içinde olmaları – Soru kitapçıklarının sınav saatinden en erken 8 saat önce basılmış olması gerektiği halde çok önceden basılmış olması – Ataması yapılan kişilerin sınav heyetinde görev yapan kişilerin yakın akrabası olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 37/1990 – D.23/1990.
- 2- YİM 84/2010 – D.12/2013.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

- 1- Kemal Gözler, İdare Hukuku, İkinci baskı, Cilt I, sayfa 704, 708.

H Ü K Ü M

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

Ahmet Kalkan : 3.9.2011 tarihinde yapılan İlkokul Müdürlüğü yazılı seçme sınavında 196 puan alıp kriter puanı ile birlikte İlkokul Müdürü Sınav Sonuçları Listesinin 23'üncü sırasında yer alan Davacı, ilk 20'ye kalan adayların sözlü mülâkata çağrılmaları ve akabinde de müdürlük mevkiine atanmaları üzerine, 30.11.2011 tarihinde bu davayı dosyaladı.

TALEP:

Davacının sınav sonuçları ile ilgili talepleri başlangıçta üç başlık altında sunulmuştu. Ancak duruşmanın sonunda, Davacı Avukatı talep takririnin 'C'

paragrafındaki talebini geri çektiğinden, Davacının karara bağlanması gereken talepleri şöyledir.

- A. Davalıların, Davacının 3.9.2011 tarihinde katılmış olduğu İlkokul Müdürü yazılı seçme sınavının 3.9.2011 tarihinde geçici liste ile ve bilahare 15.9.2011 tarihli kesin liste ile ilan edilen sonuçlarının ve/veya sıralama listesinin ve/veya yerleşme listesinin oluşturulmasına ve/veya bu listede ilk 20 sırada yer alan kişilerin sözlü mülakata çağrılmasına ilişkin karar ve/veya kararlarının ve/veya işlemlerinin geçersiz ve hükümsüz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair bir mahkeme hükmü;
- B. Davalıların, Davacının 3.9.2011 tarihinde katılmış olduğu İlkokul Müdürü yazılı seçme sınavının 15.9.2011 tarihinde ilan edilen kesin sonuçlarına ve/veya sıralama listesine ve/veya yerleştirme listesine göre ve/veya sözlü mülakat sonuçlarına göre takriben 16.9.2011 tarihinde yapılan İlkokul Müdürü atamalarının ve/veya mezkûr sınav neticelerine göre ilk 20 sırada yer alan adayların ilkokul müdürü olarak atanmasına ilişkin kararların ve/veya işlemlerin geçersiz ve hükümsüz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair mahkeme hükmü.

TALEP TAKRİRİ:

Davacı talep takririnde, davasını dayandırdığı hukuki esasları belirttiikten sonra, özetle, Akdoğan Dr.Fazıl Küçük İlkokulunda Müdür Muavini olduğunu, önce 15.12.2010 tarihinde ilan edilen, ancak gerekçesiz bir şekilde, 3.9.2011 tarihine ertelenen İlkokul Müdürlüğü sınavına katıldığını, 2005 Öğretmenler Sınav Tüzüğü'ne göre sınav saatinden 8 saat önce basılması

gereken soruların Tüzüğe aykırı bir şekilde çok önceden basıldığını, sınav komisyonunda yer alan üyelerin bazılarının eş ve birinci derece yakınlarının sınava katıldığını, sınavın güvenilirlik ve tarafsızlık ilkeleri ihlâl edilerek gerçekleştirildiğini, açıklanan sonuçlara göre 23. sırada yer alan Davacının hukuka aykırı bir şekilde mülakâta çağrılmadığını, şüpheli ve şaibeli bir sınav neticesinde saptanan sonuçların iptal edilmesi gerektiğini ileri sürerek, talep kısmında belirtilen taleplerde bulundu.

MÜDAFAA TAKRİRİ:

Davalıları temsilen Başsavcılık, İlgili Şahısların da katıldığı müdafaa takririnde özetle, iptidai itiraz olarak, Davacının, mülakata çağrılmama ve müdürlüğe atanmama kararlarının iptalini talep etmediğini, bu nedenle davanın neticesinin akademik kalacağını, dolayısıyla davanın meşru menfaat yokluğundan reddedilmesi gerektiğini, sınavın ilân edilen tarihte yapıldığını, soruların basımı, nakli ve muhafazası ile ilgili yasal ve/veya teamül yükümlülüklerinin yerine getirildiğini, şaibeden uzak ve güvenli bir şekilde hazırlandığını, toplamda 725.6 puanla 23. sırada yer alan Davacının, ilk 20'nin mülakata çağırılması nedeniyle mülâkâta çağrılmadığını, ortada hukuksuzluk olmadığını ve davanın iptalinin gerektiğini iddia etti.

OLGULAR:

Taraflar duruşmada 13 adet yazılı belgeyi emare olarak sundular.

Davanın duruşmasında, Davacı bizzat şahadet verdi, başka tanık çağırmadı. Davalı, Kamu Hizmeti Komisyonunda idare memuru olarak çalışan

ve soru bankasında görev yapan Alev Şanlıtürk'ü tanık olarak dinletti, başka tanık çağırmadı.

Sunulan şahadet, ibraz edilen emareler ve dava layihaları ışığında, dava ile ilgili olguları aşağıdaki gibi saptarız.

Davacı, Akdoğan Dr.Fazıl Küçük İlkokulunda Müdür Muavini olarak görev yapmakta ve duruşma tarihi itibarıyla, 24 yıllık öğretmen olarak 7 yıldır Müdür Muavinliği görevini sürdürmektedir.

Kamu Hizmeti Komisyonu, 30.11.2010 tarihinde yayınladığı genelge ile 8 Ocak 2011 tarihinde yapılacak İlkokul Müdür Muavinliği ve Müdürlüğü mevkii için münhal ilan etti.

Davacı, 1-15 Aralık 2010 tarihleri arasında müracaat kabul edilen münhal mevkiye, usulüne uygun olarak müracaat etti.

İlan edilen münhal mevkiler için yapılması tasarlanan sınavlar, müracaatçıların sicil puanlarının saptanmasındaki aksaklıklar nedeniyle birkaç kez ertelendikten sonra, en son 27.1.2011 tarihinde, Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından, kriter puanlarının ulaştırılmasındaki gecikme ve belirsizlik gerekçesi ile, yeni sınav tarihi sonradan duyurulmak üzere, süresiz ertelendi.

Bu şekilde ertelenen sınavların 3.9.2011 tarihinde yapılacağı KHK Web sayfasından duyuruldu.

Sınavda sorulacak soru kitapçıkları, adaylar için A kitabı ve B kitabı olarak, Kamu Hizmeti Komisyonu bünyesinde yer alan bir komisyon tarafından, 2.9.2011 tarihinde, sınavdan yaklaşık 20 saat önce hazırlandı.

Hazırlanan kitapçıklar zarflanarak, kasa odasında muhafaza edilmek üzere kilit altına alındı.

Kasa odası iki anahtarlı olup, iki anahtar olmadan kapısının açılması mümkün değildir.

Sınavda sorulacak soruları hazırlayan komisyonda, dönemin Sınav İşleri Müdürü Emir Emirkanı, Kamu Hizmeti Komisyonu Üyesi Taner Tuna ve Kamu Hizmeti Komisyonunda çalışan Alev Şanlıtürk ve Emel Yağız yer aldı.

Hazırlanan soru kitapçıkları, kasa odasında kilit altına alındıktan sonra, anahtarların biri Kamu Hizmeti Komisyonu Üyesi Taner Tuna, diğeri ise Sınav İşleri Müdürü Emir Emirkanı'da muhafaza edilmek suretiyle, sınav komisyonu oradan ayrıldı.

3.9.2011 tarihinde soruları hazırlayan dört kişi bir araya geldiler. Eğitim Bakanlığından Mehmet Horoz ve Kamu Hizmeti Komisyonu Genel Sekreterinin de bulunduğu bir sırada, sorular bulundukları yerden alınarak, araba ile sınav merkezine ulaştırıldı.

3.9.2011 tarihinde yapılan sınava, Emir Emirkanı'nın eşi Feray Konti ve Emel Yağız'ın kardeşi Coygun Rahmi Yağız da katıldı.

3.9.2011 tarihinde sınava giren adayların kriter puanları da birleştirilerek sonuçlar açıklandı.

Açıklanan sonuçlara göre Davacı, 529.6 kriter puanı ve yazılı sınavdan aldığı 196 puan ile toplamda 725.6 puan ile 23. sırada yer aldı.

Sınavda, Sınav İşleri Müdürü Emir Emirkanı'nın eşi Feray Konti 516 kriter puanı, 276.5 yazılı puanı ile toplam 792.5 puanla 8. sırada, Emine Yağız'ın kardeşi Coymun Rahmi Yağız 502.2 kriter puanı, 294 yazılı puanı ile toplam 796.2 puanla 7. sırada yer aldılar.

Davacı, 7.9.2011 tarihinde sınav sonuçlarına itiraz ederek, sınav sorularının, Sınav Tüzüğüne aykırı bir şekilde sınav saatinden 8 saat önce hazırlanmadığını tespit ettiklerini ve sınavın iptalini talep etti.

Kamu Hizmeti Komisyonu Davacının itirazına cevap vermedi.

Kamu Hizmeti Komisyonu ilk 20 sırada yer alan öğretmenleri mülakata çağırdı ve 19.9.2011 tarihinden itibaren ilk 20 sırada yer alanları müdürlük kadrosuna atadı.

Sınav sonucunda, ilk 20'ye girenlerin listesinin kesinleşmesi ve müdürlük kadrosuna atanmaları üzerine Davacı, Davalılar aleyhine bu davayı dosyaladı.

İNCELEME:

Sunulan şahadeti, ibraz edilen emareleri, dava ile ilgili olguları ve tarafların sunduğu hukuki argümanları inceleyip değerlendirdik.

Bu davada, Davalıları temsilen Başsavcılık, Davacının meşru menfaati olmadığına ilişkin ön itirazda bulunduğundan, öncelikle ön itirazın karara bağlanması gerekmektedir.

Davalıların ön itirazı aynen şöyledir:

“Davacı işbu davadaki talebi ile Davalıların ve/veya Davalı No.1’in kendisini mülakata çağırmama ve/veya kendini İlkokul Müdürü olarak atamamaya ilişkin herhangi bir kararı yakınma konusu yapmayarak kendisi haricindeki kişiler hakkında alınan kararların iptalini talep etmesi işbu davanın neticesini akademik kılacağından işbu dava meşru menfaat unsurundan yoksundur. Bu nedenle öncelikle ret ve iptal edilmesi talep edilir.”

Davacının (A) ve (B) paragraflarındaki taleplerinden görülebileceği gibi, Davacı, kendisinin mülakata çağırılmamasına ve/veya müdür olarak atanmamasına ilişkin işlem veya kararların iptaline yönelik herhangi bir istemde bulunmamıştır.

Davadaki taleplerin, davanın sonucunu akademik hale getirip getirmeyeceğinden önce, İdare Hukukunun prensipleri ışığında, kesin sonuç doğuran kararların dava edilip edilmediğini belirlememiz gerekmektedir.

Kolej giriş sınavlarına giren ve başarılı olamayan bir öğrencinin, sınav sonuçlarının ve koleje alınmamasına ilişkin kararların iptalini talep ettiği YİM 84/2010 -D.12/2013 sayılı davada, sınavın iptaline yönelik bir talebin ne şekilde değerlendirileceği konusunu incelemiş ve Türkiye Cumhuriyeti Danıştayından yapılan bir iktibas ile şöyle demiştik:

“İptal davaları, kişiler hakkında doğrudan sonuç doğuran, kesin ve etkin idari işlemlere karşı açılabilir. Bir sınavda ilgililer hakkında kesin sonuç doğuran işlemler ise, sınavın yapılışı, sınav sonuçları , ilgililerin sınavda aldıkları sonuçlara ilişkin saptamalardır. Sınav soruları tek başlarına ilgililerin hukuki durumunu etkilemediği ve doğrudan sonuç doğurmadığı için, yalnızca sınav sorularının iptali idari davaya konu edilemez. Bu konuya ilişkin bir iddia, ancak o sınavın iptali, sonuçların iptali ya da davayı açan kişiye sınav sonucunda verilen not ya da başarısızlık değerlendirmesi hususlarının iptali için açılan bir idari davada incelenebilir.”

Ülkemizde geçerli olan idare hukuku prensipleri bakımından, durum farklı değildir. Buna göre, bir sınav sonucunda, idari davaya konu olabilecek işlemler, kişi hakkında kesin sonuç doğuran işlemler olmalıdır.”

Burada dikkat edilmesi gereken husus, giriş sınavının sonuçlarının sınava katılan için kesin sonuç doğurmuş olmasıdır. Bu neticeden hareketle, mezkur davadaki davacı hem sınav sonuçlarının hem de koleje alınmaması kararının iptalini talep ettiği için, davada meşru menfaati olduğuna karar vermiş ve davanın esasını incelemiştir.

Ancak kamu görevindeki atama veya terfi sınavları sınava katılanlar bakımından tek başına kesin sonuç doğurmamakta, bu işlemler hazırlık işlemi olarak kabul edilmektedir.

Kemal Gözler, İdare Hukuku, İkinci baskı, Cilt I, Sayfa 704’te, hazırlık işlemlerini şöyle tanımlamaktadır:

“Hazırlık işlemleri, bir idari kararın alınmasından önce yapılan, karar almaya yetkili makamı bağlamayan; ama bu makamı bilgilendirici, aydınlatıcı, yönlendirici işlemlerdir. Bu tür işlemler, asıl işlemin hazırlık sürecinde aşılması gereken bir aşamayı oluştururlar. Bu aşama geçildikten sonra asıl işlem yapılır.

Hazırlayıcı işlemlerde belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik yetkili makam tarafından açıklanmış bir irade henüz yoktur.”

Aynı eserde, hazırlık işlemlerine örnek verilirken, sayfa 708’de, Asıl Kararı Hazırlayıcı Değerlendirmeler başlığı altında, atamalarla ilgili şöyle denmektedir:

“Atama, ünvan verme gibi bazı işlemlerden önce yazılı ve sözlü sınavlar, mülakatlar, tez veya eser incelemeleri gibi çeşitli değerlendirmeler yapılır. Burada asıl işlem atama veya atamayı reddetme, ünvan verme veya vermeme işlemleridir. Bu işlemlerden önceki değerlendirme işlemleri hazırlık işlemi niteliğindedir. Örneğin bir memuriyete atanmak için başvuran bir kişi, genellikle, yazılı, sözlü ve mülakat değerlendirmesinden geçilir. Sonuçta bu kişi atanır veya atanmaz. Atanmayan kişi atanmama işlemine karşı dava açtıktan sonra yazılı veya sözlü sınavında hukuka aykırılık yapıldığını iddia edebilir. Ancak atanmama işlemine karşı dava açmadan doğrudan doğruya sadece sözlü sınavına karşı dava açamaz. Asıl işleme karşı dava açıldıktan sonra bunların da hukuka aykırılığı iddia edilebilir.”

İktibas ettiğimiz bu tanımlama, içtihatlarımız ve benimsediğimiz prensipler ile uyumludur.

Kamu Hizmeti Komisyonu, öğretmenlerle ilgili bir terfi işleminde, yazılı sınav sonuçlarını, kriter puanları ile birleştirmekte ve mülakat ile bir sonuca ulaşmaktadır. Başka bir deyişle, yazılı sınav sonuçları tek başına terfiyi etkilememekte, yazılı sınav sonuçları, müracaatçı hakkında icrai nitelikli kesin sonuç doğuran karar niteliğini taşımamaktadır.

Buna göre, bir atama veya terfi işleminde, yazılı veya sözlü sınav ile mülakat sonuçları hazırlık işlemi niteliğini taşıdığından, Davacının taleplerini,

(A) ve (B) paragrafları bakımından ayrı ayrı incelemek ve o şekilde sonuca varmak kaçınılmazdır.

Talep Takririnin (A) paragrafındaki taleplerden açıkça görülebileceği gibi, Davacı, yazılı sınav sonuçlarının, sıralama listesinin ve listede ilk 20 sırada yer alan kişilerin mülakata çağrılmalarının iptalini talep etmiştir.

Davacı, kendisinin mülakata çağrılmamasına ilişkin işlem veya kararının iptalini talep etmediği gibi, iptalini talep ettiği tüm işlemler, hazırlık işlemi niteliğinde kesin sonuç doğurmayan işlem veya kararlardır.

Davacının (A) paragrafındaki talebinin mevcut hali ile ileri götürülmesi mümkün olmadığından, ret ve iptal edilmesi gerekmektedir.

Talep Takririnin (B) paragrafındaki talebine gelince;

Davacı, bu paragrafta, (A) paragrafındaki talebinden farklı olarak, ilk 20 sırada yer alan adayların İlkokul Müdürü olarak atanmasına ilişkin kararın iptalini talep etmektedir.

Davacı, mülakata çağrıldıktan sonra müdürlüğe atanmamış bir aday olsaydı, atanmama kararının iptalini talep etmemiş olması, davasında bir eksiklik oluşturabilirdi. Ancak, mülakata çağrılmadığı için, müdürlüğe atanamayan Davacı açısından doğrudan sonuç doğuran, kesin ve etkin nitelikli karar, mülakata çağrılan ilk 20 kişinin müdürlüğe atanmasıdır.

Buna göre, terfi sınavlarına giren ve müdürlük mevkiî için aranan şartları haiz olan her aday gibi tarafsız ve güvenilir bir sınava girme hakkı bulunan Davacının, sınavda aldığı sonuca bağlı olarak yarışma dışı kalması ve ilk yirmiye kalan adayların müdürlüğe atanması neticesinde, meşru menfaatinin doğrudan doğruya olumsuz yönde etkilendiği ve böyle bir karara karşı dava açmaya hakkı olduğu kanaatindeyiz.

Davacı, konu 20 kişinin atanmasına ilişkin kararın iptalini talep ettiğine göre, davanın sonunda atanan 20 kişinin tümünün veya bazılarının atanmasında hukuka aykırılık saptanması halinde, atamaların tümü veya bir kısmı iptal edilebileceğinden, sonuç akademik kalmayacaktır.

Bu sonuçtan hareketle, Davalıların ön itirazı, talep takririnin 'B' paragrafı bakımından reddedilir.

Davacının 'B' paragrafındaki talebinin esasının incelenmesine gelince;

Talep takririnden ve duruşmada verilen şahadetten anlaşılacağı gibi, Davacı müdürlüğe atanan 20 kişi ile ilgili hukuka aykırılık iddialarını iki ana esasa dayandırmaktadır.

1. Soru kitapçıkları, 2005 Öğretmenler Sınav Tüzüğü'ne göre, belirtilen sınav saatinden en erken 8 saat önce basılması gerekirken, Tüzüğe aykırı bir şekilde çok önceden basılmak suretiyle asli şekil unsuru ihlâl edilerek hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirildi.

2. Ataması yapılan 20 kişi ve/veya bunların büyük çoğunluğu, sınavla ilgili görev yapan kişilerin birinci derece yakını ve/veya tanıdđı, akrabası ve/veya eşi olup sınav, hakkaniyete, Kamu Hukuku ilkelerine, güven ve tarafsızlık ilkelerine aykırı bir şekilde gerçekleştirildi.

Her iki iddia birlikte değerlendirilmesi gereken hususlardır ve yargı denetimine tabi dava konusu atama kararlarının hukuka uygunluğu ile yakından alakalıdır.

2005 Öğretmenler Sınav Tüzüğü'nün 4. maddesi, sınavların yapılmasından sorumlu kurumu, soru bankası oluşturulması ve soruların hazırlanmasındaki yöntemi düzenlemektedir.

Tüzüğün 4(2) maddesine göre, soru bankasında her sınavda sorulacak soruların en az yirmi katı kadar soru bulundurulması gerekmektedir.

Soru kitapçıklarının, bu madde hilafına öngörölenden az sayıda soru arasından seçilen sorular ile hazırlandđını ortaya koyan somut, kabul edilebilir şahadet sunulmadđı gibi, huzurumuzda bu yönde bulgu yapabileceğimiz olgu bulunmamaktadır.

Bu meselede üzerinde ısrarla durulan husus, Tüzüğün 4(3) maddesi ile alakalıdır. İlgili madde aynen şöyledir:

“4(3). Yazılı çoktan seçmeli sınavların soruları, soru bankasında yer alan soruların bilgisayar ortamında kura neticesinde belirlenmesi suretiyle hazırlanır. Sınav sorularını belirlemek

in yapılacak kuranın tarih ve saati, sınav kitapçıklarının düzenlenip hazırlanması in gerekli zaman dikkate alarak belirlenir. Ancak kura, ilân edilen sınav tarih ve saatinden en erken 8 saat önce yapılabilir.”

Tespit ettiğimiz olgulara göre, bu sınavda, sınav soru ve kitapçıkları sınavdan yaklaşık 20 saat önce hazırlanıp, kasa odasında muhafaza edilmiştir.

Mevcut olgulara göre, soru kitapçıkları, Tüzüğün 4(3) maddesinin öngördüğü **“ilan edilen sınav tarih ve saatinden en erken 8 saat önce yapılabilir”** kuralına aykırı olarak basılmış, süreye uyulmamıştır.

Bu durumda, Tüzüğün öngördüğü süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarını değerlendirmemiz gerekmektedir.

Temel kural, bir idari işlemin kurucu şekil unsurlarından birisinde eksiklik olması halinde, işlemin iptal edilebileceğine ilişkindir.

Bu kural ışığında saptanması gereken husus, sınav soru kitapçıklarının basılması in Tüzüğün 4(3) maddesinde belirlenen sürenin, idari işlem bakımından, kurucu şekil unsuru olup olmadığıdır.

Tüzüğün 4(3) maddesinden açıkça görülebileceği gibi, madde, bir taraftan idareye soruların hazırlanması in gerekli zamanı dikkate alarak sınav tarihini saptamasını, öte taraftan soruların kura ile belirlenmesi işleminin, saptanan saatten **en erken 8 saat önce** yapılmasını düzenlemektedir.

Burada esas amaç, soruların güven içinde ve yansızlık ilkesi ile hazırlanması ve sınava girecek olanlara karşı eşit davranılmasıdır. Kamu

Hizmeti Komisyonunun tarafsızlık ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü ile hareket etmesi esastır.

Sınav sorularının hazırlanması ve öngörülen sürelerle uyulması, bu anlamda önemlidir. Tüzüğün 4(3) maddesindeki süre hukuki olarak ne şekilde değerlendirilmelidir?

İdare, güvenilir ve yansız bir sınav yapmak maksadıyla soruların belirlenmesi yöntemini saptarken, Tüzüğün 4.(3) maddesinde “**en erken**” ifadesini kullanmıştır. Türkçe’de ‘**En**’ kelimesi, başına geldiği sıfatların üstün derecede olduğunu göstermektedir (**Bkz.TDK**). Tüzüğü yapan iradenin, sınav sorularının basılması için öngörülen azami süreyi ‘**en erken**’ ifadesi ile tanımlayarak, üstün derecede sınırlaması, süreyi emredici kural haline getirmektedir.

Buna göre, Tüzüğün 4(3) maddesinde belirlenen süre, idari işlemin kurucu şekil unsuru olarak kabul edilmelidir.

Bu neticeden hareketle, sınav sorularının en erken sekiz saat önceden hazırlanmasının öngörülmesi, sınavın güvenilirliği ile alakalıdır ve buna uyulmamasının asli şekil şartına riayetsizlik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Huzurumuzda şahadet veren sınav komisyon üyesi Alev Şanlıtürk, şahadetinde, soruların basımında daha önce teknik arızalar nedeniyle gecikmeler yaşandığını, bu sınavda böyle bir durum olmaması için soruların daha önceden basılıp kasa odasında muhafaza edildiğini söylemiştir.

Sınav komisyonunun, makinelerde yaşanması muhtemel arızaları sebep göstererek, sınavda sorulacak soruların kuralarını Tüzüğün 4(3) maddesine aykırı bir şekilde, 20 saat önceden basması tedbir maksatlı olsa bile, makul olarak değerlendirilemez ve yapılan işlemi şekil unsuru bakımından sakat hale getirmekten kurtarmaz.

Meydana gelen sakatlık, sınavla ilgili idari işlemin asli şekil unsurunda gerçekleştiğinden, atamaların bütünüyle hukuka aykırı olarak yapıldığı sonucuna ulaşabilmek için, güven ve yansızlık ilkeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Daha önce belirttiğimiz gibi, Davacının iddiaları, sınav sorularının sınavı geçen 20 kişiye önceden verildiğine ve/veya dağıtıldığına, sınav komisyon üyelerinin eş ve birinci derecede yakın akrabalarının katıldığı sınavda Tüzük kurallarına veya yansızlık ilkelerine uymadıklarına yöneliktir.

Davacının ortaya koyduğu şahadet, yapılan işlemin asli şekil unsuruna aykırı, güven ve yansızlık ilkelerinin ihlali sonucunda gerçekleştiğini gösterir nitelikte ise, işlemin hukuka aykırı gerçekleştirildiği sonucuna varmak kaçınılmaz olacaktır. Davacının ayrıca soruların verildiğini veya sızdırıldığını somut olarak gösteren şahadeti ibraz etmesine gerek yoktur.

YİM 37/1990 (D.23/1990) sayılı davada, eski Yüksek Mahkeme Başkanlarından Salih Dayıoğlu'nun tek yargıçlı olarak oturum yapan Yüksek İdare Mahkemesinde verdiği kararda, yarışma nitelikli bir sınavda adaletli ve dürüst bir yarışma sınavı yapılmadığı algısını yaratabilecek işlemlerin iptal

sebebi olacağını belirtmiş, o davaya has olgularda, mülakatta değerlendirmeyi yapan Müdür ile mülakata katılan kişi arasındaki “**bacanak**” düzeyindeki ilişkinin komisyona bildirilmemesini, o kişi bakımından iptal sebebi saymıştır.

Huzurumuzdaki davada kanıtlanan olgulara göre, Sınav Komisyonu Üyeleri, Tüzüğün öngördüğü süreye, makul ve geçerli bir mazeretleri olmadan uymadılar; soruları sınav saatinden en erken 8 saat önce basmaları gerekirken 20 saat önce bastılar; soru kitapçıkları hazır olduktan sonra sınav sorularının hazırlandığı yerden ayrıldılar; dışarıyla temasta bulundular; Tüzüğü hiçe sayarak, geçerli bir sebep göstermeden Tüzüğe uymayarak keyfi davrandıkları yetmezmiş gibi, Sınav Komisyonu Başkanı eşinin, başka bir üye de kardeşinin sınava gireceğini Kamu Hizmeti Komisyonuna söylemediler veya gizlediler. Bu şartlar altında gerçekleştirilen bir sınavın adil, eşit, güvenilir ve yansız gerçekleştirildiği sonucuna ulaşmak, İdare Hukuku ilkelerine göre mümkün olmadığından, yapılan işlemlerde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Davacının, her aday gibi tarafsız ve güvenilir bir sınava girme hakkı olduğu halde, bu hakkın yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde ihlâl edilerek, Öğretmenler Sınav Tüzüğü’nün 4(3) maddesine riayet edilmemesi suretiyle güven ve yansızlık ilkelerine aykırı bir şekilde gerçekleştirilen sınav sonucunda, ilk yirmi sırada yer alan adayların mülâkatla ilköğretim müdürü olarak atanmalarına ilişkin işlemlerin bütünüyle iptal edilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, Davacı ‘B’ paragrafındaki talebinde başarılı olduğundan, lehine aşağıdaki gibi hüküm verilir.

HÜKÜM:

Netice olarak;

- A. Davacının A paragrafındaki talebi ret ve iptal edilir.
- B. Davalılar tarafından 3.9.2011 tarihinde gerçekleştirilen İlkokul Müdürü yazılı seçme sınavının, 15.9.2011 tarihinde ilan edilen kesin sonuçlarına göre düzenlenen sıralama listesi ve ilk 20 sırada yer alan adaylar arasında gerçekleştirilen sözlü mülakat sonucunda, 16.9.2011 tarihinde ilk 20 sırada yer alan adayların ilkokul müdürü olarak atanmalarına ilişkin kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına Hüküm verilir.
- C. Mukayyitlik tarafından tespit edilecek dava masraflarının, Davalılar tarafından ödenmesine emir verilir.

İlgili şahıslar aleyhine masraf emri verilmez.

Talat D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

31 Mart, 2014

D.11/2014

YİM:72/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında.

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

Davacı:İbrahim Taşarkan, Lefkoşa Türk Belediyesi-Lefkoşa

-ile-

Davalı:1.Lefkoşa Türk Belediyesi, Lefkoşa

2.Lefkoşa Türk Belediyesi Belediye Meclisi, Lefkoşa

3.Lefkoşa Türk Belediyesi Belediye Meclisi ve/veya
Belediye Başkanlığı ve/veya Hemşehrileri vasıtasıyla
Lefkoşa Türk Belediyesi, Lefkoşa

4.Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İçişleri ve Yerel
Yönetimler Bakanlığı İntibak Komisyonu-Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Şefik Aşçıoğulları

Davalı No:(1),(2) ve (3) namına:Avukat Gizem Bahri

Davalı No:(4) namına: Savcı Meryem Beşoğlu.

Davacı Lefkoşa Türk Belediyesinde zabıta şube amiri olarak görev yapıyordu – Üçüncü derece idare memuru mevkiine intibak ettirilen Davacı Şube Amiri mevkiin intibak ettirilmesi gerektiğini öne sürdü – Yapılan intibakın iptalini talep ederek Yüksek İdare Mahkemesi'nde bir dava açtı – Davacının zabıta şube amiri olarak görevlendirilmekle birlikte bu görevden alındığını ve fiili olarak bu görevi yapmadığını dikkate alan YİM, talebi red ve iptal etti.

***İntibak** – Belediyede üçüncü derecede idare memuru mevkiine intibak ettirilen personelin şube amirliği mevkiine intibak ettirilmemesi – Davacının fiilen yapmadığı bir işe intibak ettirilmek istenmesi.*

K A R A R

Talât D.Refiker: 2006 yılından beri Lefkoşa Türk Belediyesinde çalışan ve 18.2.2009 tarihi itibarıyla zamanın Belediye Başkanı tarafından Kolluk Hizmetleri veya diğer bir ismiyle Zabıta Şube Amiri olarak görevlendirilen, 2.8.2010 tarihinden itibaren ise bu görevinden alınan ve Belediye İdaresi tarafından verilecek bir sonraki karara kadar izinli sayılan Davacının, Yöneticilik Hizmetleri Sınıfı III'üncü Derece Şube Amiri mevkii, Barem 17B kademesine intibak ettirilmesini beklerken, III'üncü Derece İdare Memuru mevkii, Barem 10.5 kademesine intibak ettirilmesi üzerine, Davalılar aleyhine ikâme ettiği bu davada, intibakından önceki süreç içerisinde, fiilen Kolluk Hizmetleri Şube Amiri veya diğer bir ismiyle Zabıta Şube Amiri olarak görev ifa etmesi nedeniyle, intibakının da bu mevkiye yapılması gerektiğini iddia etmekte ve bu bağlamda III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine yapılan intibakının hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Davalı No.(1),(2) ve (3) tarafından dosyalanan müdafaa takririnde ise, intibakından önceki süreçte, Davacının, 18.2.2009 tarihi itibarıyla Kolluk Hizmetleri veya diğer bir ismiyle Zabıta Şube Amiri olarak görevlendirildiği doğru olmakla birlikte başarısız ve yetersiz olması nedeniyle Davacının bu görevden alındığı ve halen Belediyenin hizmet içi çalışma grubunda görev yaptığı, Davacının bugüne kadar yapmış olduğu görevlerinde ve görevlerindeki değişikliklerinde mezuniyet durumu ve hizmet koşulları dikkâte alınarak en uygun kadroya atamasının yapıldığı belirtilmekte ve davanın ret ve iptal edilmesi talep edilmektedir.

Davalı No.(4) tarafından dosyalanan müdafaa tahririnde ise, Davacının personel dosyasının ve eğitim durumunun incelenmesinden sonra, III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirildiği ve bu bağlamda mezkûr Yasa'ya aykırı hareket edilmediği ve buna bağlı olarak Davacının davasının ret ve iptal edilmesi gerektiği iddia edilmektedir.

Davanın yapılan duruşmasında sadece Davacı şahadet vermiştir. Davalılar ise, tanık dinletmeyip, Mahkemeye hitap etmekle yetinmişlerdir.

Davacının 18.2.2009 tarihinden itibaren görevlendirildiği Zabıta veya Kolluk Şube Amirliği mevkiinden alınmasını öngören kararın bildirilmesine ilişkin olan ve kayda Emare 3 olarak geçen yazı aynen şöyledir:

”

29 Temmuz 2010

Sayı:24/76/9

Sayın İbrahim Taşarkan,
Zabıta Şubesi.

02 Ağustos 2010 tarihinden itibaren Zabıta Şube Amirliği görevinizden alınarak, Belediye İdaresi tarafından verilecek bir sonraki karara kadar idari izinli olacağınızı tarafınıza bildirir, gereğini rica ederim.

Özel Kadioğlu
As Başkan

Dağıtım:1)Müdür
2)İnsan Kaynakları
3)Maliye

“

Davacı ise şahadetinde, görevden alındıktan sonra kendisine hiçbir görev verilmediğini, 2014 yılında ise yeni seçilen Belediye Başkanı tarafından maliye bölümünde görevlendirildiğini, istintakı sırasında ise, kendisine, görevden alındığının bildirildiği 29.7.2010 tarihinden, III'üncü Derece İdare Memurluğuna intibak ettirildiğinin bildirildiği 21.2.2011 tarihleri arasında geçen süre içerisinde, Lefkoşa Türk Belediyesinde fiili olarak hiçbir görev yapmadığını kabul etmiştir. Bu şahadet ışığında ise, Davacının intibakının yapılması sürecinde Lefkoşa Türk Belediyesinde fiili olarak Şube Amiri, Kolluk Şube Amiri veya Zabıta Şube Amiri olarak görev yaptığı bulgusuna varılması ve Davacının talebi doğrultusunda karar verilmesi olası değildir.

Dolayısıyla, yukarıda belirtilenler ışığında, Davacı davasında başarılı olamadığından, davası ret ve iptal edilir. Davanın niteliği itibarıyla masraf emri verilmez.

Talât D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

31 Mart, 2014

D. 12/2014

YİM: 58/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152. maddesi hakkında.

Yargıç Ahmet Kalkan huzurunda.

Davacı : Mustafa Özün, 17 Evren Paşa Cad.No.2, Yenikent - Lefkoşa.

ile

Davalı: Maliye Bakanlığı Merkezi İhale Komisyonu vasıtasıyla
KKTC, Lefkoşa.

A r a s ı n d a.

(13.3.2014 tarihli tek taraflı istida.)

Davacı Müstedi namına : Avukat Mustafa Asena

Davalı Müstedaalehy namına : Savcı İlter Koyuncuoğlu.

Tıbbi malzeme ithalatçısı olan Davacı, merkezi ihale komisyonunun açtığı bir ilaç ve tıbbi malzeme ihalesine katıldı – İhale katılım beyannamesi ile birlikte şartname sunmaması nedeniyle teklifi geçersiz sayıldı – Davacı YİM’de bir dava açarak teklifini geçersiz sayan kararın iptalini talep etti – Davacı ayrıca bir de ara emri istidası dosyalayarak YİM karar verinceye kadar ihale işlemlerinin durdurulmasını talep etti – YİM, tek taraflı olarak geçici bir ara emri verdi ve itiraz üzerine duruşma yapıldı – Duruşma sonunda YİM ara emri verilebilmesi için üç kriterin bulunması gerektiğini göz önünde bulundurdu – YİM, yürütmenin durdurulması için Davacının uğrayacağı zararın tamiri imkansız olması gerektiğini belirtti – Genel şartname sunulmamasının bir eksiklik olmadığı kanısına varan ve ara emri şartlarının mevcut olduğu sonucuna varan YİM, ara emrini kesinleştirdi.

Ara emri – İhaleye ilişkin ara emri – Ara emrinin kesinleşmesi.

Tıbbi malzeme ihalesinin ara emriyle durdurulma istemi – Ara emri istemi – Prensiplerin bu davada mevcut olması nedeniyle ara emrinin kesinleştirilmesi.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 203/1994 – D.4/1995.
- 2- YİM 4/1998 – D.2/1998.
- 3- YİM 63/2013 – D.24/2015.

Atıfta Bulunulan bilimsel İçtihatlar:

- 1- Zaim Necatigil, KKTC Anayasa ve Yönetim Hukuku, sayfa 88.

K A R A R

Davacı/Müstedi, Davalı tarafından açılan ve Davacının katılmış olduğu İlaçlar, Tıbbi Malzemeler, Anjiyo Tıbbi Malzemeleri, Dişçilik İlaç ve Malzemeleri, Hemodiyaliz Malzeme ve Solusyonları ile Hammadde Reaktif ve Laboratuvar Malzemeleri İhalesinde, İhale Katılım Beyannamesi ile birlikte “şartname” sunmaması nedeniyle teklifini geçersiz sayan ve okunmadan iptalini öngören kararın ve bu karar doğrultusunda yapılan işlemlerin ve/veya sözleşmenin hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna hüküm verilmesi için, 11.3.2014 tarihinde Yüksek İdare Mahkemesinde bir dava dosyaladı.

Davacı/Müstedi, 13.3.2014 tarihinde, huzurumdaki tek taraflı istidayı dosyalayarak aşağıdaki gibi emir verilmesini talep etti.

TALEP:

Ara emri istidasındaki talebin, daha iyi anlaşılması bakımından, talebi karara aynen aktarmayı uygun buldum.

- a) Bu dava dinlenip bir karara varıncaya kadar, Davalının, Davacının katılmış olduğu, İlaçlar, Tıbbi Malzemeler, Anjiyo Tıbbi Malzemeleri, Dişçilik İlaç ve Malzemeleri, Hemodiyaliz Malzeme ve Solusyonları ile Hammadde Reaktif ve Laboratuvar Malzemeleri ihalesini neticelendirmekten ve/veya neticelendirilmesi hususunda herhangi bir karar almaktan men edilmesi ve/veya almış olduğu herhangi bir kararın ve bu karar doğrultusunda yapılan işlemlerin ve/veya sözleşmenin icrasının ve/veya infazının ve/veya uygulanmasının durdurulması ve/veya Davalı tarafından takriben 7.3.2014 tarihinde alınmış olup, Davacının katılmış olduğu İlaçlar, Tıbbi Malzemeler, Anjiyo Tıbbi Malzemeleri, Dişçilik İlaç ve Malzemeleri, Hemodiyaliz Malzeme ve Solusyonları ile Hammadde Reaktif ve Laboratuvar Malzemeleri ihalesinde, İhale Katılım Beyannamesi ile birlikte “şartname” sunmaması nedeniyle teklifini geçersiz sayan ve okunmadan iptalini öngören kararın yürütülmesinin ve/veya infazının ve/veya bu karar doğrultusunda yapılan işlemlerin yürütülmesinin ve/veya uygulanmasının durdurulması;

Görülebileceği gibi, Davacı/Müstedinin ara emri istidasındaki talebi iki kısımdan ibarettir. Talebin birinci kısmında ihalenin durdurulması, diğer kısmında ise, Davacı/Müstedinin teklifinin değerlendirilmeye alınmamasına ilişkin kararın yürütülmesinin durdurulması talep edilmektedir.

Tek taraflı istida ve yemin varakasını tetkik ettikten sonra, meselenin aciliyetini de dikkate alarak aşağıdaki gibi emir verdim:

A) İstidanın A paragrafındaki tüm taleplerin, istidanın esasının dinlenmesinde değerlendirilmesi kaydıyla, bu safhada Davacı/Müstedinin katılmış olduğu İlaçlar, Tıbbi Malzemeler, Anjiyo Tıbbi Malzemeleri, Dişçilik İlaç ve Malzemeleri, Hemodiyaliz Malzeme ve Solusyonları ile Hammadde Reaktif ve Laboratuvar Malzemeleri ihalesinde, İhale Katılım Beyannamesi ile birlikte “şartname” sunmaması nedeniyle teklifini geçersiz sayan ve okunmadan iptalini öngören kararın yürütülmesinin durdurulmasına;

B)

C)

D)”

Tek taraflı geçici ara emri, Davalı/Müstedaaleyhe tebliğ edildikten sonra, Müstedaaleyhi temsilen Başsavcılık itirazname dosyaladı.

Müstedaalehyin itirazname dosyalaması üzerine, 24.3.2014 tarihinde istidanın duruşmasına başlandı.

Ara emri istidasının duruşmasında, Davacı/Müstedi bizzat şahadet verdi, başka tanık çağırmadı.

Davalı/Müstedaaleyh, sıra kendisine geldiğinde, Merkezi İhale Komisyonu Başkanı Asım Özer ile İlaç ve Eczacılık Dairesinde görevli Melek Çakır’ı tanık olarak dinletti.

Duruşma süresince 5 adet yazılı belge emare olarak ibraz edildi.

Emare olarak ibraz edilen belgeler sırasıyla, İhale Katılım Belgesi Emare No.1, 13.2.2014 tarihli ihale şartnamesi Emare No.2, noter onayı gerektiren belgeler, MİK onayı ile fotokopilerin kullanılabilirliği ve numunelerde izlenecek yöntemi belirleyen 5.3.2014 tarihli yöntem kararı Emare No.3, 7.3.2014 tarihinde Merkezi İhale Komisyonu teklif kutusunun toplantı odasında, saat 10.00'da açılmasıyla ilgili tutulan tutanak Emare No.4, 23.9.2013 tarihli ihale şartnamesi Emare No.5 olarak kaydedildi.

