YÜKSEK MAHKEME
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 61

2014-2015 ADLİ YILI

-3-

K.K.T.C.
YÜKSEK MAHKEME

14/ 01 / 2015 – 20 / 02 / 2015 Tarihleri Arasında Okunan
Yüksek Mahkeme Kararları

Haziran 2017

DERGİDE YERALIŞ SIRASINA GÖRE KARARLAR

Sayfa No.

ANAYASA

1. Ertaç Sivri ile Merkezi Cezaevi Müdürlüğü ve diğerleri arasında (A.M. 11/2013 – D.1/2015) 1

YİM

2. Mehmet Ünder ile Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve diğeri arasında (YİM 136/2012 – D.1/2015) 16

3. Yrd. Doç. Dr. Yusuf Suiçmez ile Barolar Birliği arasında (YİM 56/2014 – D.2/2015) 24

4. Özlem Kaya Yalgın ile Tak Ajansı Kıbrıs Müdürü arasında (YİM 32/2013 – D.3/2015) 31

YİM/İSTİNAF

5. Doç. Dr. Dizem Arifler ile Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve diğerleri arasında (YİM/İst. 8/2013 – D.2/2015) 46

6. Ayşe Öztaç ile Lefkoşa Belediyesi ve Canev Değirmenci arasında (YİM/İst. 5/2013 – D.3/2015) 51

YARGITAY/HUKUK

7. Kıbrıs Vakıflar Bankası Ltd. ile Diadem Hotel & Tours (DHL) Ltd. ve diğerleri arasında (Y/H 2/2012 – D.1/2015) 56

8. Hüseyin Hasan Müezzin ile Ülker Hüseyin arasında (Y/H 133/2011 – D.2/2015) 79

9. Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve/veya DAÜ Vakıf Yöneticiler Kurulu ve diğeri ile Nesrin Atalay arasında (Y/H 93/2011 – D.3/2015)..... 86

10. Sıdıka Atalay ile Asil Nadir ve diğeri arasında (Y/H 40/2012 – D.4/2015) 94

11. Simbury Park Limited ile Barbara Ann King arasında (Y/H 144/2011 – D.5/2015) 107

YARGITAY/CEZA

12. Osman Bayır ve diğerleri ile KKTC Başsavcısı arasında (Y/C 42/2008 – 40,41,46,47,48/2008 – D.1/2015) 117

YARGITAY/AİLE

13. Tüge Toros n/d Tüge Atakol ile Fikri Toros arasında (Y/Aile 5/2013 – D.1/2015) 206

KARARLARIN OKUNUŞ TARİHİNE GÖRE DİZİN

Okunduğu Tarih	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No
14.01.2015	1/2015	Y/C 42-48/2008	117
15.01.2015	1/2015	YİM 136/2012	16
19.01.2015	1/2015	Y/H 2/2012	56
20.01.2015	2/2015	Y/H 133/2011	79
21.01.2015	2/2015	YİM/İst. 8/2013	46
26.01.2015	3/2015	Y/H 93/2011	86
29.01.2015	3/2015	YİM/İst. 5/2013	51
04.02.2015	2/2015	YİM 56 /2014	24
05.02.2015	3/2015	YİM 32/2013	31
19.02.2015	1/2015	A.M. 11/2013	1
20.02.2015	4/2015	Y/H 40/2012	94
20.02.2015	5/2015	Y/H 144/2011	107
20.02.2015	1/2015	Y/Aile 5/2013	206

KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN ANAYASA MADDELERİ

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KKTC ANAYASASI			
Madde 1	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 7	1/2015	A.M. 11/2013	1
	2/2015	YİM 56/2014	24
Madde 8	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 17	2/2015	YİM 56/2014	24
Madde 121	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 122	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 148(1)	2/2015	YİM 56/2014	24
Madde 149	2/2015	YİM/İst. 8/2013	46
Madde 152(2)	2/2015	YİM/İst. 8/2013	46

KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN YASA MADDELERİ

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
AİLE (EVLENME VE BOŞANMA) YASASI (1/1998)			
Madde 26(6)	1/2015	Y/Aile 5/2013	206
Madde 26(9)(B)	1/2015	Y/Aile 5/2013	206
AVUKATLAR YASASI (Fasıl 2)			
Madde 17(1)	2/2015	YİM 56/2014	24
Madde 17(a)(b)(c)(d)	2/2015	YİM 56/2014	24
CEZA YASASI (Fasıl 154)			
Madde 4	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 5(3)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 20	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 21	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 82(2)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
CEZA YASASI (DEVAM)			
Madde 85	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 203	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 204	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 205(1)(3)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 228(a)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 234(a)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 247	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 250	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 283	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 324(1)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
CEZAEVİ DİSİPLİN YASASI (Fasıl 286)			
Madde 6	1/2015	A.M.11/2013	1
EMLAKÇILARIN KAYIT VE İŞLEMLERİ YASASI (38/2007)			
Madde 21	1/2015	Y/H 2/2012	56
Madde 21(1)(A)	1/2015	Y/H 2/2012	56

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
KAMU GÖREVLİLERİ YASASI (7/79)			
Madde 54(8)(B)	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 98(A)	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 98(B)	1/2015	A.M. 11/2013	1
Madde 100(2)(d)	1/2015	A.M. 11/2013	1
MAHKEMELER YASASI (9/76)			
Madde 26	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 31(1)(b)(2)(3)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
SÖZLEŞMELER YASASI (Fasıl 149)			
Madde 31	5/2015	Y/H 144/2011	107
Madde 32	5/2015	Y/H 144/2011	107
TAK YASASI (41/2011)			
Madde 5	3/2015	YİM 32/2013	31
Madde 8(2)(c)	3/2015	YİM 32/2013	31
Madde 36(1)(2)(5)(6)	3/2015	YİM 32/2013	31

	Dağıtım No.	Dava No.	Sayfa No.
TECAVÜZİ SİLAHLAR YASASI (Fasıl 159)			
Madde 2	1/2015	Y/C 40-48/2008	117
Madde 3(1)(2)	1/2015	Y/C 40-48/2008	117

KARARLARDA ATIFTA BULUNULAN TÜZÜK VE EMİRNAMELER

AVUKATLAR (İCRAİ-MESLEK VE ETİKET) TÜZÜĞÜ			
Madde –	2/2015	YİM 56/2014	24
CEZAEVLERİ (CEZAEVİ HİZMETİ) (DEĞİŞİKLİK) TÜZÜĞÜ (404/2011)			
Madde 2(3)	1/2015	A.M. 11/2013	1
HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ TÜZÜĞÜ			
Emir 9 n.10-11	1/2015	Y/H 2/2012	56
Emir 19 n.4	4/2015	Y/H 40/2012	94

D.1/2015 Anayasa Mahkemesi: 11/2013
(YİM No: 49/2012)

ANAYASA MAHKEMESİ OLARAK OTURUM YAPAN YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Şafak Öneri, Başkan, Narin F. Şefik, Hüseyin Besimoğlu, Mehmet Türker, Emine Dizdarlı.

Anayasanın 148. Maddesi Hakkında.

Yüksek İdare Mahkemesi tarafından 49/2012 sayılı YİM davasında (Davacı: Ertaç Sivri, Merkezi Cezaevi – Lefkoşa ile Davalı: 1- Merkezi Cezaevi Müdürlüğü, İçişleri ve Yerel Yönetimler Bakanlığı vasıtasıyla KKTC Lefkoşa ve diğeri) arasında sunulan konu.

Davacı namına: Avukat Boysan Boyra
Davalı namına: Kıdemli Savcı İlter Koyuncuoğlu

Davacı, Cezaevinde IV. Derece Gardiyan Eri olarak çalışmaktaydı – Başvurduğu kadronun sınavında başarılı olan Davacı, III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan görevine atandı – Cezaevi Müdürü Davacıya gönderdiği bir yazı ile Davacının terfi derecesinin gereği olan rütbeyi takmasını engelledi - Davacıya terfi öncesi bulunduğu derecenin görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam edeceği bildirildi – Bu karara karşı Davacı, kararın iptali için YİM'de dava açtı – Dava görüşülürken, Davacı, Anayasa Mahkemesine bir havale müracaatı yaparak Cezaevi Müdürüne sözkonusu kararı vermeye yetki veren Tüzüğün, Anayasanın 121. maddesine aykırı olduğunu iddia etti – Anayasa Mahkemesi, A.E.404/11, madde 2(3)'ün Anayasanın 8 ve 121. maddesine aykırı olmadığına ve her halükarda bu konuda verilecek kararın davayı etkilemeyeceğine karar verdi.

7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasasını tadil eden 58(4)(B) maddesinin Anayasanın 8 ve 121. maddelerine aykırı olduğu iddiası *– Aykırı oduğu iddia edilen maddelerin davanın karara bağlanmasında etken olmaması – Yasayla düzenlenmesi gereken bir konunun tüzükle düzenlendiği iddiası – Tüzük,*

Anayasaya aykırı bulunsa bile, 7/79 sayılı Yasanın ilgili maddesinin yürürlükte kalması nedeniyle verilecek kararın Davacıya yarar sağlamaması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- A.M. 2/1982 – D.9/1982.
2- A.M. 5/1995 – D.4/1996.
3- A.M. 4/2005 – D.3/2007.

KARAR

KONU:

YİM 49/2012 No.lu davada Davacı, Davalı No.1'e bağlı Lefkoşa Merkezi Cezaevi Müdürü tarafından 28.12.2011 tarihinde alınan ve Davacının bilgisine aynı tarihte gelen kararın ve kararla ilgili tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair hüküm talep etmiş, davanın dinlenmeye başlaması aşamasında dava ile ilgili olguları aktardıktan sonra, dava konusu yapılan idari kararın dayandığı, 29.7.2011 tarihli, Amme Enstrümanı 404, Resmi Gazete 128'de yayınlanan Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası'nın 6. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) Değişiklik Tüzüğü'nün 2. maddesinin 3. fıkrasının ve Fasıl 286'nın 6. maddesinin, KKTC Anayasası'nın 1, 7, 8, 121 ve 122. maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek, konunun karara bağlanmak üzere Anayasa Mahkemesine havalesini talep etmiştir. Davalılar, Cezaevleri Hizmet Tüzüğü'nün 3(2) maddesinin davanın kararında etken olduğunu kabul etmekle birlikte, Fasıl 286 madde 6'nın etken olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yüksek İdare Mahkemesi Fasıl 286 madde 6'ya istinaden çıkarılan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişliklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'nın 1, 7, 8, 121 ve 122. maddelerine aykırı olup olmadığının karara

bağlanması amacı ile konunun Anayasa Mahkemesine havale edilmesine karar vermiştir.

İLGİLİ TÜZÜK METNİ

Amme Enstrümanı 404/2011'de yayınlanan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen 2. maddesinin 3. fıkrası ile konu edilen Anayasa maddeleri aşağıda sıralanır.

Amme Enstrümanı 404/2011'de yayınlanan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü'nün 2. maddesinin 3. fıkrası aynen şöyledir:

2. (1) Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasasına ekli Birinci Cetvelde yeralan esas kadrolara atanan aşağıdaki mevkilerdeki kamu görevlileri, bu Tüzüğe ekli Üçüncü cetvelde tarifi verilmiş rütbeleri(nişanları) takarlar.

(A) Cezaevi Müdürü
(B) Cezaevi Müdür Muavini
(C) Cezaevi Amiri
(Ç) Kıdemli Cezaevi Amir Yardımcısı
(D) Cezaevi Amir Yardımcısı
(E) Kıdemli Erkek Gardiyan
(F) Kıdemli Kadın Gardiyan

(2) Cezaevi hizmeti yapan aşağıdaki mevkilerdeki kamu görevlileri, bu Tüzüğe ekli Birinci Cetvel ve İkinci Cetvel'de tarif edilen şekilde tanzim edilen resmi cezaevi kıyafetlerini giyerler.

(A) Cezaevi Müdürü
(B) Cezaevi Müdür Muavini
(C) Cezaevi Amiri
(Ç) Kıdemli Cezaevi Amir Yardımcısı
(D) Cezaevi Amir Yardımcısı
(E) Kıdemli Erkek Gardiyan
(F) Kıdemli Kadın Gardiyan

(G) Erkek Gardiyan Eri
(H) Kadın Gardiyan Eri

Yukarıdaki (1)'inci fıkrada belirtilen rütbeler Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri Yasası tahtında esas kadroya atanan kamu görevlileri tarafından takılır. Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri Yasası'nın 58'inci maddesinin (4)'üncü fıkrasının (B) bendine terfi alan kamu görevlileri yukarıdaki (1)'inci fıkra kuralları gereği takılması gereken rütbeleri takmaz ve Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde terfi etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam ederler.

Açık kadrolara atanan ve atanmadan önceki kadrosuna uygun rütbe (nişan) takan kamu görevlileri, daha sonra kadro fazlası olarak bir üst dereceye atanmaları halinde, en son taktıkları rütbeyi (nişanı) takmaya devam ederler.

(4) Yukarıda (1)'inci fıkrada belirtilen rütbeleri (nişanları) takan personelin çalışma saatleri içindeki hiyerarşik sorumluluk konumu aşağıdaki esaslara göre belirlenir;

(A) Kamu görevlisinin Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası'na ekli Birinci Cetvelde yer alan eşit derecedeki kadrolara atandığı tarihe göre belirlenir.