OLGULAR:

İstida ve itiraznameye ekli yemin varakaları, sunulan şahadet, ibraz edilen emareler ışığında, ara emri istidası ile ilgili olguları aşağıdaki gibi saptarım.

Merkezi İhale Komisyonu yukarıda adı edilen ihale için, 13.2.2014 tarihinde teklif kabul etmeye başladı.

Davacı/Müstedi, 14.2.2014 tarihinde, ihale ile ilgili Emare No.2 şartnameyi satın aldı.

Davacı/Müstedi, mezkûr şartnameyi kendine göre etüd ettikten sonra, 7.3.2014 tarihinde Emare No.1 İhale Katılım Beyannamesini imzalayarak, Teklif Zarfını kapalı olarak Merkezi İhale Komisyonuna sundu.

Emare No.1 İhale Katılım Beyannamesinin 12. maddesi, Beyan ve İmza başlığı altında aşağıdaki metni içermektedir:

“Bu beyannamede verilen bilgilerin tam ve doğru olduğunu; şartnamelere göre istenen bilgi ve tevsik edici belgelerin eksiksiz olarak ilişikte sunulduğunu; iş konusu şartname ve eklerini tamamen okuduğumu, anladığımı ve aynen kabul ettiğimi, şartnamelere göre idarenin tercih edeceği tüm sistemleri temin ve tesis edeceğimi, bilgi ve deneyimimi idarenin lehine kullanacağımı, taahhütlerime sadakatsizlik sonucu değerlendirme dışında bırakılacağımın bilincinde olduğumu imza ve beyan ederim.”

Merkezi İhale Komisyonu (MİK), 5.3.2014 tarihinde toplanarak, noter onayı gerektiren belgeler, MİK onayı ile fotokopilerin kullanılabilirliği ve numunelerde izlenecek yöntemi kendi arasında tespit etti. **(Emare No.3)**

Emare No.3'te belirlenen yöntemde, ihale teklif zarflarına hangi belgelerin konulacağı belirlendi. Bu belgeler arasında, ihale genel şartnamesi de yer almaktadır.

Emare No.3 ile belirlenen Yöntemde, ihale teklif zarflarına konacak belgeler sıralanmış olmasına rağmen, 10. maddede, sadece Numune Teslim Tutanağı olmayan tekliflerin geçersiz sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

Merkezi İhale Komisyonu, 7.3.2014 tarihinde saat 10.00'da Teklif Kutusunu açtı.

Teklif Kutusundan 35 zarf çıktı.

Merkezi İhale Komisyonu tarafından tutulan tutanağa göre, Devlet İhale Tüzüğü'nün 10(1) maddeleri çerçevesinde, zarfların büyük çoğunluğunun imzasız veya mühürsüz olduğunun gözlemlendiği belirtildikten sonra, orda bulunan katılımcılara, aşağıdaki üç sorunun sorulduğu kaydedildi. Buna göre:

- a) İmzasız olanların geçersiz sayılıp sayılmaması?
- b) İmzasız olanların hemen imzalanıp devam edilmesi?
- c) Zarfların MİK huzurunda alınarak kontrol edilmesi (içerisindeki belgeler) ve eksik varsa 1 saat içerisinde tamamlanıp geri sunulması?

Katılımcılar, hemen imzalatılıp zarfların açılmasına geçilmesini tercih ettiğinden, imzalatılma işlemi yapılmıştır.

Bunun akabinde, katılımcılara, genel şartname madde 5(b) (1) ile Devlet İhale Tüzüğü'nün 13(2)(B) maddesinin okunduğu ve imzalanmamış zarfların Tüzüğün 13(2)(B) maddesi ve Genel Şartname 8(b) maddesi çerçevesinde geçersiz sayılacağı okunarak tekrar katılımcıların bilgisine getirildiği kaydedildi.

Üç firmanın zarfları, imzasız ve mühürsüz oldukları gerekçesi ile geçersiz sayıldıktan sonra, saat 13.00'de geçerli olan zarflar açıldı.

Merkezi İhale Komisyonunun tutanaktaki kararına göre:

Zarfların içerisinde bulunan evrakların, Devlet İhale Tüzüğü'nün 13(2)(B) ile Genel Şartnamesinin 8(b) maddesi çerçevesinde komisyon üyeleri tarafından yapılan kontrol neticesinde, Tüzüğün 13(3) maddesi altında eksik belgesi olan, aralarında Davacı/Müstedinin de bulunduğu 6 firmanın teklifleri geçersiz sayıldı.

Tutanağa göre, teklifi geçersiz sayılan firma sayısı 7 olmakla birlikte, (1) firmanın ihale yasaklısı olduğu belirtilmiştir.

HUKUKİ DURUM:

Olguları belirledikten sonra, istidanın esasını incelemeye geçmeden önce, İdare Hukukunda yürütmenin durdurulması ya da KKTC'deki yaygın söylemi ile ara emri verilmesi ile ilgili hukuki durum hakkındaki görüşlerimi belirtmeyi uygun gördüm.

YİM 63/2013 (D.24/2013) sayılı kararda da konuya ilişkin belirttiğim görüşlerim şöyledir:

Genel olarak Yüksek İdare Mahkemesi davalarında, ara emri istidaları karara bağlanırken, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 41. maddesinde yer alan ilkelere atıfta bulunmaktadır. Adı geçen Yasa, Hukuk Mahkemelerinin yetkilerini düzenlemektedir. Hukuk davaları ile idari davaların konu ve nitelik bakımından farklı olduklarını dikkate aldığında, ara emri unsurları bakımından, aralarında bazı benzerlikler bulunsa dahi, idari davalardaki ara emri taleplerinin, Anayasa'nın 152. maddesinin kapsamı ve sınırları dahilinde, İdare Hukukunun genel esaslarına göre çözümlenmesi gerekmektedir.

1997 Yüksek İdare Mahkemesi Tüzüğü'nün 11. maddesi, Yüksek İdare Mahkemesinin geçici emir verme yetkisini düzenlemektedir. Konu 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.”

Görülebileceği gibi, burada esas alınan ölçüt:

- a) Davanın adilane bir şekilde karara bağlanmasını icap ettiren bir hal olması,
- b) Verilecek emrin davayı esastan sonuçlandırmamasıdır.

Bu nitelikteki bir ara emrinin verilebilmesi için, Mahkemenin bulgu yapması gereken unsurlar nelerdir?

Davanın adilane bir şekilde karara bağlanmasını icap ettiren halin bulunup bulunmadığını tespit ederken, ara emirleri için uygulanan 3 temel prensip, İdare Hukuku ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde dikkate alınıp değerlendirilmelidir. Bunlar sırasıyla:

- a) Ortada ciddi bir dava sebebinin bulunması;
- b) İlk nazarda Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunması; ve
- c) Giderilmez zarar veya geriye dönüşü imkânsız halin bulunmasıdır.

İdare Hukukunda yürütmenin durdurulması olarak da ifade edilen ara emirleri, nitelikleri itibarıyla iptali istenen karar veya işlemi geçici olarak askıya alan kararlardır.

Yürütmenin durdurulması veya iptali istenen kararın icrasının durdurulmasına yönelik taleplerde, her şeyden önce ortada, kesin, yürütülmesi zorunlu bir karar veya işlemin bulunması gerekmektedir. Ortada ciddi bir davanın bulunduğu bulgusuna varabilmek için bu ögenin varlığı esastır.

İdare Hukukundaki ilkelere göre, idari karar ve işlemlerin aksine karar verilmedikçe, hukuka uygun oldukları kabul edilmektedir (**Hukuka uygunluk karinesi**). Bu bakımdan mahkeme, yürütmeyi durdurma kararı verirken, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olmasını bir kriter olarak değerlendirmelidir.

Açıkça hukuka aykırılık konusu Zaim Necatigil'in KKTC'de Anayasa ve Yönetim Hukuku adlı eserinin 88. sayfasında da işlenmiş ve **“Yönetmel her hangi bir kararın aşikar bir şekilde sakat olması, ara emrinin verilmesi için önemli bir ögedir”** denmiştir. Bu prensip birçok YİM kararımızda da belirtilmiştir. (Bkz. YİM 4/98 D.2/98), YİM 203/94 (D.4/95))

Açıkça hukuka aykırılık; idari karar veya işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından birinde gerçekleşebilir. Ancak henüz davanın başında, davayı esastan çözecek nitelikte karar vermek mümkün olmadığından, ara emri verilebilmesi için, ilk nazarda davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtilerin olması, açıkça hukuka aykırılık kriteri bakımından yeterli olmalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, verilecek emrin, davayı esastan sonuçlandırmayacak nitelikte olması gerektiğidir.

Ara emri verilebilmesi için, gerek öğretide gerek içtihatlarda aranan bir diğer kriter, ileride telafisi güç veya tamiri imkansız zarar - ziyanın doğması durumudur.

Zaim Necatigil yukarıda iktibas ettiğim eserinin 88. sayfasında şöyle demektedir:

“Yürütmenin durdurulması konusu incelenirken, kamu yararı, davacının davadaki haklılığı ve ara kararın verilmemesi halinde davacının uğrayacağı zararın ‘tamiri imkansız’ olması gerekmektedir. Yönetmelik kararın aşikar bir şekilde sakat olması, ara emrinin verilmesi için önemli bir ögedir. Diğer yandan, parasal kayıp kural olarak telafi edilemeyecek veya tamiri imkansız, bir durum yaratmamaktadır.”

Tamiri imkansız zararın doğup doğmayacağı, her olayda ayrı ayrı araştırılması gerekmektedir. Somut olayın niteliğine ve davacının kişisel durumuna göre, idari işlemin yürütülmesi davacıya ileride telafi edilemeyecek bir zarar verecekse, bu koşulun gerçekleştiği, İdare Hukuku bakımından kabul edilmelidir.

Zaim Necatigil’in eserinde ifade ettiği, **“Parasal kayıp, kural olarak, telafi edilemeyecek veya tamiri imkansız bir durum yaratmamaktadır”** görüşü, yürütmeyi durdurma emirlerinde parasal kayıpların, bu unsur bakımından önemsiz olduğunu ifade etmektedir. Bu doğru bir yaklaşımdır. Ancak parasal kaybın sonuçlarının iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir vergi mükellefine tarh edilen usulsüz bir vergi miktarı, tahsil edildiği takdirde mükellefin ekonomik hayatını sürdürmesi olanağını ortadan kaldırırsa, mesele sadece parasal kayıp açısından değerlendirilemez.

Yürütmeyi durdurma emri verilirken göz önünde bulundurulması gereken, ileride telâfisi güç veya tamiri imkânsız zarar unsuru sadece maddi zararı içeren bir kavram değildir. İdare Hukukunda, **“Eski halin geri gelmesini mümkün kılmayacak durum”** bu kavramı daha iyi tanımlamaktadır. Buna göre, konu idari işlem sanki hiç yapılmamış gibi bir olgunun oluşabilmesini önleyici her durumun, telâfisi imkânsız ya da giderilemez zarar sayılması gerektiği görüşündeyim.

Tüm yukardakiler ışığında, idarenin icra edilebilir bir işleminin açıkça hukuka aykırı olması ve bunun icra edilmesi durumunda, telafisi güç veya imkansız zararların doğabilecek olması karşısında, davayı esastan çözmeyecek, yürütmenin durdurulması niteliğinde bir ara emri verilebilecektir. Yanlış anlamaya sebebiyet vermemek için, açıkça hukuka aykırılık hali ile yokluk sonucunu doğuran yasa dışılık veya ağır yetki gasbı halleri arasında fark olduğunu ve böyle hallerde telafisi imkansız zarar doğup doğmayacağını incelemeden, ara emri verilebileceğini belirtmek isterim. Bu husus, Yüksek İdare Mahkemesi içtihatları ile yerleşmiştir.

Ara emirleri ile ilgili hukuki durumu bu şekilde izah ettikten sonra, şimdi istidanın esasını incelemem gerekmektedir.

İNCELEME:

Sunulan şahadet, ibraz edilen emareler, tespit edilen olgular ve mevcut hukuki durum ışığında tarafların iddialarını tetkik edip inceledim.

Ara emri unsurları bakımından ortada ciddi bir davanın bulunduğu bulgusunu yapabilmek için, her şeyden önce, kesin yürütölmesi zorunlu bir karar veya işlemin bulunması gerekmektedir.

Kararın başlangıcında, Davacı Müstedinin yürütmenin durdurulması ile ilgili talebinin iki kısımdan ibaret olduğunu belirtmiştim.

Davacı/Müstedi, birinci kısım talebinde, adı geçen ihalenin neticelendirilmesinin men edilmesini talep etmektedir.

Davacı/Müstedinin bu davayı dosyaladığı tarihte ve halen, adı geçen tıbbı malzemeler ihalesi ile ilgili nihai nitelikli karar verilmemiş, ihale sonuçlandırılmamıştır. Başka bir deyişle, ihalenin neticesi ile ilgili yürütölmesi zorunlu bir karar veya işlem ortada yoktur.

İhalenin sonuçlandırılması ile ilgili, yürütölmesi zorunlu etkin ve nihai nitelikli bir karar üretilmediğinden, olmayan kararın yürürlüğünün durdurulması hukuken mümkün değildir. Bu anlamda, Davacı/Müstedinin konu tıbbı malzemeler ihalesinin durdurulmasına yönelik talebi ile ilgili ortada ciddi bir davası olmadığına ilişkin bulgu yaparım.

Davacı/Müstedinin davasındaki ve istidasının ikinci kısmındaki talebi ise, adı edilen tıbbı malzemeler ihalesine verdiği teklifin, “şartname”nin teklif zarfında bulunmaması nedeniyle reddedilmesini öngören kararın iptali ve bu kararın yürütölmesinin durdurulmasına yöneliktir.

Davacı/Müstedinin teklif zarfının muhteviyatındaki eksiklik nedeniyle reddedilmesi, Davacı/Müstediye ihale ile ilgili yarışmadan nihai olarak saf dışı bıraktığından, idarenin bu yöndeki kararı Davacı/Müstedi açısından yürütülmesi zorunlu, etkin nitelikli nihai karardır. Bu durum karşısında, geçici olarak verilen ara emri bakımından ortada ciddi bir davanın bulunduğuna ilişkin bulgu yaparım.

Davacı/Müstedinin, ihalenin neticelendirilmesinin men edilmesine yönelik ara emri talebi, diğer unsurların incelenmesine gerek olmadan reddedilmesi gerekmektedir.

Halen yürürlükte olan geçici ara emri bakımından, ilk nazarda Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunup bulunmadığına gelince;

İdari karar veya işlemlerin, aksine karar verilmedikçe hukuka uygun oldukları kabul edildiğinden, idari bir karar ile ilgili yürütmenin durdurulması emri verilirken, durdurulması istenen idari karar veya işlemin açıkça hukuka aykırı olup olmadığına bakmak gerekir.

Taraflar bu konu üzerinde dururken, çok ciddi hukuki argümanlarda bulundular.

Bu argümanları çok kısa şekilde özetlemek gerekirse;

Davacı/Müstedi Avukatı, Müstedinin katıldığı ihalenin 13.2.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan Devlet İhale Tüzüğü altında

yapıldığını, konu ihale Tüzüğünde sunulması zorunlu belgelerin belirlendiğini, bu belgeler arasında genel şartnamenin de yer aldığını, aranan hususlara uygun olmayan zarfların değerlendirmeye alınmayacağını Tüzükte yazılı olduğunu, ancak Tüzükte böyle bir hükmün bulunmasının önemi olmadığını, bu kuralın Ultra Vires olarak düzenlendiğini, bir idari kararın veya idari işlemin asli unsurlarının önem derecesine göre belirlenmesi gerektiğini, idarenin kendi sattığı şartnamenin zarfta olmaması nedeniyle ihale zarfının değerlendirmeye alınmamasının kendi başına hukuka aykırı olduğunu, eksikliğin, idari işlemin asli unsurunda olmadığını, bu nedenle haklı bir dava sebepleri olduğuna ilişkin belirtiler bulunduğunu ileri sürmüştür.

Davalıyı temsilen Başsavcılık ise, ihalenin yapıldığı yeni Devlet İhale Tüzüğü'nde, ihale zarflarında nelerin olması gerektiğinin yazıldığını, eksik zarfların değerlendirmeye alınmayacağını emredici kural olarak düzenlendiğini, eski tüzük zamanında eksik olan evrakın sonradan tamamlanmasına idari teamül olarak izin verildiğini, yeni düzenlemeden sonra bunun yapılamayacağını, asıl olanın emredici kurala uyulması olduğunu, fırsat verilmesine rağmen, şartnameyi zarfa koymayan Davacı/Müstedinin değerlendirme dışı kalmasının hukuka uygun olduğunu, bu nedenle ortada açık hukuka aykırılık olmadığını iddia etmiştir.

Tarafların üzerinde durdukları, Devlet İhale Tüzüğü'nün tekliflerin açılması ve oluşmasını düzenleyen 13. maddesi aynen şöyledir:

- 13. (1) Merkezi İhale Komisyonu ihale duyurusunda belirtilen ihale saatinde teklif kutusunu isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde açar.**

- (2) (A) Kuralına uygun olarak hazırlanan zarflar, isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde açılır ve incelenir. Bu hususlara uygun olmayan zarflar bir tutanakla belirlenerek değerlendirmeye alınmaz.
- (B) Yukarıdaki (A) bendinde belirtilen aşamada sunulması zorunlu olan belgeler aşağıdaki gibidir.
- (a) İhale Katılım Beyannamesi
- (b) Teklif Mehtubu ve Geçici Teminat,
- (c) Genel Şartname ve Şartname Alındı Makbuzu,
- (d) Meslek Odasına Kayıt Belgesi veya Yapım işlerinde İnşaat Encümeni tarafından verilen Sınıf Karnesi,
- (e) Çalışma Dairesinden alınacak İhale Katılım Belgesi,
- (f) Şartnameye göre istenen diğer belgeler.
- (C) Yukarıdaki (B) bendinde düzenlenen belgelerin eksik olup olmadığı ve teklifler ile geçici teminatların usulüne uygun olup olmadığı Merkezi İhale Komisyonu tarafından kontrol , edilir.
- (3) Belgeleri eksiksiz ve teklifleri ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin teklif fiyatları açıklanır. İstenen belgelerden herhangi birinin eksik veya teklifler ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan isteklilerin teklifleri geçersiz sayılır ve okunmadan iptal edilir.
- (4) Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak Merkezi İhale Komisyonunca imzalanır.
- (5) Tekliflerin açılıp okunmasından sonra ihalelerin incelenmesi, netleştirilmesi, değerlendirilmesi ve karşılaştırılması ile ilgili hiçbir bilgi, ihale kararına kadar açıklanamaz.”

Davacı Avukatının ileri sürdüğü Tüzüğün ilgili kurallarının ultra vires olarak düzenlendiği iddialarını dikkate değer bulmakla birlikte, bu konunun

davanın esasını ilgilendirmesi nedeni ile, bu aşamada, Tüzüğün ilgili maddelerinin ultra vires olup olmadığı ile ilgili herhangi bir bulgu yapmayı uygun bulmadım. Ancak, burada üzerinde durulması gereken nokta, Tüzükteki düzenlemenin niteliğinden ziyade, yapılan idari işlem veya alınan idari kararın unsurları bakımından açık surette hukuka aykırılık olup olmadığıdır.

Devlet İhale Tüzüğü'nün 13(2)(A) maddesinde, kuralına uygun hazırlanmayan zarfların değerlendirmeye alınmayacağı yazılmış olmasına rağmen, Davacı/Müstediye satılan Emare No.2 İhale Şartnamesinin 8(B) maddesinde, teklif zarfında bulunması şart olan belgeler 1'den 14'e kadar sıralanmış, ancak Şartnamenin 8. maddesinin hiçbir yerinde, eksik teklif zarflarının değerlendirme dışı bırakılacağı yazılmayarak, bu durum katılımcılara bildirilmemiştir.

Bu durumu daha da somutlaştıracak olursak, şartnamenin diğer maddelerinde, ihalede aranan şartlardan; örneğin, belirlenen saatten sonra verilen tekliflerin kabul edilmeyeceği, ilaçlarla ilgili şartnamede belirtilen kişi veya kuruluşlar dışındakilerin teklif veremeyeceği, verirlerse teklifin değerlendirmeye alınmayacağı, prospektüsü Türkçe olmayan ilaçların değerlendirmeye alınmayacağı v.b. hususlar açıkça yazılmasına rağmen, teklif zarfında olması gereken belgelerin herhangi birinin eksik olması halinde teklifin reddedileceği veya değerlendirmeye alınmayacağı nedense yazılmamıştır.

Katılımcılar açısından ihale şartnamesi esastır ve şartnamede nelerin istendiği ve eksikliğin müeyyidesinin ne olacağı açıkça yazılması gerekmektedir. Bunun yapılmaması eksiklik olarak kabul edilmelidir.

Aynı şekilde zarfların açıldığı 7.3.2014 tarihine gelindiğinde, Merkezi İhale Komisyonu, Emare No.4 tutanaktan görülebileceği gibi, zarfların çoğunun imzasız ve mühürsüz olduğunu tespit etmiş ve bu zarfların hazır olanlar tarafından imzalandıktan sonra açıldığı yönünde karar almıştır.

Merkezi İhale Komisyonu, bundan ayrı olarak, orada hazır bulunan katılımcılara eksik olan zarfların tamamlanması için (1) saat süre vermeyi teklif etmiş, katılımcılar bu teklifi reddetmiştir.

Devlet İhale Tüzüğü'nün 11(3) maddesine göre verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez. Aynı maddeye göre, zeyilname ile teklif verme süresinin uzatılması halinde, İdare ve isteklilerin ilk teklif verme tarihine bağlı tüm hak ve yükümlülükleri, süre açısından, yeniden tespit edilen son teklif verme tarihine ve saatine kadar uzatılmış sayılmaktadır.

Merkezi İhale Komisyonu, Emare No.4 tutanağına göre, zarfları açmadan önce, zeyilname ile eksikliklerin tamamlanması süresini uzatmayı genel bir bildirim ile yapmamış, son teklif verme tarih ve saatini değiştirmemiş, orada bulunan katılanlara sorarak isteğe göre karar almıştır.

Merkezi İhale Komisyonu, Genel Şartnamede açıkça belirtilmeyen bir müeyyideyi Tüzüğün 13. maddesine bağlı olarak uygulamak niyetindeyseydi, böyle zarfların değerlendirmeye alınmayacağı kuralını ilân ederek, zeyilname ile teklif verme süre ve saatini zarfları açmadan önce uzatmalıydı. Bunu yapmayarak ve oradakilerin isteğine göre davranarak ilk nazarda Tüzüğe uygun hareket etmemiştir.

Bunun yanı sıra, Devlet İhale Tüzüğü'nün 13(1) maddesine göre, zarflar istekliler ve hazır bulunanlar önünde açılmalıdır. Tüzüğün herhangi bir maddesinde, katılımcıların hazır olmalarını zorunlu kılan bir kural bulunmamaktadır. Buna göre, Merkezi İhale Komisyonunun sadece hazır olanlara tekliflerini veya eksikliklerini tamamlama fırsatı vermesi, ilk nazarda saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine uygun olmadığı görüntüsü vermektedir.

Mevcut olgulara göre, Davacı aleyhinde alınan karar ve işlemlerin, ilk nazarda açıkça hukuka aykırı olduğuna ve Davacının iddialarında haklı olabileceğine ilişkin belirtilerin bulunduğu dair bulgu yaparım.

Bilindiği üzere, Davacı/Müstedinin davasında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunması ara emri verilmesi için yeterli değildir.

Davacı/Müstedinin istidasında başarılı olabilmesi için, diğer şartlar yanında, giderilemez zarar veya geriye dönüşün imkânsızlığı halinin mevcut olması gerekmektedir.

Davacı/Müstedi, şahadetinde, kendisi açısından bu meselenin parasal zarar-ziyan konusu olmadığını, hem firma prestijinin hem de hakkı olanın ihaleye katılabilmesine fırsat verilmesinin önemli olduğunu, ara emri verilmediği takdirde, ihaleye katılma şansının ortadan kalkacağını söylemiştir.

İdare Hukukunda ara emri verilirken, telafisi imkansız zarar unsuru bakımından, bazı meselelerde maddi zararlar önem arz edebilirken, bazı meselelerde eski halin geri gelmesini mümkün kılmayacak durumun olması, giderilemez zarar unsuru bakımından yeterlidir.

Unutulmaması gereken, İdari Yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın, kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamaktır.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak, dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi, kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile, dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler, dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır. **(Bu konuda Bkz. TC.AYM E 2008/77, K 2010/77, 3.6.2010)**

Bu meselede, Davacı/Müstedi bakımından ortada maddi bir zarar olmadığına göre, giderilemez zarar unsurunu incelerken, geçici ara emrinin kesinleştirilmemesi halinde, dava konusu işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesinin mümkün olup olmayacağını incelemem gerekmektedir.

Devlet İhale Tüzüğü'nün 13(3) maddesine göre, belgeleri eksiksiz tekliflerde yer alan fiyatlar okunarak açıklanır, teklifleri reddedilenlerin teklifleri ise okunmadan iptal edilir.

Mevcut olgulara göre, yukarıda belirtilen işlem gerçekleştirilmiş, kabul edilen tekliflerin fiyatları açıklanmıştır. Davacı/Müstedinin teklif zarfı açılmakla birlikte, içerisinde şartname olmadığı nedeniyle teklif değerlendirmeye alınmamış, teklif fiyatı açıklanmamıştır.

Davacıya ait teklif zarfının eksikliği tespit edilerek zarfın Davacıya iade edildiğine ilişkin herhangi bir şahadet sunulmadığı gibi, Emare No.4 tutanakta da böyle bir kayıt bulunmamaktadır.

Davacının teklif zarfı, halen Merkezi İhale Komisyonunda olduğu kabul edilmelidir. Buna göre, geçici ara emrinin kesinleştirilmesi halinde, dava konusu işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesinin imkânı sağlanacak, aksi takdirde Davacı bakımından eski halin geri gelmesi hali tümüyle imkânsız hale gelecektir. Böyle bir durumun telafisi imkânı olmadığından, telafisi imkansız zarar veya eski hale dönüşün imkansızlığı unsurunun yeterince ispat edildiğine ilişkin bulgu yaparım.

Tüm yukarıdakiler ışığında, verilen geçici ara emrinin davanın neticesine değin kesinleştirilmesini uygun ve adil buldum.

Netice itibarıyla, 13.3.2014 tarihli geçici ara emrinin mevcut hali ve aynı teminat şartlarıyla davanın görüşölüp neticelendirilmesine değin kesinleştirilmesine emir verilir.

Masraf emri verilmez.

Ahmet Kalkan
Yargıç

2 Nisan, 2014

D.13/2014

Birleştirilmiş
YİM 161/2010–108/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında.

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

YİM:161/2010

Davacı: Erkan Bahçeci, Serdarlı Belediyesi, Serdarlı- Gazimağusa

-ile-

Davalı: 1. Serdarlı Belediyesi, Serdarlı-Gazimağusa
2. Serdarlı Belediyesi Belediye Meclisi, Serdarlı- Gazimağusa,
3. Serdarlı Belediyesi Belediye Meclisi ve/veya Belediye
Başkanlığı ve/veya Hemşehrileri vasıtasıyla Serdarlı
Belediyesi, Serdarlı- Gazimağusa.

A r a s ı n d a.

YİM:108/2011

Davacı: Erkan Bahçeci, 14 Ahmet Kenan Sokak, Serdarlı

-ile-

Davalı: 1. Serdarlı Belediyesi, Serdarlı-Gazimağusa
2. Serdarlı Belediyesi Belediye Meclisi, Serdarlı- Gazimağusa,
3. Serdarlı Belediyesi Belediye Meclisi ve/veya Belediye
Başkanlığı ve/veya Hemşehrileri vasıtasıyla Serdarlı
Belediyesi, Serdarlı- Gazimağusa.

A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat şefik Aşçıoğluları

Davalılar namına: Avukat Ergin Ulunay.

Serdarlı Belediyesinde usta başı olarak çalışan Davacı, üçüncü derece İdare Memuru kadrosuna intibak ettirilmeyi talep etti – İntibak komisyonu bu talebi kabul etti, ancak Belediye Meclisi kararı onaylamadı ve kendisine su sayacı okuma görevine devam etmesi talimatını verdi – Bu talebi yerine getirmeyen Davacı aleyhine disiplin soruşturması başlatıldı – Davacı, YİM’de açtığı davada üçüncü derece idare memuru mevkiine intibak ettirilmesi kararının onaylanmasını istedi – YİM, 65/2007 sayılı Belediye Personel Yasası’nın 2(1) maddesini inceledi – İntibak Komisyonu’nun verdiği kararların Belediye Meclisince onaylanması gerektiği kanısına varan YİM, Davacının müracaatını kabul etti ve intibak kararının onaylanmasına karar verdi.

Belediye İntibak Komisyonu Kararı – Belediye İntibak Komisyonu Kararının Belediye Meclisi tarafından onaylanması gereği

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- YİM 91/2008 – D.2/2010.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

1- Prof. Ernst Fortsthoﬀ, *The Administrative Act*, s 32-33, 59-60.

K A R A R

Talât D.Refiker:Davacı, 3.8.2009 tarihinde, Serdarlı Belediyesinde Yüksek Öğrenimli İşçi (ustabaşı) olarak başladığı görevinden, 5.8.2009 tarihinde, belediyenin tüm idari işlerini yürütme görevine atanmış, 29.7.2010 tarihinde ise Serdarlı Belediye Başkanlığına yaptığı yazılı başvuru ile belediyedeki yetki ve görevlerinin göz önünde bulundurulması suretiyle, Belediye Personel (Değişiklik) Yasası’nın Geçici Madde 1 tahtında, İdari Hizmetler Sınıfının III’üncü Derece İdare Memuru Kadrosuna intibak ettirilmesini talep etmiştir. Davacının bu talebinden sonra, Davacının 23.9.2010 tarihinde toplanan ve aralarında Serdarlı Belediye Başkanı’nın ve bir Belediye Meclis Üyesi’nin de üye olarak bulunduğu İntibak Komisyonu tarafından oy birliği ile III.Derece

İdare Memuru mevkii Barem 10'un 2'nci kademesine intibak ettirilmesine karar verilmesine karşın, bu kararı Serdarlı Belediye Meclisinin (Davalı No.2) onaylamaması, uygulamaması ve intibak ettirildiği mezkûr mevkiinin aylık maaşı olan 2,729.00TL'nin kendisine ödenmemesi karşısında, Davacının, Avukatı vasıtasıyla Davalılara yaptığı şikâyet sonrasında, su sayacı kontrolü ve okunması şeklinde kendisine verilen görevi yerine getirmemesi halinde Toplu İş Sözleşmesi'nin 18'inci maddesine istinaden disiplin kuruluna sevk edileceğinin ve hakkında disiplin kovuşturması başlatılacağına Davalılar tarafından kendisine bildirilmesinin ardından, Avukatı vasıtasıyla 10.12.2010 tarihinde verdiği yazılı cevabında; yukarıda zikredilen mevkiye intibak ettirilmesinden sonra Toplu İş Sözleşmesi kapsamından çıktığını ve artık bu sözleşme hükümlerine tabi olmadığını ve bu bağlamda intibak ettirildiği mevkii dışında çalıştırılmayacağını ve bu nedenle kendisine verilen mezkûr görevi yerine getirmemesine bağlı olarak disiplin kuruluna sevk edilemeyeceğini belirtmiş olmasına rağmen, Davalılar tarafından disiplin kuruluna sevk edilmesi ve disiplin kovuşturmasının sonuçlanacağı tarihe kadar yarı ödenekli olarak 13.12.2010 tarihinden itibaren görevden el çektilmesi karşısında, Davalıların yukarıda zikredilen işlem ve kararlarının gayriyasal olduğunu iddia ederek, Davalılar aleyhine ikâme ettiği YİM 161/2010 No.lu davada, aynen şu taleplerde bulunmuştur:

- A) Davalıların ve/veya Davalı No.(1)'in, İntibak Komisyonu tarafından Davacının III.Derece İdare Memuru mevkii Barem 10'un 2'nci kademesine intibak ettirilmesine yönelik 22.10.2010 tarihli kararı onaylamamasına ve/veya uygun bulmamasına ve/veya yürürlüğe koymamasına ilişkin Belediye Meclisi ve/veya 42/2010 sayılı karar ve/veya işlemlerin ve/veya herhangi bir karar ve/veya işlemin tamamen hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına ve/veya hukuken yok hükmünde olduğuna dair bir Mahkeme hükmü ve/veya kararı;

- B) Davalılar ve/veya Davalı No.(1) tarafından Davacıya gönderilen Serdarlı Belediyesi'ne ait 30.11.2010 tarihli maaş pusulasında ifadesini bulan ve Davacının 22.10.2010 tarihli İntibak Komisyonu kararından önce almakta olduğu maaşını mezkûr 22.10.2010 tarihli karardan sonraki Kasım 2010 maaşında aynı şekilde ödemek suretiyle Davacının atanmış olduğu III.Derece İdare Memuru Mevkii Barem 10'un 2'nci kademesinin öngördüğü maaşını ödememesine ilişkin kararın ve/veya bu yönde yapılan işlemlerin tamamen hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair;
- C) Davalılar ve/veya Davalı No.(1) tarafından Davacıya gönderilen 13.12.2010 tarihli ve S.B.12/2010 sayılı yazıda ifadesini bulan ve Davacının Toplu İş Sözleşmesi'nin 62'nci maddesi uyarınca Disiplin Kurulu'na sevk edilmesi ve soruşturma sonuçlandırılincaya kadar yarı ödenekli olarak 13.12.2010 tarihinden itibaren görevinden el çektirildiğine ilişkin karar ve/veya işlemlerin ve/veya herhangi bir karar ve/veya işlemin tamamen hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına ve/veya hukuken yok hükmünde olduğuna dair

karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

İntibak Komisyonunun, Davacının III.Derece İdare Memuru mevkiine atanmasına ilişkin olan kararına karşı, Davalılar tarafından yapılan itirazın reddedilmesinden sonra, mezkûr kararın uygulanmamasında ısrar edilmesi ve aleyhinde başlatılan disiplin kovuşturması bağlamında Serdarlı Belediyesinin Toplu İş Sözleşmesi Değerlendirme Kurulu tarafından alınan karara istinaden belediye ile olan iş ilişkisinin sonlandırılması veya diğer bir ifade ile işten durdurulması üzerine, Davalılar aleyhine ikâme ettiği YİM 108/2011 No.lu dava altındaki talepleri ise aynen şöyledir:

- A) Davacının III.Derece İdare Memuru kadrosuna intibak ettirilmesine ilişkin İntibak Komisyonunun almış olduğu 23.9.2010 tarihli karara Davalıların itiraz etmesi üzerine İntibak Komisyonunun 22.10.2010 tarihli kararının Davalılar tarafından uygulanmamasının ve/veya

Davacının III.Derece İdare memurluğu mevkiine intibak ettirilmemesinin yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda karar verilmesi;

- B) Davalıların 1.11.2010 tarihinde aldığı 48/2010 sayılı kararda Davacının III.Derece İdare memuru mevkiine intibakına ilişkin, İntibak Komisyonunun almış olduğu kararın reddedilmesi ve/veya yeniden onaylanmaması hususunda alınan kararın yoklukla malûl olması nedeniyle geçersiz ve hükümsüz kılınması;
- C) Davacıyı İntibak Komisyonu kararına rağmen III.Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirmeyen Davalıların, Davacıyı işten durdurmasına ilişkin S.B.01/2011 sayı ve 13.1.2011 tarihli yazı ile bildirilen Serdarlı Belediyesi Toplu İş Sözleşmesi Değerlendirme Kurulunun 7.1.2011 tarihinde aldığı iddia edilen kararın mutlak mutlan ve/veya yoklukla malul olması nedeniyle geçersiz ve hükümsüz kılınması.

Davacı Avukatı ise Mahkemeye yaptığı hitabında, aralarında Serdarlı Belediye Başkanı'nın ve bir Belediye Meclis Üyesi'nin bulunduğu İntibak Komisyonunun oy birliği ile aldığı karar sonucunda, Davacının, III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirildiğini, bilâhare Davalıların bu karara karşı yaptıkları itirazın reddedilmesinden sonraki süreçte, Serdarlı Belediyesinin, İntibak Komisyonunun mezkûr kararını onaylamak ve uygulamak zorunda olduğunu, bu konuda Davalıların bir takdir hakkı bulunmadığını, Davalıların İntibak Komisyonunun mezkûr kararını onaylamamalarının ve uygulamamalarının açıktan açığa yasaya aykırı olduğunu ve bu bağlamda, Davalıların, İntibak Komisyonunun Davacıyı III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirilmesi kararının uygulanmaması ve mezkûr mevkiin karşılığı olan aylık maaşını Davacıya ödememelerine ilişkin olan kararın yoklukla malûl olduğunu, Davacının III'üncü Derece İdare Memuru mevkine intibak ettirilmesinden sonra, yüksek öğrenimli işçi veya ustabaşı statüsünün sona ermiş olması nedeniyle, Toplu İş

Sözleşmesi hükümlerine göre disiplin soruşturmasına tabi tutulamayacağını ve buna bağlı olarak da Disiplin Değerlendirme Kurulunun, Davacıyı işten çıkarma kararının geçersiz olduğunu belirterek, her iki davada ifade edildiği şekilde karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Avukatı ise, her iki davanın da 75 günlük hak düşümü süresi içerisinde açılmadığını, Davacının III'üncü Derece İdare Memuru mevki için öngörülen nitelikleri haiz olmaması nedeniyle, Davalıların, İntibak Komisyonunun mezkûr kararını uygulamama hakları ve yetkileri olduğunu, yapılan disiplin kovuşturması bağlamında Toplu İş Sözleşmesi Değerlendirme Kurulunun Davacıyı işten çıkarma şeklindeki kararının yasal olduğunu belirtmekte ve davanın reddedilmesini talep etmektedir.

65/2007 Sayılı Belediye Personel Yasası'nın, İntibak Komisyonunun kuruluşuna ve işleyişine ilişkin olan geçici 2'nci maddesinin 1'nci fıkrası aynen şöyledir:

"2(1) İntibaklar, Bakanlık Temsilcisi Başkanlığında, Personel Dairesi Temsilcisi, İntibak işlemi yapılacak belediyenin Başkanı, ilgili Belediye Meclisini temsilen bir Belediye Meclis üyesi ve yetkili bir sendikanın temsilcisinden oluşacak İntibak Komisyonu tarafından bu Yasa ve Geçici 1'nci madde kuralları çerçevesinde yapılır.

İntibak Komisyonunca yapılan intibaklar ilgili belediyenin Belediye Meclisince onaylanır ve yürürlüğe girer.

Belediye Meclisi, değişiklik yapılmasını istediği hususlar varsa bunları İntibak Komisyonuna bildirir. İntibak Komisyonunun bundan sonra vereceği karar uygulamaya konur."

İhtilâfsız olgulardan, Davacının III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirilmesine ilişkin olan kararın alındığı toplantıda, Serdarlı

Belediye Başkanı'nın ve bir Meclis Üyesi'nin hazır bulunduğu ve mezkûr kararın oy birliği ile alındığı, daha sonra Davalılar tarafından Davacının mezkûr intibakı hakkında İntibak Kuruluna yaptıkları itirazın reddedildiği görülmektedir. Dolayısıyla Serdarlı Belediye Meclisinin yukarıda alıntısı yapılan geçici 2'nci madde tahtında, İntibak Komisyonunun mezkûr kararını onaylamaktan ve uygulamaktan başka bir yetkisi bulunmamaktadır.

Ne var ki, Davalılar, İntibak Komisyonunun mezkûr kararını onaylamamak ve uygulamamakla ve buna bağlı olarak Davacıya III'üncü Derece İdare Memuru mevkii, Barem 10'un 2'nci kademesinin öngördüğü maaşı ödememekle, yukarıda alıntısı yapılan Yasa kuralına açıktan açığa aykırı hareket etmişlerdir.

Dağıtım 2/2010, YİM 91/2008 No.lu kararda da temas edildiği üzere, İdare Hukuku ilkelerine göre, İdare, yetkilerini bir makam veya organ vasıtasıyla kullanmaktadır. Böyle bir makam veya organ ise yetkilerini yasa, tüzük veya yönetmeliklerden almaktadır. Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen yetki dışında yapılan tüm işlemler hukuka aykırı olması nedeni ile yoklukla maluldur. Eğer bir makam veya organ açıktan açığa yetkisi olmadan herhangi bir karar alır veya işlem yaparsa, bu gibi kararın veya işlemin esaslı bir şekilde sakat olmasından dolayı doğmamış addolunması ve yok sayılması gerekir. Açıktan açığa yasaya aykırı veya tamamıyla görev ve yetki dışı tasarruflar hükümsüzlükle malul olduklarından, bunlar hiçbir zaman sıhhat iktisap edemeyeceklerinden her zaman ortadan kaldırılabilir. (Gör:Prof.Ernst Forsthoff 'The Administrative Act.' S.32-33-59-60).

Davalıların, İntibak Komisyonunun mezkûr kararını onaylamamalarına ve uygulamamalarına ilişkin olan işlem ve kararları, yukarıda belirtilen İdare Hukuku ilkeleri bağlamında yoklukla maluldur ve bu bakımdan, davaların ikâme edilmesinde 75 günlük hak düşümü süresinin aşılmış olması, mezkûr davaların reddedilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Dolayısıyla, Davalılar Avukatının aksi yöndeki argümanına itibar etmemiz olası değildir.

Davacının III'üncü Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirilmesinden sonra, Serdarlı Belediyesindeki yüksek öğrenimli işçi veya ustabaşı statüsünün sona ermesi nedeniyle, Davacının Toplu İş Sözleşmesi kurallarına göre disiplin kovuşturmasına tabi tutulması mümkün değildir. Dolayısıyla, Toplu İş Sözleşmesi Değerlendirme Kurulu tarafından Davacının işine son verilmesi kararının gayriyasal olması bağlamında, yoklukla malul olduğu bulgusuna varmaktayız. Bu bakımdan Değerlendirme Kurulunun mezkûr kararının da geçersiz ve hükümsüz kılınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilenler ışığında, Davacı davasında başarılı olduğundan, YİM 161/2010 No.lu davada:

- A) Davalıların ve/veya Davalı No.(1)'in, İntibak Komisyonu tarafından Davacının III.Derece İdare Memuru mevkii Barem 10'un 2'nci kademesine intibak ettirilmesine yönelik 22.10.2010 tarihli kararı onaylamamasına, uygun bulmamasına ve yürürlüğe koymamasına ilişkin olan Belediye Meclisinin 42/2010 sayılı karar ve işlemlerinin tamamen hükümsüz, etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına;
- B) Davalılar ve/veya Davalı No.(1) tarafından Davacıya gönderilen Serdarlı Belediyesine ait 30.11.2010 tarihli maaş pusulasında ifadesini bulan ve Davacının 22.10.2010 tarihli İntibak Komisyonu kararından önce almakta olduğu maaşını mezkûr 22.10.2010 tarihli

karardan sonraki Kasım 2010 maaşında aynı şekilde ödemek suretiyle Davacının atanmış olduğu III.Derece İdare Memuru Mevkii Barem 10'un 2'nci kademesinin öngördüğü maaşını ödememesine ilişkin olan kararın ve bu yönde yapılan işlemlerin tamamen hükümsüz,etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına;

- C) Davalılar ve/veya Davalı No.(1) tarafından Davacıya gönderilen 13.12.2010 tarihli ve S.B.12/2010 sayılı yazıda ifadesini bulan ve Davacının Toplu İş Sözleşmesi'nin 62'nci maddesi uyarınca Disiplin Kurulu'na sevk edilmesi ve soruşturma sonuçlandırılincaya kadar yarı ödenekli olarak 13.12.2010 tarihinden itibaren görevinden el çektirildiğine ilişkin karar ve işlemlerin tamamen hükümsüz, etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına;

karar verilir.

YİM 108/2011 No.lu davada ise:

- A) Davalıların 1.11.2010 tarihinde aldığı 48/2010 sayılı kararda Davacının III.Derece İdare memuru mevkiine intibakına ilişkin olan İntibak Komisyonunun almış olduğu kararın reddedilmesi ve yeniden onaylanmaması hususunda alınan kararın geçersiz, hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına;
- B) Davacıyı İntibak Komisyonu kararına rağmen III.Derece İdare Memuru mevkiine intibak ettirmeyen Davalıların, Davacıyı işten durdurmasına ilişkin S.B.01/2011 sayı ve 13.1.2011 tarihli yazı ile bildirilen Serdarlı Belediyesi Toplu İş Sözleşmesi Değerlendirme Kurulunun kararının geçersiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına

karar verilir.

Yukarıda belirtildiği şekilde karar verildiği cihetle, Davacının Davalıların ihmeline ilişkin olan talebi ret ve iptal olunur.

Mukayyitlik tarafından tespit edilecek olan dava masraflarının,
Davalılar tarafından ödenmesine emir verilir.

Talât D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

10 Nisan, 2014

D.14/2014

YİM: 46/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152. Maddesi Hakkında

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

Davacı: Ahmet Alkım, Pınarbaşı Yolu No.26, Tepebaşı Mahallesi,
Değirmenlik, Lefkoşa

- ile -

Davalı: 1. Değirmenlik Belediyesi ve/veya Değirmenlik
Belediye Başkanı, Başkan Yardımcısı, Belediye
Meclis Üyeleri ve Değirmenlik Şehri Türk
Hemşehrileri, Değirmenlik – Lefkoşa
2. KKTC İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığı,
Lefkoşa

Ek Davalı: İntibak Komisyonu vasıtasıyla KKTC, İçişleri ve
Yerel Yönetimler Bakanlığı - Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı tarafından: Avukat Barış Mamalı

Davalı No.(1) tarafından: Avukat İsmail Bektaş

Davalı No.(2) ve Ek Davalı tarafından: Savcı Meryem Beşoğlu

Davacı, Değirmenlik Belediyesinde görev yapıyordu – İntibak Komisyonu kendisini dördüncü derece maliye görevlisi mevkiine intibak ettirdi – Davacı bu göreve değil de su işleri sorumlusu görevine intibak ettirilmesi gerektiğini iddia ederek komisyon kararına karşı iptal davası açtı – YİM, Su İşleri Sorumlusunun görev, yetki ve sorumluluklarını inceledi – Davacının

belediyede fiilen yaptığı işlerin su işleri sorumlusundan çok intibak ettirildiği mevkinin işleri olduğunu dikkate alan YİM, yapılan müracaatı reddetti.

***Belediye personelinin intibakı** – Davacının dördüncü derece maliye görevlisi mevkiine intibak ettirilmesi – Davacının su işleri sorumlusu mevkiine intibak ettirilmesi gerektiğini iddia ederek iptal davası açması – İntibak konusunda Davacının fiilen yaptığı işlerin dikkate alınması.*

H Ü K Ü M

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

Mehmet Türker: 4/9/2000 tarihinde, Değirmenlik Belediyesinde çalışmaya başlayan Davacı, 1/12/2010 tarihli İntibak Komisyonu kararı ile IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkii, Barem 8'in 7'inci Kademesine intibak ettirilmiştir. İntibak tarihinden önce, Davalı No.(1) Belediyede fiilen Su İşleri Sorumlusu olarak çalıştığını ileri süren Davacı, İntibak Komisyonunun kendisini Maliye Görevlisi olarak intibak ettiren kararına itiraz etmesi ve İntibak Komisyonunun 24/1/2011 tarihinde itirazını reddetmesi üzerine, bu davayı ikame ederek, aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

- “A. Davacı aleyhine, 24/01/2011 tarihinde davalılar ve/veya ek davalı tarafından yazılan ve/veya bu tarihte alınan ve/veya davalı ve/veya davalılar ve/veya ek davalı tarafından takriben aynı tarihte davacıya tebliğ edilen ve/veya davacının 20.12.2010 tarihli itirazının reddeden 234/2000 sayılı kararın ve/veya işleminin 65/2007 sayılı yasaya ve/veya anayasaya ve/veya Anayasal teamüllere ve/veya İdare Hukuku Prensiplerine

ve/veya yasalara ve/veya yürürlükteki mevzuata ve/veya ilgili mevzuatla tanınan haklara aykırı olduğu ve/veya yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle alındığı ve/veya yapıldığı cihetle tamamen hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve hiçbir sonuç doğurmayacağına ve/veya iptaline ilişkin bir emir ve/veya hüküm,

- B. Davalılar ve/veya ek davalı tarafından 1.12.2010 tarihli toplantıda alınan ve davacının davalı No.1 nezdinde IV. Derece Maliye Görevlisi mevkii barem 8'in 7'inci kademesine intibak ettirilmesi yönündeki kararın tamamen etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair mahkeme hükmü ve/veya emri.”

Davacı Talep Takririnde, 4/9/2000 tarihinde Değirmenlik Belediyesinde Su İşleri Bölümünde istihdam edildiğini, takriben Mayıs 2002 tarihinden itibaren Belediyede “Su İşleri Sorumlusu” olarak görev yapmaya başladığını, intibak tarihinde fiilen bu görevi yapmasına rağmen, İntibak Komisyonunun kendisini Su İşleri Sorumlusu Mevkiine değil de, Maliye Görevlisi Mevkiine intibak ettiren 1/12/2010 tarihli kararının ve bu karara karşı yaptığı itirazı reddeden 24/1/2011 tarihli kararının iptal edilmesini talep etmektedir.

Davalı No.(1) ve (2), ek Davalının da Davalı No.(2)'ye katıldığı müdafaa takrirlerinde, Davacının intibak tarihinde Belediyede tahsilatla ilgili kontrol ve takip işlerini yürüttüğünü, yaptığı işler dikkate alındığında, Belediye Personel Yasası'nın 49/2 E maddeleri altında düzenlenmiş olan “tahsil hizmetleri ile diğer mali işler ile ilgili görevleri” yaptığını ve yine Belediye Personel Yasası'nın 3. cetvelinde belirtilen Maliye Görevlisi Hizmet Şemasında tarif edilen görev, yetki ve sorumlulukları yerine getirdiği için fiilen yaptığı işe uygun olarak Muhasebe ve Mali Hizmetler Sınıfı IV. Derece Maliye Görevlisi Kadrosuna intibak ettirildiğini, fiilen yaptığı işin Su İşleri Sorumlusu

olmadığını, Su İşleri Sorumlusu Kadrosunun, Mühendislik ve Mimarlık Sınıfına dahil olduğunu, Davacının yaptığı görev ile bağdaşmadığını, İntibak Komisyonunun kararının doğru olup, bu karara karşı Davacının yaptığı itirazın reddedilmesinin de yerinde olduğunu, Davacının davasının reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Davanın Olguları:

Davanın duruşmasına başlandığı zaman, tarafların mutabakatı ile 16 adet belge, Emare 1-16 olarak kaydedilmiştir.

Davanın duruşmasında, Davacı kendisi şahadet vererek, bir de tanık celbetmiştir.

Davalı No.(1) herhangi bir tanık celbetmemiştir. Davalı No.(2) ise İntibak Komisyonu Üyesi Personel Dairesi Müdür Vekili Metin Karaderi'yi ve Belediye Başkanı olarak İntibak Komisyonu Üyesi sıfatı nedeniyle Osman İşsal'ı tanık olarak dinletmiştir.

Dava layihaları, sunulan şahadet ve emareler incelendiğinde dava ile ilgili olgular şöyledir:

Davacı, 4/9/2000 tarihinde Geçici İşçi olarak Değirmenlik Belediyesinde çalışmaya başlamıştır (Emare 1). 1/1/2009 tarihinden itibaren ise, Daimi İşçi Kadrosuna (Kadrolu İşçi) atanmıştır.

26/2010 sayılı Yasa ile tadil edilen 65/2007 sayılı Belediye Personel Yasası'nın Geçici 1. maddesi ile Belediye Personelinin intibak kuralları belirlenmiş, Geçici 2. madde ile de İntibak Komisyonuna, Belediye Personelinin intibak işlemlerini yapma yetkisi verilmiştir.

Davacı, 17/8/2009 tarihli bir başvuru ile (Emare 3) İntibak Komisyonuna başvurarak, 27/2009 sayılı Belediye Personel (Değişiklik) Yasası kuralları çerçevesinde intibakının yapılmasını talep etmiştir. Değirmenlik Belediye Başkanı, 21/8/2009 tarihinde, Davacının, Değirmenlik Belediyesinin Maliye Bölümünde, tahsildar görevini yaptığını, yazılı olarak İntibak Komisyonuna bildirmiştir. İntibak Komisyonu, Davacının dosyasını incelemiş ve 1/12/2010 tarihinde aldığı bir kararla, Davacının IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkii Barem 8'in 7. kademesine intibak ettirilmesine karar vermiştir. Bu karar, 7/12/2010 tarihinde Değirmenlik Belediye Meclisi tarafından onaylanmıştır.

Davacı, 20/12/2010 tarihli bir yazı ile İntibak Komisyonunun bu kararına itiraz ederek, Değirmenlik Belediyesinde 2002 yılından beri Su İşleri Sorumlusu olarak fiilen görev yaptığını, bu nedenle Su İşleri Sorumlusu Mevkiine intibak ettirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davacının itirazını inceleyen İntibak Komisyonu, Davacının itirazını reddederek, IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkiine yapılan intibakının aynen devam etmesine karar vermiştir. Bunun üzerine Davacı, Davalılar aleyhine bu davayı dosyalayarak, Talep Takririndeki gibi hüküm talebinde bulunmaktadır.

İNCELEME:

Davacı, intibakının yapıldığı tarihte “Su İşleri Sorumlusu” olarak fiilen görev yaptığından Su İşleri Sorumlusu olarak intibakının yapılması gerektiğini, halbuki İntibak Komisyonunun kendisini IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkii, Barem 8'in 7'nci kademesine intibak ettirmesinin 26/2010 sayılı Yasa ile tadil edilen 65/2007 sayılı Yasa'nın kurallarına aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Davalılar ise, Davacının intibakının Yasaya uygun olduğunu iddia etmektedirler.

Tarafların bu iddiaları karşısında, yasal durum çerçevesinde davayı sonuçlandırmak için öncelikle yasal durumu ortaya koymamız ve bu yasal durum çerçevesinde davayı neticelendirmemiz gerekmektedir.

65/2007 sayılı Belediye Personel Yasası, 2/7/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasa, Belediye Personelinin hizmet koşullarını, niteliklerini, atanmalarını, yetiştirmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak ve yükümlülüklerini, disiplin işlemlerini ve öteki özlük işleri ile Belediyelerin örgütlenmesini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır. 65/2007 sayılı Yasa daha sonra 27/2009 ve 26/2010 sayılı Yasalar ile tadil edilmiştir. Davacının intibakı, 26/2010 sayılı Belediye Personel (Değişiklik) Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, bu değişiklik Yasası kuralları çerçevesinde yapılmıştır.

26/2010 sayılı Belediye Personel (Değişiklik) Yasası'nın Geçici 1'nci maddesi aynen şöyledir:

“Geçici Madde
Bu (Değ) Yasası
ile ilgili İntibak
Kuralları26/2010

1. Bu (Değişiklik) Yasasının yürürlüğe girdiği tarihten önce Belediyelerde Kıbrıs Türk Sosyal Sigortalar Yasası ve/veya Sosyal Güvenlik Yasası kapsamında daimi işçi, geçici işçi veya sözleşmeli personel olarak istihdam edilen ve bu Yasada belirtilen kadrolu Belediye personelinin yükümlü olduğu görevleri fiilen yapmakta olan personel ile bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce münhal ilan edilerek istihdam edilen ve emekli iştirak payı kesilmemiş olan personelin eğitim durumları da dikkate alınarak yaptıkları işe uygun hizmet sınıf larındaki kadroların en alt derecesine bu

kişinin başvurması halinde işe ilk Yasanın 69'uncu maddesinin (3)'üncü fıkrası gözönünde bulundurularak başlama tarihleri de dikkate alınarak Kıbrıs Türk Sosyal Sigortalar Yasası ve/veya Sosyal Güvenlik Yasası çerçevesinde İntibak Komisyonunca intibakları yapılır.

Ancak, Belediyede en az beş yıl çalışmış olanlar, fiilen yaptıkları görevlerin kadrolarına, en az orta eğitim mezunu olmaları kaydıyla intibak ettirilirlir.

Yöneticilik Hizmetleri Sınıfının en alt derecesine intibak ettirilecek personelin, eğitim durumları da dikkate alınarak bu (Değişiklik) Yasasının yürürlüğe girdiği tarihten önce en az iki yıl Belediyede fiilen çalışmış olması koşuldur.”

Davacının 4/9/2000 tarihinde Davalı Belediyede Geçici İşçi olarak işe başladığı, 1/1/2009 tarihinden itibaren Daimi İşçi Statüsüne geçtiği, intibak tarihinde Daimi İşçi olarak istihdamının devam etmekte olduğu ve orta eğitim mezunu olduğu ihtilâfsız bir olgudur.

26/2010 sayılı Belediye Personel (Değişiklik) Yasası'nın Geçici 1. maddesine göre, 14/5/2010 tarihinden önce belediyelerde Sosyal Sigortalar kapsamında geçici işçi veya daimi işçi olarak istihdam edilen bir personel, Belediye Personel Yasası'nda belirtilen kadrolu Belediye Personelinin yükümlü olduğu görevi fiilen yapmakta ise, halen yapmakta olduğu işe uygun hizmet şemasındaki kadronun en alt derecesine intibak ettirilebilir.

Davacı, 26/2010 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesindeki bu düzenlemeye dayanarak, Davalı Belediyede fiilen “Su İşleri Sorumlusu” olarak çalıştığını iddia ederek, “Su İşleri Sorumlusu” kadrosuna atanması gerektiğini,

İntibak Komisyonunun kendisini Su İşleri Sorumlusu kadrosuna atamayarak, Maliye Görevlisi Kadrosuna atamasının hatalı olduğunu iddia etmektedir. Davacı bu iddiasını desteklemek amacı ile kendisi şahadet vermiş ve bir de tanık celbetmiştir. Davacı, şahadetinde, Su İşleri Biriminde en az 10 yıldır Sorumlu olarak kendisinin görüldüğünü, bütün şikâyetlerin ve yazıların kendisine yöneltildiğini, evraklarda imzası bulunduğunu, fiilen “Su İşleri Sorumlusu” görevi yaptığını ve bu kadroya intibak ettirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Davacı kendisini Maliye Görevlisi Mevkii Barem 8’in 7. kademesine intibak ettiren İntibak Komisyonunun kararına, 20/12/2010 tarihli Emare 11 yazı ile itiraz ederek, fiilen yaptığı işleri bu yazıda belirtip, yaptığı işlerin “Su İşleri Sorumlusunun” görevleri olduğunu, bu nedenle Su İşleri Sorumlusu kadrosuna intibak ettirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu itirazında Davacı yaptığı işlerle ilgili şöyle demektedir:

“Takriben 4/9/2000 tarihinde Değirmenlik Belediyesinin 234/2000 sayılı işe başlamam hakkında bana bir belge gönderildi ve ben takriben o tarihlerde Değirmenlik Belediyesinde su işleri bölümünde çalışmaya başladım ve halen çalışmaktayım. Takriben 2002 Mayıs ayına kadar sayaç okuma ve makbuz kesme işi ile iştigal ettim. Bu tarihten sonra bana yapmış olduğum işlerden başka yetkiler ve görevler verilmeye başlandı ve halen belediyede Su İşleri Sorumlusu durumundayım ve emrimde ve/veya altımda halen başka adamlardan da sorumluyum. Değirmenlik Belediyesinin sorumlu olduğu takriben 19 adet bölge bulunmaktadır ve bu köylerin ve/veya bölgelerin tüm su, arıza işlerinden sorumluyum. Şöyle ki: su faturalarının hazırlanması, sayaçların okunması, en son ödeme tarihlerinin belirlenmesi, sayaçların okunmasından sonra el terminallerinin bilgilerinin içeriye alınması ve/veya programa aktarılması ve faturalandırılması, köylerdeki tahsilata ne zaman gidileceği, temizlik, aydınlatma, sağlık resim ve harçlarının faturalandırılması, Sayıştay’a belediyeye denetleme için geldiğinde su, temizlik, aydınlatma, sağlık, meslek vergileri konusunda denetime giren

konularda muhatap olan ve yardımcı olan, meslek vergilerinin listelerinin hazırlanması ve meclise sunulması ve onaylandıktan sonra da faturalandırılması ve bunlarla ilgili herhangi bir aksaklık durumunda çözümünü sağlarım. Ekteki belgelerden de görüleceği üzere diğer dairelerden ve/veya belediye başkanı tarafından bana Su İşleri Sorumlusu'nun görevleri de verilmekte ve/veya yaptırılmaktadır. Ayrıca benim yaptığım işleri yapacak olan kişi ve/veya kişilerin olmaması nedeniyle yıllık izne çıkmakta dahi zorluklar yaşamaktayım ve intibakım yapılırken bunların da göz önünde bulundurulması gerekirdi inancındayım.”

Davacının intibak ettirildiği Maliye Görevlisi Hizmet Şeması ile intibak ettirilmesini talep ettiği Su İşleri Sorumlusu Hizmet Şeması ve bu kadrolardaki Görev Yetki ve Sorumluluklar şöyledir:

“MALİYE GÖREVLİSİ KADROSU HİZMET ŞEMASI

Kadro Adı : Maliye Görevlisi
Hizmet Sınıfı : Muhasebe ve Mali Hizmetler Sınıfı
Derecesi : IV (İlk Atanma Yeri)
Maaş : Barem 6-7-8

I. GÖREV, YETKİ VE SORUMLULUKLARI:

- (1) Amirlerinin emir ve direktifleri çerçevesinde muhasebe ve vergi işlerini düzenli bir şekilde yürütür;
- (2) Toplanan paraları teslim alır ve yürürlükteki mevzuata uygun olarak bankaya yatırır;
- (3) İlgili kayıt ve defterleri Mali Kurallar gereğince tutar ve kamu parasını idare ve muhafaza eder;
- (4) Sayaç okur, tartı işini yapar; vergi, resim ve sair gelirleri tahsil eder;
- (5) Tahsilatla ilgili kontrol ve takip işlerini yürütür;
- (6) Ambar işleri, envanter ve demirbaş kayıtlarını ilgili mevzuata göre yapar;

- (7) Amirleri tarafından verilecek diğ er uygun görevleri yapar; ve
(8) Görevlerinin yürütülmesinden amirlerine kar   sorumludur.”

**“SU İ LERİ SORUMLUSU KADROSU
HİZMET ŞEMASI**

27/2009

Kadro Adı : Su İ leri Sorumlusu
Hizmet Sınıfı : Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri
Sınıfı
Derecesi : I (Yükselme Yeri)
Maaş : Barem 16

I. GÖREV, YETKİ VE SORUMLULUKLARI:

- (1) İçme ve kullanma suyu ile ilgili bilumum görevlerin düzenli yürütülmesinden sorumludur;
- (2) Maiyetindeki personelin çalışmalarını devamlı surette takip ve kontrol eder, onlara yardımcı olur;
- (3) Amirleri tarafından verilecek diğ er uygun görevleri yapar; ve
- (4) Görevlerinin yürütülmesinden amirlerine kar   sorumludur.”

Emare 11 itiraz dilekçesinde, Davacının fiilen yaptığını belirttiğ i i ler, Maliye Görevlisi Hizmet  emasındaki, Maliye Görevlisinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile kıyaslandığı zaman, Davacının fiilen yaptığını i lerin, Maliye Görevlisinin görev, yetki ve sorumlulukları içerisinde olan i ler olduğu ortaya çıkmaktadır. Su İ leri Sorumlusu Kadrosu Hizmet şemasına göre, Su İ leri Sorumlusunun görevi, içme ve kullanma suyu ile ilgili bilumum görevleri düzenli olarak yürütmektir. Belediye Başkanı ve İntibak Komisyonu  yesi Osman I ısal’ın  ahadetine göre, Su İ leri Bölümü, su dağıtımı için proje yapan, su borusu d  eyen, su tesisleri yapan, kuyudan depolara, depolardan köylere isale veya şebeke hatları d  eyen, bir beldenin su ihtiyaçlarını

karşlamak için tüm işleri yapan, olanakları sağlayan bölümdür. Su işlerinde çalışan kişiler, bu işleri yapmakta olan kişilerdir. Su İşleri Sorumlusu ise, bu işlerin yapılması ve yürütülmesinden sorumlu olan kişidir. Davacının yaptığı işler, Su İşleri Bölümünün yaptığı işler değildir. Belediye Başkanı olarak, Davacıya, hiçbir zaman Su İşleri Sorumlusu görevi verilmemiştir. Davacı, su sayaçlarının okunduğu bir kısımda çalışmaktadır. Kendisine herhangi bir sorumluluk verilmemiştir. Sadece halkla teması olan bir yer olduğu için, bu temasları Davacı ve Mustafa Üçüz isimli birisi yapmaktadır. Davacı ve Mustafa Üçüz, bu kısımda çalışanların, yani sayaç okuyucularının içeride kalan sorumlusudur. Bu şahadet ışığında da, Davacının fiilen yaptığı işlerin, Su İşleri Sorumlusunun görev, yetki ve sorumlulukları içindeki işler olmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı, İntibak Komisyonuna iletmek üzere yazdığı ve intibakının yapılmasını talep ettiği 17/8/2009 tarihli Emare 3 yazı ile 4/9/2000 tarihinde Değirmenlik Belediyesinde göreve başladığını ve halen Maliye Bölümünde görev yaptığını bildirip intibakının buna göre yapılmasını talep etmiştir. Değirmenlik Belediye Başkanı, 21/8/2009 tarihinde intibaklar hakkında İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığına yazdığı bir yazı ile, 4/9/2000 tarihinde Değirmenlik Belediyesinde çalışmaya başlayan Davacının, halen Maliye Bölümünde Tahsildar görevini ifa ettiğini bildirmiştir. Emare 3 ve 4 yazılar da, Davacının intibak tarihinde Maliye görevlisi olarak fiilen görev yaptığını göstermektedir.

Belirtilenler ışığında, Davacının fiilen yaptığı işlerin, Maliye Görevlisinin yaptığı ve Maliye Görevlisinin görev, yetki ve sorumlulukları içerisinde olan işler olduğu, Su İşleri Sorumlusunun görev, yetki ve

sorumlulukları içerisinde olmadığı nedeniyle, İntibak Komisyonunun, Davacıyı IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkii, Barem 8'in 7. kademesine intibak ettiren 1/12/2010 tarihli kararı, dava ile ilgili yasal mevzuata uygun olup, hükümsüz veya etkisiz kılınmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.

Ek Davalı İntibak Komisyonunun, Davacının 20/12/2010 tarihli IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkii Barem 8'in 7. kademesine intibak ettirilmesine ilişkin itirazını reddeden ve IV. Derece Maliye Görevlisi Mevkiine yapılan intibakın aynen devam etmesi yönündeki 24/1/2011 tarihli kararının da yukarıda belirtilenler ışığında, hükümsüz ve etkisiz kılınması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

Netice itibarı ile Davacı, davasında başarılı olamamıştır. Bu nedenle Davacının davası ret ve iptal edilir.

Davanın kendine has olgularını dikkate aldıktan sonra masraf emri verilmez.

Talât D. Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

10 Nisan, 2014

D.15/2014

YİM:156/2011

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında.

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

Davacı: Pelin Abbasoğlu, Yetkili Vekili Alper Abbasoğlu
vasıtasıyla Şht.Ahmet Beyaz Sok.No:3-Güzelyurt

-ile-

Davalılar: 1-Turizm Çevre ve Kültür Bakanlığı vasıtasıyla KKTC
Lefkoşa

2-Maliye Bakanlığı vasıtasıyla KKTC Lefkoşa

3-Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı vasıtasıyla
KKTC Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Vehit Nekipzade ve Avukat Ahmet Nazım adına
Avukat Fadıl Nekipzade

Davalılar namına:Başsavcı Yardımcı Muavini Necla Şenol.

Davacı Güzelyurt Halk Kütüphanesinde ikinci sınıf katip olarak çalışmaktaydı – Daha sonra Güzelyurt Türk Maarif Kolejine okul sekreteri olarak atandı – Turizm Bakanlığı Davacıyı eski görevine geri çağırdı – Davacının buna icap etmemesi üzerine maaşından kesinti yapıldı – Davacı Yüksek İdare Mahkemesinde bir dava açarak kesinti yapılmasının ihmal olduğunu iddia etti ve kesintinin ödenmesi için emir talep etti – Yüksek İdare Mahkemesi, Davacının maaşından kesinti yapma kararının aleyhine iptal davası açması gerektiğini bunu yapmayarak ihmal davası açmasının hatalı olduğunu belirtti – Kesintinin ödenmesi ile ilgili davanın ise Kaza Mahkemesi'nde açılması gerektiğini belirten YİM, davayı iptal etti.

Yönetmelik karar verilen bir konuda ihmal davası açmanın hatalı olması
– İptal davası açılması gereği – Maaş ödenmesi için yapılan talebin Kaza Mahkemesi'nde açılması gereği.

K A R A R

Talât D.Refiker: Davacı, yetkili vekili vasıtasıyla ikâme ettiği bu davada, dava ile ilgili zamanlarda, Turizm Çevre ve Kültür Bakanlığına bağlı Güzelyurt Halk Kütüphanesinde III.Derece II'nci Sınıf Kâtip olarak çalışmaktayken, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığının 17.3.2011 tarihli yazısı ile, 21.3.2011 tarihinden itibaren Güzelyurt Türk Maarif Kolejinde okul sekreteri olarak görev yapmaya başlamış ve bilâhare Davalı No.(1)'in 23.5.2011 tarihli yazısı ile eski görevine çağırılmıştır. Buna icabet etmemesi halinde hakkında yasal işlem başlatılacağına kendisine bildirilmiş olmasına karşın, eski görevine dönmeyen ve maaş kesintilerinin uygulanmaya başlanmasıyla, 25.7.2011 tarihinde mezkûr görevine dönen Davacı, Davalılar aleyhine ikâme ettiği bu davada aşağıda belirtildiği şekilde;

- A) Davalıların, Davacının Haziran 2011, Temmuz 2011 ve Ağustos 2011 (kısmen) maaşları tutarı olan toplam (sırası ile 3,331.55 + 3,331.55 + (3,331.55-49.55) 3,282.00=) 9,945.10 TL'yi Davacıya ödememelerinin, yapılmaması gereken bir ihmal olduğu hususunda;
- B) Davalıların önceki paragrafta belirtilen ihmalleri nedeni ile Davacıya ödemedikleri toplam 9,945.10 TL'nin Davacıya ödenmesi ve/veya ödenmesi gerektiği zımında

karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalılar tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde, ön itiraz olarak, Yüksek İdare Mahkemesinin, Davacının Talep Takririnin (B) paragrafındaki istemi hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığı belirtildikten sonra, Davalı No.(1)'in Müdürü tarafından, Davacının asli görev yeri olan Güzelyurt

Halk Kütüphanesinden Güzelyurt Türk Maarif Kolejine görevlendirilmesine ilişkin yazılı talebinin sonuçlanmasını beklemeden, Güzelyurt Türk Maarif Kolejinde görev yapmaya başlayan ve mezkûr talebinin sonuçsuz kalması üzerine de kendisine yapılan yazılı bildirime rağmen eski görev yerine 2.5.2011 tarihi itibarıyla dönmemesi üzerine, Personel Dairesi Müdürünün 6.7.2011 tarihinde Kültür Dairesi Müdürlüğüne bir yazı yazarak Davacının göreve gelmediği günler ve saatler için aylık maaşından kesinti yapılması gerektiğinin bildirilmesinden sonra, Talep Takririnin (A) ve (B) paragraflarına konu olan maaş kesintilerinin yapıldığı ve bu bağlamda Davacının davasının yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle ret ve iptal edilmesi talep edilmektedir.

Davanın yapılan duruşmasında, Davacı ve vekili şahadet vererek, bir tanık dinletmiştir. Davalılar ise dört tanık dinletmişlerdir. Bilâhare ise Talep Takriri ve Müdafaa Takririnde ileri sürdükleri iddialar doğrultusunda Mahkemeye hitap etmişlerdir.

Gerek Davacı ve gerekse vekili, şahadetleri sırasında, maaş kesintilerinin sebebini bilmediklerini belirtmeleri bağlamında, Davacının bu konuda Davalılara sözlü veya yazılı olarak başvuruda bulunup, 2011 yılının Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarına ait olan aylık maaşlarında yapılan kesintilerin sebebini arama cihetine gitmediklerini iddia ettikleri ve buna bağlı olarak davasındaki taleplerini ihmale dayandırdıkları görülmektedir.

Davacının Güzelyurt Türk Maarif Kolejinde okul sekreteri olarak görev yapmasına ilişkin olan ve Emare 16 olarak kayda geçen yazı şöyledir:

”

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ
MİLLÎ EĞİTİM GENÇLİK VE SPOR BAKANLIĞI
GENEL ORTAÖĞRETİM DAİRESİ MÜDÜRLÜĞÜ

Sayı:GOÖ.0.00.82/10/11-1007

17.03.2011

Sayın Pelin Abbasoğlu,

İlgi:TÇKB.0.00.534/09-11/259 sayılı ve 17.3.2011 tarihli yazısı.

Kadro ve statünüzde herhangi bir değişiklik olmaksızın 21 Mart 2011 tarihinden itibaren müdürlüğümüze bağlı Güzelyurt Türk Maarif Koleji'nde okul sekreteri olarak görev yapmanız müdürlüğümüzce uygun görülmüştür.

Bilgi ve gereğini saygı ile rica ederim.

Mehmet S.Kortay
Müdür

Dağıtım:Turizm, Çevre ve Kültür Bakanlığı
Güzelyurt Türk Maarif Koleji.

”

Davacının 2.5.2011 tarihinden itibaren eski görevine devam etmesini öngören ve Emare 15 olarak kayda geçen yazı aynen şöyledir:

”

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ
TURİZM ÇEVRE VE KÜLTÜR BAKANLIĞI

SAYI:TÇKB.0.00-1/01/8-11/618
Konu:Görevlendirilmeniz hk.

27 Nisan 2011

Sayın Pelin Abbasoğlu,
III.Derece II.Sınıf Kâtip
Güzelyurt.

2 Mayıs 2011 tarihinden itibaren bağılı olduğunuz Kùltür Dairesi Mùdùrlùğü'nùn Gùzelyurt Kùtùphanesinde ònceki görevinize devam edeceğinizi tarafınıza bildirir, gereğini rica ederim.

Levent TUĞBERK
Bakanlık Mùdùrtù

Dağıtım:Genel Orta Eğitim Dairesi Mùdùrlùğü
Kùltür Dairesi Mùdùrlùğü

”

Davacının Emare 15'deki yazıya rağmen eski görev yerine dònmemesi ùzerine kendisine gönderilen ve Emare 13 olarak kayda geçen yazı ise aynen şöyledir:

”

KUZEY KIBRIS TÙRK CUMHURİYETİ
TURİZM, ÇEVRE VE KÙLTÙR BAKANLIğI
KÙLTÙR DAİRESİ MÙDÙRLÙĐÙ

Sayı:KLD.0.00.08/11-195
Konu:Görevlendirmeniz hk.

23 Mayıs 2011

Sayın Pelin Abbasoğlu,
III.Derece II.Sınıf Kâtip
Gùzelyurt.

İlgi:Turizm, Çevre ve Kùltür Bakanlığı'nın TÇKB.0.00-1/01/8-11/618 sayı ve
27 Nisan 2011 tarihli yazısı.

İlgi yazı ile tarafınıza bildirilen ve 2 Mayıs 2011 tarihinden itibaren bağılı bulunduğunuz Kùltür Dairesi Mùdùrlùğü'nùn Gùzelyurt Halk Kùtùphanesi'ndeki ònceki görevinize devam edeceğinizi bildiren yazının gereğini yerine getirmemiş olduğunuz tespit edilmiştir.

24 Mayıs 2011 tarihinden itibaren Gùzelyurt Halk Kùtùphanesindeki görevinize devam etmeniz gerektiğini, aksi halde hakkınızda yasal işlem başlatılacağını tarafınıza ivedilikle rica ederim.

Derviş BEYİT
Mùdür

Dağıtım:Turizm, Çevre ve Kùltür Bakanlığı
GENEL Orta Òđretim Dairesi Mùdùrlùğü.

”

Personel Dairesi Müdürü tarafından Kültür Dairesi Müdürlüğüne
gönderilen ve Emare 14 olarak kayda geçen yazı aynen şöyledir:

”

K.K.T.C
BAŞBAKANLIK
PERSONEL DAİRESİ MÜDÜRLÜĞÜ

Sayı:PER.0.00-K.100/16/1128

6 Temmuz 2011

Konu: Pelin Abbasoğlu hakkında.

Kültür Dairesi Müdürlüğü,
Lefkoşa.

İLGİ:KLD.0.00.08/11-219 SAYILI VE 30 Mayıs 2011 tarihli yazınız.

İlgi yazınız Dairemizce incelenmiştir. Ancak, Dairenizde görevli III.Derece II.Sınıf Kâtip Pelin Abbasoğlu'nun, tüm ikazlara rağmen görev yerine hala gitmediği, herhangi bir izin almadan ve izin formu doldurmadan, bu günlerde yurt dışında olduğu bilgimize getirilmiştir.

7/1979 Sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 13(1) maddesi:

“Kamu görevlileri, çalışma saatlerinde görev yerinde bulunurlar ve amirlerinden izin almadan görev yerinden ayrılmazlar.”
hükmüne amirdir.

Ayrıca aynı Yasa'nın 121.maddesi de:

“...Kamu görevlilerinin özürsüz ve izinsiz çalışma saatlerine uymayıp görev yerinden ayrılması veya görev yerine gelmemesi halinde, görev başında bulunmadığı günler veya saatler için aylık maaş veya ücret gerçekleştirilemez.”
hükmüne amirdir.

Yukarıdakiler ışığında, görev yerine gelmediği günler için, III.Derece II.Sınıf Kâtip Pelin Abbasoğlu'na maaş **ödenmemesinin** yasal zorunluluk olduğunu, gereği için bilgilerinize saygılarımla rica ederim.

Zilha MENENT
Personel Dairesi Müdürü

Dağıtım:
Turizm, Çevre ve Kültür Bakanlığı,
Sayıştay Başkanlığı,
Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı.

”

Davacının Emare 15'deki yazılı bildirime rağmen, eski görev yeri olan Güzelyurt Kütüphanesine gitmediğini ve 24.5.2011 tarihine kadar da mezkûr görev yerinde mesai yapmaya başlamaması halinde hakkında yasal işlem başlatılacağına Emare 13'deki yazı ile kendisine bildirilmesine karşın, Davacının 24.5.2011 tarihinde göreve başlamaması karşısında aylık maaş kesintilerinin yapılmaya başlandığını ve eski görev yerine 25.7.2011 tarihinde mesai yapmaya başlaması üzerine de aylık maaş almaya başladığını göz önünde bulundurduğumuz zaman, Davacının, 'mezkûr maaş kesintilerinin sebebini bilmiyorum' şeklindeki şahadetinin inandırıcı olmadığı; yukarıda belirtilenler ışığında ise, Davacının bilgisinde olduğuna inandığımız ve **"eski görev yerine gitmediği günler için yapılan maaş kesintilerine ilişkin olan idari işlemi"** dava konusu yapmayıp, iddia ve taleplerini Davalıların var olmayan ihmallerine bağlamakla ve davasını bu şekilde ikâme etmekle hatalı hareket ettiği sonucuna varmaktayız. Bu bakımdan, Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebinin ret ve iptal edilmesi gerekmektedir.

Davacının (B) paragrafındaki talebinin (A) paragrafı ile ilgili olması bağlamında, bu talebinin de reddedilmesi kaçınılmazdır.

Hemen belirtmeliyiz ki, Anayasa'nın 152'nci maddesinin 6'ncı paragrafında bahsi geçen 'Mahkemenin' Kaza Mahkemesi olduğuna kuşku yoktur. Bu bağlamda ise, Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebinde başarılı olması halinde dahi, yapılan maaş kesintilerinin Davacıya ödenmesi konusunda karar verilmesine, Anayasa'nın 152'nci maddesi cevaz vermemektedir.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilenler ışığında, Davacı davasında başarılı olamadığından davası ret ve iptal edilir.

Davanın niteliği itibarıyla masraf emri verilmez.

Talât D.Refiker
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

11 Nisan, 2014

D. 16/2014

YİM 69/2010

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Anayasanın 152. maddesi hakkında.

Yargıç Ahmet Kalkan Huzurunda.

Davacı : Simay İnceler, Gülseren Kışlası Yolu Hazal Apt. Kat.3
No.5, Mağusa.

ile

Davalı : 1. Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, DAÜ, Gazi Mağusa.

2. Doğu Akdeniz Üniversitesi Vakıf Yöneticiler
Kurulu, DAÜ, Mağusa.

3. Doğu Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü, DAÜ, Gazi
Mağusa.

4. Doğu Akdeniz Üniversitesi, DAÜ, Gazi Mağusa.

A r a s ı n d a.

Davacı namına : Avukat Hasan Esendağlı hazır.

Davalılar namına : Avukat Fuat Veziroğlu hazır.

Davacı Doğu Akdeniz Üniversitesi'nde Yabancı Diller bölümünde öğretim görevlisi olarak çalışıyordu – Öğrenci azlığı nedeniyle Davacının görevine son verildi – Davacı YİM'de bir dava açarak görevden durdurulma kararının iptalini istedi – Davalı, Davacının Öğrenci İşleri Müdürlüğü'nde kendisine teklif edilen başka bir işi kabul ettiğini dolayısıyla verilmiş olan karara karşı itiraz etme hakkını yitirdiğini ileri sürdü – YİM, Davacının devamlı akademik personel statüsünde bulunduğunu dikkate aldı – Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 42. maddesini inceleyen YİM,

Davacının fiilen öğrenci işlerinde çalıştırılmış olmasının haklarını yitirmesine neden olmadığı kanısına vardı ve üniversite ile ilişkisini kesen kararı iptal etti.

Akademik personelin görevine son verilmesi – Davacının üniversitedeki başka bir görevi kabul etmesinin haklarını yitirme sebebi olmaması – Akademik Personel Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 42. maddesi – Müdafaa hakkı alınmadan karar verilmesinin doğru olmaması – Devamlı akademik personel olan bir kişinin görevden durdurulmasında azalan öğrenci sayısının etken olmaması.

H Ü K Ü M

Ahmet Kalkan : Doğu Akdeniz Üniversitesinde akademisyen olarak çalışan Davacı, Üniversite ile ilişkisinin kesilmesi üzerine, Davalılar aleyhine bu davayı dosyaladı.

TALEP:

Davacı, Davalılar aleyhine aşağıdaki gibi karar verilmesini talep etmektedir:

- A- Doğu Akdeniz Üniversitesi (DAÜ) Rektörlüğü tarafından 1.7.2010 tarih ve 250/506/2751 sayılı yazı ile Davacıya bildirilen ve Doğu Akdeniz Rektörlüğünün önerisi ile Vakıf Yöneticiler Kurulunun 30.6.2010 tarih ve 09-10/27-4 sayılı kararı doğrultusunda, 13.8.2010 tarihi itibarıyla DAÜ ile ilişkisinin sonlandırılmasına ilişkin kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına hüküm verilmesi.