(B) Yukarıdaki (A) bendine göre birden fazla atanmış kişi olması halinde Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından yapılan yükselme yeri sınavlarında en fazla puanı alan kişiye göre yapılan sıralama neticesinde üst sırada bulunan ve esas kadroya geçen ve rütbe (nişan) takan kişiler sorumlu olur.

(C) Yukarıdaki (B) bendine göre birden fazla atanmış kişinin aynı puanı alması halinde; atanan kişilerden hangisinin sorumlu olacağı ile ilgili değerlendirmede kişilerin kıdem ve eğitim durumu da göz önünde

bulundurularak Cezaevi Müdürü tarafından sorumluluk sıralaması belirlenir."

İLGİLİ YASA METNİ

7/1979 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın tadil edilerek eklenen 58(4)(B) maddesi aynen şöyledir:

"(4) Bu madde amaçları bakımından Yükselme amaçlı ilk atanma ve yükselme yeri kadroları veya yükselme yeri kadrolarının doldurulması yöntemi:

(A) Her Kurumun kendi teşkilat yasasında bulunan bir hizmet sınıfında, kendi kurumunda bir alt derecedeki kamu görevlilerinin bir üst dereceye terfi ettirilmesi halinde yükselme yerinin açık kadro sayısı, yapılacak sınavdaki başarı listesi dikkate alınarak doldurulur. Açık kadrolara atananlar, atandıkları kadronun görev, yetki ve sorumlulukları taşırlar.

(B) **Yukarıdaki (A) bendinde belirtilen terfi sınavında başarılı olmasına rağmen kadro yetersizliği nedeniyle bir üst derecenin açık kadrolarına atanamayanlar, açık kadro sayısına bakılmaksızın kadro fazlası olarak bir üst dereceye terfi ettirilirler. Bu şekilde bir üst dereceye terfi ettirilenlerin sayısı, terfi sınavı yapılan kadronun bulunduğu hizmet sınıfının kendi teşkilat yasasında belirtilen toplam kadro sayısını aşamaz. Bu bend tahdında terfi alanlar, terfi aldıkları kadronun hizmet şemasındaki görevleri yanında amirlerinin görevlendirmesi halinde terfi öncesi derecelerin görev, yetki ve sorumluluklarını da yürütmeye devam ederler."**

İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

Madde 1

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

Madde 7

(1) Yasalar Anayasaya aykırı olamaz.

(2) Anayasa kuralları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, Devlet yönetimi makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Madde 8

(1) Herkes, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, Anayasa ve yasa önünde eşittir. Hiçbir kişi, aile, zümre veya sınıfa ayrıcalık tanınamaz.

(2) Devlet organları ve yönetim makamları, bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek ve ayrıcalık yapmamak zorundadırlar.

(3) Ekonomik bakımdan güçsüz olanların Anayasa ve yasalar ile elde ettikleri veya edecekleri kazanımlar, bu madde ileri sürülerek ortadan kaldırılamaz.

Madde 121

(1) Kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasa ile düzenlenir.

(2) Kamu görevlilerinin atanmalarını, onaylanmalarını, sürekli ve emeklilik hakkı kazandıran kadrolara yerleştirilmelerini, terfilerini, nakillerini, emekliye sevklerini, uyarma ve kınama cezasını gerektiren disiplin işlemleri dışında, azil ve görevden uzaklaştırma dahil diğer tüm disiplin işlemlerini yapmak üzere tarafsız ve bağımsız organ veya organlar kurulur. Bu organ veya organların kuruluş ve işleyişi, belirli kamu görevlileri kesimi için, hizmet özellikleri gözetilerek ayrı düzenlemeler yapılmasına olanak tanıyacak biçimde, yasa ile düzenlenir.

(3) Diğer kamu personelinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri, bu personelin bağlı oldukları kurumlarca yürütülen hizmetlerin özelliklerine göre yasalarla düzenlenir.

(4) Kamu görevlileri ile diğer kamu personeli hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında isnat olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması gereklidir. Bu ilkelere

uyulmadıkça, disiplin cezası verilemez ve disiplin kararları yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.

Yargıçlar ve savcılar hakkında bu Anayasanın kuralları saklıdır.

(5) Üst kademe yöneticiliği yapan kamu görevlileri, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzalarını taşıyan üçlü kararname ile atanırlar. Bu konudaki kurallar yasa ile düzenlenir.

(6) Cumhuriyet Meclisi seçim gününün Resmi Gazete'de ilanından başlayarak, seçim sonrasında yeni Bakanlar Kurulunun göreve başlayacağı güne kadar, kamu hizmetlerinde, kamu kuruluşlarında ve kamu iktisadi teşebbüslerinde, işçi dışında atama yapılamaz; terfi, nakil ve barem ayarlamaları tamamen durdurulur.

Bu kuralların nasıl ve hangi koşullarla uygulanacağı yasa ile düzenlenir.

Madde 122

Anayasa ve yasa açıkça yetki vermedikçe Devletin hiçbir organı, tüzük yapamaz ve yürürlüğe koyamaz. Yönetmelikler de ancak tüzüklere uygun olarak yapılır ve yürürlüğe konur.

DAVA İLE İLGİLİ OLGULAR:

Davacı, Merkezi Cezaevi, Cezaevleri Hizmetleri Sınıfı IV. Derece Erkek Gardiyan Eri görevini yaptığı dönemde,III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkii için açılan münhale müracaat ederek, 17.6.2011 tarihinde başvurduğu kadronun sözlü sınavında başarılı olmuş ve kadro fazlası olarak III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan görevine atanmıştır. Cezaevi Müdürü 28.12.2011 tarihinde, Davacıya gönderdiği yazı ile, Davacının terfi ettiği derecenin rütbesini takmasını, Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü'nün 2. maddesinin 3. fıkrasının verdiği yetkiye dayanarak men etmiş

ve görevlendirildiği takdirde terfi öncesi bulunduğu derecenin görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam edeceğini bildirmiştir.

DAVACININ İDDİALARI:

Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası madde 6'nın verdiği yetki ile geçirilen Amme Enstrümanı 404/2011 sayılı Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü ultra viresdir.

Davacı, III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan kadrosuna kadro fazlası olarak atandıktan sonra, IV. Derece Erkek Gardiyan Eri, yani sadece eski rütbesinin görevlerini yaptırılmakla, Davacı ile aynı rütbede bulunan esas kadroya atananlar arasında eşitsizlik yaratılmaktadır. Ayrıca terfi ettirildiği kadronun görev ve sorumluluklarının Davacıya yaptırılmamasıyla, bir üst kadroya terfi ettirilme safhasında Kıdemli Gardiyan kadrosunda fiilen çalıştığı kabul edilmeyerek, Kıdemli Erkek Gardiyan kadrosunda kadro içi atanan diğer meslektaşları ile arasında eşitsizlik yaratılmış olacaktır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 8. maddesine aykırılık vardır.

Davacının görev, sorumluluk ve özlük hakları yasa ile düzenlenmesi gerektiği halde, bu hakları dava konusu yapılan Tüzük ile düzenlenerek, Anayasa'nın 121. maddesine aykırı davranılmıştır.

Yasa ile düzenlenmesi gereken bir husus, tüzük ile düzenlenerek Yasamanın elinden yetkisi alınmak suretiyle, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan hukukun üstünlüğü ilkesi ve 7. maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralı çiğnenmiştir.

Anayasa ve yasa açıkça yetki vermedikçe, Devletin hiçbir organı tüzük yapamayacağından, yetki Yasamada iken Bakanlar Kurulunun 121. maddede

ifade edilen hususlarla ilgili tüzük yaparak yürürlüğe koyması, Anayasa'nın 122. maddesine aykırı olmuştur.

DAVALININ İDDİALARI:

Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası'nın 6. maddesi altında yapılan Amme Enstrümanı 404/2011 sayılı Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü'nün 2. maddesinin 3. fıkrası Anayasa'ya aykırı değildir. Davacı kadro fazlası olarak terfi almıştır. Davacı, kadro fazlası olarak terfi edilenler ile aynı konumdadır ve aynı kurallara tabidir. Kıdemli Gardiyan Eri kadro sayısı 29 iken, açılan münhal neticesinde yapılan sınav ile 17 kişi asıl kadroya atanırken, 69 kişi ise kadro fazlası olarak terfi ettirilmiş ve açık kadro bulunmayan kadroya terfi ettirilerek, terfi ettiği kadronun sağladığı maddi hakları elde etmişlerdir. Davacı ve esas kadroya terfi ettirilenler farklı statü ve niteliktedirler. Farklı statü ve nitelikte olan kişilerin ayrı kurallara tabi olması eşitsizlik oluşturmaz. Asıl kadro ve kadro fazlası atanan kişilerin eşit konumda olduğu kabul edilse dahi, Tüzük ile yapılan ayırım haklı bir nedene dayanmaktadır ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı bir durum yoktur.

Anayasa'nın 121'inci maddesine de aykırılık yoktur. Tüzükte, Yasada yer almayan bir husus bulunmamaktadır. Rütbe takma 121. madde kapsamına girmemektedir ancak girdiği kabul edilse dahi, rütbe ile ilgili kurallar tümü ile Tüzükte düzenlendiği için, Tüzüğün iptal edilmesi ile Davacının eline hiçbir şey geçmeyecektir.

İNCELEME:

Tarafların ileri sürdükleri iddia ve görüşler ile, ilgili Tüzük ve Anayasa maddeleri incelenmiştir.

44/2006 sayılı Yasa ile yapılan tadilat neticesinde, 7/1979 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) altında, "kadro yetersizliği nedeni ile bir üst derecenin açık kadrolarına atanamayanlar, açık kadro sayısına bakılmaksızın kadro fazlası olarak bir üst dereceye terfi ettirilmeleri" mümkün kılınmıştır. Aynı bend içerisinde, bu bend altında terfi alanların "terfi aldıkları kadronun hizmet şemasındaki görevleri yanında, amirlerinin görevlendirmesi halinde terfi öncesi derecelerin görev, yetki ve sorumluluklarını da yürütmeye devam edecekleri" de belirtilmiştir.

29.7.2011 tarihli 404 sayılı Amme Enstrümanı ile Cezaevleri (Cezaevi Hizmet) (Değişiklik) Tüzüğü geçirilmiş ve Değişiklik Tüzüğü'nün 2. maddesi ile, Esas Tüzüğün 2. maddesi ve 3. fıkrası kaldırılarak, yeni 2. madde 3. fıkra getirilmiştir. Yeni 2. maddenin 3. fıkrası ise Anayasa Mahkemesine havale edilmiştir.

2. maddenin 3. fıkrasında Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından esas kadroya atananların rütbelerine ait nişanları takacakları, 7/1979 madde 58(4)(B) altında kadro fazlası olarak atananların, rütbelerine ait nişanları takamayacakları ve ayrıca, Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmeleri halinde terfi öncesi görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmelerinin de talep edilebileceği yer almaktadır.

Anayasa'nın 8. maddesi

Huzurumuzdaki havaleye, 7/1979 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'na tadil edilerek eklenen 58(4)(B) maddesi konu edilmiş değildir. Kamu Görevlileri Yasası'na bu maddenin eklenmesinden sonra, Cezaevleri Tüzüğü'nün 2(3) maddesi değiştirilerek, kadro fazlası olarak

görevlendirilenlerin, terfi öncesi görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam etmelerinin önü açılmıştır.

YİM 49/2012 sayılı dava dinlenmeye başlandıktan sonra yapılan havale talebi neticesinde, tam kadrolu Yüksek İdare Mahkemesi, Cezaevleri Hizmet Tüzüğü'nün 2(3) maddesinin davanın kararında etken olduğuna karar vermiş olmakla birlikte, etkenlik hususunun Anayasa Mahkemesinde de yeniden incelenmesi mümkündür (Bak: A.M 2/82 D. 9/82, A.M 5/95 D. 4/96, A.M 4/05 D. 3/07).

Huzurumuzdaki havale konusu Tüzük incelendiği zaman, Cezaevleri Hizmet Tüzüğü'nün 2(3) maddesinde yer alan ve Davacının şikayet etmekte olduğu, terfi öncesi derecenin görev, yetki ve sorumluluklarını da yürütmeye devam etme koşulunun, havale kapsamında yer almayan 7/79 sayılı Kamu Görevlileri Yasası'nın 58(4)(B) maddesinde de yer aldığı görülmektedir.

Bu durumda, Cezaevleri Hizmet Tüzüğü'nün 2(3) maddesinin, eşitlik ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 8. maddesine aykırı bulunması halinde dahi, 7/79 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) yürürlükte kalacağı nedeni ile, bu madde Davacı ve Davacı konumundaki kişilere aynen uygulanır olmaya devam edeceğinden, Tüzüğün 2(3) maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunması Davacıya hiç bir yarar sağlamayacaktır. Dolayısıyla da havale konusu başvurunun bir karara bağlanmasında, bu husus etken olamayacağı nedeni ile, bu başlık altında karar verilmesine gerek yoktur.

Bu nedenle, Davacının Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık bulunduğu iddiasının tezekkür edilip karara bağlanmasına gerek olmadığına karar verilir.

Anayasa'nın 121. maddesi

Davacı, Davacının görev koşullarının tüzük ile düzenlenmiş olmasının Anayasa'nın 121. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüş ve kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumluluklarının yasa ile düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yukarıda ifade edildiği şekilde, Davacının görevleri AE 404/11'de düzenlenmiş olmakla birlikte, 7/79 Kamu Görevlileri Yasası'nın 58(4)(B) maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla, Davacının tüzükte düzenlendiğini ileri sürdüğü hususlar yasa ile de düzenlenmiştir. Bu durumda, bu başlık altında, Anayasa'nın 121. maddesine aykırılık yoktur.