TALEP TAKRİRİ:

Davacı, Avukatı vasıtasıyla dosyaladığı talep takririnde, davasını dayandırdığı hukuki esasları belirttikten sonra, özetle, 1.10.1994 tarihinde DAÜ’de Yabancı Diller ve İngilizce Hazırlık Okulu Bölümünde, Öğretim Görevlisi olarak tam zamanlı kadrolandığını ve çalışmaya başladığını, aynı ders yılının sonunda, İngilizce Yeterlilik Sınavının yazı bölümünün sorularının bilinmeyen şahıs ve/veya şahıslar tarafından satıldığı veya sızdırıldığı dedikodularının çıktığını, yapılan polis araştırmasında soruların satıldığı veya sızdırıldığı iddialarının gerçek olduğunun saptandığını, kendisinin sorumlu tespit edilmemesine rağmen, 2006-2007 öğretim yılında görev yerinin turizm bölümüne değiştirildiğini, 2008 yılında eski bölümüne çağrıldığını, 28.4.2010 tarihine kadar Yabancı Diller ve İngilizce Hazırlık Okulu Bölümünde çalıştığını, bu tarihten itibaren Öğrenci İşleri Müdürlüğünde görevlendirildiğini, 1.7.2010 tarihinde aldığı bir yazı ile azalan öğrenci sayısı, zayıf eğiticilik/öğreticilik ve kayda geçen disiplinsizlikleri gerekçe gösterilerek işine son verildiğini, hukuka aykırı bir şekilde, müdafaası alınmadan ve haklı bir gerekçe olmadan alınan ilişik kesme kararının iptali gerektiğini iddia etti.

MÜDAFAA TAKRİRİ:

Talep Takriri Davalılara tebliğ edildikten sonra, meselenin taraflar arasında mahkeme dışı çözümlenmesi için görüşmeler sürdürüldü. Bu görüşmelerden netice alınamaması üzerine, Davalılar, Avukatları vasıtasıyla 10.2.2012 tarihinde müdafa dosyaladılar. Davalılar Avukatı, daha sonra müdafa takririni tadil etti. Davalılar, 19.10.2012 tarihinde tadil edilmiş müdafa takrirlerinde özetle, ilişik kesme kararının hukuka aykırı alınmadığını; Davacının Devamlı Personel ve/veya Öğretim Üyesi olmadığını; işten

çıkarılma tarihinde başka bir görevde olduğunu; bunu kendisinin de kabul ettiğini; işten durdurulma gerekçelerinde yazılanların doğru olduğunu, Davacının Devamlı Personel Statüsüne geçirilmesinin yetkisizce yapılmış, yok hükmünde bir işlem olduğunu; Davacının davasında haklı olamayacağını, bu nedenle davanın iptali gerektiğini ileri sürdü.

OLGULAR:

Davanın duruşmasında taraflar tanık çağırmadılar, olgularda uzlaştılar ve 20 adet yazılı belgeyi 1'den 20'ye kadar sayılandırarak Mahkemeye sundular.

Dava ile ilgili olgular aşağıdaki gibidir:

Davacı bir akademisyen olup, 1.10.1994 tarihinde DAÜ Yabancı Diller Hazırlık Okulunda tam zamanlı Öğretim Görevlisi olarak çalışmaya başladı.

Davacı sözleşmeli olarak çalışmaya başladığı DAÜ'de, Devamlı Personel Statüsüne geçmek üzere başvurdu. Başvurusu Devamlı Personel Değerlendirme Komisyonu tarafından değerlendirildikten sonra, 20.4.2006 tarihinde, 06/440-1 sayılı Vakıf Yöneticiler Kurulu kararı ile toplam 249 kişi ile birlikte Devamlı Personel Statüsüne geçirildi.

Davacı, 30.4.2010 tarihinden itibaren, DAÜ Rektörlük makamının görüş ve önerileri doğrultusunda işten çıkarıldığı 1.7.2010 tarihine kadar, DAÜ Öğrenci İşleri Müdürlüğünde görev yaptı. Bu süre zarfında, Davacının kadrosunda değişiklik olmadı ve Devamlı Personel Statüsünde Öğretim Görevlisi kadrosunda bulunmaya devam etti.

Davacı, öğrenci işlerinde görevlendirme kararını kabul etmiş, herhangi bir itirazda bulunmamıştır.

Davacıya, DAÜ Akademik İşler Rektör Yardımcısının imzası ile 1.7.2010 tarihli bir yazı gönderildi. Yazıda özetle, Üniversitenin azalan öğrenci sayısına paralel olarak, servis vermekte olduğu programlardaki öğrenci sayısının azalması ve/veya zayıf eğiticilik öğreticilik ve/veya kayda geçmiş tekrarlanan disiplinsizlik gerekçeleri ile hizmetine ihtiyaç duyulmaması gerekçeleri ile 30.6.2010 tarih ve 09-10/27-4 sayılı VYK kararı ile 13.8.2010 tarihinden geçerli olmak üzere, Üniversite ile ilişkisinin sonlandırıldığına karar verildiği Davacıya bildirildi.

Dava konusu bu karar alınırken ve/veya alınmazdan önce, Davacıya, herhangi bir söz ve/veya dinlenme ve/veya savunma hakkı verilmedi.

Davacının iş ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu karar, VYK tarafından alınmış olup, DAÜ Disiplin Kurulunun bu yönde bir kararı yoktur.

Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 9(E) bendinde öngörülen, Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği, bu davaya konu zamanlarda ve halen çıkarılmış değildir.

Davalılar tarafından Davacıya 1999 yılında iki kez, 2009 yılında bir kez yazılı uyarı cezası verilmiştir. Bunun yanı sıra, Davacıya, 26.10.2009 tarihinde, Yabancı Diller ve Hazırlık Okulu Müdürü tarafından teşekkür içerikli yazı verilmiştir.

Davacının görev yaptığı birimde, Davacıdan sonra Devamlı Personel Statüsüne getirilen ve ayrıca sözleşmeli çalışıp da görevine son verilmeyen personel mevcuttur.

İlgili zamanlarda, Davacı dışında, Devamlı Personel Statüsünde bulunan bazı öğretim görevlilerinin işine son verilmiş, 2009 yılından itibaren, hiçbir öğretim görevlisi Devamlı Personel yapılmamıştır.

Davacıya, talebi üzerine, DAÜ Personel İşleri Müdürlüğü tarafından 2.7.2010 tarihli yazı verilmiştir. Bu yazıda Davacının 13.8.2010 tarihinde görevinin sonra ereceği, işe başladığı tarih, statüsü ve sözleşme türü belirtilmiştir. **(Emare No.5)**

Davacının işten ayrılma bildirgesi, Davacı ve DAÜ adına Personel İşleri Müdürü Necdet İcıl tarafından imzalanarak ilgili Bakanlığa gönderildi.

Davacı, Devamlı Personel yapıldığı 20.4.2006 tarihine değin Sözleşmeli Personel olarak çalışmış ve sözleşmesi yıldan yıla veya zaman zaman VYK kararı ile uzatılmıştır.

Davacı, 1.7.2010 tarihli dava konusu yazıdan sonra, Davalılara 2.7.2010 tarihli yazıyı göndererek, DAÜ'deki görevinden durdurulması halinde, yine DAÜ'nün Yönetmelik Hizmetler Bölümünde ve/veya halen görev yaptığı Öğrenci İşleri Ofisinde görevlendirilmeyi talep etti.

İNCELEME:

Dava layihalarını, dava ile ilgili olguları ve ibraz edilen emareleri inceleyip değerlendirdim.

Doğal olarak bir davada, öncelikle Davacının hukuki argümanları incelenir ve bu argümanların davanın neticesine olan etkisi karara bağlanır. Ancak bu meselede Davalılar Avukatı, Davacının, aleyhindeki ilişik kesme kararını kabul ettiğini, bu nedenle davasının ileri gidemeyeceğini ileri sürdüğünden, öncelikle bu konunun karara bağlanması gerekmektedir.

Davalı Avukatı hitabında, Davacının, Emare No.6 yazı ile dava konusu ilişik kesme kararını kabul ettiğini, akademik personel olarak işten çıkarılacaksa, memur bölümüne alınarak memur kadrosunda çalışmayı teklif ettiğini, Emare No.5 ve No.6 yazılar birlikte değerlendirildiğinde, Davacı işten çıkarma kararını kabul ettiğinden, davanın reddi gerektiğini ileri sürmüştür.

Her şeyden önce bir idari işlemin veya kararın dava konusu olmaktan çıkarılabilmesi için, söz konusu işlem veya kararın ısdar edilen kişiye karşı olan olumsuz etkilerinin ortadan kalkmış olması gerekmektedir. Bu anlamda idari işlemin konusu hukuki varlığını koruduğu müddetçe, aleyhinde karar alınan kişinin **“kararı kabul ederim”** demesinin hukuki değeri yoktur.

Huzurumdaki davada, Davacının 1.7.2010 tarihinde işine son verilmesinden sonra, 2.7.2010 tarihinde, Davalılara Emare No.6 yazıyı yazarak, işten durdurulması halinde DAÜ’nün yönetsel hizmetlerinde görev yapmayı teklif ettiği bir gerçektir.

Emare No.5 yazı ise, Personel işleri Müdürü tarafından Davacıya verilen ve Davacının kadrosunun Öğretim Görevlisi, statüsünün tam zamanlı, sözleşme türünün ise Devamlı Personel olduğunu gösteren yazılı bir belgedir.

Her iki belgeyi birlikte değerlendirdiğimde, Davacının Emare No.6 yazı ile akademik personel sıfatının sonlandırılması halinde, yönetsel hizmetlerde çalışmayı istediğini veya teklif ettiğini kabul edebiliriz.

Hal böyle olmasına rağmen, Davalılar, Davacının Emare No.6 dilekçesini veya teklifini kabul etmediklerinden, Davacı aleyhindeki işten durdurma kararının konusu ortadan kalkmamış, Davacı yönetsel hizmetlerde görevlendirilmediğinden, hukuki statüsü de kendi rızası ile değişmemiştir. Bu anlamda, işten durdurma kararı, varlığını sürdürdüğü ve Davacının meşru menfaatini doğrudan doğruya ve olumsuz olarak etkilemeye devam ettiği cihetle, Davalı Avukatının iddiasını reddederim.

Davanın esasının incelenmesine gelince:

Davacı, mevcut olgulara göre, 20.4.2006 tarihinde Devamlı Personel Statüsüne geçmiş Akademik Personeldi.

Davacının işten durdurulduğu tarihteki statüsü Devamlı Personel olduğuna göre, Devamlı Personel Statüsündeki akademik personelin görevinin hangi hallerde sona ereceğini belirlemem gerekmektedir.

Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün 42. maddesi, **"akademik personel görevinin sona ermesi"** kenar başlığını taşımaktadır. Adı geçen madde aynen şöyledir:

- "42. a. Akademik Personelin kendi isteği ile görevden çekilmesi halinde.**
b. Akademik Personelin başvurusu ile yetkili makamlarca başka bir göreve atanması halinde.
c. Akademik Personelin emekliye ayrılması halinde.
d. Akademik Personelin sürekli kadroya adayken çalışmalarında yeterli gayreti göstermeyerek ilerlemediği nedeniyle, Rektörlükçe yapılacak yazılı istem üzerine, Vakıf Yöneticiler Kurulunca görevden uzaklaştırılması halinde.
e. Sözleşme ile görev yapan Akademik Personelin, sözleşmelerinin iptali veya yenilenmemesi halinde.
f. Akademik Personelin, disiplinsizlik nedeniyle, Görevden Durdurma Cezası alması halinde.
g. Akademik Personelin ölmesi halinde."

Davacı, statüsü gereği Devamlı Personel olduğundan, sözleşmesinin iptali veya yenilenmemesi söz konusu değildir. Konu madde kapsamında Davacının, görevden çekilmesi, kendi başvurusu ile başka göreve atanması, disiplinsizlik nedeniyle görevden durdurulma cezası alması veya ölmesi halinde görevi sona ermektedir.

Davacı fiilen öğrenci işlerinde çalıştırılmış olmasına karşın ve bu yönde müracaat etmesine rağmen kadrosu değiştirilmediğinden, işten durdurulduğu tarihte Devamlı Akademik Personel sıfatı devam etmekteydi.

Bu neticeden hareket ettiğimizde, tam zamanlı, Devamlı Personel Statüsündeki Davacının, görevinin sona ermesi için Tüzüğün 42(f) maddesine

göre, disiplinsizliğe bağılı olarak görevden durdurma cezası alması gerekmektedir.

Huzurumdaki olgulara göre, Davacının disiplinsiz bir çalışan olduğu, birçok kez yazılı uyarı cezası aldığı kanıtlanmış olmakla beraber, birden çok yazılı uyarı cezası alan bir çalışanın, görevden uzaklaştırma cezası almış gibi muamele görerek işten durdurulması hukuken mümkün değildir.

Buna göre, işten durdurulduğu tarihte, Devamlı Akademik Personel Statüsündeki Davacının, Tüzüğün 42. maddesindeki koşullardan biri oluşmadan işten durdurulması hukuka aykırı olduğundan, 13.8.2010 tarihi itibarıyla Üniversite ile ilişkisini kesen kararın iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Bunun dışında, itham edici nitelikte zayıf eğitimcilik ve kayda geçmiş disiplinsizlik gibi kusurlu davranışlar isnat edilerek Üniversite ile ilişkisi kesilen Davacının, müdafaası alınmadan işten durdurulması, yapılan işlemleri ve alınan kararı hukuka aykırı hale getirdiğinden, kararın ayrıca iptali gerekmektedir.

Azalan öğrenci sayısı, tam zamanlı, Devamlı Akademik Personel olan Davacının işten durdurulmasına sebep teşkil edemeyeceğinden, bu anlamda ilişik kesme kararı sebep yönünden hukuken sakattır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Davacı, davasında başarılı olmuştur.

SONUÇ:

Netice itibarıyla;

- A. Doğu Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 1.7.2010 tarih ve 250/506/2751 sayılı yazı ile Davacıya bildirilen; Doğu Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğünün önerisi ve Vakıf Yöneticiler Kurulunun 30.6.2010 tarih ve 09-10/27-4 sayılı kararı doğrultusunda, 13.8.2010 tarihi itibarı ile Davacının Doğu Akdeniz Üniversitesi ile ilişkisini sonlandıran kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına KARAR verilir.
- B. Mukayyitlik tarafından tespit edilecek dava masraflarının, Davalı No.4 tarafından ödenmesine emir verilir.

Ahmet Kalkan
Yargıç

17 Nisan, 2014

D.1/2014

YİM/İstinaf:1/2013
(YİM Dava No:26/2011)

Yüksek İdare Mahkemesinde.
Anayasanın 152'nci Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti: Talât D. Refiker, Hüseyin Besimoğlu, Mehmet Türker.

İstinaf eden: Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, D.A.Ü., Mağusa
(Davalı)
ile

Aleyhine istinaf edilen: Atiye Çırakoğlu, Karpaz Anayolu, No:9,
Bahçeler-İskele
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Fuat Veziroğlu ve Pınar Güzel
Aleyhine istinaf edilen Davacı namına: Avukat Hasan Esendağlı.

İstinaf, Yüksek Mahkeme Yargıcı Ahmet Kalkan'ın YİM 26/2011 sayılı
davada 3.12.2012 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı tarafından yapılmıştır.

Davacı Doğu Akdeniz Üniversitesi'nde yarı zamanlı personel olarak görev yapıyordu – Vakıf Yöneticiler Kurulu, Davacıyı devamlı personel statüsüne atadı fakat bir süre sonra bu kararını geri aldı – Davacı geri alma kararına karşı YİM'e başvurdu – Tek yargıçlı YİM, geri alma kararının hatalı olduğu kanısına vararak bu kararı iptal etti – Davalı geri alma kararını istinaf etti – YİM İstinaf Mahkemesi, yönetimin verdiği bir kararı hangi hallerde geri alabileceği üzerinde durdu ve verilen kararın makul bir süre içinde geri alınması gerektiği kanısına vardı – YİM İstinaf Mahkemesi, dört yıl sürenin makul olmadığı ve bu kadar aradan sonra yönetsel bir kararın geri alınamayacağı görüşünden hareketle istinafi reddetti.

Üniversitede yarı zamanlı çalışan Davacının devamlı personel statüsüne getirilmesi ve daha sonra bu kararın geri alınması – Yönetmelik bir kararın hangi hallerde geri alınabileceği tartışması – Yönetmelik bir kararın makul bir süre içinde geri alınması gereği.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- YİM 206/1991 – D.2/1994.
- 2- YİM 67/1990 – D.25/95.
- 3- YİM 108/2005 – D.1/2009.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

- 1- Kemal Gözler & Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, II. Baskı, Ekim 2011, sayfa 371.

KARAR

Talât D.Refiker:1997 yılında yarı zamanlı, 1998 yılından itibaren de, İletişim Fakültesinde, tam zamanlı şekilde Uzman Öğretim Görevlisi olarak sözleşmeli statüsünde çalışan ve 20.4.2006 tarihinde de Vakıf Yöneticiler Kurulu kararı ile “Devamlı Personel” statüsüne geçen Davacı, mezkûr kararın Vakıf Yöneticiler Kurulu kararı ile geri alındığının 4.1.2011 tarihli bir yazı ile kendisine bildirilmesi üzerine, Davalı aleyhine ikâme ettiği davada, bahsi geçen geri alma kararının hukuk dışı olduğunu iddia ederek, mezkûr kararın geçersiz ve hükümsüz kılınmasını talep etmiştir.

Davalı ise dosyaladığı müdafaa takririnde, Üniversitenin ”Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü’nün İstihdam Şekilleri“ başlığını taşıyan 9.maddesinin (e) paragrafına göre.....sözleşmeli personelin devamlı personel kadrolarına aktarılmasının, Senatonun önereceği ve Vakıf Yöneticiler

Kurulunun karara bağlayacağı Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği çerçevesinde yapılmasını öngördüğünü, Vakıf Yöneticiler Kurulunun ise, bu Yönetmeliğin yapılmasını beklemeden, 20.4.2006 tarihinde Davacıyı Devamlı Personel kadrosuna atadığını, daha sonra görev değişikliği bağlamında yeniden oluşturulan Vakıf Yöneticiler Kurulunda, Davacının Daimi Personel kadrosuna aktarılmasına ilişkin olan kararının, bahsi geçen Tüzük maddesine aykırı olması nedeniyle, ağır yetki gasbı veya fonksiyon gasbı ile alınmış bir karar olduğunu ve buna bağlı olarak zamanın Vakıf Yöneticiler Kurulunun Davacı hakkındaki mezkûr kararının geri alınmasına karar verildiğini, İdarenin yanlış veya yasalara veya mevzuata aykırı olarak aldığı bir kararı her zaman geri alma hakkı olduğunu belirtmekte ve buna bağlı olarak davanın ret ve iptal edilmesini talep etmektedir.

Davayı dinleyen Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi ise, Davacıyı Devamlı Personel statüsüne geçiren Davalının 20.4.2006 tarih, 05-06/21-18 sayılı kararının, Yönetimin açıkça yapamayacağı yoklukla malûl veya geri alınabilir nitelikte hatalı bir işlem olmadığına ilişkin bulgusu sonucunda, Davalının, Davacıyı Devamlı Personel statüsünden çıkaran 30.12.2010 tarih ve 10-11/9(a)-1 sayılı kararının hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve hiçbir sonuç doğuramayacağına karar vermiştir.

Bu karar aleyhine İstinaf Eden/Davalı tarafından dosyalanan istinaf ihbarnamesinde ise, istinaf sebepleri şunlardır:

1. Bidayet Mahkemesi takriben 20/4/2006 tarihli kararın yok hükmünde ve/veya hukuka ve/veya yasaya açıkça aykırı olmadığına ve/veya dava konusu karar alınırken ağır yetki gasbı veya fonksiyon gasbı olmadığına ve/veya dava konusu yönetmeliğin çıkarılmamasının ancak şekil unsurundaki bir eksiklik olduğuna

ve/veya yetki gasbı yaratmadığına ve/veya yönetimin açıkça yapamayacağı ve/veya geri alınabilir nitelikte hatalı bir işlem olmadığına ve/veya ilgili kararı yoklukla malûl kılacak kadar ağır bir sakatlık yaratmadığına ve/veya sebep ve/veya maksat açısından yasa ve/veya tüzüğe uygun olduğuna karar vermekle ve/veya bulgu yapmakla ve/veya dava konusu 30/12/2010 tarihli kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve hiçbir sonuç doğurmayacağına hükmetmekle hata etmiştir. Çünkü Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün geçici 2.maddesini yanlış yorumlamış ve/veya değerlendirmiş ve/veya söz konusu maddenin 1.fikrasının sadece ilk 4 bendini dikkate almış ve/veya (e) bendini ve/veya geçici 2.maddenin 2.fikrasını dikkâte almamıştır. Oysa bunları da dikkâte alması gerekme-tydi. Zira devamlı personel kadrosuna alınabilmek açısından bunlar da mevzuatın şart koyduğu unsurlardı.

2. Bidayet Mahkemesi Davacının devamlı personel statüsüne ve/veya kadrosuna geçme açısından bütün şartları haiz olduğuna ve/veya Davacının devamlı personel statüsüne geçiş niteliklerini haiz olmadığına ilişkin herhangi bir iddia yapılmadığına karar vermekle ve/veya bu doğrultuda bulgu yapmakla ve/veya ilgili tüzüğün 9(e) maddesini gereğince ve/veya yeterince irdeleyip değerlendirmemekle ve/veya söz konusu maddeye ilişkin olarak Davalı Avukatının vurguladığı hususları dikkâte almamakla ve/veya değerlendirmemekle hata etmiştir.

Çünkü:

- a) Müşterek olgulara göre Davacı takriben 1998 yılından beri DAÜ'de sözleşmeli personel olarak çalışmaktaydı ve sözleşmeleri yıldan yıla yenilenmekteydi.
- b) Devamlı personel olabilmek için en az 6 yıl sözleşmeli olarak çalışmak gerekme-tydi.
- c) Sözleşmelerin yıldan yıla yenilenmesi de diğer hususların yanısıra yönetmelik yapılması şartına bağlanmıştı.
- d) Oysa Davacının sözleşmelerinin uzatıldığı zamanlarda da ilgili yönetmelik yapılmamıştı ve/veya sözleşmelerin uzatılması açıkça hukuka aykırı ve/veya ağır yetki gasbı niteliğindeydi. Dolayısıyla Davacının devamlı personel statüsüne geçirilmesine ilişkin şartlar bu açıdan da tahakkuk etmemişti.

3. Bidayet Mahkemesi Davacı lehine ve Davalı aleyhine hükmetmekle hata etmiştir. Çünkü paralellik ilkesini yanlış yorumlamıştır ve/veya dikkâte almamış ve/veya yeterince irdeleyip değerlendirmemiştir.

Oysa dava konusu 30/12/2010 tarihli karar paralellik ilkesine de uygun olarak üretilmişti.

İstinafin duruşmasında, İstinaf Eden/Davalı, 2.istinaf sebebinde ısrarcı olmadığından, bu istinaf sebebi ret ve iptal edilmiştir.

Yukarıda yer alan, 1.istinaf sebebinden de görüleceği üzere, Tek Yargılı Yüksek İdare Mahkemesinin, bahsi geçen Yönetmeliğin, yani Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği'nin çıkarılmamasını, şekil unsurundaki bir eksiklik olarak değerlendirmesi ve Vakıf Yöneticiler Kurulunun 20.4.2006 tarihli dava konusu kararının, ağır yetki gasbı veya fonksiyon gasbı sonucunda alınmaması nedeniyle, bu kararın yoklukla malûl kılınamayacağı şeklindeki bulgusunun, hatalı olduğu iddia edilmektedir.

İstinaf Eden/Davalı, Üniversitenin Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü'nün "**Devamlı Personel**" olma koşulları ve yöntemini düzenleyen 9(d)ve(e) maddesi aynen şöyledir:

9. a.
- b.
- c.
- d. Devamlı Personel olarak istihdam, en az altı yıl Sözleşmeli Akademik personel olarak çalıştıktan sonra sözleşmesiz ve sürekli olarak yapılan ve "Muvazzaf Tekaüdiyeli" kadroda olmayan atamadır.
- e. Akademik personelin sözleşmelerin uzatılması, **sözleşmeli personelin Devamlı Personel kadrolarına aktarılması** ve Devamlı Personel kadrosundan hangi koşullarda çıkarılacağı Senatonun önereceği ve Vakıf Yöneticiler Kurulu'nun karara bağlayacağı **Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği çerçevesinde yapılır.**"

Sözleşmeli statüde çalışmış akademik personelin Devamlı Personel kadrolarına alınmasına ilişkin olan Tüzüğün geçici 2.(e) maddesi ise aynen şöyledir:

”2.(e) Akademik personelin sözleşmelerinin uzatılması, **sözleşmeli personelin Devamlı Personel kadrolarına aktarılması** ve Devamlı Personel kadrosundan hangi koşullarda çıkarılacağı bu Tüzükte yer alan 9(e) maddesi uyarınca yürütülür.“

Görüleceği üzere, yukarıda yer alan her iki maddedeki düzenlemeye göre, sair şeyler meyanında, sözleşmeli personelin Devamlı Personel kadrolarına aktarılması senatonun önereceği ve Vakıf Yöneticiler Kurulunun karara bağlayacağı Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği çerçevesinde yapılır. Ne var ki, gerek ilgili tarihte ve gerekse halen, bahsi geçen Yönetmeliğin yapılmamasına karşın, Tüzükte yapılan tadilatın Resmi Gazete’de yayınlandığı 18.4.2006 tarihinden sonra, Vakıf Yöneticiler Kurulunun 20.4.2006 tarihli kararı ile Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, Devamlı Personel kadrosuna aktarılmıştır ve bu kararın iptal edildiği tarihe kadar aynı statüde çalışmıştır.

Üniversitenin yeni yönetimi ise, bu olgudan hareket ederek, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının, Devamlı Personel kadrosuna aktarılmasını öngören Vakıf Yöneticiler Kurulunun 20.4.2006 tarihli kararını geri almıştır.

Tarafların Mahkemeye sunumunu yaptıkları hukuki argümanlar bağlamında, bu istinafta üzerinde durulması gereken esas konu, Akademik

Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği çıkarılmadan, Davacıyı Devamlı Personel kadrosuna aktaran, 20.4.2006 tarihli Vakıf Yöneticiler Kurulu kararının, takriben 4 yıldan fazla bir zamandan sonra Vakıf Yöneticiler Kurulu tarafından geri alınıp, alınamayacağı ile ilgilidir.

Bir idari işlemin unsurlarında bir sakatlık bulunması, o işlemin hukuka aykırı olması demektir. Bir hukuk devletinde idare, hukuka aykırı işlem yapmamak zorundadır. İdare yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğunu farkederse, bu işlemi “geri alma” veya “ilga” yolları ile ortadan kaldırmakla veya “değiştirme” yolu ile bu işlemdeki hukuka aykırılığı gidermelidir. Gör:Kemal Gözler & Gürsel Kaplan İdare Hukuku Dersleri II.Baskı, Ekim 2011, sayfa 371.

İdare, yukarıda da belirtildiği şekilde, 4 yılı aşan bir süre sonunda Davacının durumunu incelemiş ve Davacının, Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği yapılmadan Devamlı Personel statüsüne geçirilmiş olması nedeniyle, Davacı lehine verilmiş olan kararı geri almıştır.

Bu bağlamda ise, bireysel idari işlemin hangi hallerde geri alınıp alınamayacağı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

Hukuka aykırı bireysel idari işlemler, kişi lehine hak yaratıcı bir durum yaratmıyorsa İdare tarafından her zaman geri alınmakla birlikte, kişi lehine hak yaratıcı durum yaratan idari işlemler, İdare tarafından makûl bir süre içinde geri alınabilmektedir.

Bu konu ile ilgili olarak aşağıda alıntıları yapılan Yüksek Mahkeme kararlarında şöyle denmektedir:

”İdare hukuku ilkelerine göre herhangi bir idari işlem hukuka aykırı ve hiçbir hak doğurmuyorsa geri alınabilir. Hukuka uygun davranma durumunda olan idare, hukuki eksikliğini veya sakatlığını tesbit ettiği idari işlemini ise her zaman geri alabilir veya kaldırabilir. Ancak sakat idari işlemin geri alınması, mutlak olmayıp, sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, **yok hükmünde olmayan veya açık ve ağır hukuka aykırılık taşımayan, kişi lehine hak doğurmuş olan sakat idari işlemler**, kişinin iyi niyetli olması halinde, hukuksal güven ve yönetimde kararlılık ilkeleri ışığında ancak makul bir süre içinde geri alınabilir. (Bak:YİM 348/1991) Makul süre geçtikten sonra geri alınamaz. Makul sürenin ne olabileceği hususunda kesin bir tanımlama belirlenmemiştir. Türkiye’deki uygulamada genellikle, yargısal başvurma süresi makûl süre olarak değerlendirilmektedir.

.....
Yukarıda da belirttiğim gibi “makûl süre” her meselenin kendine özgü olgularına göre değerlendirilir. Huzurumdaki meselede yaklaşık 6 yıllık bir sürenin sakat işlemi geri almak için makûl bir süre olmadığı görüşündeyim.

(Gör:YİM 108/2005, Dağıtım 1/2009).

”Gene idare hukuku kaidelerine göre yönetimin sakat bir işlemi her zaman tercihen makûl sürede geri alma hakkı vardır. Ancak makûl sürede alınmaması halinde kişi lehine gecikmeden dolayı veya idarece yapılan başka bir işleminden dolayı herhangi bir hukuki hak doğmuşsa o zaman geri alma hakkı kısıtlanmaktadır. (Gör:Charalambides v.R.1963 JSC sayfa 326, Şeref Gözübüyük Yönetmelik Yargı adli eserinin 9.baskının 135’inci sayfasında bu konu ile ilgili olarak şöyle denilmektedir:

”...Geri alma kuralı olarak, sakat işlemler için uygulanır. Sakat bir işlemin başka bir deyişle hukuk düzenine uygunluk göstermeyen bir işlemin yönetim tarafından geri alınması doğaldır. Burada üzerinde durulması gereken konu, geri alınan sakat işlemin yürürlükte kaldığı süre içinde, bu işleme dayanan hukuksal durum ve ilişkilerin geleceğinin ne olacağı sorunudur. Yönetim bir yandan sakat işlemleri geri alırken, bir yandan da sakat yönetsel işlemlerin doğurduğu hukuksal durum ve ilişkileri, ilgililerin iyi niyetli olmaları durumunda

korumak, hukuksal güven ve kararlılığa önem vermek zorundadır.“
Gör:YİM67/1990, Dağıtım 25/1995).

”Yönetim hukuku ilkelerine göre, yönetim, kişi lehine hak yaratan hukuka uygun işlemlerini geri alamaz. Yönetimin işlemlerinin yasaya uygun, yasal olması hukuk devleti olma gereğidir. Bu nedenle yasaya aykırı, hukuk düzenine uyum göstermeyen, sakat işlemlerini geri almak ise yönetimin hakkı, hatta yükümlülüğüdür. Yönetim, yasaya aykırı, hukuk düzenine uyum göstermeyen sakat işlemlerini kişi lehine hak yaratmaları halinde, hukuksal güven ve yönetimde kararlılık ilkeleri gereği, ancak makûl bir süre içerisinde geri alabilir, aradan uzun bir süre geçtikten sonra geri alamaz.

(Gör:YİM 206/1991, Dağıtım 2/1994)

Yukarıda alıntısı yapılan kararlardan çıkan sonuca göre, hukuka aykırı bir karar, kişi lehine hukuki bir durum yaratmış ise, İdare bu kararı makûl bir süre içinde geri almalıdır.

Davacı, Vakıf Yöneticiler Kurulu tarafından, 20.4.2006 tarihinde, Devamlı Personel statüsüne geçirildiği zaman, Üniversitenin Akademik Personelin Kadro ve Çalışma Tüzüğü’ne göre Akademik Personelin Performans, Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği yapılmamıştı.

Akademik Personelin Performans Ölçme ve Değerlendirme Yönetmeliği çıkarılmadan, Davacının Devamlı Personel kadrosuna alınması kararına ilişkin olan işlemin, yukarıda bahsi geçen mevzuata ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu görülmektedir.

Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, tüzük ve yönetmeliklerin 4 ay içerisinde çıkarılması öngörülmüş olmasına rağmen, İdare, Yönetmeliği çıkarmayarak görevini savsaklamış, bununla

birlikte Tüzüğün şartlarını yerine getiren tüm öğretim görevlilerini Devamlı Personel statüsüne geçirmiştir.

Devamlı Personel olmak için, Tüzükten önce, tam zamanlı olarak çalışan öğretim görevlilerine bahsedilen haklar çerçevesinde, Davalı, Tüzüğün öngördüğü şartları yerine getiren Davacıya, kendi savsakladığı görevi yerine getirmeme sorumluluğunu yükleyemez. Bu nedenle, İstinaf Eden/Davalının, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının Devamlı Personel kadrosuna alınmasına ilişkin olan işleminin yoklukla malul olduğu sonucuna varılamaz.

Davacı, Üniversitenin organlarında sözleşmeli statüde çalışırken, Vakıf Yöneticiler Kurulunun almış olduğu bir kararla, Devamlı Personel statüsüne geçirilmiş ve 4 yıldan fazla bir süre Devamlı Personel statüsünde çalışmıştır. Buna göre Davacının statüsünde, Davacı lehine bir durum meydana gelmiş olduğu bir gerçektir.

İdare, hukuka aykırı işlemini makûl bir süre içinde geri alabileceğine göre, 4 yıldan fazla bir süre makûl bir süre olarak kabul edilebilir mi?

Aradan geçen sürenin makûl olup olmadığı, her davanın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. İstinafa konu olan olgular değerlendirildiği zaman, 4 yıldan fazla olan bir sürenin, idari kararı geri almak için makûl bir süre olmadığı sonucuna varmaktayız.

Yukarıda belirtilen nedenlerle ve Yüksek İdare Mahkemesinin benzer davalarda serdedilen ve yukarıda alıntısı yapılan kararları ışığında, Davacı ile ilgili olan ve yoklukla malul olmayan mezkûr bireysel idari işlemin makûl süre

içinde geri alınmaması bağlamında, Tek Yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin kararı hatalı olmadığından, 1. istinaf sebebinin reddedilmesi gerekmektedir.

3.istinaf sebebine gelince; esasen İstinaf Eden/Davalının Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının Daimi Personel kadrosuna geçirilmesine ilişkin olan 20.4.2006 tarihli kararının hukuka aykırı olması bağlamında geri aldığı iddia etmesinden sonra, geri alma işlemini yetkide paralellik ilkesine dayandırması, hem ileri sürdüğü iddia ve hem de davanın olguları ile bağdaşmaması nedeniyle, 3.istinaf sebebinin ayrıca incelenmesine gerek kalmadan reddedilmesi icap etmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilen hususlar ışığında istinafin reddedilmesine karar verilir.

Mukayyitlik tarafından tespit edilecek olan istinaf masrafları, İstinaf Eden/Davalı tarafından ödenecektir.

Talât D.Refiker
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

17 Mart, 2014

D. 6/2014

Yargıtay/Hukuk No: 13/2010
(Lefkoşa Dava No: 3353/2006)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Hüseyin Besimoğlu, Ahmet Kalkan.

İstinaf eden: 1- Asil Nadir, Nadir Şirketler Grubu Binaları,
Bedreddin Demirel Caddesi, Lefkoşa
2- Learned Ltd., 4. Çiğlenik Sokak, Bedreddin
Demirel Caddesi, Lefkoşa

(Davalılar)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Sıdika Atalay, Denizbank Ltd., Şht.
Ecvet Yusuf Caddesi No 25, Yenişehir,
Lefkoşa

(Davacı)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Avukat Mustafa Bülent Asena adına
Avukat Çağla Kutruza

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Serhan Çınar adına
Avukat Hazan Aksun.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Düriye Elkıran'ın 3353/2006 sayılı
davada 22/1/2010 tarihinde verdiği karara karşı Davalılar tarafından yapılan
istinaftır.

Davacı, Davalılarla bir iş ortaklığı yaptığını ve bu ortaklıktan kendisine düşen payın ödenmediğini iddia ederek hakkının ödenmesi için bir dava açtı – Davanın duruşmasında Davacının sunduğu şahadetin talep takririnde yer almadığı gerekçesiyle ibrazına itiraz edildi – İlk Mahkeme

itirazı reddederek şahadetin geçerli olduğuna karar verdi – Davacı sunulmuş olan şahadeti kapsayacak bir tadilatı yapmak için mahkemeye müracaatta etti – Mahkeme tadilat için izin verdi – Davalılar bu kararı istinaf ettiler – Yargıtay, zamanında tartışma konusu yapılmadığı için şahadetin geçerli hale geldiğine ve bu durumda istinafin anlamsız ve akademik kaldığını belirtti ve istinafi reddetti.

***Tadilat istidası** – Sunulmuş olan şahadeti kapsayacak tadilata izin verilmesi – Yargıtay'ın tartışma konusu şahadet sunulmuş olduğu için tartışmanın akademik kaldığı görüşünden hareketle istinafi reddetmesi.*

K A R A R

Şafak Öneri: Davacı, davalı 1 ile, davalı 2 üzerinden gerçekleşen bir iş ortaklığı yaptığını, bu ortaklıktan elde edilen kârdan hissesine 10,000,000 USD pay düştüğünü, davalı 1'in ricası üzerine, hissesine düşen bu parayı almayarak, davalı 1'e, ilk talepte ödenmek üzere borç olarak verdiğini ve/veya davalı 1 tarafından kullanılmasına izin verdiğini, talepte bulunmasına rağmen davalı 1'in mezkûr meblağı ödemediğini ileri sürerek, Lefkoşa Kaza Mahkemesinde 3353/2006 sayılı davayı dosyaladı.

Davaya müdafaa ve mukabil talep tavrı dosyalayan davalılar, davacının iddialarını reddederek, mukabil talepte bulundular. Davalıların iddialarına göre, davalı 1 ile davacı arasındaki yakın arkadaşlık nedeniyle, davacının, davalı 1'in mülkiyet veya tasarruf sahibi olduğu bazı malların devir veya satışında davalı 1'e yardımcı olduğunu, davalılar adına bu satış veya devirlerden dolayı bazı paralar tahsil etmesine rağmen, davalılara bu paraları

ödemediğini ve halen 32,500,000 USD borçlu bulunduğunu ileri sürerek, bu miktar için lehlerine hüküm talep ettiler.

Davanın Alt Mahkemedeki duruşması esnasında, davacının, Mahkemeye müştereken sunulan emare 5'in içeriği ile ilgili olarak verdiği şahadete, verilen şahadette ileri sürülen olguların esasa ilişkin olmasına rağmen talep takririnde yer almadıkları gerekçesi ile, davalılar avukatı tarafından itiraz edildi.

İtirazı değerlendiren Alt Mahkeme, itiraza konu şahadetin geçerli olduğu bulgusuna vararak itirazı reddetti. Mahkemenin bu kararına rağmen, davacı avukatı, talep takririnin verilen şahadeti de kapsayacak şekilde tadil edilmesi gerektiğini düşünerek, huzurumuzdaki istinafa konu tadilat istidasını dosyaladı. İstidayı dinleyen Alt Mahkeme, talep takririnin, aşağıdaki paragraf eklenmek suretiyle tadil edilmesine izin ve emir verdi.

“Nitekim davalı No. 1 takriben 1999 yılından başlamak üzere 2000 yılına kadar muhtelif tarihlerde ve muhtelif miktarlarda olmak üzere davacıya peyder pey toplam 2,321.00 Alman Markı ödeme yaptıktan sonra davacının oğlu Tevfik'e 10,000 USD ve yakıt parası olarak ise 2,000-TL (Eski değerler ile 2,000,000,000-TL) ödeme yapmış ve toplam olarak 2,345.00 Alman Markına tekabül eden mablağı ilk nazarda davacı alacağına mahsuben ödenmesine rağmen davalı No. 1'in talep ve ricası üzerine almış olduğu bu parayı davalı No. 1'in şahsi borç ve mükellefiyetlerine karşı ödemiş ve dolayısı ile davalı No. 1'den herhangi bir meblağ almamış oldu. Davacı tüm bu aldığı ve geri ödediği paralar ile ilgili tafsilatlı rapor veya dökümleri kendi el yazıları ile davalı No. 1'e vermiştir.”

Alt Mahkemenin vermiş olduğu tadilat emrinin hatalı olduğunu ileri süren davalı/istinaf edenler, huzurumuzda bulunan bu istinafi dosyaladı.

Dava zabıtlarına göre, davacı, tarafların müşterek sundukları emare 5'in içeriği ile ilgili şahadetini tamamladığında, davalılar avukatı itirazda bulunarak, davacının emare 5 ile ilgili olarak şahadetinde ileri sürdüğu iddiaların talep takririnde yer almadığını, bu nedenle şahadet olarak kabul edilmemesi gerektiğini iddia etti. İddiaları inceleyen Alt Mahkeme, davacının şahadetinde ifade ettiklerinin emarenin izahatından ibaret olduğu gerekçesi ile itirazı reddetti.

Alt Mahkemenin bu ara kararı (ruling), davalılar tarafından istinaf edilmediği için, davacının bu şahadeti geçerli bir şahadet olmaya devam etmektedir.

Alt Mahkeme davayı dinledikten sonra, kararda belirtilen gerekçelerle davayı ve mukabil davayı red ve iptal etti. Alt Mahkemenin bu kararı aleyhine davacı tarafından istinaf ihbarnamesi dosyalanmasına rağmen, davalılar istinaf veya mukabil istinaf dosyalamadı. Diğer bir anlatımla, Alt Mahkemenin duruşma esnasında verdiği istinaf konusu ara karara (ruling) karşı, davalıların bir istinafi yoktur. Bunun gibi, huzurumuzda, Alt Mahkemenin dikkate almaması gereken bir şahadeti dikkate aldığına dair de davalılar tarafından yapılmış bir istinaf bulunmamaktadır.

Bu olgular ışığında, huzurumuzdaki istinafin kabul edilerek tadilatın iptal edilmesi halinde dahi, tadilatla eklenmek istenen hususlarda, Mahkeme önünde geçerli şahadet bulunduğu cihetle, davalıların bu istinafi anlamsız ve hedefsiz kalmaktadır.

Yukarıdakiler ışığında, istinaf konusunun incelenmesi akademik bir çalışma olmaktan öteye gidemeyeceğinden, istinaf red ve iptal edilir. İstida masrafları için herhangi bir emir verilmez.

Şafak Öneri
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Ahmet Kalkan
Yargıç

24 Mart 2014

D.7/2014

Yargıtay/Hukuk 9/2012
(Gazimağusa Dava No: 4610/2008)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA

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

İstinaf eden: 1. Hanife Safa, 68, Clarement Road, London,
N 65 BY

2. Emirali Safa, 68, Clarement Road, London,
N 65 BY

(Davalı No.1 ve 2)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Hasan Mustafa Bilman, 11. Kocatepe
Yolu, Gazimağusa
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf edenler namına: Avukat Seran Bensen
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Orhan Z. Bilgehan ve
Avukat Tağmaç Bilgehan.

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Düriye Elkıran'ın 4610/2008 sayılı davada 29.11.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı No. 1 ve 2 tarafından yapılan istinaftır.

Davacı, Gelincik köyünde bulunan Parsel 129 olan taşınmaz malın sahibidir – Geçmişte Parsel 129'a bir bina inşa edilmişti – Bu inşaatın 2 odası Parsel 128/2'ye taşıyordu – Davacı, Parsel 128/2'ye taşınan odaları zamanaşımı ile kazandığına dair dava açtı – Davacı beyan edici hüküm (declaratory

judgment) talep eden bir dava açtı – 1946'dan önce 10 yıldan uzun süre babasının ihtilafsız ve sürekli olarak bu malı tasarrufunda bulundurduğunu öne sürdü ve tespit kararı talep etti – Davayı dinleyen İlk Mahkeme, Davacının bu talebini kabul ederek Parsel 129'dan Parsel 128/2'ye taşan 600 ayakkarelik 2 odayı Davacının zamanaşımı ile iktisap ettiğine karar verdi – Bu karara karşı Davalı istinaf dosyaladı ve İlk Mahkeme kararının hatalı olduğunu ileri sürdü – Yargıtay, tarafların atalarının 1907'de yapılan bir anlaşma ile söz konusu araziye 2'ye bölerek paylaştıklarını dikkate aldı – Bu paylaşmadan sonra tarafların birbirlerinin arazisine girmediklerini ve 128/2 parselde taşan 2 odanın sürekli olarak Davacının tasarrufunda kaldığını gözönünde bulundurdu – Yargıtay 12/1907 sayılı Yasaya göre müşterek bir malın bölünmesinde Osmanlı Yasalarının uygulanacağını belirtti – Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'na göre bir yetkilinin izni olmadan yapılan bölmenin geçerli olmayacağını kabul etti – Buna rağmen 10 yıl müdahalesiz kullanımdan dolayı Davacının malı iktisap ettiğini belirtti – Parsel 128/2'ye taşan 2 odanın 1922'den 15 yıl önceden itibaren Davacının babasının tasarrufunda bulunduğunu ve Fası 224 madde 10'a göre Davacının bu malları zamanaşımı ile kazanma hakkı olduğunu kabul etti – Tarafların ataları arasındaki bölünme yasal olmasa bile Parsel 128/2'ye taşan 2 odanın Davacı tarafından zamaaşımı ile kazanıldığı kanısına varan Yargıtay, bu doğrultuda verilmiş olan İlk Mahkeme kararını onayladı.

Beyan edici hüküm (Declaratory Judgement) – Zamanaşımı ile iktisap – 15 yıl süre ile müdahalesiz kullanımdan dolayı zamanaşımı ile taşınmaz malın iktisabı – 1922 yılından 15 yıl önce Davacının babasının dava konusu 2 odayı ihtilafsız ve sürekli tasarrufunda bulundurması – 12/1907 sayılı Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'nın 30 ve 31. maddeleri – Yetkili bir kişinin izni olmadan taraflar arasındaki mal taksiminin geçersiz kabul edilmesi – Rızasız tasarruf (adverse possession) – Fası 224 Taşınmaz Mal Yasası'nın 10, 50 ve 57. maddeleri.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Helena Kyriaki v Nicola Kyriaki (1895) 3 CLR 145, sayfa 147.
- 2- Enver Mehmet Chakarto v Hüssein İzzet Liono, XX CLR 113 (1954).
- 3- Morphia Haji Ianni Moru Mouri v Michael Haji İanni, VII CLR 94.
- 4- Eleni Angeli v Savvas Lambi and Others, (1963) 2 CLR 274.
- 5- Panayi Loizo v Papa Christodolou P. Philippou, VI CLR 106.

H Ü K Ü M

Narin F. Şefik: Davacı, Davalılar aleyhine ikame ettiği davasında; işbu istinafi ilgilendirdiği kadarı ile, İskele Kazası, Gelincik Köyü Köyiçi mevkiinde Koçan No. 1660 Parsel 129'un 10/12'sinin kendi adına, 1/12 Osman Manyera ve 1/12'sinin Hüseyin Açık'ın adlarına kayıtlı olduğunu, koçan 1656, Parsel 128/2'nin ise 18/42 Hasan Bilman, 12/42 Emir Ali Safa, 12/42 Hanife Ahmet Hüseyin n/d Hanife Safa adına kayıtlı olduğunu, Davacının, babası Mustafa Ahmet'in, Parsel 129'u 1902 yılında ilk eşi Zehra'dan bağış yolu ile elde ettiğini ve bu parselin üzerine inşa ettiği evde ikamet etmeye başladığını, Zehra'nın vefatından sonra, son evliliğini Davacının annesi ile yaptığını ve Davacının bu evde doğduğunu, evin 4 odalı bir ev olduğunu, bu odaların 2 tanesinin ahır ve samanlık olduklarını, parsel 129'un alanının gerek koçanda gerekse field record'da 700 ayakkare olarak belirtildiğini, 4 odanın alanının daha fazla olduğunu, ahır ve samanlığın parsel 128/2'e taşıtığını, esasen parsel 128/2'i Davacı ve Davalı No.1'in atalarının aralarında böldüklerini ve iki ailenin bu bölmeden sonra sınır kabul ettikleri yere tel çektiklerini ve o tarihten sonra herkesin kendi tarafında ikamet ettiğini, bu bölmeyi gösteren telin, binalar 1957-1958'de Rumlar tarafından yakılıp yıkılmasına kadar durmaya devam ettiğini ifade ederek, Bidayet Mahkemesinden, parsel 128/2'de tarafların atalarının yaptıkları bölmenin geçerli olduğuna dair veya yapılan bölme neticesinde, parsel 128/2'nin, Davacının atalarının tasarrufunda kalan kısmı 1.9.1946'dan önce, 10 yıldan uzun bir süre Davacının babasının münazaasız ve müdahalesiz tasarrufunda bulundurduğu için, bu kısım ile ilgili olarak Davacının koçan almaya hakkı olduğuna dair beyan edici hüküm/declaratory judgement talep etmiştir.

Davalılar, parsel 128/2'nin tarafların ataları tarafından bölündüğü iddiasını kabul etmedikleri gibi, Davacının babası tarafından Parsel 129'un dışında parsel 128/2'de yer alan herhangi bir alanın veya 2 odanın yer aldığı alanı, Davacının babasının 1945'den önce 10 yıl kesintisiz ve müdahalesiz kullandığı iddiasını da reddetmişlerdir. Mahkemede, parsel 128/2'deki hissesi kendisine babasından intikal eden Davalı No.1 ise, Mahkemede şahadet vermemiş, eşi ile evlendikten sonra ancak 3 hafta Gelincik köyünde ikamet eden Davalı No.2 şahadet vermiştir. Bu Tanık, Davacının babasının o tarihte ikamet ettiği evinin 2 odalı olduğunu ileri sürmüştür.

Davayı dinleyen Bidayet Mahkemesi, tarafların ataları arasında yapılan bölmenin, Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'nın 15, 16 ve 17. maddelerine uygun yapılmadığından, yapıldığı iddia edilen bölmenin geçerli olduğuna dair bir beyan kararı talebini reddetmiş, ancak parsel 129'dan parsel 128/2'e taşan 603 ayakkarelik 2 odayı, Davacının babasının, 1922 yılından 15 yıl önce yaptırdığını ve o tarihten beri Davacının babası ve ailesi tarafından müdahalesiz ve münazaasız kullanıldığını, 2 odanın alanının 1922'den önce 10 yılı aşkın bir süre boyunca Davacının babasının tahtı tasarrufunda olduğunun ispatlandığını kabul ederek, bu meyanda bir tespit kararı vermiştir.

Davalılar, bu karardan 8 istinaf sebebi ile istinaf ettiler. İstinaf sebeplerini 6 başlık altında toplamayı uygun görürüz:

- 1) Davacı, parsel 128/2'nin bölündüğüne dair tespit kararı talep etmişken, parsel 128/2'de 2 odanın Davacının babasının tahtı tasarrufunun ispatlandığını kabul eden Bidayet Mahkemesi bu

doğrultuda karar vermekle, Davacının davasında talep etmediği bir husus ile ilgili tespit kararı vererek hata yaptı.

- 2) Bidayet Mahkemesi, ikame edilen davada taraf olmayan Davacının babasının, parsel 128/2'deki odaları tasarrufunda bulundurduğuna dair tespit kararı vermekle hata yaptı.
- 3) Dava ikame etmek için, fiili tasarrufun davanın ikame tarihine kadar devam etmesi gerektiği halde, Davacının babası 1957-1958 yıllarında, odaların Rumlar tarafından yıkılması üzerine ve her halükarda 1965 yılında vefat ettikten sonra, Davacı ise şahsen hiçbir şekilde ihtilaf konusu 2 odanın fiili tasarrufunu almadığı halde, bu hususları göz ardı eden Bidayet Mahkemesi hata yaptı.
- 4) Davacının babası, 1.9.1946'dan 1965'e kadar 2 odayı kendi adına kayıt ettirmemekle kayıt hakkından feragat ettiğinin kabul edilmesi gerektiği halde, bu hususu incelemeyerek, Davacının babasının ve ailesinin müdahalesiz ve zaman aşımı yolu ile tasarruflarında tuttukları parsel 128/2'nin 603 ayakkarelik kısmını iktisap ettiklerinin ispatlandığını kabul eden Bidayet Mahkemesi hata yaptı.
- 5) Davacının babası ve ailesinin, Parsel 128/2'deki 2 odayı, parsel 128/2'deki diğer hissedarların rızaları ile tasarruf ettikleri cihetle, Davacının babasının 2 odanın tasarrufunu müdahalesiz ve münazaasız kullanarak zaman aşımı ile iktisap edemeyeceğini göz ardı eden Bidayet Mahkemesi hata etti.

- 6) zerine 2 oda yapılmakla, Parsel 128/2'nin arazi miriden, mülke dnt ve bu nedenle 15 yıl ihtilafsız ve sürekli kullanımın ispat edilmesi gerektiği hususlarına, Davacının Talep Takririnde yer vermemesinin yanı sıra, bu konuda şahadet sunmayan Davacının bu süredeki tasarrufu ispat edemediğini göz ardı eden ve Davacı lehine tespit kararı veren Bidayet Mahkemesi hata etti.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı ise, mukabil istinaf dosyalayarak, 2 istinaf sebebi ileri srm.

1) Bidayet Mahkemesi, Parsel 128/2'nin, Osmanlı Taşınmaz Mal Kanununa uygun olarak Davacı ve Davalı No.1'in babaları arasında blnd iddiasının Davacı tarafından ispat edilmediğine karar vermekle hata yapmıştır.

2) Davacı davasında muvaffak olduğu halde, Bidayet Mahkemesi Davacı lehine masraf emri vermemekle hata yapmıştır.

1.9.1946'da yürürlüğe giren Taşınmaz Mal Yasası Fası 224 madde 9 altında, kayıtlı bir mal ile ilgili rızasız tasarruf (adverse possession) hakkı ile mülkiyet hakkı iktisap edilemez. Ancak madde 10, bazı hallerde rızasız tasarruf yolu ile mülkiyet hakkı kazanılabileceini kabul etmektedir.

Madde 10 aynen şöyledir:

“10. Subject to the provisions of section 9 of this Law, proof of undisputed and uninterrupted adverse possession by a person, or by those under whom he claims, of immovable property for the full

period of thirty years, shall entitle such person to be deemed to be the owner of such property and to have the same registered in his name:

Provided that nothing in this section contained shall affect the period of prescription with regard to any immovable property which began to be adversely possessed before the commencement of this Law and all matters relating to prescription during such period shall continue to be governed by the provisions of the enactments repealed by this Law relating to prescription, as if this Law had not been passed:

Provided further that notwithstanding the existence of any disability operating under such enactments to extend the period of prescription such period shall not in any case exceed thirty years in all even where any such disability may continue to subsist at the expiration of thirty years.”

“10. Bu Yasanın 9.maddesi kurallarına bağı kalınması koşuluyla, bir taşınmaz malın otuz yıllık bir sürenin tümü sırasında, bir kişi veya o kişinin talepte bulunmak için dayandığı kişiler tarafından ihtilafsız ve fasılasız olarak tasarruf edildiğinin kanıtlanması, o kişiye o malın sahibi sayılması ve o malı adına, kütüğe kaydettirmesi hakkını verir.

Ancak, bu maddenin içerdiği hiç bir kural, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden önce ihtilafsız ve fasılasız olarak tasarruf edilmesine başlanılan herhangi bir taşınmaz mal ile ilgili olarak zamanaşımı süresini etkilemez ve bu gibi süre zarfında zamanaşımına ilişkin tüm konuların düzenlenmesine, bu Yasa yapılmamış gibi, bu Yasa ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın zamanaşımına ilişkin kurallarınca devam edilir:

Yine ancak, bu gibi mevzuat uyarınca zamanaşımı süresini uzatmak için var olan herhangi bir ehliyetsizliğe bakılmaksızın, herhangi bir ehliyetsizlik otuz yılın sona ermesi üzerine var olmaya devam etse dahi, zamanaşımı süresi hiçbir halde bir tüm olarak otuz yılı aşamaz.”

Madde 10’un 2. paragrafında, Fası 224’den önceki mevzuat altında, bir malın rızasız tasarruf ile iktisap edileceği yer almaktadır. Yasanın son sayfasında, Fası 224’den önce olan ve Fası 224 ile yürürlükten kaldırılan

mevzuat sıralanmıştır. 1. sırada 1935-43 Adalet Mahkemeleri Yasalarında 4. cetvelin 1.-13., 15.-38. sıralarında yer alan ve daha önce kaldırılmamış tüm Osmanlı Yasalarına, 2. sırada Mecelle'ye, 3. sırada ise, 1907-1943 arası geçirilen Taşınmaz Mal Kaydı ve Değerlendirilmesi Yasalarının tümüne yer verilmiştir.

38/1935 Adalet Mahkemeleri Yasası'nın 4. cetvelin 1. sırasında Osmanlı Taşınmaz Mal Kanunu yer alır. Bu durumda, istinaf konusu dava ile ilgili dönemde, Osmanlı Taşınmaz Mal Kanununun uygulanmakta olduğu kabul edilmelidir.

Davacının Talep Takririnin C bendindeki talebine bakıldığı zaman, Davacının babası ve Davalı No. 1'in atası (babası Ahmet Hüseyin) arasında 1907'de yapılan bir anlaşmaya göre, Parsel 128/2'nin bölündüğünü ve bu bölünmüş şekli ile 1907'den itibaren taraflarca kullanıldığını ve tarafların hiçbirinin bu zamandan sonra diğerinin parçasına girmediğinden, bu bölünmüş kısım ile ilgili Davacının koçan almaya hakkı olduğunu iddia ederek, Davacının, bu doğrultuda bir tespit kararı verilmesini talep etmekte olduğu görülür.

Davacının bu talebi, Bidayet Mahkemesinin huzurunda, Bidayet Mahkemesi kararında incelendiği gibi, Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'nın 15, 16, ve 17. maddelerine dayandırılmıştır. Bu maddeler aynen şöyledir:

“15- Land possessed in partnership capable of division, that is, if it is possible for each one of the partners to derive a profit from his allotted share, and the partners or some of them ask for division (36), the share of each one shall be separated and assigned by the official in the presence of

the partners or their legal agents by drawing lots according to the Sheri and other equitable means. And if it is not capable of division it shall be possessed as before in partnership. "Muhaiat," that is to say, the system of possession by turns, is not applicable(37).

- 16- On the division of the land in the way stated in the preceding article, after each partner has fixed the boundaries (38) and taken possession of his share, none of them shall be able to annual the division and cause a fresh one (39).**
- 17- Land cannot be divided without obtaining the permission and the assistance of the official and without the owners or their legal agents being present. If it has been divided such division will not be respected (40)."**

Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'na göre, taraflar, tasarruflarında tuttıkları bölünebilir bir malı, sınırını belirleyerek bölebilirler. Yapılan bölmenin kesin bir bölme olması için, yetkililerden izin alınması ve bir yetkilinin yardımı ile, tasarruf sahipleri veya onların yasal ajanlarının huzurunda bölme yapılmalıdır.

Bidayet Mahkemesi, bölme işleminin bir yetkiliden izin alınarak veya onun huzurunda yapıldığının ispat edilmiş olduğunu kabul etmemiştir.

Bir malın, Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'na göre, bölünmesi iddiasının tezekkür edildiği Helene Kyriaki v. Nicola Kyriaki (1895) 3 CLR 145 davasına bakıldığı zaman, 147. sayfada açık bir şekilde, 17. maddeye uyulmadan, yani bir yetkili izni ile yapılmayan bir bölmenin geçerli kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu kararda, Yasaya göre bölme geçerli kabul edilmediği halde, tarafların 10 yıl müdahalesiz kullanımdan dolayı bölündüğü yasal olarak kabul edilmeyen kısımlara, koçan almaya hak kazandıkları kabul edilmiştir.

“We think it is quite clear that the division itself of this property, not being made in the manner required by Article 17 of the Land Code, could not be held to have any effect in law, but it seems to us that the undisturbed possession for ten years by each of the parties of the land taken by each, in accordance with that division, gave to each a right to be registered as the sole possessor of the land each took.”

Davacı/Aleyhine İstinaf Edilen, parsel 128/2'nin bölünmesinin ispatlanamadığı doğrultusundaki Bidayet Mahkemesi bulgusunun hatalı olduğunu, fiziki olarak bu bölünmenin mevcut olduğunu, ilgili memurun isminin Field Records'da bulunamayacağını, Osmanlıdan İngiliz sistemine geçerken hataların tespit edildiğini, bu hataların peyder pey yasa değişikliği ile çözüldüğünü, Fası 224 madde 50 ve 57 ile bu hataların giderilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Fası 224 madde 50 ve 57 aynen şöyledir:

- 50. “The area of land covered by a registration of title to immovable property shall be the area of the plot to which the registration can be related on any Government survey plan or any other plan made to scale by the Director:**

Provided that where the registration cannot be related to any such plan such area shall be the area of the land to which the holder of the title may be entitled by adverse possession, purchase or inheritance.”

- 50. Bir taşınmaz mal koçanın kapsadığı arazinin yüz ölçümü, kaydın Devletin herhangi bir kadaastro planında veya Müdürün ölçek esası üzerinden yaptığı başka plan üzerinde ilgili olduğu parselin yüzölçümüdür:**

Ancak kayıt bu gibi herhangi bir planla bağlantılı olmadığında, bu yüzölçümü, mülkiyet sahibinin ihtilafsız ve fasılasız olarak zamanaşımı ile tasarruf, satın alma veya miras yoluyla hak kazanacağı arazinin yüzölçümü kadardır.”

57. From and after the commencement of this Law no separate registration for anything standing, planted or erected on land or for any right attached or subject to the land, shall be effected independently of such land, except where such thing or right belongs to a person other than the owner of the land."

57. Bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, bir arazi üzerinde bulunan, bir araziye ekilen veya inşa edilen herhangi bir şey için veya bir araziye bağlı veya tabi olan herhangi bir hak için, bu gibi araziden bağımsız olarak ayrı bir kayıt yapılmaz; ancak bu gibi bir şey veya hak arazi sahibinden başka bir kişiye ait ise böyle bir kayıt yapılabilir."

Fasıl 224 madde 50 ve 57, Parsel 128/2'nin Davacı ve Davalıların ataları tarafından bölündüğü ve bu şekilde uzun yıllardan beri kullanıldığı takdirde herhangi bir prosedür eksikliğinin giderilmesini öngören maddeler değildir.

Dolayısıyla, Bidayet Mahkemesinin, Davacının, Parsel 128/2'nin Davacı ve Davalının ataları tarafından Osmanlı Taşınmaz Mal Yasası'na göre bölündüğünü ispat edemediği bulgusunda hata yoktur.

İstinafın dinlenmesi aşamasında, Aleyhine İstinaf Edilen, Bidayet Mahkemesinde ibraz edemediği 1907 yılının Taşınmaz Mal Kayıt ve Değerlendirme Yasası'nın 30 ve 31. maddelerine de atıfta bulunmuştur. 12/1907 sayılı Yasa, gayrimenkul malların değerlendirilmesi ve vergilendirilmesi amacı ile geçirilen bir Yasadır. 12/1907 sayılı bu Yasa ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın, 11,12 ve 13. maddeleri hariç, 1885 Kayıt Kanunu ile 1860'ın Nüfus ve Emlak Kaydı Yasası'nın bu Yasaya aykırı olan tüm maddelerinden ibaret

olduğu görülür. Osmanlı Toprak Kanunu, bu Yasayı yürürlükten kaldırmış değildir. 12/1907 sayılı Yasanın 30 ve 31. maddelerine bakıldığı zaman, bu maddeler, müşterek sahipler(co-owner) arasında malın bölünmesi ile ilgili olmakla birlikte, 30(c) maddesi, açıkça bir bölme yapılırken bu konu ile ilgili Osmanlı Yasaları dikkate alınarak yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bölme işlemi, yine Osmanlı Toprak Kanununa uygun yapılmalıdır. Bir an için, 12/1907 sayılı Yasanın 30 ve 31. maddelerinin uygulanması gerektiği kabul edilse dahi, bu maddelere göre de, malın bölünerek tapu memuru tarafından kaydedilmesi gerekmektedir ki, bu yapılmamıştır.

İstinafın dinlenmesi esnasında, Aleyhine İstinaf Edilen, equity, proprietary estoppel'e atıfta bulunmuş olmakla birlikte, Talep Takririnde ve mukabil istinafinda bu hususlara yer vermemiştir. Estoppel ile ilgili iddiaların tezekkür edilebilmesi için, bu iddialara Talep Takririnde yer verilmesi gereklidir (Bullen & Leake & Jacob's Precedents of Pleadings 12th. Ed. Page 1056). Bu durumda, bu konuların istinafta incelenmesine imkan yoktur. Netice itibarıyla, Bidayet Mahkemesinin, parsel 128/2'nin, taraflar arasında Osmanlı Toprak Kanununa göre bölündüğünün ispatlanamadığı yönündeki bulgusunda hata yoktur ve Aleyhine İstinaf Edilenin mukabil istinafinda ileri sürdüğü 1. istinaf sebebi iptal edilmelidir.

Aleyhine İstinaf Edilen, parsel 128/2'nin Osmanlı Toprak Kanununa göre bölünme iddiasının ispatlanmadığına karar veren Bidayet Mahkemesinin hata yaptığını ileri sürmüş olmakla birlikte, iddiaları, tamamı ile hukuki gerekçelere dayanmıştır. Bidayet Mahkemesinin, huzurundaki şahadet ve emareler ışığında, parsel 128/2'nin fiilen bölündüğünün kabul edilmiş olması gerektiği, huzurundaki şahadeti yanlış değerlendirdiği doğrultusunda bir istinaf ileri sürülmüş değildir.

Bidayet Mahkemesi, Davacı ve Davalı No.1'in ataları tarafından, parsel 128/2'nin aralarında bölündüğü hususunun ispat edilmediğine karar verdikten sonra, Davacının hak iddia ettiği ve kendisine koçan verilmesini talep ettiği parsel 128/2'nin bir kısmı (2 oda) ile ilgili olarak Davacının babası tarafından tasarruf ile iktisap edilip edilmediği hususunu da incelemiş ve huzurundaki şahadeti de değerlendirdikten sonra, Mavi 370'de şöyle demiştir:

“Netice itibarıyla tüm yukarıda belirttiklerim ve yapmış olduğum bulgular ışığında Davacı parsel129'un koçanında görülen 4 odanın 2'sinin (ahır ve samanlık) parsel 128/2 içerisinde bulunduğunu, bu iki odanın alanının 603 ayakkare olduğunu, bu odaların Davacının babası tarafından 1922'den 15 yıl kadar önce bir zamanda yapıldıklarını ve yapıldıkları zamandan beri de Davacının babası ve ailesi tarafından müdahalesiz ve münazaasız kullanıldıklarını, başka bir ifadeyle 2 odanın alanının 1922'den önce 10 yılı aşkın bir süreden beri Davacının babasının tahtı tasarrufunda olduğu ispatlandığından parsel 129'un koçanında görülen 4 odanın 2'sinin parsel 128/2 içerisinde bulunduğu, bu iki odanın alanının 603 ayakkare olduğu ve bu iki odalık alana tekabül eden kısmın 1922'den önce 10 yıldan fazla bir süreden beri Davacının babasının tahtı tasarrufunda bulunduğu hususunda tespit yapılır.”

Bidayet Mahkemesi, tarafların ataları arasında bölündüğü ileri sürülen parsel 128/2'nin tümünü aynı doğrultuda incelememiştir. Aleyhine İstinaf Edilen de, bu konuyu istinaf konusu yapmamıştır.

İstinaf Edenin istinaf sebepleri, Mavi 370'deki Bidayet Mahkemesinin bulgusuna karşı ileri sürülmektedir.

Tarafları izleyen ve dinleyen Bidayet Mahkemesi, Parsel 128/2 içerisinde, Davacının babasının, tasarrufunda bulundurduğunu iddia ettiği 2 odanın bulunduğu kısmı, 1922 yılından önce 10 yıldan uzun bir süre ihtilafsız

tasarruf etmekte olduğunu kabul etmiştir. Davacı, Bidayet Mahkemesi huzurunda şahadet vermiş olmakla birlikte, Davalı No. 1 rahatsız olduğu gerekçesiyle Mahkemeye gelmemiş, eşi Davalı No. 2 ise, mezkur bölgede, 50'li yıllarda ancak 3 hafta süre ile ikamet etmiş olduğu halde şahadet vermiştir. Bidayet Mahkemesinin, Davacının babasının 2 odayı izinsiz olarak tasarrufu (adverse possession) ile ilgili huzurundaki şahadeti değerlendirirken hata yaptığına ilişkin ikna olmadık. Parsel 128/2'ye taşan 2 odanın 1922 yılının 10 yıl öncesinden itibaren, Davacının babasının tasarrufunda olduğu doğrultusundaki Bidayet Mahkemesinin bulgusunda bir hata yoktur. Esasen, İstinaf Edenin, istinaf sebepleri de, Davacının babasının parsel 128/2'deki 1922 yılının öncesinde, 10 yılı aşkın bir süre fiilen tasarruf ettiğine değil de, bu süredeki tahtı tasarrufunun Davacıya herhangi bir hak vermediği veya bu davayı Davalılar aleyhine ikame etmeye veya parsel 128/2'nin bir kısmı ile ilgili koçan talep etmeye hak vermediği yönündedir.

Bir malın tasarruf edilerek, bu mala koçan alınabileceği hususu, Osmanlı Toprak Kanunun 20. maddesinde yer alır. Bu madde aynen şöyledir:

“20. Actions concerning Tapu land which has been held for ten years without opposition will not be heard without one of the legal disabilities, such as minority, madness, force, and being absent in a distant country, having been proved according to the Sheri. They will be heard up to ten years from the date of the cessation of such valid excuses, and after that time has passed they will not be heard. But if the defendant admits having unlawfully seized and cultivated the land, attention will not be paid to the lapse of time and possession, and the land will be taken and given to the owner.”

Bidayet Mahkemesinin kararı, Davacının babasının ilgili yeri, 1922'den önce 10 yıl kesintisiz ve izinsiz olarak tasarrufunda tuttuğuna dair bir tespit kararıdır. 10 yıldan uzun süren tasarrufun, Fasil 224 madde 10 altında bir malın

iktisap edilmesine hak verdiği ve böyle bir tespit kararı Davacı adına koçan ısdar edilmesini getirebildiğinden, İstinaf Edenin olgusal değıl, hukuki içerikli istinaf sebeplerinin incelenmesi gerekir.

Davalı/İstinaf Eden, Davacının davasında, parsel 128/2'nin Davacı ve Davalı No.1'in ataları arasında bölündüğü ile ilgili bir tespit kararı verilmesini talep ettiğini, Bidayet Mahkemesinin ise bu talebi reddettikten sonra, Davacının babasının parsel 128/2'deki 2 odanın tasarrufu ile ilgili tespit kararı ürettiğini, bu durumda, Bidayet Mahkemesinin, Davacının talep etmediğı bir konuda karar verdiğini ileri sürmüştür. Davacının Tafsilatlı Talep Takriri ve bilhassa 25(c) paragrafı okunduğı zaman, Davacının talebinin Bidayet Mahkemesinin verdiğı kararı da kapsadığı görülür. 25 (C)'nin son kısmı aynen şöyledir:

“... eski mal sahipleri ve/veya hissedarlar arasında yasalara uygun olarak yapılan bölünmedeki Davacının ve/veya Davacıdan önceki mal sahiplerinin hakları baki olduğunu, söz konusu arazi parçasını Davacı ve/veya eski mal sahipleri 1 Eylül 1946'dan önce on yıldan daha uzun bir süre için münazaasız ve müdahalesiz tasarruflarında bulundurdıkları için koçan almaya hakları olduğu ve 39/62 Avrupa İnsan Hakları hususunda Mahkemenin bir karar vermesine.”Konvansiyonunda kişinin mülkiyet hakları ile uygun olduğu

Kyriaki v. Kyriaki davasında da, bir malın bölündüğü ispat edilmediğı takdirde, izinsiz tasarruf hakkından faydalınabile-ceğı hususu yer almaktadır. Bu nedenle, Bidayet Mahkemesinin parsel 128/2'nin bölündüğünün ispat edilmediğı hususunda karar verdikten sonra, Davacının babasının 10 yıldan uzun bir süre parsel 128/2'deki 2 odadaki tasarrufu ile ilgili karar üretmesinde hata yoktur. Bidayet Mahkemesi, Davacının tasarrufunu incelerken, parsel

128/2'nin bölünmüş olduğu iddiası üzerinde değil de, sadece 2 oda üzerinde odaklan-mıştır. Bidayet Mahkemesi, Davacının koçan talep ettiği alanın tümü için izinsiz tasarruf ile iktisap elde edilip edilmediğini inceleme imkanı varken, daha küçük alan olan sadece 2 odanın durumunu incelemiştir. İlgili tarihteki mevzuat ışığında, Bidayet Mahkemesinin talep edilmeyen bir konuda karar verdiğini söylemek mümkün değildir. İstinaf Edenin 1. istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

İstinaf Eden, Davacının babasının parsel 128/2'de hissedar olması nedeniyle, parsel 128/2'deki tasarrufunun izinsiz olamayacağını ve müşterek sahipler arasında tasarrufa dayanarak, zaman aşımı neticesinde, bir malın iktisap edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Bu konu, **Enver Mehmet Chakarto v Hüssein İzzet Liono XX CLR 113 (1954)** davasında ele alınmıştır. Bu kararda, 2 hissedarın bir malı bir önceki mal sahibinden intikalen almayıp, yabancı ve satın alan konumunda oldukları zaman, malı tasarrufunda bulundurmayan hissedarın, diğerine, malı tasarrufunda bulundurma izni verdiğinin varsayılamayacağını ve malı tasarrufunda bulundurup, ekip biçen hissedarın tasarrufunun, diğer hissedara karşı bir tasarrufu olduğu kabul edilmiştir.

“It is not, in our view necessary to consider this argument in detail; it is sufficient for us to say that where a person claims a prescriptive right to land, even if that land is registered in another's name, and the claimant shows that he has been in possession for the full prescriptive period before the enactment of Cap. 231, then, in our view, under the first proviso to section 9 of that Law the proper law to be applied is the Ottoman Law.”

“In his Commentary on the Ottoman Land Code, Jemaleddin, at page 190, when discussing Article 23 says that if brothers are co-owners of land by inheritance and one only is in possession, such possession will not be deemed adverse as against the brothers who are not in possession because the brother in possession is presumed to be there with their consent. From Article 23 and Jemaleddin’s Commentary it can reasonably be inferred that where two co-owners have not derived their title from the former owner by inheritance but each are purchasers and strangers, the consent of the co-owner out of possession cannot be presumed, and therefore the possession of the co-owner who is cultivating the land is adverse to the other co-owner.”

Huzurumuzdaki istinafa konu davadaki olgulara baktığımız zaman, Parsel 129’un, Hüseyin Seyit’in kızı Zehra’ya ait olduğunu, Davacının babasının Zehra ile evlenmesine müteakip, eşi Zehra’nın 1902 yılında bu malı Davacının babası Mustafa Ahmet’e hibe ettiğini, 1927’de Emare No.1’de görüldüğü şekilde, Parsel 129’un, 1660 No.lu koçan ile Mülk olarak sınıflandırılmış bir mal olarak Mustafa Ahmet adına “by possession and original registration” (tassarruf ile ve ilk kayıt olarak) yolu ile ve “House of four rooms 700 square feet and right of passage through the land of the heirs of Hüssein Said and others, under reg. No 1656” (700 ayakkarelik 4 odalı ev ve 1656 olarak kayıt edilmiş, Hüseyin Said’in varislerinin toprağı üzerinden geçit hakkı) olarak kaydedildiğini görürüz. 5.11.1955’de, Davacının babası, Parsel 129’daki ½ hissesini Davacının annesi Meryem Mustafa Ahmet’e ve ½ hissesini de Davacı adına devretmiştir. 17.4.1996’da, Meryem’in hisseleri evlatları arasında bölünerek, 6 kişiye geçmiştir. Davanın ikame tarihinde, parsel 129’un 10/12 hissesi Davacının, 1/12’şer hisse ise Osman Manyera ve Hüseyin Açık’ın adına kayıtlı bulunmaktadır.

Yine şahadete göre, parsel 128'in Davalı No.1'in büyük dedesi Mustafa Hüseyin Seyit'e ait olduğu, parsel 128'in daha sonra parsel 128, 128/1 ve 128/2 olarak bölündüğü, parsel 128/2'nin (koçan 1656) frahti kategorisinde olduğu, ve 13.3.1922'de, 6/14 hissenin Hüseyin Said varisleri, 2/14 Mehmet Hüseyin ve 6/14 Mustafa Ahmet, (Davacının babasının), adına kaydedildiği, Davacının babasının hissesinin ilk eşi Zehra'dan dolayı kendisine intikal ettiği, (Emare No.9), bu malın 1927 yılında Mehmet Hüseyin Seyit, Mustafa Ahmet, Hüseyin Seyit ve Şerife Hüseyin adına kayıt edildiği, daha sonra Davacı Mustafa Ahmet'in hissesini Hristorofose'a sattığı ve diğer hissenin Ahmet Hüseyin'e intikal ettiği görülür. 6.11.1945 yılında (Emare No.4), Davacının annesi Meryem Mustafa'nın 3/7 hisseyi satın aldığı, 1956 yılında ise 4/7 hissenin Davalı No.1'e hibe edildiği görülür. Emare No.15 araştırma belgesine göre, bu mal 20.1.____ tarihinde 3/7 Mustafa Ahmet, Davacının babası adına, 1/7 Mehmet Said, 1/7 Ayşe Hüseyin Said ve 2/7 Şerife Hüseyin adına, 2008 yılında ise parsel 128/2, 18/42 Hasan Bilman (Davacı) adına ve 4/14'ser, toplam 8/14 (24/42) hisse Davalılar adına kayıtlı görülmektedir.

Parsel 128/2'nin koçanı, emare olarak ibraz edilmiş değildir. Parsel 128/2 ile ilgili olarak sadece Emare No. 10 field record ibraz edilmiştir. Emare No.15 araştırma belgesinde de, Davacının 3/7 hissedar olduğu tarihte yıl eksiktir.

Davacının babası, parsel 128/2'de 1922 ve 1927 yıllarında hissedar görünmektedir. Davacının babasının, hangi tarihte parsel 128/2'deki hissesini Ruma sattığı şahadette yoktur. Ancak Bidayet Mahkemesinin kararı, Davacının 2 odadaki tasarrufunun 1922 yılının öncesinde var olduğu doğrultusundadır.

Bu durumda, Davacının babasının, parsel 128/2’de, 1922 ve hatta 1927 yılına kadar müşterek sahip olduğu (co-owner) anlaşılmaktadır. Davacının babasının bu mallardaki hissesi kendisine vefat eden ilk eşinden intikal etmiştir. Davacının ilk eşi, Davalı No.1’in babası ile kardeşti. Davacının babası ve Davalı No.1’in babası arasında kan bağı olmadığı ve birbirlerine yabancı oldukları tartışmasız olmakla birlikte, parsel 128/2, gerek Davacının babasına, gerekse Davalı No. 1’in babasına ve Davacı ve Davalı No.1’e ve sonra Davalı No.2’e aynı kişiden intikal etmiş bulunmaktadır. Chakarto davasında, müşterek sahiplerin yabancı ve satın alan konumunda olmaları halinde, malı tasarrufunda bulundurmayan tarafın diğerine izin verdiğinin varsayılamayacağını kabul etmiştir. Huzurumuzdaki istinafa konu davada, ne Davacının babası, ne de Davalı No.1 veya 2, parsel 128/2’i satın almışlardır. Parsel 128/2, aynı kişiden miras yolu ile, birbirlerine yabancı konumunda olan Davacı ve Davalı No.1’in babalarına intikal etmiştir. Bu durumda Chakarto davası bu meselede uygulanmaz ve Davacının babasının, parsel 128/2’i satın alan ve diğer hissedarlardan yabancı olma kriterlerinin her ikisini de taşımadığı cihetle, parsel 128/2’deki tasarrufunun ilk etapta diğer hissedarların izni ile olduğu kabul edilmelidir.

Davacının babası, Davacının iddiasına göre, parsel 128/2’nin bölünmesi konusunda Davalı No.1’in babası ile anlaşmış, sınırı tellemiş ve her biri kendi tarafında kalmayı kabul etmiş ve bu yıllarca böyle olmuştur. Yani, Davacının babası kendi tasarrufunda kalan kısmı başkasının tasarruf etmesine izin vermemiş ve diğer hissedarları kendi kısmından dışlamıştır.

İzinsiz tasarruf (adverse possession) nedir ve ne tür tasarrufu kapsamaktadır?

Morphia Haji Ianni Mour Mouri v. Michael Haji Ianni VII CLR 94

davasında, izinsiz tasarrufun (adverse possession), tasarrufu veren kişiye karşı olması gerektiği vurgulanmıştır. Kararda, babanın kızına hediye olarak verdiği odayı babasının ara sıra bazı eşyalarını koymak üzere kullanmasının, kızının tasarrufunu etkilemeyeceği, ancak babanın odada yaşaması halinde babaya karşı kızının izinsiz tasarruftan hak sahipliği ileri süremeyeceği belirtilmiştir.

“If from the date of the gift from her father in 1877 to his daughter in 1893 the Plaintiff had substantially speaking maintained the room in her own occupation, the mere fact of her allowing her father to make some slight and casual use of the room, for the deposit of his brooms or otherwise, would have had no special significance. Such a mere occasional and permissive user would not operate as an interruption of her prescription. But, if after his gift to the daughter he actually lived in the room, how can she possibly be supposed to have acquired a prescriptive title against him? The plea of prescription implies that the father, being dispossessed neglected during 15 years, to bring an action to recover possession. But how could he have brought an action to recover possession of the room while he was actually living in it? And how could the daughter who in 1893 recognised the father’s title to the property by accepting the second transfer contend that up to that time she had been holding the property adversely to him? Possession for the period of prescription under a grant or sale not perfected by registration in the same manner as usucapio operated to secure defective titles in Roman law, but such possession, in order to be effective, must be maintained adversely to the person entitled to dispute it and be of such a nature as to exclude the donor or vendor, continuously and substantially, from the enjoyment of his property. We cannot say that anything of this sort existed in this case.”

Bidayet Mahkemesi huzurundaki şahadetten anlaşılan parsel 128/2’e, parsel 129’dan taşan 2 odada Davacının babasıve ailesi ikamet etmiştir. Davacının babasının eski kayınpederi oradan dışlanmıştır.

Adverse possession'nın anlamı, The Dictionary of English Law Earl Jowitt 1959 edition, sayfa 70'de, şu şekilde verilmiştir:

“Adverse possession, an occupation of realty inconsistent with the right of the true owner. Where a person possesses property in a manner in which he is not entitled to possess it, and without anything to show that he possesses it otherwise than as owner (that is, with the intention of excluding all persons from it, including the rightful owner), he is in adverse possession of it. Thus, if A is in possession of a field of B's, he is in adverse possession of it unless there is something to show that his possession is consistent with a recognition of B's title (Ward v. Carttar (1866) L.R. 1 Eq.29).”