Davacı, özlük haklarına dahil olduğunu ileri sürdüğü rütbe nişanı takma hususunun 121. madde tahtında yasa ile düzenlenmesi gerektiği halde tüzük ile düzenlenmiş olmasının da aykırılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Rütbe nişanı konusunun sadece Cezaevi Tüzüğü'nde düzenlendiği doğrudur. Rütbe nişanı ile ilgili düzenleme, 2. maddede yer almakta, 45/1988 sayılı Yasada rütbe nişanı konusu yer almamaktadır. Havale konusu, sadece Tüzüğün 2. maddesinin 3. fıkrasıdır. Bu fıkrada, kadro fazlası olarak atanan kişilerin, atandıkları kadronun rütbe nişanını takmaları men edilmiştir.

Davacı ,Tüzüğün 2(3) maddesi ile, terfi aldığı kadronun rütbe nişanını takmasının engellendiğini, rütbe nişanını takmanın 121. maddede yer alan özlük hakkına dahil olduğunu ve bu nedenle bu hakkın yasa ile değil de tüzük ile düzenlenmesinin Anayasa'nın 121. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Cezaevleri Hizmet Tüzüğü AE 404/11'de, madde 2(3)'ün başında, esas kadroya atanan kamu görevlilerinin madde 2(1)'de belirtilen rütbe nişanlarını

takacakları belirtilir. Kimin hangi rütbe nişanını takacağı ise Tüzüğün 2(1) maddesinde düzenlenmiştir. Madde 2(1)'e göre, madde içerisinde 'esas kadrolara atanan', belirtilen mevkilerdeki kişilerin hangi rütbe nişanları takacakları ifade edilmektedir. Kadro fazlası olarak atananlar ile ilgili madde 2(1)'de bir ifade yoktur.

Davacı ve Davacı ile aynı konumda olan, kadro fazlası olarak atanan kişilerin, o kadroya ait rütbe nişanını takmalarını men eden AE 404/11'de yer alan 2(3) maddesinin Anayasa'ya aykırı kabul edilmesi halinde, kadro fazlası olarak atanan bir kamu görevlisi olarak Davacının eline, o kadronun rütbe nişanını takmasını öngören mevzuat her halükarda bulunmaması nedeniyle herhangi birşey geçmeyecektir. 45/1988 ve 7/1979 sayılı Yasalar, Davacıya,kadro fazlası olarak atandığı kadronun rütbe nişanını takma hakkı vermemektedir. AE 404/11'deki madde 2(3) ise, bu durumu açıklığa kavuşturacak şekilde ifade edilmektedir. Madde 2(3)'ün Anayasa'ya aykırı bulunması, Davacıya herhangi bir menfaat sağlamayacaktır. Bu nedenle, başvuru konusunun karara bağlanmasında bu husus etken değildir.

Davacı, AE 404/11'de yapılan tadilat ile Tüzüğün ultra vires olduğunu ileri sürmüştür. Bu meselede, ultra vires olup olmadığı konusu Yüksek İdare Mahkemesi huzurunda tartışılması gereken bir konudur. Başvuruyu dinleyen Mahkemenin, Tüzüğe ilişkin ultra vires iddiası ile ilgili karar üretmeden, ultra vires olduğu iddia edilen Tüzük maddesini Anayasa Mahkemesine havale etmesinin yanlış olduğunu tekrar vurgulamakta fayda görürüz. Bir tüzük ultra vires kabul edildiği takdirde, o Tüzüğün Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesine gerek kalmayacaktır.

Netice itibarıyla AE 404/11'deki 2(3) maddesinin Anayasa'nın 8. ve 121. maddelerine aykırı bulunmasının başvuru konusunun karara bağlanmasında etken olmayacağı cihetle, meselenin esasına girerek, inceleme yapıp karar vermek gereksiz kalmıştır. Bu nedenle, konunun esası incelenmeden, dosyanın iade edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda söylenenler neticesinde, Anayasa'nın hukukun üstünlüğünü ihtiva eden 1. maddesi ile yürütmenin de Anayasa kuralları ile bağlı olduğunu ifade eden Anayasa'nın 7. maddesi ve Anayasa ve Yasa yetki vermedikçe tüzük yapılamayacağını öngören Anayasa'nın 122. maddesine de aykırılık olup olmadığının incelenmesine gerek kalmamıştır.

Anayasa'nın 4. ve 5. maddeleri havaleye konu yapılmış değildir. Bu nedenle, mevcut Tüzüğün bu maddelere aykırı olup olmadığının da incelenmesine gerek yoktur.

Sonuç:

1) Kadro fazlası olarak terfi eden cezaevi kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3. fıkrasının, aynı hususlar 7/1979 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) altında da düzenlendiği için, Anayasa'nın 121. maddesine aykırı olmadığına;

2) Fasıl 206 madde 6'ya istinaden çıkarılan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3. fıkrasının, Anayasa'nın 8. maddesindeki eşitlik ilkesine ve yine Anayasa'nın 121. maddesi altında özlük hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilen rütbe nişanı takma hususunun yasada

değil tüzükte yer almasının, başvuru konusunun karara bağlanmasında etken olmadıkları nedeniyle, her iki başlık altında sunulan iddiaların tezekkür edilip karara bağlanması gerekmediğine;

oy birliği ile karar verilir.

Şafak Öneri Başkan	Narin F. Şefik Yargıç	Hüseyin Besimoğlu Yargıç
	Mehmet Türker Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

19 Şubat 2015

D.1/2015 YİM:136/2012

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

Davacı:Mehmet Ünder, Namık Kemal Yolu, No:4, Suriçi, Mağusa

ile

Davalı:1)Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, Gazimağusa

2)Doğu Akdeniz Üniversitesi, Gazimağusa

A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Menteş Aziz
Davalılar namına:Avukat Fuat Veziroğlu ve Avukat Pınar Güzel.

Davacı, DAÜ'de sözleşmeli öğretim üyesi idi – Sözleşme süresinin sona ermesinden sonra Davacıya herhangi bir görev verilmedi – Davacı, 15 yıldır ders verdiği bölümden haksız yere uzaklaştırıldığı şikayetini yaptı – Daha sonra kendisine ders verdirmemekle yapılmaması gereken bir ihmalde bulunulduğunu iddia ederek üniversite aleyhine YİM davası açtı – Davalı, Davacının bu davayı açmaya meşru menfaati olmadığını ve davanın 75 günlük hak düşürücü süreden sonra açıldığını iddia ederek itirazda bulundu ve iptalini talep etti – YİM, Davacının üniversitedeki sözleşmesininin sona erdiğini ve Davalılarda bu sözleşmeyi yenileme yükümlülüğü olmadığını belirtti – Ayrıca, Davacının dava açmaya meşru menfaatı olmadığı kanısına varan ve herhalukarda 75 günlük hak düşürücü süreyi geçirmiş olduğunu dikkate alan YİM, davayı ret ve iptal etti.

Üniversite ile yaptığı sözleşme sona eren Davacının meşru menfaatinin kalmaması *– 75 günlük hak düşürücü sürenin geçmesinden sonra davanın açılması – Sözleşme süresinin kendiliğinden uzadığı sonucuna varmanın mümkün olmaması.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:
1- YİM/İstinaf 7/2005 – D.1/2008.

KARAR

Davacının davasındaki talepleri:

(A) Davacının, 5/10/2009, 8/3/2010 ve son olarak da 25/1/2012 tarihli yazılı taleplerine karşın Davalıların hiçbir karar üretmemesi ve/veya bu konuda Anayasal hükme rağmen Davacının bu başvurularını karara bağlamamakla ve/veya Davacının sözleşmesinin uzatılması veya sona erdirilmesi ile ilgili Vakıflar Yöneticiler Kurulunun herhangi bir karar üretilmeden ve/veya bu konuda bir karar varsa bile bu kararı Davacıya bildirmesi gerekirken bu işlemleri yapmaması ve/veya Davalıların, Davacının 12 saatlik ders programını tedricen düşürmek ve nihayetinde de bu ders programlarını tamamen kaldırmak suretiyle, herhangi bir karar üretilmeden Davacının Akademik Personel Görevinin sona erdirilmesi, yapılmaması gereken bir ihmal olduğuna ve ihmal olunan işlem ve/veya kararların yapılması gerektiğine dair hüküm;

(B) Davalılar tarafından, müştereken ve münferiden alınan ve Davacıya ders açılmamak suretiyle, Davacının fiilen işine son verme eylem ve/veya fiillerinin ve/veya işlemlerinin yetki tecavüzü ve/veya yetkisiz makamlarca yapılan işlemler olduğu cihetle, yoklukla sakat olduğuna ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve hiçbir sonuç doğuramayacağına dair Mahkeme hükmü

şeklindedir.

Davacı, ihmalle ilgili iddialarının özünü, davanın dayandığı hukuki esaslar başlığı altında sıralamıştır. Olgular ise, Davacının, imzasını taklit eden

üçüncü bir kişiyi şikâyet etmesi sonrası, önce Davacının ders sayısının düşürüldüğü, 2010-2011 yılında ise, Davacıya hiç ders verilmeyerek, fiilen Davacının işine son verildiği, bu işlemleri yapan bölüm başkanı veya dekanın, anılan fiili yapma yetki ve görevine sahip olmadığı, Davacının yazılı taleplerine karşın, herhangi bir karar veya işlemin Davacının bilgisine getirilmediği, ihmal nedeniyle Davacının mağdur olduğu ve meşru menfaatinin doğrudan doğruya etkilendiği biçiminde izah edilmiştir.

Talep Takririne karşı dosyalanan müdafaa takririnde, Davacı ile Davalı No.2 arasındaki 21.5.2010 tarihli Sözleşmenin, 30.6.2010 tarihinde kendiliğinden sona erdiği, Davacının herhangi bir meşru menfaati olmadığı, davanın yasal süresinde açılmadığı, Davacının iş ilişkisi kendiliğinden kesildikten sonra, Vakıf Yöneticiler Kurulunun karar üretmekle yükümlü olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmeye göre, Davalı No.2'nin ders yükü vermeme yetkisine sahip olduğu, Davacının sözleşmesinin uzatılamayacağının Davacının bilgisine getirildiği ve Davacının da bunu kabul ettiği ve bu çerçevede iş ilişkisinin kesildiği, Davalı tarafın sözleşmeyi uzatma mükellefiyeti olmadığı, Davacı ile Davalı No.1 arasında hiçbir zaman hukuki ilişki bulunmadığı iddia edilmiştir.

Talimat safhasında, Davacı tarafından sunulacağı belirtilen ikinci evrak, "DAÜ Akademik Personel Sözleşmesi (Son Sözleşme)" şeklinde olmakla birlikte, dosyalanan ve duruşma safhasında da Emare 2 olarak kaydolunan Sözleşme, 24.9.2007-5.2.2008 tarihleri arasında geçerli olacağı belirtilen Sözleşmedir.

Duruşma için tanık dinlemesine geçilmezden önce, tarafların önceden dosyaladıkları toplam 18 evrak emare olarak kaydolunmuştur. Bunlardan ayrı olarak ise, Davacıya yazılmış iki adet yazı, Emare 19 ve 20 şeklinde işaretlenmiştir.

Davacı Avukatının, yine tanık dinletmeden önce emare yapmak istediği sözleşmeler ise, eksik sayfalardan oluştukları yönündeki Mahkeme uyarısı sonrası, "başka evrak sunacak değilim" şeklindeki Davacı Avukatının beyanına bağlı olarak, emare yapılmamışlardır.

Davacı taraf, davayı kanıtlamak amacıyla, şahsen Davacıya tanıklık yaptırmış, başka tanık ise dinletmemiştir. Davalılar tarafı ise hitapla yetinmiştir.

Davacının şahadetinin bir kısmında, haksız yere işten durdurulduğunu belirtmiş olmasına, keza Davacı ile yapılmış en son sözleşmenin Mahkemede emare yapılmamasına karşın, şahadetten açıkça ortaya çıkan gerçek, Davacı ile yapılmış son sözleşmenin 30.6.2010'da sona erdiği ve Davacının o tarihten sonra ders vermediği şeklindedir. Emare 2'den ve şahadetten hareketle olay değerlendirildiğinde, Davacı ile Davalı No.2 Üniversite arasında bir hizmet sözleşmesi yapıldığı, Davalı No.1 ile yapılmış herhangi bir sözleşmenin varlığının kanıtlanamadığı, son sözleşmenin 30.6.2010 tarihine kadar geçerli olduğu ve 30.6.2010'da sona erdiği ve bu tarihten sonra da, Davacının, Davalı No.2 Üniversitede herhangi bir şekilde ders vermediği sonuçlarına varmak kaçınılmaz hale gelmektedir ki, ben de, anılan hususları doğru kabul eder ve bu hususlarda bulgu yaparım.

Emare 14, 25.1.2011 tarihli Mimarlık Fakültesi Dekanlığına yazılmış yazı içeriği incelendiğinde, Davacının, "...15 yıldır ders verdiğim bölümden haksız yere uzaklaştırıldım" şeklindeki iddiası ile karşılaşılmaktadır. Davacının 19 Eylül 2011 tarihli, doğrudan DAÜ Rektörlüğüne yazılmış Emare 15 yazısında da benzer bir iddia yer almaktadır. Talep Takririnde yer alan ve Emare 4 olan 25.1.2012 tarihli yazısında ise, Davacının göreve tekrar alınma özlü bir talebi mevcûttur.

Davacının davası incelendiğinde, Davalılar tarafından yayınlanmış herhangi bir karardan söz edilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, olayda ister bir karar olsun, isterse de ihmal bulunsun, Davacının dava açma süresinin, işlemin veya ihmalin öğrenilmesi tarihinden itibaren başlayacağı açıktır.

Yukarıda sıralanan ve emare olan, Davacı tarafından yazılmış yazılar incelendiğinde, Davacının, kendisine sırf ders verilmeyeceğini veya kendi iddiası ile "görevden uzaklaştırıldığını", en azından Emare 14'ün tarihi olan 25.1.2011'de öğrendiği sonucuna varmak kaçınılmaz haldedir ki, ben bu hususu da doğru kabul eder ve bu hususta da bulgu yaparım.

Davacının davasının, 18.4.2012 tarihinde dosyalandığı açık gerçeği karşısında da, 75 günlük hak düşürücü süre dolduktan sonra davanın açıldığı sonuç ve bulgusuna varırım. Davacının birçok kez aynı özde yazdığı yazıların veya taleplerin dava açma süresini uzatıcı veya daha ileri bir tarihten itibaren başlatıcı nitelikte olmadığını da belirtmekte yarar görürüm.

75 günlük süre dolduktan sonra davanın açıldığı ve bu nedenle davanın iptali gerektiği şeklindeki sonuca karşın, menfaat ihlali noktasından da konuyu incelemekte yarar bulunmaktadır.

Doğu Akdeniz Üniversitesinde, sözleşme ile görev yapan sözleşmeli personelin, sözleşme süresi bitimindeki statüsü, YİM/İstinaf 7/2005, Dağıtım 1/2008'de incelenip değerlendirilmiştir. Davacının, Doğu Akdeniz Üniversitesinde sözleşmeli personel olarak çalıştığı ve sözleşmesinin, 30.6.2010'da sona erdiği kesindir. Davacı ile Davalılar veya Davalı No.2 arasında, 30.6.2010 tarihinden sonra yapılmış herhangi bir sözleşme bulunduğu da kanıtlanmış değildir. Sözleşmenin geçerlilik süresinin veya sözleşmenin süresinin, kendiliğinden uzadığı sonucuna varmak da, tüm huzurumdaki-lerden hareketle olanaklı görünmemektedir. Bu nedenlerle, Davacının sözleşmesinin sona erdiği 30.6.2010'dan itibaren, Doğu Akdeniz Üniversitesindeki görevinin son bulduğu anlaşılmaktadır. Davalıların sözleşmeyi yenileme yükümlülüğü olduğu ise, Davacı tarafından kanıtlanamamıştır. Anılan YİM/İstinaf 7/2005'te vurgulandığı üzere, Davalıların ilgili sözleşmeyi yenileme yükümlülüğü olmadığı durumlarda, hitam bulan sözleşmenin yenilenmemesi dolayısıyla dava açmak için meşru menfaatin varlığından söz edilememektedir. Bu yaklaşım huzurumdaki mesele için de aynen geçerli olduğundan, Davacının ihlâl edilmiş meşru bir menfaati de olmadığı sonuç ve bulgusuna varırım.

Belirttiklerim ışığında, davanın esasına girmeden davanın iptali gerektiği için, davayı ret ve iptal ederim.

Konunun esasının incelenmemesi gerektiğini düşünüyor olmakla birlikte, olası istinafı göz önüne alarak, konunun esası ile ilgili şu hususları belirtmekte de yarar görürüm:

Davacının Talep Takririnin "Bu Dava Aşağıdaki Hukuki Esaslara Dayanır" başlıklı kısmında, "...Anayasal hükme rağmen 30 gün içerisinde gerekçeye dayanan yazılı cevap vermemesi nedeni ile Davalılar ihmalde bulundu" iddiası yer almakla birlikte, Talep Takririnin (A) paragrafı incelendiğinde, Davacının davasında, ilgili yazılara 30 gün içerisinde yanıt verilmemesini, yapılmaması gereken bir ihmal olarak belirleyecek bir hüküm talebinde bulunmadığı görülmektedir. Talep Takririnin (A) paragrafındaki, "bu konuda Anayasal hükme rağmen Davacının bu başvurularını karara bağlamamakla" şeklindeki cümleyi, 30 gün içerisinde yanıt verilmemesi dolayısıyla ihmalde bulunulduğu biçiminde yorumlamak ve Davacının davasında bu yönde açık bir talebi olduğu sonucuna varmak ise mümkün olamamaktadır. Olay bu yaklaşımla incelendiğinde de, YİM/İstinaf 7/2005'te vurgulanan, sözleşme sona erdiğinde görevin de sona ereceği gerçeğinden, keza bu olayda, Davalıların sözleşmeyi yenileme yükümlülüğü olduğunun kanıtlanmadığı noktasından hareketle, Davalıların, Davacının başvurularını karara bağlamamasının ya da diğer bir anlatımla, Davacı ile sözleşme yenileme yönüne gitmemesinin ihmal olarak değerlendirilmesinin olanaklı olamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bunun gereği olarak da Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebin reddi kaçınılmaz hale gelmektedir.

Talep Takririnin (B) paragrafındaki talep, yukarıda belirtildiği üzere, Davacıya ders açılmayarak, fiilen işe son verme eylem veya fiilinin yetkisiz yapıldığı, bu nedenle hükümsüz ve etkisiz olduğu özlüdür. Davalıların Davacıya ders açılmaması yönünde bir kararları bulunduğu bu davada kanıtlanmış değildir. Bu yaklaşımın gereği olarak ve her halükârda ihmal iddiasının temel alındığı açık olan böylesi bir dava dolayısıyla, Davalıların

yetkisiz işlem yaptıkları söylenemeyeceğinden (B) paragrafındaki talebinin reddi de kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç olarak;

Dava ret ve iptal edilir. Masraflar, Davacı aleyhine verilir.

Masraf miktarı, usulüne uygun olarak yapılacak masraf listesi sonrası Mukayyitçe belirlenecektir.

Tanju Öncül
Yargıç

15 Ocak, 2015

D.2/2015 YİM:56/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

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

ile

Davalı:KKTC Barolar Birliği, Lefkoşa-KKTC

Arasında.

Davacı şahsen hazır
Davalı namına: Avukat Süleyman Dolmacı
İlgili Şahıs namına: Avukat Ayfer Şefik Tekinay

Davacı, Avukat Hasan Esendağlı hakkında Baroya bir şikayette bulundu – Şikayetin dikkate alınmayacağını belirten Baronun bu kararı üzerine karar aleyhine YİM'e başvurdu – YİM'de dava görüşülürken, Davacı Avukatlar Yasasının 17(1) maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek konunun Anayasa Mahkemesi'ne havalesini talep etti – YİM, yapılan havale müracaatını etkenlik açısından inceledi – Anayasa Mahkemesinin sözkonusu yasa maddesini iptal etmesinin davayı etkileyemeyeceği kanısına varan YİM havale müracaatı reddetti.

***Anayasaya havale** – Avukatlar Yasasının 17(1) maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası – Sözkonusu yasa maddesinin iptali durumunda Davacının lehine herhangi bir hak oluşmaması – Havalenin karara etken olmaması.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:
1- YİM 59/1998 – D.2/2003.

2- Yargıtay/Hukuk 6/1981 – D.20/1981.
3- Yargıtay/Ceza 6/2010 – D.11/2010.

ARA KARAR

Davacı:

"A) Davalı tarafından 3.9.2010 tarihinde alınıp Davacıya bildirilen ve 23.12.2013 kararın etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü;

B) Davalının 3.9.2010 tarihinde alınıp Davacıya bildirilen ve 23.12.2013 kararın etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü ile birlikte, Lefkoşa Mahalli Barosunun 21.6.2013 tarihli kararının da aynı hükme bağlı olarak etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri ve/veya hükmü

şeklindeki taleplerde bulunduğu davasında, duruşmanın hitap aşamasında, Avukatlar Yasası'nın 17(a),(b),(c) ve (d) fıkralarının ve Avukatlar (İcrai-Meslek ve Etiket) Tüzüğü'nün, Anayasa'nın 7 ve 17. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine havalesi talebinde bulunmuştur.

Davalı taraf Avukatı, hangi maddelerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğünün belli olmadığı, havalesi talep edilenlerin konunun karara bağlanmasında etken olmadığı ve tüzükteki düzenleme hata veya eksikliklerinin havale konusu olamayacağı özlü iddialarla, havale talebine itirazda bulunmuştur.

İlgili Şahıs Avukatı ise, temelde "etkenlik" noktasından hareketle havale talebine itiraz etmiştir.

Anayasa'nın 148 (1) maddesi şöyledir:

" **Anayasaya Aykırılık Konusunun Mahkemeler Tarafından Yüksek Mahkemeye İletilmesi**
Madde 148

(1) İstinaf işlemleri de dahil olmak üzere, herhangi bir mahkeme işlemindeki bir taraf, bu işlemin herhangi bir safhasında bu işlemdeki uyuşmazlık konularından herhangi birinin karara bağlanmasında etkisi olabilen herhangi bir yasanın veya kararın veya sözkonusu yasa veya kararın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir ve bunun üzerine, mahkeme bu konuyu, Anayasa Mahkemesine sunar ve bu konu hakkında Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar sözkonusu işlemi durdurur.

Ancak Anayasa Mahkemesince herhangi bir yasanın veya kararın veya sözkonusu yasa veya kararın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırılığı konusunda aynı veya benzeri bir konuda daha önce karar verilmişse, mahkeme konunun Anayasa Mahkemesine iletilmesinin reddine karar verebilir."

Anılan maddeden ve geçmiş içtihatlardan anlaşılacağı üzere, kendisinden havale talep olunan mahkemenin ilk bakacağı husus, "etkenlik" hususudur ve mahkeme bir yasa veya yasa kuralının veya herhangi bir kararın ihtilâf konusunun karara bağlanmasına etkisi olabileceğine tatmin edilmezse, konuyu Anayasa Mahkemesine sunmamak durumundadır (Gör:Y/H 6/81 D.20/81) (Ayrıca Gör:YİM 59/1998 D.2/2003, Y/Ceza 6/2010 D.11/2010).

Yasal durum göz önünde bulundurularak huzurumdaki meseleye bakıldığında, Avukatlar Yasası'nın

Disiplin Suçları ve İşlemleri 17. .....

(a) O avukatın adının Avukatlar Sicilinden silinmesini emredebilir;

	(b)	Uygun göreceği bir süre için mesleği icra etmesini geçici olarak durdurabilir;
48/1984 8/2002	(c)	Avukatın suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan aylık asgari ücretin on katına kadar para cezası ödemesini emredebilir;
	(d)	Avukata, uyarı veya kınama cezası verebilir;

şeklindeki 17(a),(b),(c) ve (d) bentlerinin ve Avukatlar (İcrai-Meslek ve Etiket) Tüzüğü'nün tüm maddelerinin, dava konusunun karara bağlanmasında etken olduğunun ileri sürüldüğü düşünülebilir hale gelmektedir.

Avukatlar Yasası'nın		
Disiplin Suçları ve İşlemleri	17.(1)	Herhangi bir avukatın, Disiplin Kurulunun kanısınca, ahlaka aykırı bir suçtan, bir mahkeme tarafından mahkum edilmesi veya Disiplin Kurulunun kanısınca böyle bir avukatın, yüz kızartıcı, hileli veya avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranıştan ötürü suçlu olması halinde, Disiplin Kurulu:

şeklindeki 17(1) fıkrasının Anayasa Mahkemesine havalesi hususunda bir talep ise huzurumda yapılmamıştır.

Avukatlar Yasası'nın anılan ilgili maddeleri incelendiğinde, 17(1)'in disiplin suçlarını düzenlediği, 17(a),(b),(c) ve (d)'de ise verilebilecek cezaların belirlendiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Açıktır ki, Davacının havale talebinde bulunduğu 17(a),(b),(c) ve (d) bentlerindeki cezaya ilişkin düzenlemelerin, Davacının, Hasan Esendağlı hakkındaki şikâyetinin karara bağlanmasında, yani Hasan Esendağlı aleyhine kovuşturma başlatılması ve kusurlu bulunması boyutunda etkisi yoktur. Anılan düzenlemeler ancak Davacının haklı görülmesi sonrasında veilecek cezanın belirlenmesi

aşamasında, olaya etken olabilecek düzenlemelerdir ki, huzurumdaki ihtilâfın bu özde olmadığı net bir biçimde görülmektedir. Bu nedenle Avukatlar Yasası'nın 17(a),(b),(c) ve (d) bentlerinin huzurumdaki ihtilâfın karara bağlanmasında etken olmadığı sonucuna varırım.

Bu noktada, Davacının avukat olmadığını ve 17(a),(b),(c) ve (d)'den söz ederken 17(1)'i de kasdettiğini düşünsem acaba sonuç değişecek midir?

Avukatlar Yasası 17(1) fıkrası yukarıda vurgulandığı üzere, disiplin suçlarını belirlemekte ve:

1) Ahlâka aykırı bir suçtan mahkeme tarafından mahkûm edilmeyi veya
2) Yüz kızartıcı, hileli veya avukatlık mesleğinin etiğine aykırı bir davranışı, disiplin suçu olarak düzenlemektedir.