Davacının babasının parsel 128/2'deki tasarrufunun, bu durumda, parsel 128/2'de hissedar olmaadn önce parsel 128/2'nin kayıtlı sahiplerine karşı izinsiz tasarruf (adverse possession) olduğu kesindir. Davacının babasının parsel 128/2'de hissedar olmasından sonra da, parsel 128/2'deki evinin bir kısmı olan 2 odaya parseldeki diğer hissedarlar da dahil, başkasının girmesi mümkün değildi. Diğer hissedarlar, bu odalardan dışlanmışlardı. Bu durumda, Davacının babasının parsel 128/2'e taşan 2 odayı, parsel 128/2'de mal sahibi olarak kayıtlı diğer hissedarlara karşı, parsel 128/2'de gerek hissear olmadan önce, gerekse hissedar olduktan sonra izinsiz tasarruf ettiği, Mouri davasında ifade edilenler ışığında kabul edilmelidir.

Ancak Davacının babasının, parsel 128/2'deki tasarrufu hangi tarihte başlamıştır? Tasarrufunun başladığı tarihte, Davacının babasının kayıtlı mal sahibi sıfatı var mıydı? Davacının babasının odaları yaptığı tarihte, parsel 128/2 kayınpederinin adına kayıtlı olduğu dönemde, kayınpeder, 2 odadan dışlandığı cihetle, Davacının babasının kayınpederine karşı adverse possession'u olduğu kabul edilir. Ancak 2 odanın inşa edildiği tarihte

Davacının babasının parsel 128/2'de hisse sahibi olması halinde, orasını ilk etapta Chakarta davası ışığında, diğer hissedarlara karşı adverse possession'da olduğunu söylemek mümkün değildir. Emare No.8 ve 10'a bakıldığı zaman, Hüseyin Sait 1917'de vefat etmiş bulunmaktaydı. Davacının babası, Emare No.9'a göre, 1922'den 20 yıl önce, parsel 129'u eşinden hibe almış, yani 1902'de, 15 yıl önceden bina inşa etmiştir. Bu durumda inşaat, 1907'de yapılmış kabul edilir. Karşı şahadet yokluğunda, Davacının babasının 1907'den 1917'e kadar, 10 yıl boyunca eski kayınpederine karşı tasarrufunun devam ettiği kabul edilmelidir. Bu süre malın iktisabı için yeterlidir.

Hüseyin Said'in ölüm tarihinin ne olduğu ile ilgili Bidayet Mahkemesi huzurunda şahadet yoktur. Bu kişinin ölümü 1917'den önce olsa dahi, 1907'den sonra, Davacının babası parsel 128/2'de hissedar olana kadar, kayınpederine karşı adverse possession'ın var olduğu kabul edilmelidir. Kayınpederinin ölümü ile kendisi parsel 128/2'de hissedar konumuna girdikten sonra da, diğer hissedarların 2 odaya girişi olamadığı cihetle, diğer hissedarların izni ile orayı tasarrufunda bulundurduğu karinesi geçerli olamaz. Davacının babası, kendi evi olan ve ahır ve samanlık olarak kullanmak üzere inşa ettiği 2 odayı, herkese karşı tasarrufunda tutmuş ve diğer hissedarların oraya girmesine izin vermemiştir. Her ne kadar da arazi miri üzerine bina inşa etmek yasak iseydi de, arazi miri üzerine ahır ve samanlık inşa etmek mümkündü. Bu durumda Davacının babasının parsel 128/2'e taşan 2 odayı diğer hissedarların izniyle tasarruf ettiği karinesine bu koşullarda yer yoktur ve Mouri davası ışığında diğer hissedarlara karşıda izinsiz tasarrufu olduğu kabul edilmelidir.

Esasen, Emare No.1 koçanda, parsel 129'da 4 oda olduğu görülmektedir. Aynı koçanda, 4 odanın alanı, 700 ayakkare olarak ifade edilmiştir. Emare No.9 field record'da da 4 oda ve geçit hakkı olan mülk malın alanı, 700 ayakkare olarak belirtilmiştir. Bu durumda, davaya taraf olan kişilerin atalarının, parsel 129'dan parsel 128/2'e olan taşma ile ilgili olarak Davacının babasına izin vermeleri söz konusu olamaz. Emare No. 1 ve 9'dan, 4 odanın da parsel 129'a ait olduğunun varsayıldığı görülmektedir. Davacının babasının bu 4 odadaki tasarrufunun, başkalarını dışlayacak şekilde olduğu ve dolayısıyla, parsel 128/2'e taşıdığı kabul edilen 2 oda ile ilgili olarak Davacının babasına izin verilmesinin söz konusu olmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Davacının babasının parsel 128/2'de inşa edilmiş 2 odadaki tasarrufu (adverse possession), tasarruf tarihi itibarıyla herkese karşı müşterek sahip sıfatı aldıktan sonra da, izinsiz tasarruf kapsamında kabul edilmeli ve Bidayet Mahkemesinin bulgu yaptığı gibi bu tasarrufunun 10 yılı geçen bir süre devam ettiği de kabul edilmelidir. Bu durumda, İstinaf Edenin 5. başlık altındaki istinaf sebebi de ret ve iptal edilir.

İstinaf Eden, parsel 128/2'nin tasarrufunun, davanın ikame edildiği tarihe kadar Davacının babasının tasarrufunda olmadığını, Davacının tasarrufuna hiçbir zaman geçmediğini, bu durumda Davacı lehine tespit kararı verilemeyeceğini ileri sürmektedir. Davacının talebi, Fası 224 madde 10 altında tezekkür edilmektedir ve 10. madde, Osmanlı Toprak Kanununu işaret etmektedir. Bu durumda, tasarruf yolu ile bir malın iktisap edilebilmesi için gerekli olan tasarruf, Fası 224'ün yürürlüğe girdiği 1.9.46'dan öncesine ait bir tasarruftur ve gerekli izinsiz tasarruf süresinin 1.9.46'a kadar dolması gerekir (Yargıtay/Hukuk 34/90 D.14/91). Davacının babası, malını 1957'e kadar tasarrufunda bulundurduğuna göre, Davacının hayatta olduğu müddet

içerisinde, Davacının babasının 1945'e kadar olan tasarrufu yeterlidir. Davanın ikame tarihine kadar tasarruf gerekmemektedir. Her halükarda, parsel 129'daki ve buradan parsel 128/2'e taşan 2 odadaki Davacının babasının ve daha sonra Davacının annesinin ve Davacının tasarruflarının 1957-58'e kadar fiili olarak devam ettiği kabul edilmelidir. Davacı, 1955 yılından beri parsel 129'da kayıtlı hissedardır. Başkasının burası ile ilgili tasarruf iddiası yokluğunda, Davacının parsel 129'da tasarrufunun, bugüne kadar devam ettiği, bu durumda kabul edilmelidir.

İstinaf Eden, Davacının gerek parsel 129 gerekse parsel 128/2'deki 2 odayı tek başına tasarrufunda bulundurmaktan hak elde edemeyeceğini, çünkü malda Davacı dışında hissedar bulunduğunu ileri sürmektedir. Gerek parsel 129 gerekse parsel 128/2'de Davacıdan başka hissedar vardır.

Davacı, Bidayet Mahkemesi huzurundaki davasında parsel 129'dan taşan 2 odanın ve tellenmiş arazinin parsel 129 lehine bölündüğünü ileri sürerek, parsel 128/2'nin bölündüğünü iddia ettiği kısım için kendisine koçan verilmesini talep etmiştir. Bidayet Mahkemesi ise, Davacının bölünmeyi ispat edemediğini kabul ederek, sadece parsel 128/2'deki 2 odanın kesintisiz ve ihtilafsız olarak 10 yıldan fazla süre Davacının babasının tasarrufunda kaldığını kabul etmiştir.

İstinaf Eden, böyle bir talebi Davacı ve Davacı ile birlikte parsel 129'da hak sahibi olan tüm kişilerin hep birlikte ileri sürmeleri gerektiğini, Davacının tek başına böyle bir dava ikame edemeyeceğini ileri sürmektedir.

Parsel 129'da, Davacı dışında, Osman Manyera ve Hüseyin Açık da hissedar olmakla birlikte, onlar davada taraf değildirler. Bu, Davacının davasını olumsuz yönde etkileyen bir husus mudur?

Eleni Angeli v. Savvas Lambi and Others 1963 2 CLR 274 davasında, izinsiz tasarruf ile hak kazandığını iddia eden kişinin tek başına hisselerin tümünü tasarruf etmesi gerektiği, ancak bir kısmında hissesi olmasının yeterli olamayacağı belirtilmiştir:

“The plaintiff, who was one of six heirs of her father, could not by herself have acquired title to the water by prescription since that time, as she was only entitled to the one-sixth of her father's share and not to the whole, as she was co-owner together with 5 other heirs”

Bu dava maksatları için önemli olan, 1.9.1945'den önce, 10 yıldan uzun süre için, parsel 128/2'deki 2 odanın, Davacının babasının tasarrufunda bulunup bulunmadığı ve halen de Davacının tasarrufunda olup olmadığıdır. 10 yıllık süre, Davacının parsel 129'da hissedar olmasından çok önce dolduğu cihetle, şu anda Davacının tek başına tasarruf ile mal iktisap etmesi söz konusu olmadığından, parsel 129 ve parsel 128/2'e taşan 2 odanın tek hissedarı olmaması, bu dava maksatları için önem arz etmez.

İstinaf Edenin 2 ve 3. başlık altındaki istinaf sebepleri ret ve iptal edilir.

İstinaf Eden, Davacının babasının, 1965 yılına kadar adına kayıt yaptırmamakla, bu hakkından feragat ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Davacının babası, parsel 129'u eşi Zehra'dan hibe aldıktan sonra, üzerine odaları yapmış ve ailesi ile orada uzun yıllar ikamet etmiştir. 1927 yılında lehine koçan ısdar edilmiştir. Gerek field record'da gerekse koçanda, parsel 129 için 700 ayakkare alanı olan 4 oda yazılmış olmasına ve Davacının babasının tasarrufunda bulundurduğu alan 700 ayakkareden fazla olmasına rağmen, Davacının babası parsel 129 dışına taşan odaların da kendi adına kaydedilmesi için müracaat yapmış değildir. Esasen Davacının babasının parsel 129'da kayıtlı olan 4 odasının parsel 128/2'e taşığından haberdar olduğunu gösteren şahadet yoktur. Bilakis, Bidayet Mahkemesi huzurunda, Davacının babasının 4 odanın parsel 129'da kayıtlı olduğunu varsaydığı ile uyumlu şahadet mevcuttur. Nitekim, Davacının babası 1957 yılına kadar parsel 129'da ve parsel 128/2'e taşan 2 odada ikamet etmesine rağmen, taşma olan parsel 128/2'deki hissesini, o tarihten çok önce bir Ruma satmıştır. Bu koşullarda, Davacının babasının parsel 129 dışındaki 2 odanın tasarruf yoluyla kayıtlı mal sahibi olma hakkından feraget ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Bilakis, bu kişinin mevcut parsel 129'un, bu odaların 4'ünü de ihtiva ettiğini varsaydığı kabul edilmelidir. Davacının babası parsel 129'daki evi terk etmiş olsaydı, o zaman tasarruf yolu ile iktisap hakkından feraget ettiği kabul edilebilirdi.

Bu konu ile ilgili **Panagi Loizo v. Papa Christodoulo P. Philippou VI CLR 105** davasında, tasarrufa dayanarak kaydedilme hakkı olan bir kişinin, tasarrufu terk ettikten sonra bu hakkından sarfinazar ettiğinin kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

“At the date when this application was first made to the Land Registry Office the Defendant had been out of possession for 8 years. Had he then a right to be registered as owner in respect of his previous possession? That depends on Art. 78 of the Land Law, which enacts that if a person has possessed and cultivated Arazi-

Miric for 10 years without interruption the land cannot be looked on as Mahlul but a new Tapu sened shall be given to him. In 1889 he apparently had a right under this section to have himself registered if he asked for it. But he never asked for it; on the contrary he abandoned his right and gave up possession of the land to Haji Economo.”

Davacının babasının 4 odalık evini terk etmediği geręeęi ışığında, İstinaf Edenin 4. başlık altındaki istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

İstinaf Eden, parsel 128/2 üzerine oda inşa edilmesiyle parsel 128/2 olarak kayıtlı arazinin, arazi miri olmaktan çıkıp, mülk kapsamına girmesi gerektiğini, bu durumda da izinsiz tasarruf süresinin 15 yıl olması gerektiğini, bu böyle olmasına rağmen, bütün bunların Davacının Talep Takririnde yer almadığını ve bu konularda şahadet sunulmadığını ileri sürmüştür.

Arazi miri üzerine inşaat yapılması halinde, bu arazinin kendiliğinden mülk kategorisine girmesi söz konusu değildir. Osmanlı Toprak Kanunu altında arazi miri üzerine inşaat yapılmasına izin verilmemekte idi. Osmanlı Toprak Kanununun 31. maddesi altında, izinsiz inşaat yapıldığı takdirde, bunun yıkılabileceği yer almaktaydı. Ancak, madde 32 altında, arazi miri üzerine samanlık ve ahır gibi binaların yapılabileceği yer almaktaydı. Dolayısıyla, parsel 128/2’e ahır ve samanlık yapılmasının malın niteliğini değiştirmediği kabul edilmelidir. Malın niteliğinin değişmesi için, mal ile ilgili kayıtta değişiklik yapılmış olması gerekir ki, bu doğrultuda Bidayet Mahkemesi huzurunda şahadet yoktur. İstinaf Edenin 6. başlık altındaki istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

Parsel 129'un koçanı Emare No.1'de "by possession and original registration", Emare No.9 Field Record'da ise "site by gift from his wife Zehra Houssein since over 20 years and buildings erected by him since over 15 years" denmekte ve gerek Emare No.1'de gerekse Emare No.9'da, parsel 129'da 4 oda olduğu ifade edilmektedir.

Bu durumda, 1922 ve 1927'de, Davacının babasının parsel 129'da 4 odası olduğu, parsel 129'un kendisine kayıt ile intikal ettiği ve orayı tasarrufunda tutarak da hak kazandığı kabul edilmelidir. 4 odanın alanı Emare No. 1 ve 9'da 700 ayakkare olarak verilmektedir. Bidayet Mahkemesinin huzurundaki şahadete göre ise, bu 4 odanın büyüklüğü 700 ayakkareden fazladır. Esasen, parsel 129'un alanında bir hata olduğu anlaşılmakla birlikte, Davacının, Fasl 224 madde 50 altında parsel 129'un alanının düzeltilmesi için bir talebi olmamıştır.

Bidayet Mahkemesi huzurundaki tüm şahadet neticesinde, Davacının babasının 1945 yılından önce 10 yıldan uzun bir süre 700 ayakkare alan olarak kaydedilen parsel 129'dan parsel 128/2'e taşan ve toplam 4 odadan müteşekkil bir yerde ikamet ettiği ve parsel 129'un dışına taşan 2 odayı 10 yıldan uzun bir süre izinsiz tasarrufunda bulundurduğu (adverse possession) ve bu yerin 1957-1958'de yıkıldıktan sonra da başkasının tasarruf iddiası yokluğunda, Davacının babasının tasarrufunun devam ettiği, malın Davacının babasından intikal ettiği kişilerden birisi olan Davacının da parsel 129'da ve parsel 128/2'e taşan 2 odada tasarrufunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda Bidayet Mahkemesinin kararında hata yoktur.

Aleyhine İstinaf Edilenin 2. mukabil istinafi, masraflar ile ilgilidir. Aleyhine İstinaf Edilen, davayı kazandığı halde, Bidayet Mahkemesinin Davacı lehine dava masrafı vermemekle hata ettiğini ileri sürmüştür.

Dava masrafları ile ilgili emir vermek, Bidayet Mahkemesinin takdir yetkisinde olan bir husustur. Bu meselede, Bidayet Mahkemesi, Davacı lehine dava masrafı takdir etmemeyi uygun görmüştür. Davacının esas talebi, parsel 128/2'nin bölündüğü ile ilgili tespit kararı olmasına rağmen, bu iddiasında muvaffak olmamış ve sadece parsel 128/2'e, parsel 129'dan taşan 2 odayı, 1922 yılının 10 yıl öncesinden tasarruf ettiği doğrultusunda tespit kararı temin etmiştir. Bu koşullarda, Bidayet Mahkemesinin Davacı lehine masraf emri takdir etmemekle hata yaptığını kabul etmeyiz.

Netice itibarıyla, İstinaf Eden istinafında muvaffak olmaz ve tüm istinaf sebepleri iptal edilerek Bidayet Mahkemesinin 29.11.2011 tarihli kararı aynen onaylanır. Aleyhine İstinaf Edilen de mukabil istinafında muvaffak olmaz ve mukabil istinaf sebepleri iptal edilir.

İstinaf masrafları ile ilgili de emir verilmez.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Mehmet Türker
Yargıç

28 Mart 2014

D.8/2014

Yargıtay/Hukuk 78/2008
(Gazimağusa Dava No:957/2006)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı

İstinaf eden: Arox Hiper Market Ltd, Astro Süpermarket, Fuar
Alanı karşısı, Ortaköy, Lefkoşa

(Davalı)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Sezin Kaymak, “Sert Elektrik” İsmet
İnönü Bulvarı - Gazimağusa

(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Seran Bensen

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Arif Tahir Erişen ve
Avukat Çetin Veziroğlu

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Başkanı Ahmet Kalkan ve Yargıç Melek Esendağlı'nın 957/2006 sayılı davada 19.6.2008 tarihinde verdikleri karara karşı, Davalı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı elektrikli ev eşyaları satan bir şirketin sahibidir – Davalı ise bir dükkanın sahibidir – Davacı ticaret yapmak amacıyla Davalının dükkanını kiraladı – Kiralanan dükkanın damı kısa bir süre sonra akıttı – Dava konusu dükkanın sular altında kalması nedeniyle Davacı iş yapamaz hale geldi – Bu nedenle kira sözleşmesini feshederek ödemiş olduğu depozito ve iki aylık kira bedelini geri talep eden bir dava açtı – Davalı dükkanın damının kendi kontrol ve denetiminde olmadığını öne sürerek bu talepleri reddetti – Davayı dinleyen Alt Mahkeme, sözleşmenin Davalı tarafından ihlal edildiği bulgusunu yaparak depozito ile iki aylık kira bedelinin geri ödenmesine karar verdi – Davalı kararı istinaf etti – Yargıtay, bir kiralayanın tamir yükümlülüğüne ilişkin yasal prensipler üzerinde durdu – Bu konuda İngiltere'deki mevzuat ile Kıbrıs'taki yasal durumun farklı olduğunu belirtti – İngiltere'de bu konunun yasalar

tarafından düzenlendiği, Kıbrıs'ta ise sözleşmeye bakarak sorunun çözülmesi gerektiğini dikkate aldı – Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinde açık bir hüküm olmamakla birlikte söz konusu tamirâtı Davalının yapmasının sözleşmenin zımni şartı olduğu kanısına varan Yargıtay, Davalıyı sorumlu tuttu ve paranın iadesini öngören İlk Mahkeme kararını onayladı.

Bir kira ilişkisinde mal sahibinin tamir yükümlülüğü olup olmadığı tartışması – İngiltere’de bu konuda yasal ilkeler uygulanmakla birlikte Kıbrıs’ta sözleşme hükümlerine göre karar verilmesi gereği – Bir sözleşmede esaslı şartın ihlal edilmesi halinde karşı tarafın iki hakkı olması – Bunların sözleşmeyi sona erdirmeye ve tazminat hakkı olması – Esaslı olmayan bir şartın (warranty) ihlal edilmesi halinde ise sadece tazminat talep edilebilmesi – Sözleşmenin ihlali halinde eski duruma dönme ‘Retitutio in integrum’ ilkesinin uygulanması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Agni Kontou v Mariou Parousi, XIX CLR, s.172-175.
- 2- The Moorock 1889 (1886 – 1890, All ER.)
- 3- Reigate v Union Manufacturing G.(Ramsbottom) Ltd. and Elton Cop Dyeing Com. Ltd. 1918 1 KB 592.
- 4- Measures Brothers Ltd v. Measures, 1910 2 Ch. 258.
- 5- Shirlaw v. Southern Foundaries (1926) Ltd. (1939) 2 KB, s.206.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

- 1- Halsbury’s Laws of England, Foruth Ed. Reissue 2006, Vol. 27(1) para. 422.
- 2- Chitty on Contracts, General Principles Vol 1, 25. Baskı, sayfa 249, Para.447, sayfa 451,Para. 842,843,844.
- 3- The Laws of Contract 3rd Ed. J.S.Smith, s.125, 146.
- 4- The English and Empire Digest, Vol.12, s.258, para 1995.

H Ü K Ü M

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

Emine Dizdarlı: Huzurumuzdaki istinaf, 19.6.2008 tarihinde, tam kadrolu Gazimağusa Kaza Mahkemesinin 957/2006 sayılı davada, Davalı aleyhine vermiş olduğu hükümden yapılmış bulunmaktadır.

Davacı (Aleyhine İstinaf Edilen), “Sert Elektrik” adı altında, her türlü elektrikli ev eşyalarının ve elektrik tesisatı malzemelerinin satışı ile iştigal etmektedir. Davalı (İstinaf Eden), tüzel kişiliği haiz bir şirket olup, Mağusa’da Astro Süpermarket ve/veya Astro Hipermarket olarak bilinen ve içerisinde her türlü ev ve mutfak eşyaları satışı yapılan iş yerinin ve/veya binanın sahibidir.

4.10.2005 tarihinde Mağusa’da yapılan yazılı bir kira sözleşmesi ile Davalı, dava konusu dükkânı Davacıya kiralamıştır. Emare No.(2) Kira Sözleşmesine göre, kira müddeti 15.10.2005 tarihinden 14.12.2006 tarihine kadar olmak üzere, 14 aydır. Kira bedeli 15.10.2005 tarihinden 14.10.2006 tarihleri arasındaki 1 yıl için aylık 1100 Sterling ve 15.10.2006 tarihinden 14.12.2006 tarihine değin ise ayda 2000 Sterling olacaktır. Kira Sözleşmesinin 12.maddesine göre, kiralayan, her türlü tamirden ve/veya kiralayanın kullanımında bulunan her türlü teçhizat ve makinenin bakımından sorumlu olacaktır. Yine söz konusu Kira Sözleşmesine göre, kiralanan dükkân tamamen yenidir ve ilk kez kiralanaacağı nedeniyle temiz ve boyanmıştır. Davacı, konu dükkân için 2200 Sterling depozit ve 2 aylık kira bedeli olan 2200 Sterling’ni sözleşme tarihinde, Davalıya peşin olarak ödemiştir. Emare No.(2) kira sözleşmesi imzalanmadan önce Davacı, dava konusu dükkânı tasarrufuna aldı ve gerekli tamirat, tadilât, alçı ve dekorasyon işlerini sözleşmenin imzalanacağı tarih olan 4.10.2005 tarihine kadar tamamladı.

Sözleşmenin imzalanmasını müteakip, Davacı, Beko Bayisi olarak her türlü elektrikli ev eşyası ve elektrik tesisatı malzemelerini satmaya başladı. 7.11.2005 tarihinde, geceleyin yağan yağmurlar neticesinde dam akıttı ve Davacı tarafından konu dükkâna yapılan dekorasyon ile dükkân içerisinde bulunan tüm eşya ve/veya malzeme sular altında kaldı. Aynı gün Davacı bu durumu Astro Genel Müdürüne ve Polis Müdürlüğüne bildirdi. Davacı, Davalıdan, söz konusu damın tamir edilmesini talep etti. Davalının akıtan damı tamir etmemesi üzerine, Davacı, Davalı ile akteyletiği sözleşmeyi feshederek, Davalıdan yağmur suları nedeniyle uğradığı zarar-zıyanın tazminini, Davalıya ödediği depozito ve kiraların iadesini ve dekorasyon işleri için harcanan paranın geri ödenmesini talep etti.

Davalı ise dosyaladığı Müdafaa ve Mukabil Talep Takririnde, özetle, konu dükkânın damının ve/veya tavanının kendi kontrol ve denetiminde olmadığını, her halükârda taraflar arasında aktedilen 4.10.2005 tarihli Kira Sözleşmesinin ilgili maddeleri gereğince, damın tamiratını Davacının yapması gerektiğini, bu nedenle Davalının herhangi bir zararı tazmin etme ve/veya herhangi bir çatıyı ve/veya damı tamir etme mükellefiyetinin olmadığını iddia etti.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme, Davacı ile Davalı arasında yapılan sözleşmenin Davalı tarafından ihlal edildiği bulgusuna vararak, Davacının sözleşme mucibince Davalıya ödediği 2 aylık depozito ile 2 aylık kira bedelinin Davacıya geri verilmesi ve/veya ödenmesi, Davacının dekorasyon işleri için harcadığı tutar olan 14,375 Türk Lirasının zarar-zıyan olarak ödenmesi ve Davalının Emare No.(2) Kira Sözleşmesinin yürürlükte olduğunu

ispatlayamadığı gerekçesi ile mukabil talebin ret ve iptal edilmesi hususunda karar vermiştir.

Davalı, Alt Mahkemenin hükmüne karşı, işbu istinafi dosyalamıştır. Dosyalanan istinaf ihbarnamesi, 10 istinaf sebebi içermekle birlikte, İstinaf Eden Avukatı bunları 2 ana başlık altında özetlemiştir.

Alt Mahkeme:

- 1) Davalının tamir yükümlülüğü olmamasına rağmen yanlış prensipleri uyguladı ve/veya Mahkeme, Common Law prensiplerini uygulaması gerekirken, Fası 149 Sözleşmeler Yasası'nda serdedilen prensipleri uygulayarak hatalı hareket etmiştir.
- 2) Dava konusu Emare No.(2) Kira Sözleşmesinin Davacı tarafından feshedildiği bulgusuna varmakla hata yapmıştır ve/veya Mahkemenin söz konusu sözleşmenin feshedildiğine dair bulgusu yanlıştır. Bu nedenle, Muhterem Mahkeme, mukabil talep uyarınca (fesih tarihine kadar muaccel olan kira bedelleri için) hüküm vermemekle hatalı hareket etmiştir.

Yukarıdaki istinaf sebepleri birbirleri ile bağlantılı olduklarından, bunları birlikte ele alıp incelemeyi faydalı görüyoruz.

İlk Mahkeme, Emare No.(2) Sözleşmenin geçerli ve uygulanabilir bir sözleşme olduğu bulgusunu yaparken, Sözleşmenin 12.maddesinin Davalıya tamir yükümlülüğü yükleyip yüklemediği konusunda şöyle demiştir:

“Şimdi ispatlanan olgular ışığında, mukavelenin ihlâl edilip edilmediğini incelememiz gerekmektedir. Bunun için ilk önce, Emare No.(2)

Sözleşmede yazılı şartlara bakmamız şarttır. Eğer Davalının iddia ettiği gibi Emare No.(2) Sözleşmenin 12.paragrafı tamir yükümlülüğünü açık şekilde kiracıya yani Davacıya yüklemesi halinde, ortada herhangi bir ihlâl olmadığı sonucuna ulaşmak kaçınılmaz olacaktır.

Emare No.(2) Sözleşmenin 13.paragrafına göre, konu dükkân tamamen yeni, temiz ve boyanmış bir şekilde Davacıya teslim edilmiştir.

Tarafların tamir yükümlülüğü, yasadan, sözleşmeden veya genel hukuk kaidelerinden kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülük açık veya zımni olabilir.

.....

Burden çıkarılacak netice, Emare No.(2) Sözleşmenin 12. maddesine göre, kira ilişkisinden kaynaklanan tamir yükümlülüğünün, kiracı olan Davacıya ait olduğudur.

Ancak bizim meselemizde asıl sorun, bu değildir. Davacı açısından sorun, kendisine mukavelenin öngördüğü şekilde kiralanabilir, içerisinde ticari faaliyet yürütülebilir bir bina verilmediği, bu nedenle mukavelenin temelden ihlal edildiği yönündedir.”

İstinaf Edenin istinaf duruşmasındaki esas iddiası, Ahkamı Umumiye (Common Law) ilkeleri ışığında, söz konusu damın ve/veya tavanın tamiratından sorumlu olamayacağıdır.

Dava konusu Emare No.(2) Kira Sözleşmesinin 12 ve 13. maddeleri aynen şöyledir:

- “12. Kiralanana yapılması gereken hertürlü tamirden ve/veya kiralananın kullanılması ile ilgili hertürlü teçhizat, makine ve hertürlü teferruatın tamir ve bakımını kiracı kendi masrafı ile yapmayı ve/veya yaptırmayı deruhte eder. Ayrıca zaman zaman belediye, sıhhiye v.s. salahiyettar makamlar tarafından kiralanan dükkana yaptırılması istenen her nevi tamirat ve badanadan ve/veya kiralananın kullanılması ile ilgili izinlerin alınmasından kiracı sorumlu olacak ve bundan dolayı mal sahibinden ve/veya kiralayandan hiçbir şey talep etmeyecektir. Bunlar yapılmadığı takdirde kiralayan gereken tamirat ve tesisatı yapıp parasını kiracıdan talep etme hakkına haiz olacaktır.
13. Kiralanan dükkân tamamen yenidir, ilk kez kiralanacak, temiz ve boyanmış bir halde olup kiracı kiralanan dükkânı tahliye edeceğinde tamamen boş olarak ve heyeti asliyesi üzerine, temiz, yeniden boyanmış ve tamire ihtiyaç duyulmayan bir şekilde terk ve teslim edecektir.”

İngiliz Common Law ilkelerine göre, sözleşmede belirtilen herhangi bir şart, genellikle sözleşmenin esas şartlarından biri addolunur, meğer ki, böyle bir sözleşmenin mahiyeti ve bütün ahval ve şeriatı nazarı itibara alındığında, tarafların niyetinin bu olmadığı meydana çıksın.

Bu konuda, Halsbury’s Laws of England, Fourth edition, Reissue 2006, Volume 27(1) Landlord and Tenant, para 413 “Landlords Liability to repair” başlığı altında şöyle denmektedir:

“In the absence of express stipulation, or of an obligation imposed by statute, the landlord is generally under no liability towards the tenant to put the demised premises into repair at the commencement of the tenancy, or to do repairs during the continuance of the tenancy.”

Yukarıdan görüleceği gibi, bir sözleşmede sarih ve/veya açık bir şart bulunmadığı hallerde veya bir yasaya istinaden mal sahibini zorlayan herhangi

bir mükellefiyet olmadığı hallerde, genel ilke olarak mal sahibinin kiracıya karşı kiralanan yeri tamir etme yükümlülüğü yoktur.

İstinaf Eden, Common Law'a göre kiraladığı iş yerini tamir etme zorunluluğu olmaması nedeniyle, mal sahibinin amacına uygun bir dükkan verme yükümlülüğünün olmadığını iddia etti.

Bir gayrimenkulün kiralınması ile ilgili olarak akdedilen kira mukavelelerinin yasal açıdan sonuçları Kıbrıs ve İngiltere'de farklıdır. Güney Kıbrıs'ta bu husus Agni Kantou V Mariau Parousı (C.L.R. Volume XIX sayfa 172 at 175) davasında incelenmiştir. Kuzey Kıbrıs'ta mal sahibi ile kiracı arasında akdedilen kira mukavelesinin kiracıya verdiği menfaatler şahsi düzeyde (personal) olduğundan, kira meselelerinde Common Law prensiplerini uygulama olanağımız yoktur. Bu durumda, Bidayet Mahkemesi, bu meseleye Sözleşmeler Yasasını uygulamakla hata yapmış değildir. Bu nedenle, Alt Mahkemenin, Davalının Emare No.(2) Sözleşme uyarınca Davacıya kiralanabilir bir dükkan kiralamadığı ve buna bağlı olarak sözleşmedeki zımni şartı ihlal ettiği mealdeki bulgusunun hatalı olmadığı açıktır. Bu nedenle, İstinaf Eden Davalının 1. istinaf sebebi reddolunur.

Bu konuda İngiltere'deki uygulamaya bakıldığında da, Common Law'da mal sahibinin eşyasız (unfurnished) bir evi veya daireyi kiralarken, söz konusu evin veya dairenin amacına uygun (fit for its purpose) olmasını gerektirecek zımni bir şart veya koşul bulunmamaktadır. Böyle bir yerin makûl olarak oturulabilir olması, bu amaç için yeterlidir.

Bu prensip sadece ikâmetgah olarak kullanılan yerleri kapsamaktadır ve iş yerleri bu prensibin dışında tutulmaktadır. (Bak Halsbury's Laws of England, 4th edition, Volume 27(1) para 422).

Davacının tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşme şartlarının haksız olarak ihlal edilmesi gerekmektedir. Sözleşme şartları açık (express) veya zımni (implied) olur. Davacının tazminat hakkı, ancak açık veya zımni bir şartın ihlalinde doğar.

Emare No.(2) Sözleşmenin 12.maddesi incelendiğinde, dava konusu damın tamirâtı ve/veya tavanın tamirâtı ile ilgili herhangi bir şart yoktur ve/veya bu hususun sözleşmenin açık şartlarından biri olmadığı aşîkardır. Bunun ancak zımni bir şart olduğu neticesine varılırsa, Davacının tazminat hakkı doğar. Tarafların hazırladıkları bir sözleşme, genel taahhütleri hakkında şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açık olmalıdır. Taraflar arasındaki sözleşme yeterince açık değilse ve/veya bu eksiklik doldurulmamışsa, tarafların sözleşmeyi yaptıkları zamandaki niyetleri gerçekleşmeyeceğinden, mahkeme, tarafların niyetlerini ve sözleşmeyi çevreleyen ahvale bağlı olarak, bu eksikliğı doldurmak yönüne gider. Bu prensip, The Law of Contract, Cheshire and Fifoot, 7.baskı, sayfa 157'de şöyle izah edilmektedir:

“.....the courts may, in any class of contract, imply a term in order to repair an intrinsic failure of expression. The document which the parties have prepared may leave no doubt as to the general ambit of their obligations; but they may have omitted, through inadvertance or clumsy draftsmanship, to cover an incidental contingency, and this omission, unless remedied, may negative their design. In such a case the judge may himself supply a further term, which will implement their presumed intention and in a hallowed phrase, give 'business efficacy' to the contract.”

Chitty on Contracts, General Principles, Volume 1, 25.baskı, sayfa 451, para 842,843 ve 844'de şöyle denmektedir:

“ The implication of a term is a matter of law for the court, and whether or not a term is implied is usually said to depend upon the intention of the parties as collected from the words of the agreement and the surrounding circumstances. In many classes of contract, however, unplied terms have become standardised, and it is somewhat artificial to attribute such terms to the unexpressed intention of the parties. The court is, in fact, laying down a general rule that in all contracts of a certain type – for example, sale of goods, landlord and tenant, the carriage of goods by land or sea - certain terms will be implied, unless the implication of such a term would be contrary to the express words of the agreement.

An implication of this nature may be made in two situations: first, where it is necessary to give business efficacy to the transaction, and, secondly, where it is an obvious inference from the agreement.

A term will be inplied if it is necessary, in the business sense, to give efficacy to the contract.”

Yukarıdan görüleceği gibi, bir terimden nasıl bir sonuç çıkarılacağı, kanun hükümlerinin veya hukuk prensiplerinin tatbiki ile saptanması veya kararlaştırılması gerekmektedir. Bu da genellikle, tarafların niyetlerine ve o sırada mevcut olan sözleşmedeki şartlara bağlıdır. Birçok sözleşme sınıflarında (classes), zımni şartlar olağan hale gelmiş ve/veya standardize olmuştur. Nitekim, Mahkeme, genel kural olarak, belirli sınıfa giren sözleşmeler ile özellikle eşya satışı, mal sahibi ve kiracı, deniz ve kara taşımacılığı meselelerini içeren sözleşmelerde, aksine bir durum olmadığı sürece, zımni terimlerin sözleşmenin bir parçası olduğunu varsaymaktadır. Zımni şartlar, sözleşmelere iki şekilde dahil edilebilir: Birincisi, taraflar arasındaki işin (business) olumlu gelişimine gerekli olduğu hallerdir. İkincisi ise, sözleşmedeki anlamın bariz bir şekilde açık olduğu durumlardır.

Bir terim iş anlamında gerekli ise, sözleşmenin gelişmesine olumlu etki sağlamak amacı ile ima edilecek ve/veya zımnen ortaya konacaktır.

Bu prensip, The Moorcock 1889(1886-1890 All ER) davasında uygulanmış ve bunu müteakip, bu gibi davalarda birçok kez tekrarlanmıştır. Reigate V Union Manufacturing G.(Ramsbottom) Ltd and Elton Cop Dyeing Company, Ltd.(1918 IKB 592) davasında sayfa 605'te şöyle denmektedir:

“A term can only be implied if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract; that is, if it is such a term that it can confidently be said that if at the time of the contract was being negotiated some one had said to the parties “what will happen in such a case” they would both have replied,”Of course, so and so will happen; we do not trouble to say that, it is too clear.”

Görüleceği gibi, bir terim, işin (business) idamesine veya gelişmesine olumlu etki yaratmak amacı ile ima edilir ve/veya böyle bir terimin zımnen sözleşmede olduğu varsayılır. Şöyle ki, sözleşmenin müzakere edildiği esnada, birinin taraflara “böyle bir durumda ne olacak” demesi ve tarafların her ikisinin de “elbette şu ve şu olacak; çok açık olması nedeniyle bunu söyleme zahmetinde bulunmadık” denmesi yeterlidir.

Measures Brothers Ltd V Measures 1910 2 Ch 258 davasında, Kennedy LJ.şöyle demiştir:

“is there an implied condition “that the contract is to remain in force only so long as a certain state of things continues to exist” and if so, what state of things is to exist which is the condition of the contract remaining in force? As I understand, it is suggested that the contract

is only to remain in force so long as the company carry on their business.”

Measures Brothers Ltd V Measures davasında, Kennedy L.J’in kullandığı test şöyledir:

“Belli durumda, sadece mevcut koşulların devam etmesi halinde, sözleşme yürürlükte kalacaktır” gibi zımni bir şart var mıdır ve eğer var ise, sözleşmenin yürürlükte kalabilmesi için hangi hallerin mevcut olması gerekmektedir? Anladığım kadarı ile, şirket işine devam ettiği müddetçe sözleşme yürürlükte kalacaktır.

Shirlaw V Southern Foundries (1926) Ltd (1939 2 KB sayfa 206) davasında, Mac Kinnon LJ.”officious bystander” testini kullandı ve bu testi sözleşmelere zımni bir terimin ima edilip edilmeyeceğine yardımcı olmak için geliştirdi. Bu davada şöyle denmiştir:

“For my part, I think that there is a test that may be at least as useful as such generalities. Prima facie that which in any contract is left to be implied and need not be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if, while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress him with a common “Oh, of course.”

“Officious bystander” İngiliz Hukuku tarafından geliştirilen metaforik bir figür olmakla birlikte “işgüzar seyirci” testi yararlı bir rehber sağlamaktadır. Önerilen yaklaşım, meraklı işgüzar seyircinin, sözleşmeye taraf olan iki kişiye, anlaşılmaya açık bir terim koymak isteyip istemediklerini sormasıdır. Eğer taraflar, hemen evet diye cevap verirlerse, terim zımni bir terim olarak değerlendirilir.

Yukarıdaki prensiplerin ve/veya testlerin, istinaf konusu davaya uygulanması gerekmektedir. Az önce aktarılan pasajda belirtildiği gibi, eğer işgüzar birisi (officious bystander), taraflar sözleşmeyi yaptıkları esnada, söz konusu “damın ve/veya tavanın tamiratının kime ait olduğu hususunu sözleşmeye koymayacak mıydınız?” diye sormuş olsaydı, taraflar “tabii yanlışlık yaptık, koymamız gerekirdi” diyecekler miydi? Buna cevap kanımca evettir. Yine “business efficacy” testine göre, taraflar arasındaki sözleşmenin yürürlükte kalabilmesi için sözleşmenin imzalandığı tarihteki mevcut şartların ve/veya koşulların aynen devam etmesi gerekir veya Davacının dükkânı kiralama amacının devam etmesi gerekir. Bu prensibe göre, kiralayan işine (business) devam ettiği müddetçe, sözleşme yürürlükte kalır. Bidayet Mahkemesindeki şahadete göre, Davacının söz konusu dükkânı kiralama amacı, kiralanan dükkanda ticaret yapmaktır. Kiralanan dükkânın damı, kiralandığı tarihten çok kısa bir süre sonra akıttı ve/veya söz konusu dam kiralandığı tarihten takriben 1 ay sonra akıttı. Dava konusu dükkânın sular altında kalması nedeniyle, Davacı iş yapamaz duruma geldi. Bu durumda, Davacının dükkânı kiralama amacı (its purpose) ortadan kalkmış oldu. Sözleşmenin devamı ancak Davacının işinin devam etmesi ile olur. Davalı tarafından Davacıya kiralanan dükkânın, Davacının makûl olarak ticari faaliyetini idame ettirebileceği bir dükkân olması ve/veya Davacının kirasında olan iş yerinin uygun kullanılabilir bir dükkân olması gerekir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmedeki koşulların aynen devam etmesi için, Davalının söz konusu damı tamir etmesi gerekir. Dolayısıyla söz konusu tamiratın Davalı tarafından yapılması gerektiği hususu, sözleşmenin zımni bir parçasıdır. Davalı, dava konusu damı tamir etmemekle ve/veya Davacıya karşı olan tamir yükümlülüğünü yerine getirmemekle, kira sözleşmesindeki zımni şartı ihlal etmiştir.