Bu haliyle bakıldığında, huzurumdaki ihtilafı çözerken anılan 17(1) maddesinin ve ilgili tüzük kurallarının yorumlanması gerekeceğinden, ilk bakışta anılan maddenin ve buna bağlı olarak ilgili tüzük kurallarının, ihtilafın karara bağlanmasında etkisi olabileceği düşünülebilir hale gelmektedir.

Ancak Davacının şikâyetçi kişi olduğu ve Davacı aleyhine değil, Davacının şikâyeti üzerine bir avukat aleyhine disiplin kovuşturması başlatılmasının istendiği ve yine ancak bunun uygun görülmediği bu meselede sırf anılan madde ve tüzük yorumlanacak diye etkenlikten söz edilebilecek midir?

Aslında soruyu şu şekilde sormak daha yerinde olacaktır: Avukatlar Yasası'nın 17(1) fıkrası Anayasa'ya aykırı bulunursa, Davacının şikâyeti, Davacı lehine sonuçlanabilecek midir? Daha açık bir deyişle şikâyet edilen

avukat aleyhine disiplin kovuşturması başlatılması bu yolla sağlanabilecek midir?

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, anılan sorunun cevabı bu davanın esasının karara bağlanmasına tesir etmeyecek şekilde verilmek zorundadır. Yani verilecek yanıt, yalnızca anılan 17(1) fıkrasının Anayasa'ya aykırı bulunması ve ilgili avukat aleyhine uygulanamaz hale gelmesi durumunda, Davacının davasında ne elde edeceği boyutunda olmalıdır.

Açıktır ki, Davacı, böylesi bir durumda kendi lehine hiçbir sonuç elde edemeyecektir. Aksine, şikâyet ettiği kişi aleyhine kovuşturma başlatılmasını sağlayacak hiçbir yasal düzenleme kalmamış olabileceğinden, belki de Davacının davası tümden anlamsız hale gelebilecektir. Tüm bunlar ise, anılan 17(1) fıkrasının, huzurumdaki ihtilâfın karara bağlanması noktasında, Davacı açısından etkisi bulunmadığını göstermektedir.

Davanın esasına girmemeye çalışarak ayrıca belirtmek yerinde olacaktır ki, Davacının davasının anlamsız kalabileceği bir ortamda, Davacının Mahkeme huzurunda herhangi bir meselesi de kalmayabilecektir. Mahkeme huzurunda herhangi bir mesele bulunmasının Anayasa Mahkemesine havale için ön koşul olduğu gerçeği düşünüldüğünde, Davacının girişimine fırsat verilmesi ile, tümden anlamsız bir yasal sürecin yaşanmasına zemin yaratılmış olacağı ise kesindir. Oysa Anayasa Mahkemesine havale süreçlerinden murad edilen sonuç bu değildir.

Şu ana kadar yapılan değerlendirmelerin, mesleki etiket kurallarını düzenleyen, Avukatlar (İcrai-Meslek ve Etiket) Tüzüğü açısından da geçerli olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle, anılan Tüzüğün tüm düzenlemelerinin de,

ihtilâfın karara bağlanmasında etken olmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla da havale talebinin reddi gereği vardır.

Bu noktaya gelmişken şunları da belirtmekte yarar bulunmaktadır. Aslında Davacının havale talebindeki temel gerekçesi, yasal düzenlemelerde boşluklar olduğu, hiçbir suçun düzenlenmediği, suçların tespit edilmediği noktalarındadır. Diğer bir anlatımla, Davacı yasal düzenlemelerde eksiklikler veya hatalar olduğunu kendince ileri sürmektedir.

Yasada veya ilgili Tüzükte eksiklik veya hata olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olmanın ötesinde, Davacının ileri sürdüğü gibi hatalar veya eksiklikler olsa bile, bunları düzeltecek makam mahkemeler değildir. Yasaları Meclis, tüzükleri ise istisnalar saklı kalmak kaydı ile Bakanlar Kurulu yapmakta veya değiştirebilmektedir ki, sırf bu nedenden dolayı da konunun Anayasa Mahkemesinde havalesi talebinin reddi gerekmektedir.

Sonuç olarak, Avukatlar Yasası'nın 17(1)(a),(b),(c) ve (d) bentleri ile Avukatlar (İcrai-Meslek ve Etiket) Tüzüğü'nün Anayasa'nın 7 ve 17. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla, Davacı tarafından yapılan Anayasa Mahkemesine havale talebi reddolunur.

Tanju Öncül
Yargıç

4 Şubat, 2015

D.3/2015 YİM:32/2013

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

Davacı: Özlem Kaya Yalgın, Şht.Hüseyin Amcaoğlu Cad.No:95 Daire 1-Gönyeli, TAK Ajansı Kıbrıs-Lefkoşa.

İle

Davalı:Türk Ajansı Kıbrıs Müdürü ve/veya Müdür Muavini ve/veya Müdür Vekili, Lefkoşa.

A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Abdurrahman Şeref
Davalı namına:Avukat Güner Çakın.

Davacı, TAK Ajansında redaktör muhabir olarak çalışmaktaydı – Ajanstaki bir amirin kendisine sözlü saldırısı olduğunu iddia ederek Yönetim Kuruluna şikayet etti – Yönetim Kurulu, Ajansın Müdür Muavinini konuyu araştırıp gereğini yapması için görevlendirdi – Müdür Muavini ise, Davacıya, Kamu Görevlileri Yasasında belirtilen, üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme suçundan kınama cezası verdi – Davacı bu cezanın iptali için Yüksek İdare Mahkemesine başvurudu – YİM, ceza verilmeden önce Davacıya savunma olanağı verilip verilmediği üzerinde durdu – Ayrıca Müdür Muavininin şikayetçi konumunda olduğunu da dikkate alan YİM, verilen kınama cezasını iptal etti.

Kınama cezası *– TAK Ajansında görevli memura verilen kınama cezası – Kamu Görevlileri Yasasının 98(A) ve (B) maddeleri – Dava ünvanı – İdarenin kendisinin değil de, kararı veren makamın dava edilmesi gerektiği iddiası – Ayrı bir kamu tüzel kişiliği olmadıkça makamı dava etmenin doğru*

olmaması – Davacıya müdafaa hakkının verilmemiş olması – Kararı veren Müdür Muavininin hem şikayetçi hem de ceza veren kişi konumunda olması.

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- YİM 78/1987 – D.31/1991.

2- YİM 189,190,191/2007 – D.27/2010.

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

1- Tufan Erhüman, İdari Yargılama Hukuku, Türk ve İngiliz Hukuku Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kıbrıs 2012, sayfa 324, 466, 476.

KARAR

Davacı davasında:

Davalı tarafından 13 Şubat 2013 tarihinde verilen, 0.00- 333/248/13-6/35 sayılı yazı ile Davacıya bildirilen "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme" disiplin suçundan dolayı, kendisine kınama cezası verildiğine ilişkin kararın ve/veya işlemin hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına ilişkin bir mahkeme emri

talebinde bulunmuştur.

Tarafların mutabık kaldıkları ve emarelerden de anlaşılan olgular şöyledir:

Davacı, TAK Ajansında, Redaktör Muhabir I mevkiinde çalışmakta idi. 14.12.2012 tarihinde TAK Ajansındaki bir amirinin kendisine yönelik sözlü saldırısı sonrası Davacı, 17.12.2012 tarihinde TAK Yönetim Kuruluna şikâyet, bilgilendirme ve önlem talepli bir yazı yazmış ve yazının dağıtımını da Dışişleri Bakanlığı ile TAK Müdür Vekiline yapmıştır. 18.12.2012 tarihinde,

TAK Yönetim Kurulu, olayla ilgili olarak Selim Kumbaracı'yı, gereğini yapması için görevlendirmiştir. Bunun sonrasında Selim Kumbaracı, Hasan Öksüz ile Hakan Aşkın'dan izahat istemiş, sonrasında ise, 7.1.2013 tarihli bir yazı ile, Davacıdan da 10 gün içerisinde yazılı izahatını vermesini talep etmiştir. İzahat talep edilmesinin gerekçesi ise, Davacının konunun ileri götürülmesinde ısrarlı olduğunu belirtmesi şeklinde izah edilmiştir. Bu süreçte Selim Kumbaracı, Mehtap Güvensoy, Şebnem Ö.Faslıgil, Ayşegül Taşpınar, Hüseyin Yalyalı, Hasan Karaokçu ve Ersel Aknur'dan da izahat istenmiş haldedir. Davacı, 14.1.2013 tarihinde, izahat talebine yazılı olarak yanıt vermiş ve açılacak bir disiplin soruşturması kapsamında görüşlerini paylaşmaya hazır olduğunu da belirtmiştir. 15.1.2013 tarihinde Selim Kumbaracı, TAK Müdür Muavini ve Müdür Vekili sıfatı ile Davacıya yazdığı yazıda, Davacının 17.12.2012 ve 14.1.2013 tarihli yazılarını göz önüne alarak, Kamu Görevlileri Yasası'nın 100(2)(d) bendindeki "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermemek" disiplin suçu ile itham edildiğini Davacıya bildirmiş ve 5 iş günü içerisinde yazılı savunmasını hazırlayıp, kendisine iletmesini Davacıdan talep etmiştir. Selim Kumbaracı ayrıca, 29.1.2013 tarihli yazı ile, Hakan Aşkın aleyhine disiplin kovuşturması yapılmasına gerek olmadığını da Davacıya bildirmiştir. 1.2.2013 tarihli yazısında ise, Selim Kumbaracı, yazılı savunmasını iletmediğini Davacıya hatırlatmış ve 5 iş günü içerisinde itham edilmekte olduğu "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme" disiplin suçu için yazılı savunmasını göndermesini Davacıdan talep etmiştir. 13.2.2013 tarihli yazısında ise Selim Kumbaracı, Davacıya, hatalı gördüğü davranışlarını belirtmiş ve Avukatının istediği tafsilat verilmeden Davacının yazılı savunmada bulunmayacağını anladığı yaklaşımıyla da, sürekli personel olduğu için, Kamu Görevlileri Yasası kurallarına tabi olduğu düşüncesinde bulunduğu Davacıya, Kamu Görevlileri Yasası'nın 98(A) ve 98(B) maddelerinin

kendisine verdiği yetkiye dayanarak, Kamu Görevlileri Yasası'nın 100(2)(d) bendinde belirtilen, "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı görtermeme" disiplin suçundan dolayı, kınama cezası verdiğini bildirmiştir.

Davalı tarafın, dava unvanında hata olduğu ve davanın bu unvanla daha ileri gidemeyeceği özlü birinci ön itirazı göz önüne alındığında, öncelikle bu konunun çözüme kavuşturulması gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.

Dava unvanı ve talep takriri incelendiğinde, TAK'ın en üst amiri sıfatıyla Müdür Muavini ve Müdür Vekilinin dava edildiği anlaşılmaktadır.

Olgulardan görülebileceği üzere de, dava konusu kararı alan makamdaki kişi, TAK'ın Müdür Muavini ve Müdür Vekilidir.

Bu tespit ve idari başvurularda husumetin yakınma konusu yapılan kararı alan, işlemi yapan ve/veya ihmalde bulunan organ, makam veya kişiye yöneltileceği (Gör:Dağıtım 31/91, YİM 71/87) değerlendirmesi göz önüne alındığında, ilk bakışta, dava unvanında bir hata olduğundan söz edilemeyeceği düşünülebilir hale gelmektedir. Ancak, bu davadaki Davalının bir makam olarak düşünülmesi olası olsa da, sonuçta dava konusu kararı verenin bir gerçek kişi olduğu tartışmasız bir biçimde ortada durmaktadır. İdare Hukukunda, dava konusu işlemin kamu görevlisi tarafından İdare adına yapıldığı düşünüldüğünde (Gör: Tufan Erhürman'ın İdari Yargılama Hukuku, Türk ve İngiliz Hukuku Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kıbrıs 2012 sayılı kitabı, sayfa 324), İdarenin kendisinin değil de, kararı veren makam veya organının, ayrı bir kamu tüzel kişiliği olmadıkça, Davalı olarak dava edilmesinin doğru olmayacağının kabulü kanaatimce kaçınılmazdır.

Bu yaklaşımla unvandaki Davalının yanlış olduğu sonuç ve saptamasını yaparım. Unvandaki hata ile ilgili saptamam ışığında yanıtlanması gereken soru, sırf bu nedenle davanın iptalinin doğru olup olmayacağıdır. Yüksek İdare Mahkemesinin geçmiş kararlarını göz önüne aldığımda (Gör:Konsolide YİM 189/2007, 190/2007, 191/2007, Dağıtım 27/2010), huzurumdaki davada gerçekleştiği biçimde, yani, kendisine hiç söz hakkı verilmemiş yeni birisinin, davaya, davalı olarak dahil edilmesinin söz konusu olmadığı hallerde, davanın iptaline yönelmek yerine, dava unvanındaki hatanın mahkemece resen düzeltilmesi yönüne gitmek adâletsizlik yaratmayacağından, aksine böylesi bir değişiklikle adâlete hizmet edilmiş olacağından, belirtilen koşullar çerçevesinde, dava unvanının, bu aşama da dahil, resen değiştirilebileceği ve bunun adil olacağı değerlendirmesini yaparım.

TAK'ın, 41/2011 sayılı Yasanın 5'inci maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunu da göz önüne aldıktan sonra, dava unvanındaki Davalı adının, Davalı Avukatının ileri sürdüğü gibi "TAK Müdürü ve/veya Müdür Muavini ve/veya Müdür Vekili vasıtası ile TAK" şeklinde değil, yalnızca "Türk Ajansı Kıbrıs"'ın Davalı olarak gösterileceği bir biçimde düzeltilmesinin uygun olacağı sonucuna da ulaşırım. Buna bağlı olarak da, unvandaki Davalı adının, "Türk Ajansı Kıbrıs-Lefkoşa" olarak tadiline emir veririm. Bu emre bağlı olarak da, Davalı tarafın 1'inci ön itirazını reddederim. Davalı tarafın 2'nci ön itirazını incelediğimde, bunun yanıtının, davanın esası ile ilgili inceleme sonrasına bırakılmasını uygun bulduğumu belirtmekte yarar görürüm. Ancak davanın esasına geçmezden önce belirtmek isterim ki, aldığı disiplin cezası dolayısıyla, Davacının meşru ve güncel bir menfaati ihlâl edilmiş durumdadır.

Davacı tarafın davasını esastan incelemeye başladığımda, temel iddiasının, yetki noktasındaki sakatlık, yani Müdüre vekâlet eden Müdür Muavininin Davacı ile ilgili disiplin işlemi yapma veya diğer bir anlatımla Davacıya kınama cezası verme yetkisinin olup olmadığı boyutunda yoğunlaştığı anlaşılmaktadır.

Birleştirilmiş şekliyle 7/79 sayılı Yasanın 98 (A) ve 98 (B) maddeleri şöyledir:

Uyarma ve kınama cezası gerektiren disiplin işlemlerinde uyulması zorunlu ilkeler 34/1989	**98.A.**	Bu yasa, uyarma ve kınama cezasını gerektiren disiplin işlem ve uygulamalarında isnat olunan eylem ve davranışlar ilgili kamu görevlisine bağlı bulunduğu kurumun en üst düzeydeki amiri tarafından açıkça ve yazılı olarak derhal bildirilir ve yazılı savunması istenir. Savunma için verilecek süre beş iş gününden az olamaz.
Uyarma ve kınama cezası verme yetkisi ve yöntem 34/1989	**98.B.**	Bu yasada öngörülen uyarma ve kınama cezaları ilgili kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurumun en üst düzeydeki amiri tarafından, savunmanın alındığı tarihten başlayarak beş iş günü içinde verilir.

41/2011 sayılı Yasanın 8(2)(C), 36(1)(2)(5)(6) ve 58'inci maddeleri şöyledir:

Yönetim	8.	(2)	Yönetim Kurulu aşağıda belirtilen görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır :
			.....
Kurulunun Görev ve Yetkileri		(C)	Ajans hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevleri yerine getirecek sürekli personelin atanmalarını, onaylanmalarını, meslekte ilerle-

melerini ve yükselmelerini, görev yerlerinin sürekli veya geçici olarak değiştirilmesini, emekliye sevklerini ve disiplin işlemlerini bu Yasa kuralları çerçevesinde yapmak;

Disiplin İşlemleri, Takdir Belgesi ve Ödüllendirme	36	(1)	Bu madde uyarınca sürekli personele uygulanacak disiplin işlemleri Kamu Görevlileri Yasasının 98'inci, 98A, 98B ve 99'uncu maddesi kurallarına uygun olarak Yönetim Kurulunca yürütülür.
		(2)	Sürekli personele uygulanacak disiplin cezalarının türleri ile ceza uygulanacak eylem ve davranışlar hakkında Kamu Görevlileri Yasasının 100'üncü maddesinde belirtilen kurallar uygulanır.
		(5)	Kamu Görevlileri Yasasının 98'inci, 98A, 98B, 99'uncu ve 102'inci maddelerinde Kamu Hizmeti Komisyonuna yapılan atıflar Yönetim Kuruluna; kurumun en üst amiri veya yöneticisine yapılan atıflar da Ajans Müdürüne yapılmış sayılır.
		(6)	(A) Kademe ilerlemesini kısa veya uzun süreli durdurma, geçici olarak görevden çıkarma ve Ajans görevinden çıkarma cezaları, Yönetim Kurulunca soruşturma belgelerinin alındığı tarihten başlayarak en geç altmış iş günü içinde verilir. (B) Yönetim Kurulu, ceza verme yetkisini kullanırken, ilgili kurumlardan ek bilgi istemek, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemekle yetkilidir.
Kamu Görevlileri Yasasına Yapılan	58.		Bu Yasa amaçları bakımından sürekli personelle ilgili olarak Kamu Görevlileri Yasasının kurallarının uygulanmasında, Kamu Hizmeti Komisyonu ile Bakanlar Kuruluna yapılan atıflar Ajansın Yönetim Kuruluna

Atıflarda Uygulanacak Kural	yapılmış sayılır ve Kamu Görevlileri Yasası ile onlara verilen yetki ve görevleri Yönetim Kurulu kullanır ve yerine getirir. Yönetim Kurulunun bu konudaki karar ve uygulamalarına karşı yargı yolu açıktır.

Anılan 8(2)(C) ve 36(1) maddeleri incelendiğinde, ilk bakışta disiplin işlemlerinin yalnızca TAK Yönetim Kurulunca yapılabileceği izlenimine kapılmak mümkün görünmektedir. Ancak, yukarıda sıralanan diğer yasa maddeleri, özellikle de 41/2011 sayılı Yasanın 36(5) ve (6) fıkraları ile 58'inci madde kuralları incelendiğinde, Yönetim Kurulunun, kademe ilerleme-sini kısa veya uzun süreli durdurma, geçici olarak görevden çıkarma ve ajans görevinden çıkarma cezalarında yetkili olduğu, uyarma ve kınama cezası gerektiren işlemlerde ceza vermeye ise, kurumun en üst amiri olan ajans müdürünün yetkisi bulunduğu sonucuna varmak kaçınılmaz olmaktadır. Diğer bir anlatımla, 41/11 sayılı Yasanın 36'ncı maddesinin 5'inci fıkrası gereği yönetim kurulunu ajansın en üst amiri olarak değerlendirmek olanaksızlaşmaktadır. Bu bakış açısıyla, ben de ajans müdürünün, kınama ve uyarma cezası gerektiren disiplin işlemlerini yapmakta ve belirtilen cezaları vermekte kurumun en üst amiri sıfatı ile yetkili olduğu sonucuna varırım.

Dava incelendiğinde, kararı verenin, Ajansın Müdür Muavini ve Müdür Vekili olduğu açık gerçeği ile karşılaşıldığından, bu aşamada, Müdür Muavini ve Müdür Vekilinin, kınama ve uyarma ile ilgili disiplin işlemi yapmaya ve ceza vermeye yetkisi olup olmadığını da inceleme gereği bulunmaktadır.

41/2011 sayılı Yasanın 13(2) maddesi:

Müdürün Görev ve Yetkileri	13 (2)	Müdürün yokluğunda kendisine Müdür Muavini vekalet eder. Müdür Muavininin olmaması halinde Yönetim Kurulu Başkanının yazılı olarak görevlendireceği bir

> Şube Amiri, Müdüre vekalet eder ve bu Yasada öngörülen Müdürün yetki ve görevlerini, vekalet görevi devam ettiği sürece kullanır.

şeklindedir.

Bu maddeden anlaşılacağı üzere, dava konusu kararı veren Müdür Muavini, Müdüre vekâlet eden kişi konumundadır. Vekilin, vekâlet ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak koşuluyla, asılın bütün hak ve yetkisine sahip olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu bakış açısının doğal sonucu olarak, Müdür Muavini ve Müdür Vekili tarafından yapılan disiplin işleminin ve verilen cezanın, yetkisiz gerçekleştirildiğinden söz etme olanağı kalmamaktadır.

Gelinen bu aşamada, anılan idari kararı, sair unsurlar açısından da inceleme gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşımla, Emare 4 Tutanak ve Emare 5 içeriğindeki 57/2012 No.lu Karar incelendiğinde, TAK Yönetim Kurulunun, Davacının 17.12.2012 tarihli yazısı ile ilgili olarak, Selim Kumbaracı'nın gereğini yapmasına karar verdiği görülmektedir. Emare 22 ve Emare 23 yazı içeriği ise, Davacının 17.12.2012 tarihli yazısına bağlı olarak herhangi bir disiplin kovuşturmasına yönelinmesine gerek olmadığına, Selim Kumbaracı'nın karar verdiği özlüdür. Diğer bir anlatımla, Davacının 17.12.2012 tarihli, şikâyet şeklinde de algılanabilecek yazısı ile ilgili ileri işlem yapılması, Davalı tarafından uygun görülmemiştir. Davadaki talep incelendiğinde, anılan disiplin kovuşturması yapılmaması kararının dava edilmediği açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Dava edilen işlem veya karar, 13.2.2013 tarihli, 0.00-333/248/13-6/35 sayılı yazı ile Davacıya bildirilen işlem veya karardır. Bu noktada emareler incelendiğinde, olayın bu boyutu ile ilgili

olarak karşıma Emare 20 çıkmaktadır. Emare 20, Emare 3 yazı bağlamında ilgili yazının dağıtımının, Davalı dışındaki makam veya kişilere yapıldığı ve yazı muhatabının da Davalı olarak gösterilmediği; Emare 19 yazı bağlamında ise, ilgili yazının Davalının muhatap alınarak yazıldığı, ancak dağıtımın Dışişleri Bakanlığına, TAK Yönetim Kuruluna ve Basın Sen'e yapıldığı gerekçeleriyle, üstlere karşı hiyerarşik saygının gösterilmediği ithamını içermektedir. Belirtilenlerden anlaşıldığı üzere, Emare 20, Selim Kumbaracı'nın görevlendirildiği, 17.12.2012 tarihli yazı ile bağlantılı "gereğinin yapılması" görevlendirmesi dışında, Selim Kumbaracı'nın işletmeye başladığı farklı bir süreç ve işlem olarak ortaya çıkmış haldedir. Emare 20 içeriğinde, daha önceki olayla ilgili yazılı ifadelere değinilmiş olması ise bu sonucu değiştirmemektedir. Emare 20 yazı ile Davacı hem itham edilmiş, hem de 5 iş günü içerisinde yazılı savunmasını vermesi kendisinden istenmiştir.

Emare 20 sonrası Davacı, Avukatı aracılığı ile Emare 21 yazıyı Selim Kumbaracı'ya göndermiştir. Emare 21 yazının özü, soruşturma memuru görevlendirilmeksizin 5 iş günü içerisinde yazılı savunma istenmesinin yetki ve usul yönünden yasaya aykırı olduğu şeklindedir.

Emare 21 sonrası Selim Kumbaracı, Davacıya, 1.2.2013 tarihli Emare 25 yazıyı göndermiş, Davacı Avukatına ise Emare 26 yazı gönderilmiştir. Emare 25 yazı, yazılı savunmanın talep edildiği, ancak iletilmediği, 5 iş günü içerisinde yazılı savunmanın gönderilmesinin istendiği şeklindedir. Bu yazı sonrası Davacı Avukatı, Selim Kumbaracı'ya Emare 27 yazıyı göndermiş ve anılan yazısında, TAK'ın en üst düzey amiri sıfatıyla Müdür Muavini ve Müdür Vekili olarak Selim Kumbaracı'nın disiplin işlemi yapmaya yetkisi olmadığını, ayrıca üstlerine hiyerarşik saygıyı göstermeme fiilinin ne şekilde olduğunun veya gerçekleştiğinin

savunma talep eden yazıdan açıkça anlaşılmadığını belirtmiş ve bu yönde tafsilâtlı bilgi talep etmiştir. Bunun sonrasında;

"Sayın Özlem Kaya Yalgın
Redaktör Muhabir I

11 Aralık, 2012 tarihinde Ajansta görevde iken İç Haberler Amiri Hakan Aşkın ile aranızda yaşanan üzücü olayla ilgili olarak şikâyetinizi direkt bana iletmeniz gerekirken, 17.12.2012 tarihli bir yazı ile TAK Yönetim Kuruluna hitaben, dağıtımı Dışişleri Bakanlığı, bana, TAK Yönetim Kurulu Üyeleri ile Basın Sen'e de iletmekle, hiyerarşik düzene saygı göstermediğiniz bir yana, gerek beni ve gerekse Amir konumundaki bazı görevlileri de suçlayıcı yönde ithamlarda bulundunuz.

Üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermediğiniz inancı ile bir disiplin suçu işlediğiniz kanısına vardığım için, itham edildiğiniz bu disiplin suçu sonucu, 5 gün içerisinde yazılı savunmanızı hazırlayıp tarafıma göndermenizi talep etmeme rağmen, Avukatınız Sn.Abdurrahman Şeref'in 4 Şubat 2013 tarihli yazısından, üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme eyleminin ne şekilde oluştuğu veya gerçekleştiğinin anlaşılmadığı nedeni ile bu konuda size tafsilatlı bilgi verilmeden yazılı savunmada bulunmayacağınız anlaşılmaktadır.