Alt Mahkeme, Davalının, taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi gereği, sağlam bir dükkânı Davacıya teslim etmemekle Sözleşmeler Yasası'nın 37(1) maddesindeki mükellefiyetlerini yerine getirmeyerek "akdi ihlal ettiği" ve aynı Yasanın 39(1) maddesi uyarınca, Davacının dava konusu Sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğu bulgusuna vardı.

İstinaf Eden Davalı, dava konusu Emare No.(2) Sözleşmenin, 21 Mart 2006 tarihinde feshedildiğini, Davalının konu anlaşmayı ihlal etmiş olduğu hususu İstinaf Mahkemesi tarafından kabul edilse dahi, Davacının fesih tarihine kadar muaccel hale gelen kiralara ödemesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davalının, Emare No.(2) Sözleşmedeki zımni şartı haksız olarak ihlal ettiği hususu karara bağlanmıştır. Bu durumda, Davacının ihlal neticesinde doğan haklarının ne olacağı hususunu incelemek gerekmektedir.

The Law of Contract, 3rd edition, J.C.Smith, sayfa 125'de şöyle denmektedir:

"Not all promises in a contract have the same importance. They all have to be performed, of course, and if any one of them is not, the party in breach is liable to pay damages. But some breaches of contract entitle the injured party to put an end to the contract as well as to claim damages Every promise was either a condition, any breach of it entitled the injured party to terminate the contract as well as to damages. A warranty, on the other hand, entitled the injured party to damages only. He was not entitled to terminate the contract".

Yukarıdan görüleceği gibi, sözleşmedeki esaslı bir şart veya koşul (condition) ihlâl edilirse, haklı olan taraf sözleşmeyi sonlandırabilir ve söz

konusu ihlâl neticesinde uğradığı zarar-ziyanı talep edebilir. Ancak sözleşmede ihlal edilen hüküm, esaslı bir şart değilse (warranty), haklı taraf sadece tazminat talep edebilir.

Önümüzdeki meselede, sözleşmenin esas şartlarından biri ihlal edilmiştir. Bu nedenle, Davacının Emare No.(2) Sözleşmeyi sona erdirme ve zarar-ziyan talep etme hakkı vardır. Davacı bu hakkını kullanarak, Emare No.(2) Sözleşmeyi sona erdirdi ve zarar-ziyan veya tazminat talep etti.

Chitty on Contracts, General Principles, Volume 1, 25 th edition, sayfa 249, para 447’de şöyle denmektedir:

“Restitutio in integrum: The purpose of rescission is to restore the status quo and it was said by Bowen L.J. in Newbigging V Adam that “there ought to be a giving back and a taking back on both sides.”

Görüleceği gibi, sözleşmenin sona erdirilmesi neticesinde (rescission), tarafların sözleşme imzalanmadan önceki duruma dönmeleri ve/veya ilk baştaki statükoyu (status quo) korumaları gerekir. Bu nedenle, her iki tarafın da iade etmesi (giving back) ve geri alması (taking back) gerekmektedir.

Bu kurala göre, dava konusu dükkanın kiralanması aşamasında, Davacı tarafından Davalıya ödenen 2 aylık depozito ve 2 aylık kira iade edilecek ve Davacı da tasarrufunda ve/veya kirasında bulundurduğu söz konusu dükkanı Davalıya geri verecektir.

The Law of Contract, J.C.Smith, 3rd edition, sayfa 146'da, bu durum şu şekilde izah edilmiştir:

"rescission involves putting the parties back in the position in which they were before the contract was made-usually called restitutio in integrum."

Yukarıdaki alıntıdan anlaşılaçağı üzere, rescission'ın amacı, tarafları sözleşmenin imzalanmasından önceki pozisyona geri götürmek ve/veya tarafları ilk baştaki konuma koymaktır. Çoğu zaman bu durum "restitutio in integrum" olarak adlandırılır.

Yine The English and Empire Digest, Volume 12, sayfa 258, para 1995'te şöyle denmektedir:

"The principle that money, in the hands of the person, which in Justice and equity belongs to another, may be recovered as money had and received to the use of the true owner, applies to money paid for a consideration which has failed."

Yukarıdaki iktibas edilen alıntıdan görüleceğı gibi, doğıal adalet ve hukuk ilkelerine göre, bir kişinin elindeki para başka bir kişiye ait ise, söz konusu paranın yasal sahibine iade edilmesi veya geri verilmesi gerekmektedir. şöyle ki, taraflar ilk baştaki pozisyonlarına ve/veya durumlarına dönecekleri için, ödemeyi yapan kişi parasının karşılığını almamış olur ve sözleşmenin haklı bir şekilde feshedilmesi neticesinde karşı tarafa ödenen paranın haksız olarak alındığı varsayılır. Haksız olarak alınan paranın gerçek sahibine geri dönmesi ve/veya sözleşme uyarınca haksız tarafa ödenen paranın sahibine iade edilmesi gerekir.

Yukarıda söylenenler ışığında, Bidayet Mahkemesinin, bu sonuca varırken gerekçeleri farklı olmakla birlikte, 4400 Sterling'nin geri verilmesi ile ilgili bulgusunda hata yaptığı söylenemez. Taraflar arasında akdedilen sözleşme sona erdiğinden, İstinaf Edenin kira ile ilgili bir talebi olamaz. Bu itibarla, 2. istinaf sebebinin reddolunması gerekir.

Yukarıda izah edilen sebeplerden dolayı, istinaf reddolunur. İstinaf Eden aleyhine, İstinaf Edilene istinaf masraflarını ödemesi emrolunur.

Şafak Öneri
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

9 Nisan 2014

D. 9/2014

Yargıtay/Hukuk No: 89/2013
(Girne Dava No: 2021/2010)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

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

İstinaf eden: Unwin Investment Ltd. Girne
(Davacı)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Paul Charles Treherne, Karşıyaka- Girne
(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Selçuk Gürkan ve Avukat Akan Gürkan adına
Avukat Alsevin Hacışakiroğlu
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Emre Efendi.

Girne Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Beril Çağdal'ın 89/2013 sayılı davada, 19.4.2013 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı, emlak alım-satımı işleri ile uğraşan bir şirkettir – Davacı Davalıya ait bir evin satımında aracılık yaptı – Davacı ile Davalı arasında komisyon sözleşmesi yapıldı – Davacı bu sözleşmeye dayanarak komisyon talep eden bir dava açtı – Sözleşmede Davacının %6 komisyon talep etmeye hakkı olduğu belirtilmişti – Davalı, ön itiraz olarak taraflar arasında yapılan sözleşmenin 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt İşlemleri Yasasına aykırı olduğu için geçersiz olduğunu, henüz tapu işlemleri yapılmadığı için alacağın muaccel olmadığını ileri sürdü – İlk Mahkeme, taraflar arasında yapılan sözleşmeyle %6 komisyon ödenmesi gerektiğini, halbuki, 38/2007 sayılı yasaya göre komisyonun %3'den az ve %5'den fazla olamayacağını, ayrıca tapu işlemleri henüz yapılmadığı için alacağın muaccel olmadığını kabul etti ve davayı iptal etti – Davacı kararı istinaf etti – Yargıtay, İlk Mahkemenin her iki konudaki görüşlerine katılarak İlk Mahkeme kararını onayladı.

Komisyon ücreti – Komisyon sözleşmesinin 38/2007 sayılı Yasanın 14(2) maddesine aykırı olması – Yasaya aykırı olduğu için sözleşmenin geçersiz olması – Fasil 149 madde 23 – İvazsız sözleşme – İvazı yasadışı olan sözleşmenin geçersiz olması.

H Ü K Ü M

Şafak Öneri: Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Narin F. Şefik okuyacaktır.

Narin F. Şefik: Davacı, KKTC’de faaliyet gösteren ve emlak alım satım işleri ile uğraşan bir limited şirkettir.

Davalı; Girne, Karşıyaka’da Koçan No.6904, Pafta/Harita XI/5/E1&E2, Parsel 137/1/1/1/2/4/1/1’de kain taşınmaz malının 3. kişilere satılmasına, Davacının aracılık etmesini istedi. Bu amaçla taraflar arasında 22.5.2009 tarihinde yazılı bir sözleşme imzalandı. Bu sözleşmeye göre, Davacı, Davalıya ait, yukarıda tafsilatı verilen gayrimenkulün 3. kişi tarafından satın alınmasına aracılık edecek ve bu amaçla satış bedeli üzerinden %6 komisyon alacak ve %16 KDV’yi de Davalıya ödeyecekti. Mezkur sözleşmenin standart komisyon oranı başlıklı maddesine göre, Davalı ile 3. kişiler arasında satış sözleşmesi imzalanması halinde, komisyon bedeli Davacıya ödenecekti.

Davacı, Davalı aleyhine Girne Kaza Mahkemesinde ikame etmiş olduğu istinafa konu dava ile, dava konusu gayrimenkulü Gerry Wambeek ve Lyn Susan Wambeek’e satmak amacı ile gösterdiğini, gerekli tanıtımı

yapmasını müteakip adı geçen alıcılara villanın satış bedeli olarak 250 Bin stg. önerdiğini, Davalının mezkur satış bedelini az bulduğu için reddettiğini, Davalı ile adı geçen alıcıların 8.6.2010 tarihli bir satış sözleşmesi imzalamalarına rağmen, Davacıya komisyon bedeli ödenmediğini iddia etmiş ve Davalıdan %6 komisyon bedeli olarak 12,000 stg. ve onun üzerinden %16 KDV için hüküm talep etmiştir.

Davaya müdafaa takriri dosyalanmış, Davalı diğer şeyler yanında iptidai itirazlarda bulunarak, Davacı ile Davalı arasında yapılan emlakçılık sözleşmesinin, 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 14. maddesine aykırı olarak %5'den fazla (%6) komisyon öngörmesi nedeni ile yasa dışı olduğunu, keza, Davalı ile alıcılar arasında mezkur villa ile ilgili olarak Tapu Dairesinde gerekli işlemlerin tamamlanmış olmaması nedeni ile, bir komisyon alacağı doğmuş olsa bile, bunun muaccel olmadığını ve talepte bulunulamayacağını ileri sürmüştür.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme, her iki iptidai itiraz sebebini de incelemiş ve netice itibarıyla taraflar arasındaki emlakçılık sözleşmesinin, %6 komisyon öngörmesi nedeni ile, 38/2007 sayılı Yasanın hükümlerine aykırı olduğunu, keza, komisyon alacağının muaccel hale gelmediği gerekçesi ile iptidai itirazları kabul ederek, davayı reddetmiştir.

İstinaf Eden, bu karardan 3 istinaf sebebi ile istinaf etmiş olmakla birlikte, istinafın dinlenmesi esnasında, istinafını 2 başlık altında topladı.

Birinci başlık:

Alt Mahkeme, 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 14 (2) maddesi altında, emlakçılarının işlemlerinden doğan komisyon bedelinin %3'den az %5'den fazla olmaması kuralına en iyi ihtimalle kısıtlayıcı yorum getirmesi gerekirken, bu rakamlar dışında bir oranı ihtiva eden bir sözleşmenin ivazının gayriyasal olduğunu ve sözleşmenin de geçersiz olduğunu kabul etmekle hata etmiştir.

İkinci başlık:

Emare No.1 Emlakçılık Sözleşmesine göre, Davacının alacağını muaccel hale gelmediğini kabul etmekle, Alt Mahkeme hata etmiştir.

İlk olarak 2. başlığı inceleriz. Alt Mahkeme, komisyon ücretinin taşınmaz mal muamelesinin tamamlanması üzerine talep edilerek ödeneceğini, taşınmaz mal muamelesinin Yasanın tefsir bölümünde tapu işlemlerini de kapsadığını, dava konusu taşınmaz malın halen Davalının adına kayıtlı olduğu ihtilafsız olgusu ışığında tapu işlemlerinin henüz tamamlanmadığını, bu nedenle, Emare No.1 Sözleşme altında, bu safhada, Davacının talepte bulunamayacağını ifade ederek, 3. ön itirazı kabul etmiştir.

Emare No.1 Sözleşmenin standart komisyon oranı maddesi, ödenecek komisyonun, Davalı ile Davacının tanıştırdığı kişi arasında, dava konusu mal ile ilgili bir satış sözleşmesi imzalanması halinde ödeneceğini ifade etmektedir. Madde aynen şöyledir:

STANDARD COMMISSION RATE

"6% of the eventual contracted sale price but subject to KDV at a rate of 16%, (subject to a minimum charge of £1000), will be

earned by Unwin Estate Agents if they introduce, directly or indirectly, a person who enters into a conditional or unconditional contract to purchase the property.”

38/2007 sayılı Yasanın 14. maddesinin 2. bendi altında, başka bir anlaşma yapılmış olmadıkça, komisyon ücretinin taşınmaz mal muamelesinin tamamlanması üzerine talep edilebileceği yer almaktadır. Emare No.1 anlaşma, madde 14(2) altında öngörülen “başka bir anlaşma” kapsamında kabul edilmelidir. Emare No.1 altında, açıkça, Davacının tanıştırdığı bir kişi ile Davalının, malı için bir satış sözleşmesi imzalanması halinde, Davacının komisyonu talep edebileceği öngörülmektedir. Bu dava maksatları için Davalının satış sözleşmesi imzaladığı Gerry Wambeek ve Lyn Susan Wambeek’i, Davalıya, Davacının tanıstırıp tanıstırmadığı esas davanın konusu olacak bir husustur. Ancak iptidai itiraz maksatları için, Emare No.1 Sözleşme altında öngörülen komisyon ücretinin, tapu işlemleri tamamlanması ile değil, mal sahibi ile alıcı arasında bir satış sözleşmesinin imzalanması ile muaccelliyet kazandığı açıktır. Bu nedenle, Alt Mahkemenin 3. iptidai itiraz ile ilgili kararı hatalıdır ve İstinaf Edenin 2. başlık altındaki istinaf sebebi kabul edilir.

Birinci başlık, komisyon oranı ile ilgili istinaf sebebidir. Emare No.1 Sözleşme ile standart komisyon oranı %6 olarak belirtilmiştir. 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası’nın 14(2) maddesinde, “emlakçı satış bedelinin%3’den az %5’inden fazla olmayacağı oranda komisyon ücretini alma hakkına sahip olur” ibaresi yer almaktadır. %6, açıkça madde 14(2)’de öngörülen komisyon ücretinden yüksektir.

Alt Mahkeme, Emare No.1’de belirtilen komisyon ücretinin, Yasada ifade edilen orandan yüksek olması nedeni ile bunun Yasa maddesine aykırı olduğunu ve Sözleşmede yasal olmayan ivaz mevcut olduğundan, Sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Fasil 149 madde 23 hangi durumlarda bir sözleşmenin ivazının kanunsuz olduğunu belirtmektedir. İvazın Yasaya aykırı olması halinde de sözleşmenin geçersiz olacağı bu madde de yer almaktadır. Madde 23 aynen şöyledir:

- “23. The consideration or object of an agreement is lawful, unless –**
- (a) it is forbidden by law; or**
 - (b) is of such a nature that, if permitted, it would defeat the provisions of any law; or**
 - (c) is fraudulent, or**
 - (d) involves or implies injury to the person or property of another; or**
 - (e) the Court regards it as immoral, or opposed to public policy.**

In each of these cases, the consideration or object of an agreement is said to be unlawful. Every agreement of which the object or consideration is unlawful is void.”

- “23. Aşağıda belirtilen haller dışında bir anlaşmanın ivazı veya amacı yasaldır :**
- (a) Yasayla yasaklanmış ise; veya**
 - (b) izin verilmiş olsa, herhangi bir Yasa kurallarına ters düşecek nitelikte ise; veya**
 - (c) hileli ise ; veya**
 - (d) başka bir kişinin şahsına veya malına zarara yol açarsa veya zımnen zarar öngörürse; veya**
 - (e) Mahkeme ahlâk dışı veya kamu siyasetine aykırı sayarsa.**

Yukarıdaki hallerin her birinde, bir anlaşmanın ivazı veya amacı yasa dışı sayılır. Amacı veya ivazı yasa dışı sayılan her anlaşma geçersizdir.”

Emare No. 1 Sözleşmede yer alan %6 komisyon ücreti, açıkça 38/2007 sayılı Yasanın 14(2) maddesine aykırıdır ve Fası 149 madde 23'ün (b) fıkrasında ifade edildiği gibi, %6 komisyon ücreti 38/2007 sayılı Yasanın 14. maddesinin 2. fıkrasına ters düşmektedir. Bu nedenlerle, Emare No.1 Sözleşmenin ivazının kanunsuz olduğu kabul edilir. İvazı yasa dışı olan bir sözleşme geçersizdir.

Her halükarda, Davacının Talep Takririndeki talebi, Yasanın yasakladığı bir faiz oranı taşıdığı cihetle, Alt Mahkemenin bu talebe olumlu yaklaşması olanaksızdı. Bu talebin dışında da bir çözüm şekli talep edilmediğine göre, Alt Mahkemenin başka bir alternatif hal çaresi üretmesi söz konusu değildi.

Dolayısıyla, Alt Mahkemenin kararı hatalı değildir ve İstinaf Edenin birinci başlık altında topladığı istinaf sebebi ret ve iptal edilir.

Netice itibarıyla, Alt Mahkemenin davanın iptali ile ilgili kararı hatalı olmadığından, istinaf ret ve iptal edilir.

İstinaf masrafları ile ilgili herhangi bir emir verilmez.

Şafak Öneri
Yargıç

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

16 Nisan 2014

D. 3/2014

Yargıtay/Ceza 28/2014
(Lefkoşa Remand No: 298/2014)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı- Lefkoşa
(İddia Makamı)

- ile -

Aleyhine istinaf edilen: Emin Özbeyit, Merkezi Cezaevi, Lefkoşa
(Zanlı 1)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Kıdemli Savcı Ergül Kızılokıl ve
Savcı Cemaliye Usanmaz Yüksel
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Mustafa Asena.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Yargıcı Hale Ahmet Raşit'in 298/2014 sayılı remand duruşmasında 1.4.2014 tarihinde verdiği karara karşı, Başsavcılık tarafından yapılan istinaftır.

Sanık cezaevinde hükümlü oluğu bir esnada başka bir suçun tahkikatına başlandı ve Savcılık tahkikat süresince Sanığın cezaevinde değil polis nezaretinde kalmasını talep etti – İlk Mahkeme bu talebi reddederek Sanığın Merkezi Cezaevinde kalması için emir verdi – Savcılık kararı istinaf ederek Sanığın cezaevinde telefonla konuşup tanıkları etkileyebileceğini, bu nedenle polis nezaretinde kalması gerektiğini iddia etti – Yargıtay, Fasil 155 madde 24 ve Fasil 286 Cezaevi Disiplin Yasasını inceledi – Polis soruşturması esnasında Cezaevi Müdürünün bir hükümlüyü ayrı tutulabileceğini, ziyaretçi ve telefon konuşmalarını kısıtlayabileceğini dikkate alan Yargıtay, Sanığın cezaevinde kalmasının sakıncalı olmadığını kanısına vardı ve istinafi reddetti.

Tutuklu Sanığın cezaevinde kalması – Hükümlü olan bir Sanığın başka bir suçun tahkikatı nedeniyle polis nezaretine tutuklu kalmasının talep edilmesi – Fası 155 madde 24 – Fası 286 Cezaevi Disiplin Yasasının 8, ve 38. maddeleri – Cezaevi Müdürünün bir hükümlüyü diğer mahkumlardan ayrı tutma yetkisi.

H Ü K Ü M

Narin F. Şefik: Aynı zamanda başka bir suçtan kesinleşmiş hükümlü olan Zanlı 1, kanunsuz ateşli silah tasarrufu, kanunsuz madde tasarrufu, kundaklama, kasti hasar ve meskun mahalde ateş etmek suçları ile ilgili bugüne kadar 4 kez mahkeme huzuruna çıkarılmış ve polis tarafından yapılmakta olan tahkikatın selameti için, hakkında Fası 155 madde 24 altında tutukluluk emri verilmesi talep edilmiştir.

En son olarak, 1.4.2014 tarihinde yapılan müracaat neticesinde, Alt Mahkeme, Zanlı 1'in 8 gün tutuklu kalmasına emir vermiştir. İddia Makamı, Zanlı 1'in bu süreyi polis nezaretinde geçirmesini talep etmiş, ancak Bidayet Mahkemesi bu talebi reddederek, tutukluluk süresinin Merkezi Cezaevinde geçirilmesine karar vermiştir.

İddia Makamı, Alt Mahkemenin bu kararından 6 istinaf sebebi ile istinaf etmiştir. İstinaf sebepleri aynen şöyledir:

- 1) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 1'in tahkikat maksatları için tutuklu bulunması gerektiği hususunda bulgu yapıp karar verdikten sonra, Zanlı 1'in soruşturma maksatları için tutuklu kalacağı süreyi polis nezaretinde değil de cezaevinde geçirmesi yönünde karar vermekle hatalı hareket etmiştir.

- 2) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 1'in tahkikat maksatları için tutuklu kalması gerektiği hususunda bulgu yapıp karar verdikten sonra, tutukluluk kararını verdiği suçun cezaevinden organize ediliyor olmasını gözardı ederek, Zanlı 1'in tutukluluk süresini cezaevinde geçirmesi yönünde karar vermekle Zanlı 1'i suç ortamından uzaklaştırmayarak ve/veya Polis kontrol ve denetimine vermeyerek ve/veya tahkikatın salimen yürütülmesine olanak sağlayacak şekilde Polis nezaretine vermeyerek hatalı karar vermiştir.
- 3) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 1'in tahkikat maksatları için cezaevinde tutuklu kalması yönünde karar vermekle tutukluluk süresinin Polis nezaretinde geçirilmesi gerektiği ile ilgili yasal düzenlemenin amacını layıkı ile değerlendirmeyip hatalı karar vermiştir.
- 4) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti layıkı ile değerlendirmeyip ve/veya tutukluluk süresine ilişkin mevzuatı layıkı ile değerlendirmeyip Zanlı 1'in Merkezi Cezaevinde tutuklu kalması yönünde karar vermekle hatalı hareket etmiştir.
- 5) Muhterem Bidayet Mahkemesi, Zanlı No.1'in halen tahkikatı devam etmekte olan huzurundaki meselede, henüz ifadesi alınmamış tanıklara ve bulunamamış emarelere etki etmesini önlemek maksadı ile tutuklu kalmasına karar vermiş olmasına rağmen yine aynı mesele ile ilgili olarak daha önce verilen tutukluluk süreleri içerisinde, Zanlı 1'in Cezaevinde ziyaretçi ve telefon görüşmelerinin devam ettiği ve Cezaevi İdaresince bunun, tahkikatın selametini sağlamak maksadı ile kısıtlamasının mümkün olmadığı, bu nedenle tutukluluğa bu koşullarda devam edilmesi halinde tahkikatın selametinin olumsuz yönde etkilenme ihtimalinin çok kuvvetli olduğu yönündeki şahadeti hiç ve/veya yeterince dikkate almayarak hatalı karar vermiştir.
- 6) Muhterem Bidayet Mahkemesi, Fası 155 Ceza Muhakemeleri Usul Yasası'nın 48. maddesi tahtında verilebilecek tutukluluk kararı ile aynı Yasanın 24. maddesi tahtında verilebilecek tutukluluk kararı arasındaki farkı layıkı ile değerlendirmeyerek ve/veya Fası 155'in 24. maddesi tahtında tutukluluk kararı verildiği aşamasının soruşturma aşaması olup, henüz tüm delillerin toplanmamış ve tüm tanık ifadelerinin alınmamış olduğu oysa Fası 155'in 48. maddesi tahtında tutukluluk kararı

verilirken tahkikatın tamamlanmış olup, emarelerin toplanmış, tanık ifadelerinin alınmış ve hatta davanın da ikame edilmiş olduğunu dikkate almayarak ve/veya yeterince dikkate almayarak Zanlı 1'in tutukluluk süresini Polis nezaretinde değil de Cezaevi İdaresi nezaretinde geçirmesine emir vermekle hatalı hareket etmiştir.

İlk olarak, İstinaf Edenin, Aleyhine İstinaf Edilen/Zanlının, Fasıl 155 madde 24 altında tutukluluk süresini polis nezaretinde geçirmesi gerekirken, Zanlı/Aleyhine İstinaf Edilenin bu süreyi cezaevinde geçirmesine emir vermekle, Bidayet Mahkemesinin hata ettiği doğrultusundaki istinaf sebebini incelemeyi uygun görürüz.

Fasıl 155 madde 24 aynen şöyledir:

“24. Where it shall be made to appear to a Judge that the investigation into the commission of an offence for which a person has been arrested has not been completed, it shall be lawful for the Judge, whether or not he has jurisdiction to deal with the offence for which the investigation is made, upon application made by a police officer, not below the rank of an inspector, to remand, from time to time, such arrested person in the custody of the police for such time not exceeding eight days at any one time as the Court shall think fit, the day following the remand being counted as the first day.”

“24. Bir Yargıcın, bir kişinin tutuklandığı suçun işlenmesi ile ilgili soruşturmanın tamamlanamadığı yolunda ikna edilmesi halinde, Müfettiş rütbesinden daha düşük bir rütbede olmayan bir polis memurunun müracaatı üzerine, soruşturması yapılmakta olan suç yargılama yetkisine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, Mahkemenin uygun göreceği şekilde her bir defada sekiz günden fazla olmamak üzere belirli bir süre için tutuklunun polis nezaretinde kalmaya devam etmesini zaman zaman uzatması yasaldır. Uzatma tarihini izleyen gün; birinci gün olarak sayılır.”

Madde 24 altında, bir kişinin tutuklanması öngörüldüğü takdirde, bu kişinin tutuklu bırakılacağı yer, maddede belirtildiği şekilde polis nezaretindedir (Remand in police custody).

Madde 24 altında emir verilmesi, zanlının yapılan soruşturmayı engellememesi, tanıklara müdahale etmemesi, şahadeti ortadan kaldırmaması veya kendisinin kaçmamasını sağlamak içindir. Yani zanlının serbest bırakılması sakıncalı olduğu için zanlı tutuklanmaktadır. Serbest olan bir kişinin tutuklanması halinde, böyle bir zanlının barındırılacağı yer, soruşturmayı yapan polisin nezaretinde olmalıdır. Zanlının başka bir yerde barındırılması ilk etapta mümkün değildir. Ancak zanlı ile ilgili başka bir mahkeme tarafından verilen bir tutuklama emri olması halinde veya zanlının bu meselede olduğu gibi cezası kesinleşmiş bir hükümlü olması halinde, 24. maddenin aynen uygulanması mümkün müdür?

Zanlı 1'in tutuklanma talebi, cezaevinde meydana gelen veya cezaevinden yönlendirildiği iddia edilen ve cezai suç teşkil eden bazı olaylar ile ilgilidir. İddia Makamı/İstinaf Eden, Zanlı 1'in Cezaevi Müdürü tarafından dışardan gelen ziyaretçiler ile temasının veya telefon görüşmelerinin kısıtlanmadığı ve tutukluluk şartları cezaevinde sağlanamadığı nedeniyle, hükümlü tutuklu olmasına rağmen, Fası 155 madde 24 altında polis nezaretine verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Aleyhine İstinaf Edilen ise, hükümlü tutuklunun cezaevinden çıkarılmasını mümkün kılan bir mevzuat olmadığını ileri sürmektedir.

Bir kişinin, bir ceza davasında mahkum olduktan sonra, aleyhine hapis cezası takdir edilmesi halinde, bu cezanın süresi Merkezi Cezaevinde geçirilir. Böyle bir kişinin ancak bring up order ile Mahkemeye şahadet vermek üzere gelmesi (Fasıl 155 madde 53) veya hapislane revirinde bakılamaması halinde, hastahaneye yatırılması ile mümkündür. (Cezaevi Tüzüğü madde 15, 28 ve 97). Bir hükümlünün, Fasıl 155 madde 24 altında soruşturma maksatları için mahkeme emri ile polis karakoluna nakledilmesi ve orada tutuklu kalması mümkün olabilir mi?

Cezaevi Tüzüğü, hükümlü tutukluların, made 97 altında, hastahaneye nakillerine, madde 97A, kamu hizmetlerinde çalıştırılmalarına, madde 99 mahkemeye götürölmelerine olanak sağlamaktadır. Tüzüğün 99. maddesi aynen şöyledir:

“99. Mahkeme emri olmaksızın hiçbir hükümlünün Mahkemeye gitmesi için Cezaevinden ayrılmasına müsaade edilmez ve Müdür, hükümlünün güven içinde ve gözetim altında bulundurulması için gerekli tedbirleri alarak emri yerine getirir.”

Fasıl 286 ve Cezaevi Tüzüğü’nde, cezaevinde olan bir hükümlünün herhangi bir suç ile ilgili soruşturma yapılması amacı ile polis karakoluna götürölmesi ve orada tutuklu kalması durumunda uygulanacak bir madde yoktur.

Fasıl 155’deki madde 24, sadece dışarıda serbest olan kişilerin suç işledikleri takdirde, mahkeme emri ile kontrol altına alınması ve tahkikata engel olmaması için konmuştur. Bir hükümlü için madde 24’ün uygulanması mümkün değildir.

Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası madde 8 altında mahkum tarafından suç işlenmesi halinde, bu tür suçları araştırmaya yetkili makamların, cezaevinde soruşturma yapabileceğini öngörmektedir. Bu maksat için yeminli veya yeminsiz ifade alınabilir. 8. madde aynen şöyledir:

“8. Any person authorized to inquire into and award punishment for offences committed by prisoners, or to hold investigations into matters arising out of the discipline and managament of prisons, may, in any such inquiry or investigation, take evidence upon oath or affirmation.

Whoever in any such inquiry or investigation wilfully makes any false statement on oath or affirmation shall be liable to the same punishment as though he had given false evidence in a judicial proceeding.”

“8. Mahkumlarca işlenen suçları soruşturmaya ve bu suçlar için ceza vermeye veya ceza evleri disiplini ve idaresinden doğan suçlar için araştırma yapmaya yetkili olan herhangi bir kişi, böyle bir soruşturma veya araştırmada yeminle veya yeminsiz beyan yolu ile ifade alabilir.

Her kim böyle bir soruşturma veya araştırmada yeminle veya yeminsiz beyan yolu ile kasten herhangi bir yalan beyanda bulunursa, bir yargı işleminde yalan ifade vermiş gibi aynı cezaya çarptırılır.”

Bu madde, yeni bir suç ile itham edilen bir hükümlünün, suçu araştırmakla görevli polis tarafından cezaevinde sorgulanabileceğini göstermektedir.

Bu nedenle, Bidayet Mahkemesinin, Zanlı 1'in halen hükümlü tutuklu bulunduğu Merkezi Cezaevinden, değişik gerekçelerle de olsa, polis nezaretine götürülmesine emir vermemekle hata yaptığını kabul etmek mümkün değildir.

İstinaf Edenin bu doğrultudaki istinaf sebebi, ret ve iptal edilir.

İddia Makamı, Zanlı 1 polis nezaretine verilecek olsa uygulanacak koşulların cezaevinde sağlanamadığından şikayet etmektedir.

İddia Makamının istinaf sebepleri içerisinde, Cezaevi İdaresince, Zanlının ziyaretçi ve telefon görüşmelerinin devam ettiği ve Cezaevi Müdürünce bunların kısıtlanmadığı iddiası yer almaktadır. Bunun nasıl olabileceğini anlamak mümkün değildir.

Bir hükümlü ile ilgili, bir suçtan dolayı soruşturma yapılması gerektiği takdirde, Merkezi Cezaevi Müdürünün, cezaevinde soruşturma için gerekli koşulları, hapishanede aynen sağlaması gerekmektedir. Görevi icabı, Müdürün, Zanlı 1'in karakolda tutuklu olacak olsa tabi olacağı tüm hakları ve kısıtlamaları aynen hapishanede uygulaması gerekmektedir.

Cezaevi müdürünün, bir hükümlü ile ilgili polis tarafından soruşturulma açılması halinde, bu kişinin ayrı tutulmasını sağlama yetkisi vardır (Madde 79). Müdürün, soruşturma süresince hükümlünün ziyaretçi ve telefon konuşmalarında kısıtlama yetkisi, madde 38 altında vardır. Bir hükümlünün başka bir mesele ile ilgili soruşturulmasına polisçe karar verilmesi halinde, cezaevi müdürünün soruşturmanın yapılabilmesi için gerekli şartları cezaevinde uygulaması gerekir. Aksi takdirde, müdür, polisin soruşturmasını engeller konumuna düşer.

Tüm söylenenler neticesinde, yukarıda ifade edilen istinaf sebebi ile ilgili karar verdikten sonra, diğer istinaf sebeplerinin incelenmesine gerek kalmamıştır.

Netice itibarıyla, İstinaf Edenin istinafı, ret ve iptal edilir.

Masraf ile ilgili emir verilmez.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

9 Nisan 2014

D. 4/2014

Yargıtay/Ceza 29/2014
(Lefkoşa Remand No: 298/2014)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı- Lefkoşa
(İddia Makamı)

- ile -

Aleyhine istinaf edilen: Şevket Aykut Tukyu, Merkezi Cezaevi,
Lefkoşa

(Zanlı 2)

A r a s ı n d a .

İstinaf eden namına: Kıdemli Savcı Ergül Kızılokçil ve
Savcı Cemaliye Usanmaz Yüksel
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Mustafa Şener ve
Avukat Yünsal İlhan.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Yargıcı Hale Ahmet Raşit'in 298/2014 sayılı remand duruşmasında 1.4.2014 tarihinde verdiği karara karşı, Başsavcılık tarafından yapılan istinaftır.

Sanık cezaevinde hükümlü olduğu bir esnada başka bir suçun tahkikatına başlandı ve Savcılık tahkikat süresince Sanığın cezaevinde değil polis nezaretinde kalmasını talep etti – İlk Mahkeme bu talebi reddederek Sanığın Merkezi Cezaevinde kalması için emir verdi – Savcılık kararı istinaf ederek Sanığın cezaevinde telefonla konuşup tanıkları etkileyebileceğini, bu nedenle polis nezaretinde kalması gerektiğini iddia etti – Yargıtay, Fasil 155 madde 24 ve Fasil 286 Cezaevi Disiplin Yasasını inceledi – Polis soruşturması esnasında Cezaevi Müdürünün bir hükümlüyü ayrı tutulabileceğini, ziyaretçi ve telefon konuşmalarını kısıtlayabileceğini dikkate alan Yargıtay, Sanığın cezaevinde kalmasının sakıncalı olmadığı kanısına vardı ve istinafı reddetti.

Tutuklu Sanığın cezaevinde kalması – Hükümlü olan bir Sanığın başka bir suçun tahkikatı nedeniyle polis nezaretine tutuklu kalmasının talep edilmesi – Fası 155 madde 24 – Fası 286 Cezaevi Disiplin Yasasının 8, ve 38. maddeleri – Cezaevi Müdürünün bir hükümlüyü diğer mahkumlardan ayrı tutma yetkisi.

H Ü K Ü M

Narin F. Şefik: Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, Fası 155 madde 48 altında, davasının devam ettiğı süre içerisinde Merkezi Cezaevinde tutuklu kalması için emir verilen Zanlı 2, kanunsuz ateşli silah tasarrufu, kanunsuz madde tasarrufu, kundaklama, kasti hasar ve meskun mahalde ateş etmek suçları ile ilgili olarak, bugüne kadar 4 kez mahkeme huzuruna çıkarılmış ve polis tarafından yapılmakta olan tahkikatın selameti için, hakkında Fası 155 madde 24 altında tutukluluk emri verilmesi talep edilmiştir.

En son olarak, 1.4.2014 tarihinde yapılan müracaat neticesinde, Alt Mahkeme Zanlı 2'nin 8 gün tutuklu kalmasına emir vermiştir. İddia Makamı, Zanlı 2'nin bu süreyi polis nezaretinde geçirmesini talep etmiş, ancak Bidayet Mahkemesi bu talebi reddederek, tutukluluk süresinin Merkezi Cezaevinde geçirilmesine karar vermiştir.

İddia Makamı Alt Mahkemenin bu kararından 6 istinaf sebebi ile istinaf etmiştir. İstinaf sebepleri aynen şöyledir:

- 1) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 2'nin tahkikat maksatları için tutuklu bulunması

gerektiği hususunda bulgu yapıp karar verdikten sonra, Zanlı 2'nin soruşturma maksatları için tutuklu kalacağı süreyi polis nezaretinde değil de cezaevinde geçirmesi yönünde karar vermekle hatalı hareket etmiştir.

- 2) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 2'nin tahkikat maksatları için tutuklu kalması gerektiği hususunda bulgu yapıp karar verdikten sonra, tutukluluk kararını verdiği suçun cezaevinden organize ediliyor olmasını gözardı ederek, Zanlı 2'nin tutukluluk süresini cezaevinde geçirmesi yönünde karar vermekle Zanlı 2'yi suç ortamından uzaklaştırmayarak ve/veya Polis kontrol ve denetimine vermeyerek ve/veya tahkikatın salimen yürütülmesine olanak sağlayacak şekilde Polis nezaretine vermeyerek hatalı karar vermiştir.
- 3) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirip Zanlı 2'nin tahkikat maksatları için cezaevinde tutuklu kalması yönünde karar vermekle tutukluluk süresinin Polis nezaretinde geçirilmesi gerektiği ile ilgili yasal düzenlemenin amacını layıkı ile değerlendirmeyip hatalı karar vermiştir.
- 4) Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurundaki tüm şahadeti layıkı ile değerlendirmeyip ve/veya tutukluluk süresine ilişkin mevzuatı layıkı ile değerlendirmeyip Zanlı 2'nin Merkezi Cezaevinde tutuklu kalması yönünde karar vermekle hatalı hareket etmiştir.
- 5) Muhterem Bidayet Mahkemesi, Zanlı No.2'nin halen tahkikatı devam etmekte olan huzurundaki meselede, henüz ifadesi alınmamış tanıklara ve bulunamamış emarelere etki etmesini önlemek maksadı ile tutuklu kalmasına karar vermiş olmasına rağmen yine aynı mesele ile ilgili olarak daha önce verilen tutukluluk süreleri içerisinde, Zanlı 2'nin Cezaevinde ziyaretçi ve telefon görüşmelerinin devam ettiği ve Cezaevi İdaresince bunun, tahkikatın سلامتini sağlamak maksadı ile kısıtlamasının mümkün olmadığı, bu nedenle tutukluluğa bu koşullarda devam edilmesi halinde tahkikatın سلامتinin olumsuz yönde etkilenme ihtimalinin çok kuvvetli olduğu yönündeki şahadeti hiç ve/veya yeterince dikkate almayarak hatalı karar vermiştir.
- 6) Muhterem Bidayet Mahkemesi, Fası 155 Ceza Muhakemeleri Usul Yasası'nın 48. maddesi tahtında verilebilecek tutukluluk kararı ile aynı Yasanın 24. maddesi tahtında verilebilecek tutukluluk kararı arasındaki

farkı layıkı ile değerlendirmeyerek ve/veya Fasıl 155'in 24. maddesi tahtında tutukluluk kararı verildiği aşamasının soruşturma aşaması olup, henüz tüm delillerin toplanmamış ve tüm tanık ifadelerinin alınmamış olduğu oysa Fasıl 155'in 48. maddesi tahtında, tutukluluk kararı verilirken tahkikatın tamamlanmış olup, emarelerin toplanmış, tanık ifadelerinin alınmış ve hatta davanın da ikame edilmiş olduğunu dikkate almayarak ve/veya yeterince dikkate almayarak Zanlı 2'nin tutukluluk süresini Polis nezaretinde değil de Cezaevi İdaresi nezaretinde geçirmesine emir vermekle hatalı hareket etmiştir.

Bu safhada, ilk olarak, İstinaf Edenin, Aleyhine İstinaf Edilen/Zanlının Fasıl 155 madde 24 altında tutukluluk süresini polis nezaretinde geçirmesi gerekirken, Zanlı 2/Aleyhine İstinaf Edilenin bu süreyi cezaevinde geçirmesine emir vermekle, Bidayet Mahkemesinin hata ettiği doğrultusundaki istinaf sebebini incelemeyi uygun görürüz.

Fasıl 155 madde 24 aynen şöyledir:

“24. Where it shall be made to appear to a Judge that the investigation into the commission of an offence for which a person has been arrested has not been completed, it shall be lawful for the Judge, whether or not he has jurisdiction to deal with the offence for which the investigation is made, upon application made by a police officer, not below the rank of an inspector, to remand, from time to time, such arrested person in the custody of the police for such time not exceeding eight days at any one time as the Court shall think fit, the day following the remand being counted as the first day.”

“24. Bir Yargıcın, bir kişinin tutuklandığı suçun işlenmesi ile ilgili soruşturmanın tamamlanamadığı yolunda ikna edilmesi halinde, Müfettiş rütbesinden daha düşük bir rütbede olmayan bir polis memurunun müracaatı üzerine, soruşturması yapılmakta olan suçu yargılama yetkisine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, Mahkemenin uygun göreceği şekilde her bir defada sekiz günden fazla olmamak üzere belirli bir süre için tutuklunun polis

nezaretinde kalmaya devam etmesini zaman zaman uzatması yasaldır. Uzatma tarihini izleyen gün; birinci gün olarak sayılır.”

Madde 24 altında, bir kişinin tutuklanması öngörüldüğü takdirde, bu kişinin tutuklu bırakılacağı yer maddede belirtildiği şekilde polis nezaretindedir (Remand in police custody).