41/11 sayılı TAK Yasasının 15(1) fıkrası uyarınca, sürekli personel olmanız nedeni ile Kamu Görevlileri Yasası'nın ödev ve sorumluluklar, genel haklar ve yasaklar ile ilgili maddelerinde öngörülen kurallara tabi olduğunuzu size hatırlatır, Kamu Görevlileri Yasası'nın 98.A ve 98.B maddelerinin TAK'ın en üst düzeydeki Amiri sıfatı ile bana verdiği yetkiye dayanarak, Kamu Görevlileri Yasası'nın 100.(2)(d) bendinde belirtilen "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme" disiplin suçundan dolayı, size kınama cezası verir, bundan böyle göreviniz esnasındaki davranışlarınıza dikkât etmenizi öneririm.

Selim Kumbaracı
TAK Müdür Muavini ve
Müdür Vekili "

şeklindeki Emare 28 yazı, Selim Kumbaracı tarafından Davacıya yazılmıştır.

41/2011 sayılı Yasanın 36'ncı maddesi disiplin işlemleri ile ilgili düzenleme koyarken, temelde, 7/79 sayılı Yasaya atıf yapmış, ancak bunlara ek düzenlemelere de, 41/2011 sayılı Yasada yer verilmiştir. Bu düzenleme gereği, 7/79 sayılı Yasanın 98'nci maddesindeki kuralların TAK'da görevli sürekli personel için de geçerli olduğu tartışmasız bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşıma bağlı olarak, 7/79 sayılı Yasanın 98'inci maddesi göz önüne alındığında, uyarma ve kınama cezası gerektiren disiplin işlemlerinde, 7/79 sayılı Yasanın 98'inci maddesindeki ilkelere uyulmasının zorunlu olmadığı algısı ile karşılaşılmaktadır. Bunun doğal sonucu ise, bu tür disiplin cezalarını gerektiren eylemler açısından, kurumun en üst düzey amirinin veya Personel Dairesinin, soruşturma memuru görevlendirmek zorunda olmayabileceği gerçeğidir. Bunun yanı sıra, disiplin soruşturma süreleri, savunma süreleri, duruşma yapılması gibi ilkelere uyulmasının da uyarma ve kınama cezası gerektiren haller için, zorunlu sayılmayabileceği düzenlemesi ile karşılaşılmaktadır.

Kınama ve uyarma cezası için öngörülen ilkeler ve usul, 7/79 sayılı Yasanın 98 A ve 98 B maddelerinde belirlenmiştir. Anılan maddeler:

1) İsnat olunan eylem ve davranışın ilgili kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurumun en üst düzeydeki amiri tarafından açıkça ve yazılı olarak derhal bildirilmesini ve yazılı savunma istenmesini,
2) Savunma için verilecek sürenin 5 iş gününden az olmamasını,
3) Yasada öngörülen uyarma ve kınama cezalarının ilgili kurumun en üst düzeydeki amiri tarafından savunmanın alındığı tarihten başlayarak 5 iş günü içerisinde verilmesini;

kurala bağlamıştır.

Anılan düzenleme dolayısı ile, kınama ve uyarma cezası verilebilecek disiplin işlemleri açısından öngörülen şekil şartlarının belirtilenlerden ibaret olduğu söylenebilir haldedir. Ancak açıktır ki, 7/79 sayılı Yasanın anılan ilgili maddelerindeki düzenleme, yukarıda belirtilen yönde olmakla birlikte, disiplin işlemlerinin diğer idari işlemlerden ayrıldığı ve disiplin yargılamasında doğal adâlet ilkelerinden sarf-ı nazar edilemeyeceği gerçeği ışığında, disiplinle ilgili işlemlerde, verilen kararın gerekçe içermesi; savunma hakkı tanınması ve bu çerçevede ilgiliye isnat edilen suçun açık bir biçimde bildirilmesi, soruşturma ile ilgili belgelerin gösterilmesi, varsa hafifletici sebepler konusunda söz hakkı tanınması; ilgiliye dinlenilme hakkı tanınması ve yansızlık ilkesine uyulması da zorunludur. Dinlenilme hakkı, Davacıya, aleyhindeki ithama karşı olgular veya deliller ileri sürme ve gerektiğinde ispat araçları sunma hak ve fırsatının verilmesini de kapsar niteliktedir (Bu hususlarda bak.Tufan Erhürman'ın İdari Yargılama Hukuku, Türk ve İngiliz Hukuku Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kıbrıs 2012 sayılı kitabının 466'ncı sayfasından 476'ncı sayfasına kadar).

Yukarıda belirttiklerim ışığında, Davacıya verilen kınama cezası ile ilgili süreç incelendiğinde, Davacıya dinlenilme hak ve fırsatının verilmediği açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Özellikle Selim Kumbaracı'nın Emare 28 yazısındaki "...size tafsilâflı bilgi verilmeden yazılı savunmada bulunmayacağınız anlaşılmaktadır" söz dizisi ve bunun arkasından gelen kınama cezası, bu gerçeği, daha ileri giderek savunma hakkının ortadan kaldırıldığı hususunu açıkça ortaya koyar niteliktedir. Yine Emare 28'in:

> " 11 Aralık, 2012 tarihinde Ajansta görevde iken İç Haberler Amiri Hakan Aşkın ile aranızda yaşanan üzücü olayla ilgili olarak şikâyetinizi direkt bana iletmeniz gerekirken, 17.12.2012 tarihli bir yazı ile TAK Yönetim Kuruluna hitaben, dağıtımı Dışişleri Bakanlığı, bana, TAK

Yönetim Kurulu Üyeleri ile Basın Sen'e de iletmekle, hiyerarşik düzene saygı göstermediğiniz bir yana, gerek beni ve gerekse Amir konumundaki bazı görevlileri de suçlayıcı yönde ithamlarda bulundunuz."

şeklindeki içeriği dikkâte alındığında, kendine yönelik diye algıladığı eylemlerinden dolayı, Davacıya, Müdür Muavini ve Müdür Vekili sıfatıyla Selim Kumbaracı'nın ceza verdiği düşünülebilir hale gelmektedir. Bu ise Selim Kumbaracı'nın yansızlık ilkesine uymadığını, yani hem şikâyetçi, hem de ceza veren kişi olduğu gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Selim Kumbaracı'nın Müdür Muavini veya Müdür Vekili sıfatıyla Davacıya, "savunmanı yap" demesinin ve bu amaçla Yasada tanınan süreyi vermesinin, savunma hakkının tanındığı şeklinde yorumlanması da tüm belirtilenler ışığında olanaklı olamamaktadır. Kaldı ki bu olayda, savunma yapılmayacağı yaklaşımı ile, ceza verilmesi gerçekleşmiş, bu yöntem dolayısıyla da, "savunmadan itibaren 5 iş günü içerisinde ceza verilebileceği" düzenlemesine uygun hareket edilmemiştir. Bunlar dışında karar içeriği incelendiğinde, karar ilk bakışta gerekçe taşıyor şeklinde algılansa bile, savunma hakkının hiç gündeme getirilemediği göz önüne alındığında, kararın, gerekçeli olduğundan söz etmek de olanaklı olamamaktadır. Tüm bu nedenlerle, anılan kararın şekil ve amaç unsurları yönünden sakat olduğu sonuç ve bulgusuna varırım. Bu noktada belirtmekte yarar görürüm ki, Emare 20 içeriğinden ithamın anlaşılabilir olduğu düşünülse bile, kanaatimce sırf bu düşünce, yukarıda vurgulanan ve doğal adâlet ilkelerine uyulmadığı sonucunu doğuran değerlendirmeleri değiştirebilecek nitelikte değildir.

Vurguladıklarımdan hareketle, Davalının ikinci ön itirazının yersiz ve anlamsız olduğu sonucuna ulaşıldığından, Davalının ikinci ön itirazını da bu aşamada reddederim.

Son olarak belirtmekte yarar görürüm ki, iptal davalarının, Hukuk Devletinin gerçekleşmesi açısından en önemli araçlardan biri olduğu gerçeği ışığında, davacının davasında, şekil ve amaç unsurlarındaki sakatlıkların yeterli açıklıkta yer almaması, mahkemenin bu hususları inceleyip saptama yapmasına engel oluşturamaz.

Sonuç olarak, Selim Kumbaracı tarafından 13 Şubat 2013 tarih ve 0.00-333/248/13-6/35 sayılı yazı ile Davacıya bildirilen, "üstlerine gerekli hiyerarşik saygıyı göstermeme" disiplin suçundan dolayı, Davacıya kınama cezası verildiğine yönelik kararın veya işlemin, hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına karar veririm.

Dava masrafları usulüne uygun olarak Davacı tarafından yapılacak masraf listesi sonrası Mukayyitçe belirlenecek ve tadil emrine bağlı olarak Davalı olan kurum tarafından Davacıya ödenecektir.

Tanju Öncül
Yargıç

5 Şubat, 2015

D. 2/2015 YİM/İstinaf 8/2013
(YİM Dava No: 209/2012)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Anayasanın 152'nci Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Mehmet Türker, Tanju Öncül.

İstinaf eden: Doç. Dr. Dizem Arifler DAÜ, Gazimağusa
(Davacı)

- ile -

Aleyhine istinaf edilen: 1) Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı, DAÜ-Gazimağusa
2) Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı Yöneticiler Kurulu DAÜ-Gazimağusa
3) Doğu Akdeniz Üniversitesi, Gazimağusa
(Davalılar)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Müjgan Irkad
Davalılar namına: Avukat Fuat Veziroğlu.

İstinaf, Yüksek Mahkeme Yargıcı Talat Refiker'in YİM 209/2012 sayılı davada 28/6/2013 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılmıştır.

DAÜ'de öğretim üyesi olan Davacı, sözleşmesinin yenilenmeyeceğininin kendisine bildirilmesi üzerine YİM'de Davalılar aleyhine bir iptal davası açtı – İlk Mahkeme, Davacının meşru menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı ret ve iptal etti – Davacı, İlk Mahkemenin ret kararını istinaf etti ve istinafın dinlenmesine başlamadan önce Anayasada yer alan meşru menfaat deyiminin yorumlanması için havale talebinde bulundu – YİM/İstinaf, meşru menfaat deyiminin açık olduğunu ve yorum için Anayasa Mahkemesi'ne havaleye gerek olmadığını belirterek müracaatı reddetti.

***Anayasaya havale müracaatı** – Anayasanın 152. maddesinde yer alan meşru menfaat deyiminin yorumlanması talebi – Anlamı açıkça anlaşılan bir deyimin Anayasa Mahkemesine havalesine gerek olmaması.*

ARA KARAR

Narin F. Şefik: Davacının, Davalı No.3 ile yaptığı, 1.8.2011-31.7.2012 tarihleri arasında geçerli en son sözleşmenin 31.7.2012 tarihinden sonra yenilenmeyeceğinin Davacıya bildirilmesi üzerine, Yüksek İdare Mahkemesinde ikame ettiği dava, sözleşmenin yenilenmemesinin Davacının meşru menfaatini olumsuz yönde etkilemediği bulgusu neticesinde, İlk Mahkeme tarafından Davalı No.1'in iptidai itirazının kabul edilmesiyle, ret ve iptal edilmiştir.

Davacı, İlk Mahkemenin bu ret kararından istinaf dosyalamıştır. İstinafın dinlenmesine başlanmadan önce, İstinaf Eden/Davacı, istinafının esasını oluşturan, Anayasa'nın 152(2)'de yer alan "meşru menfaat" deyiminin Anayasa'nın 149. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanabilmesi için konunun Anayasa Mahkemesine sunulmasını talep etmektedir.

İstinaf Eden/Davacı, Anayasa Mahkemesinden yorum talebini şu şekilde ifade etmektedir.

"Anayasa'nın 152'nci maddesinin 2'nci fıkrasında bulunan "meşru bir menfaat" deyimlerinden ne anlaşıldığının yorumu, Anayasa'nın

152'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "meşru bir menfaat" sözcüklerinin ve/veya deyimlerinin;

a) İdari davada dava konusu edilen idari işlemle Davacı olan kişi arasında ciddi ve makûl bir ilişki olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanıp, yorumlanamayacağı,
b)"Meşru bir menfaat" varlığı deyimlerinden başvuruda bulunan kişi ile iptalini istediği idari karar veya işlem arasındaki "bağı", "ilgiyi" anlattığı şeklinde yorumlanıp, yorumlanamayacağı, c) Menfaatin "meşru" olmasının hukuki bir durumdan çıkan bir menfaat olduğu şeklinde yorumlanıp, yorumlanamayacağı, d) Meşru menfaatin varlığı koşulunun davanın esasına taalluk etmeyen, sadece davanın kabulü ve dinlenmesi için aranılan bir usul ve şekil şartı olduğu anlamında yorumlanıp, yorumlanamayacağı, e) Meşru bir menfaatin olumsuz yönde etkilenmesi koşulunun, iptal davasının neticesine tesir etmeyen bir sebep olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı şeklindedir."

Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı, yapılan müracaatın, İlk Mahkemenin meşru menfaat hakkında verdiği kararın doğru olup olmadığına YİM/İstinaf Mahkemesi yerine Anayasa Mahkemesinin karar vermesi neticesini getireceğini, bunun doğru bir yöntem olmadığını, tek yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinin kararından istinaf edilecek mahkemenin, tam heyet Yüksek İstinaf Mahkemesi olduğunu, Anayasa Mahkemesinin tek yargıçlı Yüksek İdare Mahkemesinden istinaf merci olmadığını ifade ederek, havale talebinin doğru olmadığını ileri sürmüştür.