Madde 24 altında emir verilmesi, zanlının yapılan soruşturmayı engellememesi, tanıklara müdahale etmemesi, şahadeti ortadan kaldırmaması veya kendisinin kaçmamasını sağlamak içindir. Yani zanlının serbest bırakılması sakıncalı olduğu için zanlı tutuklanmaktadır. Serbest olan bir kişinin tutuklanması halinde, böyle bir zanlının barındırılacağı yer soruşturmayı yapan polisin nezaretinde olmalıdır. Zanlının başka bir yerde barındırılması ilk etapta mümkün değildir. Ancak zanlı ile ilgili başka bir mahkeme tarafından cezaevinde tutuklu kalması ile ilgili bir emir olması halinde, zanlıya madde 24’ün uygulanması mümkün müdür?

Zanlı 2’nin tutuklanma talebi, cezaevinde meydana gelen veya cezaevinden yönlendirildiği iddia edilen ve cezai suç teşkil eden bazı olaylar ile ilgilidir. İddia Makamı/İstinaf Eden, Zanlı 2’nin Cezaevi Müdürü tarafından dışardan gelen ziyaretçiler ile temasının veya telefon görüşmelerinin kısıtlanmadığı ve tutukluluk şartları cezaevinde sağlanamadığı nedeniyle, mahkeme emri ile tutuklu olmasına rağmen, Fası 155 madde 24 altında polis nezaretine verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Aleyhine İstinaf Edilen ise, Ağır Ceza Mahkemesi emri ile tutuklu olan Zanlı 2’nin cezaevinden çıkarılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir.

Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, Fasıl 155 madde 48 altında verilen bir emir varken, Ceza Mahkemesi Yargıcının bu emri değiştirmesi ve kişinin polis karakolunda tutulmasına emir vermesi m¼mk¼n değildir.

Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen emir ancak Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değiştirilebilir veya istinaf edilmesi halinde, Yargıtay tarafından d¼zeltilir.

Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen emir değiştirilmedikçe, ceza yargıcının bir tutukluluk m¼racaatında farklı bir emir vermesi m¼mk¼n değildir.

Bu nedenlerle, İstinaf Edenin yukarıda ifade edilen istinaf başlığı altında yer alan istinaf sebepleri ret ve iptal edilir.

İddia Makamı, Zanlı 2 polis nezaretine verilecek olsa uygulanacak koşulların cezaevinde sağlanamadığından şikayet etmektedir.

İddia Makamının istinaf sebepleri içerisinde, Cezaevi İdaresince Zanlının ziyaretçi ve telefon g¼r¼řmelerinin devam ettiği ve Cezaevi M¼d¼r¼nce bunların kısıtlanamadığı iddiası yer almaktadır. Bunun nasıl olabileceğini anlamak m¼mk¼n değildir.

Zanlı 2, Merkezi Cezaevinde h¼k¼ms¼z tutuklu olarak bulunmakta ise ve aleyhine bir suçtan dolayı soruşturma yapılması gerekirse, Merkezi Cezaevi M¼d¼r¼n¼n cezaevinde soruşturma için gerekli koşulları, hapishanede aynen sağlaması gerekmektedir. G¼revi icabı, M¼d¼r¼n, Zanlı 2'nin karakolda

tutuklu olacak olsa tabi olacağı tüm hakları ve kısıtlamaları aynen hapishanede uygulaması gerekmektedir.

Cezaevinde hükümsüz tutuklu olarak barındırılan bir kişi ile ilgili başka bir mesele ile ilgili soruşturulmasına polisçe karar verilmesi halinde, cezaevi müdürünün soruşturmanın yapılabilmesi için gerekli şartları cezaevinde uygulaması gerekir. Müdürün, soruşturma süresince, hükümsüz tutuklunun ziyaretçi ve telefon konuşmalarını da kısıtlama yetkisi madde 38 altında vardır. Bir hükümsüz tutuklunun başka bir mesele ile ilgili olarak soruşturulmasına polis tarafından karar verilmesi halinde, cezaevi müdürünün, soruşturmanın yapılması için gerekli şartları cezaevinde uygulaması gerekir. Aksi takdirde, müdür, polisin soruşturmasını engeller konumuna düşer.

Tüm söylenenler neticesinde, yukarıda belirtilen istinaf başlığı altında karar verdikten sonra, diğer istinaf sebeplerinin incelenmesine gerek kalmamıştır.

Netice itibarıyla, İstinaf Edenin istinafı, ret ve iptal edilir.

Masraf ile ilgili emir verilmez.

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

Emine Dizdarlı
Yargıç

9 Nisan 2014

D. 2/2014

Yargıtay/Asli Yetki No. 22/2013

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

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

Müsteddi: Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi n/d Anadolu
Anonim Türk Sigorta Şirketi Kıbrıs Şubesi, Lefkoşa

ile

Müstedaaleyh: Gökhan Yılmaz, Yakın Doğu Üniversitesi Akademik
Lojmanları No. 401 - Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Müsteddi namına: Avukat Kemal Şentürkler
Müstedaaleyh hazır değil.

1/2013 sayılı başvuruda Sigorta Tahkim Komisyonunun verdiği istidaya konu kararlar ilgili Certiorari ve/veya Prohibition emirnamesi ve/veya emirnameleri isdar edilmesi hakkında.

Kasko sigorta poliçesi olan Müracaatçı bir kazada meydana gelen zararının tazmini için sigortaya başvurdu ve daha sonra bu konuda karar vermesi için Sigorta Tahkim Komisyonu'na müracaat etti – Sigorta, Müracaatçının KKTC'de geçerli bir sürüş ehliyeti olmadığı için sigortanın kendisini kapsamadığı savunmasını yaptı – Tahkim Komisyonu bu savunmayı reddetti ve Müracaatçı lehine tazminat ödenmesine karar verdi – Bunun üzerine sigorta, Yüksek Mahkemeye certiorari ve prohibition istidası yaptı ve Tahkim Komisyonu'nun kararının iptalini talep etti – Yargıtay, Tahkim Komisyonu'nun bu konuda karar vermeye yetkili olup olmadığı üzerinde durdu – Yurtdışında ikamet eden bir kişinin ziyaretçi statüsünde KKTC'de bulunması halinde ülkesinde aldığı sürüş ehliyetinin geçerli olduğunu dikkate aldı – Bir

kişinin 12 aydan fazla ikamet etme amacında olması halinde ziyaretçi kapsamından çıktığını, ancak Müracaatçı ile ilgili bu konuda şahadet ibraz edilmediğini dikkate alan Yargıtay, Müracaatcının ziyaretçi statüsünde olduğu ve Sigorta Tahkim Komisyonu'nun yetkili olduğu kanısına vararak certiorari ve prohibition istidasını reddetti.

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun kararına karşı certiorari ve prohibition istidası – Mürcaatcının sürüş ehliyeti geçerli olmadığı için sigortanın kapsamadığı iddiası – Ziyaretçi statüsünde olan bir kişinin yurtdışında aldığı sürüş ehliyetinin KKTC'de geçerli olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

- 1- Yargıtay/Asli Yetki 8/1978.
- 2- Yargıtay/Asli Yetki 5/1981 – D.1/1981.

KARAR

Şafak Öneri: Müstedaaleyh TC uyruklu bir Doktor olup, istida konusu kaza ile ilgili tarihlerde KKTC'de oturma ve/veya çalışma izni ile bulunmakta ve Yakın Doğu Hastanesinde çalış-makta idi. Müstedaaleyhin KKTC'de kullanmakta olduğu TC plakalı arabası, müstedi nezdinde kasko sigorta poliçesi altında sigortalıydı. Bu poliçeye göre, müstedaaleyhin mezkûr aracının kazaya methaldar olması halinde, müstedinin bir tazminat mükellefiyeti doğması için, sürücünün kaza anında arabayı KKTC'de geçerli bir sürüş ehliyeti ile kullanma zorunluluğu bulunmakta idi.

Müstedaaleyh, 15/4/2013 tarihinde, müstedi nezdinde sigortalı olan arabası ile bir trafik kazasına methaldar oldu. Kaza sonucunda aracına 1,000 TL'lik hasar meydana gelen müstedaaleyh, bu hasarının ve kaza dolayısıyla

kullanmak zorunda kaldığı araç için ödediği 840 TL'nin kendisine ödenmesi için, aracın bağlı bulunduğu sigorta şirketi olan müstediye başvurdu. Talebi değerlendiren müstedi, müstedaaleyhin arabasını kaza anında KKTC'de geçerli bir sürüş ehliyetine sahip olmadan kullandığını, sahip olduğu TC makamları tarafından verilmiş sürüş ehliyeti ile araç kullanmanın sigorta kapsamında olma-dığı gerekçesi ile talebi reddetti.

Müstedi nezdindeki kasko sigorta poliçesinin meydana gelen kazadaki zarar ziyanını kapsadığı inancında olan müstedaaleyh, bu konuda bir karar vermesi için, 60/2010 sayılı Sigorta Hizmetleri (Düzenleme ve Denetim) Yasası altında kurulan Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurdu.

Başvuruyu inceleyen Sigorta Tahkim Komisyonu, müstedaaleyhi haklı bularak, TC'den alınmış sürücü belgesinin KKTC'de geçerli olduğu, böyle bir belge ile KKTC'de, sınıfına uygun araç kullanabileceği bulgusuna vararak müstedaaleyhin talepleri doğrultusunda karar verdi.

Verilen kararın Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından yetki aşımı ile alındığını ileri süren müstedi, kararın iptali için certiorari ve yürürlüğünün durdurulması için prohibition emri ısdar edilmesi için huzurumuzdaki bu istidayı dosyaladı.

Müstedi tarafından istidanın duruşmasında ileri sürülen argümanlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

KKTC'de motorlu araç kullanabilmesi için, sürücünün geçerli bir ehliyete sahip olması gerekir. KKTC'de ikamet ve/veya çalışma izni ile bulunan yabancılar, geldikleri ülkeden alınan sürüş ehliyeti ile araç kullanamazlar. Kaza, müstedinin ikamet ve/veya çalışma izni ile KKTC'de ikamet ettiği bir sırada meydana gelmiştir. Bu tarihte, müstedi, aracını TC'den aldığı sürüş

ehliyeti ile kullanmakta olduğundan, KKTC’de geçerli bir sürüş ehliyetine sahip değildi. Taraflar arasındaki kasko sigorta poliçesine göre, müstedinin, müstedaaleyhin sigorta konusu aracı ile kaza yapması halinde, kaza sonucu meydana gelebilecek zarar ziyanının tazmininden sorumlu olması, müstedaaleyhin kaza anında aracını KKTC’de geçerli bir sürüş ehliyeti ile kullanmakta olması şartına bağlıdır. Bu nedenle, Sigorta Tahkim Komisyonunun müstedi aleyhine tazminat kararı verme yetkisi yoktur. Yapılan duruşmada avukat tarafından temsil edilmeyen ve istidaya itirazname de dosyalamayan müstedaaleyh ise, Sigorta Tahkim Komisyonunun istida konusu kararı alma yetkisi olduğunu ifade ile yetinerek, başka bir argüman ileri sürmedi.

Mahkemenin certiorari ve prohibition ile ilgili asli yetkisi, Anayasa’nın 151(3) maddesi altında düzenlenmektedir. Buna göre, Yargıtay, herhangi bir mahkeme veya yargı niteliğinde yetki kullanan herhangi bir makamın kararının iptali için Emirname (Certiorari) çıkarmaya münhasıran yetkilidir. Certiorari Emirnamesi, yetkisi olmadan ve/veya yetkisini aşarak karar veren yargı niteliğinde yetki kullanan bir makamın veya bir mahkemenin kararını iptal etmek için çıkarılır. (Bak: Yargıtay/Asli/Yetki 8/1978, 5/1981)

Huzurumuzda karar verilmesi gereken konu, müstedaaleyhin geçerli bir sürüş ehliyetine sahip olup olmadığıdır. Müstedaaleyhin kaza anında arabasını geçerli bir sürüş ehliyeti ile kullandığı bulgusuna varılması halinde, Sigorta Tahkim Komisyonu kararının yetki aşımı ile alındığından bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır.

1974 Motorlu Araçlar ve Yol Trafik Tüzüğü madde 25(1)'e göre, Tüzüğün 45. maddesi hükümlerine tabi olmak şartıyla, sürüş ehliyeti olmayan bir sürücü, herhangi bir yolda motorlu araç kullanamaz.

Maddenin atıfta bulunduğu Tüzüğün 45. maddesi, KKTC'de geçici olarak bulunanların, KKTC'de kaldıkları süre zarfında hangi şartlarda motorlu araç kullanabileceklerine amirdir.

Tüzüğün 45'inci maddesi aynen şöyledir:

“45 (1) Yukarıdaki 44'üncü madde öngörüldüğü şekilde herhangi bir Uluslararası Konvansiyon hükümleri uyarınca yabancı bir ülkede verilmiş geçerli bir uluslararası sürüş ehliyeti veya yabancı herhangi bir ülkenin kanunları gereğince o ülkede verilmiş geçerli bir sürüş ehliyeti sahibi olan ziyaretçi; Türkiye Cumhuriyeti Kamu Görevlisi ve Kuvvet Mensubu, yabancı ülkede verilen uluslararası ehliyet ve duruma göre sürüş ehliyeti geçerli olduğu sürece KKTC'de kaldığı süre zarfında bu tüzük gereğince verilmiş bir sürüş ehliyeti sahibi olma mükellefiyetinden muaf tutulur.

Ancak böyle bir ehliyet sahibi olan ziyaretçi Türkiye Cumhuriyeti Kamu Görevlisi ve Kuvvet Mensubu sadece bu gibi ehliyetin verildiği ülkede bu ehliyet gereğince sürmeye hakkı olan sınıf veya tipteki araçları KKTC'de sürme hak-kına sahiptir.

(2) Aracın hangi ülkede kayıtlı olduğuna bakıl-maksızın KKTC Devleti hudutları dahilinde iki nokta arasında taşıma yapmaması kaydıyla yabancı sürüş ehliyetine haiz KKTC'de ikâmet etmeyen sürücü, yabancı ülke kanunları tahtında o aracı sürmeye hakkı olan sınıf veya tipteki araçları KKTC'de sürme hakkına sahiptir.

(3) Yabancı bir ülkede verilmiş geçerli sürüş ehliyeti olan ziyaretçi bir kişi ziyaretçi statüsünü kaybetmiş olduğu tarihten itibaren bir aylık süre zarfında, sahip

olduğu ülkenin geçerli olduğu sürüş ehliyeti ile oturur vaziyette en çok sekiz yolcu taşıyabilen özel motorlu araçları KKTC’de sürme hakkına sahiptirler. Ancak böyle bir kişinin sürüş ehliyeti verildiği ülkede oturur vaziyette en çok sekiz yolcu taşıyabilen özel motorlu araçları sürmeye hakkı olmalıdır.”

Görüldüğü gibi, sürekli ikâmetgâhı KKTC’de olmayan ziyaretçi, TC kamu görevlisi ve kuvvet mensubu, KKTC’de kaldığı geçici süre içinde yabancı herhangi bir ülkenin kanunları gereğince o ülkede verilmiş geçerli bir sürüş ehliyeti veya herhangi bir uluslararası konvansiyon hükümleri uyarınca, yabancı bir ülkede verilmiş geçerli bir uluslararası sürüş ehliyeti ile, sahip olduğu sürüş ehliyeti gereğince sürmeye hakkı olduğu sınıf ve tipteki motorlu aracı kullanabilir. Maddede belirtilen kişiler dışındakilerin KKTC’de motorlu araç kullanabilmeleri ise, KKTC’de yetkili makam tarafından verilen sürüş ehliyetine sahip olmaları şartına bağlıdır.

Maddede düzenlenen “TC kamu görevlisi ve kuvvet mensubu” kategorisinin kimleri kapsadığı açık olup, huzurumuzdaki meseleye şamil değildir.

“Ziyaretçi” ise, 21/1974 sayılı Motorlu Araçlar ve Yol Trafik Yasası’nın tefsir ile ilgili 2. maddesine göre, “esas itibarı ile KKTC’de ikamet etmeyen ve her halükârda 12 aydan fazla olmayan bir süre için KKTC’de ikamet etme amacıyla olan bir şahsı ifade eder.”

Buna göre, KKTC’de yasal olarak 12 aydan fazla ikâmet etmekte olan veya 12 aydan fazla ikâmet etme amacıyla olan kişiler, ziyaretçi kapsamında olmadıklarından, Tüzüğün 45. maddesindeki ayrıcalıktan yararlanamazlar.

KKTC’de 12 aydan az bir süre ikâmet eden bir yabancının, 12 aydan fazla ikâmet etme amacı taşıyıp taşımadığı bir olgu meselesi olup, KKTC’de bulunması için sahip olduğu yasal statü ile yakından ilgilidir.

Bir yabancıya geçici olarak Kıbrıs'a girme ve geçici olarak kalma hakkı veren giriş izinleri, değiştirilmiş şekliyle 1949 Yabancılar ve Muhaceret Tüzüğü'nün 9. maddesinde düzenlenmektedir.

Buna göre bir yabancı, KKTC'de: a) transit izni, b) çalışma izni, c) iş kurma izni, d) öğrenci izni, e) ziyaretçi izni, f) özel izin ile bulunabilir.

Mezkûr Tüzüğün 11(1) maddesine göre, huzurumuzda bulunan meselede olduğu gibi, bir çalışma izni, hamiline, Kıbrıs'a girme ve izinde gösterilen süre kadar Kıbrıs'ta kalma hakkı verir.

Yabancıların Çalışma İzinleri Tüzüğü'ne göre, bir yabancıya, süresi belirli çalışma izni verilebilir.

Tüzüğün 15(3) maddesine göre, süreli çalışma izinleri için yapılacak ilk başvuruda, izin en az 6 ay, en fazla 1 yıl süreler için verilebilir.

Buna göre, 1 yılı aşkın bir süre çalışma izni ile KKTC'de ikâmet eden yabancılar, değiştirilmiş şekli ile Motorlu Araçlar ve Yol Trafik Tüzüğü madde 45'in sağladığı ayrıcalıktan yararlanarak yabancı bir ülkede verilen sürüş ehliyeti ile KKTC'de motorlu araç kullanamazlar.

Yukarıda belirtildiği gibi, taraflar istidanın duruşmasında herhangi bir şahadet dinletmiş değillerdir. Huzurumuzda, mesele ile ilgili olgular olarak, istidaya ekli yemin varakasında ileri sürülenler ile, Sigorta Tahkim Komisyonu kararında izah edilen olgular bulunmaktadır.

Bu olgulara göre, müstedaaleyh, KKTC'ye çalışma izni temin ederek Yakın Doğu Hastanesinde Doktor olarak çalışmak üzere 8/10/2012 tarihinde gelmiştir. İstida konusu kaza ise, 15/4/2013 tarihinde olmuştur. Müstedaaleyhin aldığı çalışma izninin süresi konusunda huzurumuzda şahadet yoktur. Yukarıda yasal mevzuatı incelerken belirttiğimiz gibi, ilk kez çıkarılacak çalışma izni süresi en az 6 ay, en çok 1 yıldır. Süre dolduktan sonra da

müstedaalehyin çalışma izninin süresini uzatıp uzatmadığı hususunda hiç bir şahadet olmadığı gibi, bu hususta müstedi tarafından ileri sürülen bir iddia da mevcut değildir. Bu nedenle, müstedaalehyin 12 ayı aşkın bir süre için KKTC’de ikâmet etmek arzusunda olduğu, diğer bir deyişle ziyaretçi statüsünü kaybettiği müstedi tarafından kanıtlanabilmiş değildir.

Yukarıdakiler ışığında, Sigorta Tahkim Komisyonunun tazminat kararının gerekçeleri hatalı olmasına rağmen, müstedaalehyin geçerli bir sürüş ehliyeti olmadığı isbat edilemediğinden, Sigorta Tahkim Komisyonunun kararının yetki yönünden bir hata içermediğine karar verilir.

Yukarıdakiler ışığında, istida ret ve iptal edilir. Masraf emri verilmez.

Şafak Öneri
Yargıç

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

28 Mart 2014

D. 2/2014

Yargıtay/Aile Hukuk 7/2012
(Girne Aile Dava No: 43/2011)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

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

İstinaf eden: Arzu Akış, Girne
(Davalı)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: İbrahim Beyazbayram, Girne.
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Mustafa Şener
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Işın Çelebi.

Girne Aile Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Talat Usar'ı 43/2011 sayılı davada 17.9.2012 tarihinde verdiği karara karşı Davalı tarafından yapılan istinaftır.

Bir boşanma davasında küçük Mehmet'in velayeti anneye verildi – Bir süre sonra baba bir dava açarak tarafların durumunda değişiklik olduğunu iddia etti ve küçük Mehmet'in velayetinin kendisine verilmesini talep etti – Alt Mahkeme, velayet emri verilirken küçüğün menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtti – Tarafların durumunu kıyaslayan Alt Mahkeme, çocuğun velayetinin anneden alınarak babaya verilmesine karar verdi – Davalı anne bu kararı istinaf etti – İstinaf Mahkemesi küçüklerin velayeti konusundaki yasal ilkeler ve prensipler üzerinde durdu – Çocuğun anneye verilen velayetinin daha sonra babaya verilebilmesi için ciddi bir neden olması gerektiğini belirten Yargıtay, bu olayda ciddi bir nedenin mevcut olmadığı kanısına vardı – Bu nedenle Alt Mahkeme kararını iptal eden Yargıtay, küçüğün velayetini yeniden anneye verdi.

Velayet emrinin değiştirilmesi – Annede olan velayetin babaya verilmesi – 1/98 sayılı yasanın 32. maddesi – Bir küçüğün velayetinin anneye verilmemesi için ciddi bir neden olması gereği – Bu olayda aksine ciddi bir neden olmadığı nedeniyle velayetin annede kalmasının doğru görölmesi – Velayet emrinin değiştirilmesiyle ilgili kriterler – 6/96 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkili Yasanın birinci kısmının 3(1) maddesi – Çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel prensip olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İctihatlar:

- 1- Yargıtay/Aile Hukuk 1/1989 – D.1/1989.
- 2- TC Yargıtay 2. HD 9.03.1999 tarihli E 2022 K 2077.
- 3- TC Yargıtay 2. HD 5.2.1993 E 712 K 889.

K A R A R

Şafak Öneri: İşbu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Hüseyin Besimoğlu okuyacaktır.

Hüseyin Besimoğlu: İstinaf Eden/Davalı ile Aleyhine İstinaf Edilen /Davacı, Girne Aile Mahkemesinin 76/09 sayılı davasında, 23.12.2009 tarihinde boşandılar.

Boşanma kararına göre; 27.8.2005 doğumlu küçük Mehmet'in velayeti, İstinaf Eden/Davalı anneye verildi ve Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının küçük Mehmet için, İstinaf Eden/Davalıya 1.1.2010 tarihinden itibaren 5 günlük lütufla ayda 600 TL nafaka ödemesine, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının küçük Mehmet'i, haftanın Çarşamba günleri, sabah saat 10.00'dan ö.s. saat 18.00'e kadar ve Cumartesi günleri sabah saat 10.00'dan ö.s. 20.00'ye kadar

alıp birlikte olmalarına ve bu şekilde şahsi münasebet kurmalarına ilişkin emir verildi.

Aleyhine İstinaf Edilen /Davacı, 8.4.2011 tarihinde, İstinaf Eden/Davalı aleyhine, istinafa konu davayı ikame etti ve boşanmadan sonra, davaya konu teşkil eden zamanlarda, hem Davacının hem de Davalının koşullarında ciddi değişiklikler olduğunu ileri sürdü ve velayet emrinin değiştirilerek, küçük Mehmet'in velayetinin Aleyhine İstinaf Edilen/Davacıya verilmesine, Davalının küçük Mehmet için ayda 500 TL nafaka ödemesine emir verilmesini talep etti.

İstinaf Eden/Davalı, dosyaladığı müdafaa takririnde, küçük Mehmet'in yaşı itibarıyla anne bakım, sevgi ve şefkatine ihtiyacı olduğunu, Davacının evlendiğini, bu evlilikten bir çocukları olduğunu, velayetin değiştirilmesini gerektirecek bir durumun olmadığını ileri sürdü ve Davacının davasının iptalini talep etti.

Davanın yapılan duruşmasında, Alt Mahkeme, küçük Mehmet'in, Davalı anne yanında kalmasının çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel olacağı sonucundan hareketle, küçük Mehmet'in velayetinin Davacıya verilmesinin küçüğün mevcut ve müstakbel menfaatleri açısından uygun olacağı bulgusunu yaptı ve küçük Mehmet'in velayetinin, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacıya verilmesine karar verdi.

Alt Mahkemenin kararı üzerine, İstinaf Eden/Davalı, bu istinafi dosyaladı.

İstinaf Eden/Davalı, istinafında 17 istinaf sebebi ileri sürmüş olmakla birlikte, istinaf sırasındaki argümanları dikkate alarak, istinaf sebeplerini bir başlık altında incelemeyi uygun buluruz:

“Alt Mahkeme, küçük Mehmet ile ilgili 23.12.09 tarihinde verilmiş olan velayet emrini, küçük Mehmet’in yararına olan herhangi bir makul sebep olmamasına rağmen değiştirilmesi ve küçük Mehmet’in velayetinin Aleyhine İstinaf Edilen/Davacıya verilmesi konusunda 17.09.12 tarihli kararını vermekle hatalı davranmıştır.”

İSTİNAFA KONU OLGULAR

- İstinaf Eden/ Davalı 25.6.1985, Aleyhine İstinaf Edilen/ Davacı ise 25.7.1980 doğumludur.
- Davacı ile Davalı 5.6.2004 tarihinde evlenmiş ve bu evlilikten 27.8.2005 doğumlu “Mehmet” isimli bir çocukları meydana gelmiştir.
- Davacı ile Davalı, Girne Aile Mahkemesinde Davacının ikame etmiş olduğu 76/09 sayılı davada 23.12.09 tarihinde boşanmıştır.
- Boşanma sonucunda küçük Mehmet’in velayeti Davalıya verilmiştir.
- Davacı, 7.4.2010 tarihinde yeniden evlenmiş ve bu evlilikten bir çocukları olmuştur. Davacının eşi hemşire olarak çalışmaktadır.
- Davacı Esentepe’de, annesine ait olan 1 dönümlük arazi içine yapılmış tek katlı evde eşi ile birlikte ikamet etmektedir.
- Davacı, lise mezunu olup, Girne Akçiçek Hastahanesinde ambulans şöförü olarak çalışmakta ve ayda takriben 2170TL aylık maaş almaktadır.
- Davalı, Beşparmak köyünde, babasına ait olan bir evde, anne ve babası ile birlikte kalmaktadır ve Davalının, küçük Mehmet ile kaldığı ayrı odaları vardır.

- Davalı ortaokul mezunu olup, Girne’de bir konfeksiyon mağazasında çalışmakta ve takriben ayda 1131 TL maaş almaktadır.
- Küçük Mehmet, dava ile ilgili tarihlerde Çatalköy İlkokulunda birinci sınıfa devam etmektedir.

İNCELEME:

İstinaf Eden/Davalı Avukatı, Alt Mahkemenin, 76/2009 sayılı davada, küçük Mehmet’in velayeti ile ilgili verilmiş olan 23.12.2009 tarihli emrin değiştirilmesini gerektirecek ve küçük Mehmet’in yararına olan özel bir sebep bulunduğu konusunda Davacının, ciddi ve inandırıcı şahadet sunmamasına rağmen, 7 yaşında ve anne sevgi, şefkat ve bakımına muhtaç olan küçük Mehmet’in velayetinin Davalı anneden alınıp yeniden evlenen Davacı babaya vermekle hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Velayet, çocuğun korunması amacını güden bir müessesedir. Velayet kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta, ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade, çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Velayet hakkının kullanılması, çocukların korunması ve yetiştirilmesine yönelik kamusal bir temele dayandırıldığından, bu hususta mahkemelere, müdahale etme ve karar verme yetkisi tanınmıştır.

Evlilik birliğinin sarsılması nedeni ile konu mahkemeye intikal ettiği zaman çocukların korunmaları, öğrenimleri ve eğitimleri ile ilgili ne tür emirler verilebileceği, 1/98 sayılı Aile Yasası’nın 28, 30, 32 ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir.

Aile mahkemelerinin: boşanma veya yasal ayrılık davası bitinceye kadar, çocukların korunmalarına ilişkin uygun göreceği geçici emirler

verebileceği Yasanın 28(4) maddesinde; boşanmaya hükmedildiği zaman, tarafların evliliklerinden olan çocukların velayetini almayan tarafın, çocukların öğrenimleri için gerekli olan harcamaların belirlenecek orandaki bir miktarını karşılamasına karar verilebileceği Yasanın 30 (2) (ç) maddesinde; çocukların öğrenim, eğitim ve diğer giderlerinin ana ve babanın kendi güçleri oranında olmak üzere karşılanacağına dair emir verilebileceği Yasanın 44. maddesinde düzenlenmiştir.

Küçük Mehmet'in velayeti, 76/09 sayılı davada, 23.12.2009 tarihli boşanma kararı sonucu, İstinaf Eden/Davalı anneye verilmiştir. Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, Girne Aile Mahkemesinde, 8.4.2011 tarihinde ikame etmiş olduğu başka bir davada, küçük Mehmet ile ilgili 23.12.2009 tarihli velayet emrinin değiştirilmesini gerektirecek sebepler bulunduğunu ileri sürmüş, davanın yapılan duruşmasında Alt Mahkeme, küçük Mehmet'in, Davalı anne yanında kalmasının çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel olacağı nedeni ile daha önce verilmiş olan mahkeme emrini değiştirip küçük Mehmet'in velayetinin Davacı babaya verilmesine emir vermiştir.

İstinafa konu olan dava, velayet emrinin değiştirilmesi ile ilgilidir.

Velayet emrinin değiştirilmesine yönelik 1/98 sayılı Yasada açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Yasanın 32. maddesinin buna cevaz verdiği anlaşılmaktadır.

1/98 sayılı Aile Yasası'nın 32. maddesi aynen şöyledir:

“32. Boşanan taraflardan birinin evlenmesi, ülkeden ayrılması, ölümü veya başka herhangi bir nedenle koşulların değişmesi halinde mahkeme, diğer tarafın veya hale göre o tarafın ana veya babasının istemi üzerine çocuklara ilişkin yeni bir emir verebilir.”

Görüldüğü gibi, 1/98 sayılı Aile Yasası'nın 32. maddesinin, bazı koşullarda, boşanma sonucu çocuklarla ilgili verilmiş olan emirlerin değiştirebileceğine imkan tanıdığı anlaşılmaktadır.

Yasanın ilgili maddesine göre; boşanan taraflardan birinin istemi üzerine, çocuklara ilişkin yeni bir emir: a)evlenme, b)ülkeden ayrılma, c)ölüm, d)başka herhangi bir nedenle koşulların değişmesi halinde verilebilmektedir.

a, b ve c'de ifade edilenler gayet açıktır. Ancak d'de ifade edilen, koşulların değişmesini gerektirecek başka herhangi bir nedenin olup olmadığının tespiti her davanın kendi özel olguları içinde ve sunulan şahadet ışığında incelenip değerlendirileceği için, bu konuda mahkemelerin geniş takdir yetkisi olduğu kabul edilmelidir.

Çocukların velayeti konusunda karar verirken, mahkemenin göz önünde bulundurması gereken en önemli faktör, çocukların yararadır. Mahkeme bu gibi meselelerde geniş takdir hakkına sahiptir. (gör: Yargıtay Aile Hukuk 1/89 (D.1/89) (TC Yargıtay 2.HD 9.03.1999 tarihli E 2022 K 2077))

6/1996 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin Yasanın birinci kısmının 3. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

3. maddenin 1. fıkrası aynen aşağıda olduğu gibidir:

“1.Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde ,çocuğun yararı temel düşüncedir.”

Görüldüğü gibi, velayet konusunda en temel unsur olarak, çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır. Bu hususlar göz önünde tutularak, 1/98 sayılı Yasanın 32. maddesindeki hususlar incelenmelidir.

Sunulan şahadete göre Küçük Mehmet, 27.8.2005 doğum tarihli dir. Boşanmaya hükmedildiğinde, küçük Mehmet'in velayeti İstinaf Eden/Davalı anneye verilmiş ve velayetin değiştirilmesi ile ilgili dava 8.4.2011 tarihinde ikame edilmiştir. Karar, 17.9.2012 tarihinde okunmuştur. Buna göre küçük Mehmet dava açıldığı tarihte 5 yaşında 8 aylık, karar tarihinde ise takriben 7 yaşında idi.

İstinaf Eden/Davalının evli olmadığı, Kıbrıs'ta ikamet ettiği ve hayatta olduğu ihtilaflı değildir. Bu nedenle bu hususlar velayetin değiştirilmesinde etken olamayacağından, istinafa konu davada, Davalı aleyhine dikkate alınmaları mümkün değildir.

Velayeti talep eden Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının yeniden evlendiği ve bu evlilikten bir çocukları olduğu şahadetle ortaya çıkan bir husustur. Davacının evli olduğu şahadetle ortaya çıktığı için, bu husus, velayet emrinin değiştirilip değiştirilmemesinde dikkate alınmalıdır.

Bu istinafta karara varılması gereken husus, velayet emrinin değiştirilmesini gerektirecek nedenlerin olup olmadığıdır. Bu nedenle, velayet emrinin değiştirilmesine etken olan nedenlerin tespiti, velayet emrinin değiştirilmesinde önem arz etmektedir.

Velayet emrinin değiştirilip değiştirilemeyeceğine etken olacak olan diğer başka koşulların olup olmadığı veya bunların tespiti, mahkemenin takdir yetkisi içinde olup, bu husus sunulan şahadete göre değerlendirilmelidir.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, küçük Mehmet'in İstinaf Eden/Davalı ile birlikte ikamet ettiği evin, gayrisihhi koşullarda olduğunu, küçüğün ilkel ve elverişsiz şartlarda yaşadığını, annesi ile birlikte yattığını, bazı suçlardan sabıkalı olan dayıların da aynı evde kaldığını, Davalının sosyal ve kültürel düzeyinin düşük olduğunu, yerleşim yerinde okul olmadığını, Davalının ortaokul mezunu olup eğitim seviyesinin düşük olduğunu, Davacının lise mezunu olup eğitim seviyesinin yüksek olduğunu, çalışma saatlerine göre gerekli ayarlamaları yaparak küçük ile daha fazla ilgilenebileceğini, oysa Davalı annenin bütün gün çalıştığını ve küçükle yeterince ilgilenemediğini, sağlık ve eğitimi ile ilgilenemediğini, analık görevlerini savsakladığını ileri sürmüş ve yeniden evlenip aile yuvası kuran Davacının bu evlilikten bir çocuğu olduğunu, eşi ile birlikte küçüğe daha iyi bakabileceklerini ileri sürüp, izah edilen nedenlerle, velayetin değiştirilmesini talep etmiştir.

Alt Mahkeme, sunulan şahadeti incelemiş ve küçük Mehmet'in anne sevgi ve şefkatine ihtiyaç duyacak yaşta olduğunu, annenin ve babanın küçüğün bakımı, sağlığı ve eğitimi ile ilgilendiğini, bu konuda bir sorunu olmadığını, küçüğün kalmakta olduğu evin sağlıksız ve yetersiz olmadığını ve küçüğün dayılarının aynı evde kalmadıklarını kabul etmiştir.

Alt Mahkeme, devamla, küçük Mehmet'in annesi ve onun ailesinin sosyo-ekonomik ve kültür düzeyinin düşük olduğu, annenin çalışma saatleri süresince evden uzak kaldığı ve eve geç gelmesi nedeni ile küçük ile sınırlı bir süre ilgilendiği, maaşının düşük olduğu, babanın da çalıştığı, ancak babanın evli olması nedeni ile hem kendisinin hem de eşinin küçükle daha fazla ilgilenebileceği hususlarını dikkate almış ve bu durum karşısında, küçük

Mehmet'in Davalı anne yanında kalmasının, çocuğun bedeni ve fikri gelişimine engel olacağı sonucuna ulaştığından, küçüğün velayetinin Davacı babaya verilmesinin, küçük Mehmet'in mevcut ve müstakbel menfaatleri açısından daha uygun olacağı bulgusunu yapmıştır.

Velayeti alan tarafın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması veya velayet görevini kötüye kullanması veya ihmal etmesi halinde, mahkeme çocuğun üstün yararını dikkate alarak, velayet emrinin değiştirilmesine emir verebilir.(gör.TC Yargıtay 2. HD 5.2.1993 E 712 K 889")

İstinafa konu olan davadaki şahadet incelendiğinde, İstinaf Eden/Davalının velayet görevini kötüye kullandığı veya ihmal ettiği veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı konusunda şahadet bulunmamaktadır.

Velayeti alan tarafın çalışmasının ve onun çalıştığı süre içinde küçüğe anneannesinin bakmasını tek başına velayet emrinin değiştirilmesine bir gerekçe olarak görmek, gelişen hayat koşullarımız içinde mümkün görülmemektedir.

Sunulan şahadete göre; boşanma sırasında, küçük Mehmet'in velayeti İstinaf Eden/Davalıya verilirken de İstinaf Eden/ Davalı annenin ve Aleyhine İstinaf Edilen Davacı babanın sosyo- ekonomik ve kültür durumun aynı olduğu anlaşılmaktadır. Gerek annenin gerekse babanın çalışmalarına rağmen, küçük Mehmet'e gereken ilgi, sevgi ve şefkatı göstermiş oldukları, olanakları ölçüsünde küçüğe maddi katkıda bulundukları şahadetle ortaya çıkan ve Alt Mahkemece de kabul edilen hususlardır.

İstinaf Eden/Davalının, Girne’de bir butik mağazasında çalıştığı, çalıştığı saatlerde küçük Mehmet’e anneannesinin baktığı ihtilaflı değildir. Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının da ambulans şöförlüğü yaptığı, evli ve bir çocuk sahibi olduğu kayıtlardan görülmektedir.

Alt Mahkeme, Mehmet’in sağlığı, eğitimi ve bakımıyla İstinaf Eden/Davalı annenin ilgilendiğini ve bu konuda bir sorun olmadığını kabul etmektedir.

Küçük Mehmet’in, sabıkalı olan dayıları ile aynı evde ikamet ettiği ileri sürülmüş olmakla beraber, bu husus sunulan şahadet ışığında incelenmiş ve Alt Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. (Mavi 230)

Anne ve baba küçüklerin bakımından kendi mali güçleri oranında sorumlu olduklarından, bir tarafın mali durumunun düşük olması, velayetin değiştirilmesinde etkili bir unsur olarak görülmemelidir. Sosyo-ekonomik ve kültürel durumun düşüklüğünün, velayet emrinin değiştirilmesine olan etkisi, her davanın kendi olguları içinde değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu nedenle, bu davada, sosyo-ekonomik ve kültürel durum nedeni ile, İstinaf Eden/Davalının velayet görevini savsaklandığını kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir.

Velayeti talep eden baba, yeniden evlenmiş olup bir çocuk sahibidir. Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, kendisinin çalıştığı zamanlarda küçük Mehmet’e üvey annenin veya babaannenin bakabileceğini iddia etmektedir.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davacının 23.12.2009 tarihli boşanma hükmünden sonra velayet emrinin değiştirilmesi için 13.10.2010 tarihli bir

istida dosyalaması, bu istidayı 2.11.2010 tarihinde geri çekmesi ve bilahare 8.4.2011 tarihinde istinafa konu istidayı dosyalaması, velayet emrinin değiştirilmesi bakımından iyi niyetli bir yaklaşım değildir.

Küçük Mehmet, yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, dava tarihinde 5 yaşında 8 aylık, karar tarihinde ise takriben 7 yaşında idi.

Küçük yaşta olan çocukların anne bakım, sevgi ve şefkatine ihtiyaçları olduğu dikkate alındığında, küçüğün yararına ciddi bir neden olmadıkça, velayetin anneden alınıp, yeniden evlenen babaya verilmesi küçüğün menfaatine değildir.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı, İstinaf Eden Davalının sosyo-ekonomik ve kültürel durumunun düşük olduğu nedeniyle Davacının, Davalıya nazaran küçük Mehmet'e daha iyi bakabileceğini ileri sürmüştür. Bu husus yukarıda incelenmiş ve bu nedenle velayetin savsaklandığı bulgusuna varılamayacağına değinilmişti.

Alt Mahkeme, velayet konusunu genel olarak ve detaylı bir şekilde incelemiş olmakla birlikte, velayet emrinin değiştirilmesi ile ilgili kriterleri detaylı olarak incelememiştir. Velayet emrinin Davalıya verilmesinden sonra, Davalının küçük Mehmet'e yeterli ilgiyi göstermediği veya yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı veya velayet görevini kötüye kullandığı veya ihmal ettiği konusunda Alt Mahkemenin bulgusu yoktur. Alt Mahkeme buna rağmen, küçük Mehmet'in velayetinin değiştirilmesine ve küçüğün anneden alınıp babaya verilmesine karar vermiştir.

Tüm söylenenleri dikkate aldığımızda, velayet emrinin değiştirilmesi konusunda küçüğün yararına olan bir neden olmamasına rağmen, Alt Mahkemenin velayet emrinin değiştirilmesi yönündeki bulgusu hatalı olmuştur.

Netice olarak, İstinaf Eden/Davalı istinaf sebeplerinde başarılı olduğu için, istinafi kabul edilir ve Alt Mahkemenin küçük Mehmet'in velayetinin değiştirilmesi ile ilgili kararı iptal edilir.

İstinaf masrafları, Aleyhine İstinaf Edilen tarafından ödenecektir.

Şafak Öneri
Yargıç

Narin F. Şefik
Yargıç

Hüseyin Besimoğlu
Yargıç

16 Nisan, 2014