İstinaf Eden/Davacının yorum için Anayasa Mahkemesine sunulmasını istediği madde 152 (2) ile 149. maddeler aynen şöyledir:

"Madde 152

(1) Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların sözkonusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.

(2) Böyle bir başvuru, sahip olduğu meşru bir menfaatı, bu gibi karar veya işlem veya ihmal yüzünden olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından yapılabilir.

Madde 149

Anayasa Mahkemesi, bu anayasanın herhangi bir kuralını yorumlamak münhasır yetkisine sahiptir. Bunu yaparken Anayasa ile ilgili komite raporları ile Meclis tutanaklarından da yararlanır."

149. madde, Anayasa Mahkemesine, Anayasa'nın herhangi bir kuralını yorumlama münhasır yetkisini vermektedir.

Bir kuralın yorumlanması; bilinmeyen veya anlaşılmayan bir kuralın izahatının verilmesi, ne anlam içerdiğinin açıklanmasıdır.

Anayasa'nın 152. maddesi, Yüksek İdare Mahkemesinin hangi konularda dava görmeye yetkili olduğunu belirtmektedir. Bu maddenin içeriği açık bir şekilde anlaşılırdır. Yorum için sunulması istenilen 152. maddenin 2. fıkrasında, "meşru bir menfaat" söz dizisi yer almaktadır. 2. fıkrada "meşru menfaat" deyimi yoktur. İlk Mahkeme, Davacının dava yolu ile sorguladığı işlemin, Davacının meşru bir menfaatini olumsuz etkilemediğine karar vermiştir. İstinaf Eden, İlk Mahkemenin Davacının meşru bir menfaatinin olumsuz etkilenmediği kararının hatalı olduğunu ve dava konusu işlem ile

Davacının meşru bir menfaatinin olumsuz etkilendiğini ileri sürmektedir. Bugüne kadar yüzlerce idari davada, Yüksek İdare Mahkemesinde davacıların meşru bir menfaatlerinin var olup olmadığına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin hangi koşullarda, bir davacının meşru bir menfaatinin bulunduğunu sıralaması mümkün olmadığı gibi, her davada davacının meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı, davayı dinleyen mahkemenin huzurundaki şahadet ışığında tezekkür etmesi gereken bir konudur. 152. maddenin 2. fıkrasının yoruma ihtiyacı yoktur.

Anlaşılamayan kural ve/veya ifadelerin ne anlam ifade ettiklerinin açıklanması gerektiği hallerde, Anayasa'nın 149. maddesi altında bu konuda sadece Anayasa Mahkemesi yetkili olduğundan, konunun yorum için Anayasa Mahkemesine sunulması gerekir. Açıkça anlaşılan bir maddenin yorum için Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ise gerek yoktur. Aksi takdirde, Anayasa'nın herhangi bir maddesinin, kullanılmadan ve/veya uygulanmadan önce, yorum için Anayasa Mahkemesine sunulması gerekir (Bak: Yargıtay/Asli Yetki İstinaf 4/12).

Anayasa'nın 152(2) maddesinde yer alan "meşru bir menfaat" kelime dizisinin yorum gerektirmeyecek şekilde açık bir ifade olduğu nedeniyle, Davacı/İstinaf Edenin Anayasa'nın 149. madde altındaki yorum için konunun Anayasa Mahkemesine sunulması müracaatı reddedilir.

Narin F. Şefik Yargıç	Mehmet Türker Yargıç	Tanju Öncül Yargıç

21 Ocak 2015

D.3/2015 YİM/İstinaf:5/2013
(YİM Dava No:216/2012)

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasanın 152'nci Maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti:Emine Dizdarlı, Gülden Çiftçioğlu, Tanju Öncül.

İstinaf eden:Ayşe Öztaç, Karacaoğlan Sokak, No.14 K.Kaymaklı-Lefkoşa

(Davacı)

ile

Aleyhine istinaf edilen:1.Lefkoşa Belediyesi, Lefkoşa Belediye Başkanı, Başkan Yardımcısı, Lefkoşa Belediye Meclis Üyeleri ve Lefkoşa Hemşehrileri, Lefkoşa

(Davalı)

2.Canev Değirmenci, Karacaoğlan Sok.No.13 K.Kaymaklı/Lefkoşa

(İlgili Şahıs))

A r a s ı n d a.

İstinaf eden şahsen hazır
Aleyhine istinaf edilen Davalı namına: Avukat Tulin Sabri Şehsuvaroğlu
Aleyhine istinaf edilen İlgili Şahıs namına: Avukat Meral Birinci.

İstinaf, Yüksek Mahkeme Yargıcı Ahmet Kalkan'ın YİM 216/2012 sayılı dava altında dosyalanan ara emri istidasında, 30.5.2013 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılmıştır.

Davacı, Lefkoşa Belediyesi tarafından komşusuna verilen kuaför çalışma izninden şikayetçidi – Davacı orada park yeri bulunmadığı için işyerine gelen araçların, Davacının garaj giriş ve çıkışlarını kapattığını iddia etti – Davacı açtığı davanın yanısıra bir ara emri istidası dosyalayarak, dava süresince İlgili Şahsın bu yeri kuaför olarak çalıştrmaktan men edilmesini talep etti – İlk Mahkeme, ara emri verme şartlarının gerçekleşmediği kanısına

vararak müracaatı reddetti – Davacı şahsen yürüttüğü bu davada, İlk Mahkeme kararına karşı istinaf dosyaladı – YİM/İstinaf, Davacının istinafındaki talebinin idari kararın yürürlüğünün durdurulması şeklinde olmadığını dikkate aldı – Davacının talebinin kuaför dükkanının kapatılmasına yönelik olduğunu, bu konunun idari dava konusu olmadığını dikkate alan YİM/İstinaf, istinafı reddederek İlk Mahkeme kararını onayladı.

Kuaför çalıştırma izninin iptali için açılan dava *– İlgili Kişinin kuaför çalıştırmaktan men edilmesi için ara emri talebi – Ara emri talebinin idari kararın yürürlüğünün durdurulması şeklinde olmaması.*

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

1- Tufan Erhüman, İdari Yargılama Hukuku Kıbrıs 2012, sayfa 226, 238.

KARAR

Emine Dizdarlı: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Tanju Öncül okuyacaktır.

Tanju Öncül: Davacı, İstinafa konu Ara Emri İstidasının dinlendiği davasında, temelde, Canev Değirmenci'ye Belediye tarafından verilen kuaför çalışma izinlerinin iptalini talep etmiştir. Bunun yanı sıra da, kuaför faaliyetlerinin durdurul-masına ilişkin bir hüküm ile, huzurlu bir çevrede yaşama hakkının geri verilmesi hususunda hüküm isteğinde bulunmuştur.

Ara Emri İstidasındaki talebinin son kısmı ise şöyledir: "hiçbir şekil ve şartta imar kural ve koşulları gereği Canev Değirmenci'nin on konutlu sorunlu ve tehlike oluşturan apartmanın bir konutunda kuaförlük, ticaret yapılamaz. Kuaförün Kapatılması hususunda Mahkeme hükmü ve/veya Mahkeme emri ve/veya ara emri."

İlk Mahkeme ilgili istidayı dinlemiş ve istidanın ret ve iptaline karar vermiştir. Anılan karardan dolayı yapılan istinaf, Davacının, davasını şahsen yürütmesinin de etkisiyle, usule uygun biçim ve içerikte kaleme alınmamış durumdadır. Bu gerçek göz önüne alınarak istinaf nedenlerinin toparlanarak özetlenmesinde yarar vardır. Bu yaklaşımla bir özetleme yapıldığında, istinaf nedenleri şöyle sıralanabilmektedir:

1) Yeterli araç park yeri olmayan apartmanda kuaförlük yapılamayacağını ve bundan Davacının meşru menfaatinin olumsuz yönde etkilendiğini dikkâte almamakla Mahkeme hata yaptı,
2) Davacının garaj giriş ve çıkışlarının yapılan parklar nedeniyle kapatıldığını dikkâte almamakla Mahkeme hata yaptı,
3) On konutlu apartmanda kuaförlük yapılmasının imar mevzuatına aykırı olduğunu dikkâte almamakla Mahkeme hata yaptı,
4) Girişi engelleyici park ve gürültü sorununu direktİlgili Şahsın kuaför iznine bağlamamakla Mahkeme hata yaptı.

İstinafın dinlenmesi sürecinde, Davacı, konu istinaf nedenlerini bir bütün halinde ele almış ve izah etmiştir. Buna karşın, yukarıda özetlenen istinaf ihbarnamesindeki istinaf nedenleri göz önüne alındığında, istinaf nedenlerinin, ara emri talebiyle ilgili olarak, iki noktada yoğunlaştığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu çerçevede de birinci istinaf nedeni, istinaf ihbarnamesinde yer alan ve yukarıda birinci ve üçüncü sıraya koyduğumuz istinaf nedenlerinin özeti olan ve Davacıya göre şahadetle ortaya konduğu düşünülen, Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtilerin olduğu hususunun yanlış değerlendirildiği, ikinci istinaf nedeni ise, istinaf ihbarnamesinde yer alan ve yukarıda ikinci ve dördüncü sırada belirttiğimiz istinaf nedenlerinin özeti olan ve Davacıya göre şahadetle ortaya konduğu düşünülen, telâfisi imkânsızlığın bulunduğu noktalarındadır.

Yukarıda toparladığımız istinaf nedenlerinden görüleceği üzere, karara esas olan hususlardan, "istidada, iptali istenen kararın yürütmesinin durdurulmasının istenmediği, İlgili Şahsa ait dükkânın kapatılmasının talep edildiği, bu yönde bir emrin ise verilemeyeceği" hususu, istinaf edilmemiş durumdadır.

Tufan Erhürman'ın "İdari Yargılama Hukuku Kıbrıs 2012" adlı eserinde, sayfa 226'da ;

"İdari yargı, yalnızca davacının mağduriyetini gidermeyi değil, hukuk devletinin gerçekleştirilmesini de hedefle-diğinden, yargıç, hukuk devleti ilkesini, özellikle de vereceği nihai kararın etkisini korumak adına, böyle bir emri, talep olmasa dahi verebilecektir" denmiştir.

Aynı eserin 238'inci sayfasında; "...hukuk devletinde, hukuka aykırı bir idari işlemin ya da ihmalin herhangi bir hukuki sonuç doğurması mümkün olmamak gerekir. İşte idari yargıda mahkemelerin ara emri vermesinin en önemli sebeplerinden biri budur. Mahkemeler, yargılama sonucunda verecekleri nihai kararların hukuka aykırı olduğu tespit edilen idari işlemi ya da ihmali hukuk aleminde hiç doğmamış hale getirmesini güvence altına almak için, telâfisi gayrimümkün zararlar doğabileceğine ya da eski duruma dönmenin imkânsız olabileceğine hükmettikleri zaman, verecekleri nihai kararın etkisini korumak adına ara emri vermekle yükümlüdürler" denmektedir.

Alıntılanan kısımlardan da anlaşılacağı üzere, idari işlemi hiç doğmamış hale getirmeyi güvence altına almak ve mahkeme tarafından

davanın esasında verilebilecek nihai kararın etkisini korumak adına yürütmeyi durdurma nitelikli emirler, idare mahkemeleri tarafından verilebilmektedir.

Huzurumuzdaki mesele incelendiğinde, Davacının istidadaki talebinin, idari kararın yürürlüğünün durdurulması şeklinde olmadığı açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Davacının talebi, İlgili Şahsın kuaför dükkânının kapatılması özlüdür. Bu haliyle bakıldığında da, Davacının talep ettiği emrin Yüksek İdare Mahkemesinin verebileceği emirlerden olmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bir istidayla talep olunan, ara emri nitelikli emrin verilebilmesi için gerekli kriterlerin var olup olmadığının incelenmesi, öncelikle, ilgili mahkemenin verebileceği bir emrin talep edilmiş olması koşuluna bağlıdır. Eğer mahkeme, talep edilen emri verebilecek bir mahkeme değilse, ara emri kriterlerinin varlığının incelenmesinin herhangi bir anlamı bulunmayacaktır. Bu yaklaşımla, İlk Mahkemenin, yukarıda izah edilen ve istinaf edilmediği belirtilen, anılan değerlendirmesi göz önüne alındığında, Davacının istinafının reddi kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu sonuca bağlı olarak, yukarıda özetlenen istinaf nedenlerinin incelenmesi gereği bulunmadığından istinaf ret ve iptal edilir.

Masraflar, usule uygun olarak yapılacak masraf listesi sonrası Mukayyitçe tespit edilecek ve İstinaf Eden/Davacı tarafından ödenecektir.

Emine Dizdarlı Yargıç	Gülden Çiftçioğlu Yargıç	Tanju Öncül Yargıç

29 Ocak, 2015

D.1/2015 Yargıtay/Hukuk No: 2/2012
Lefkoşa Dava No: 2943/10

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Emine Dizdarlı, Gülden Çiftçioğlu.

İstinaf eden: Kıbrıs Vakıflar Bankası Ltd., 66 Atatürk Cad., Yenişehir, Lefkoşa.
(Davacı/Müstedialeyh)

ile

Davalı: 1. Diadem Hotel & Tours (DHL) Limited, Yeni Sanayi Bölgesi, Lefkoşa.
2. Devrim Celal, 8 Levent 2B Apt. 8 Sakarya Sk., Lefkoşa.
3. Hasan Hasçelik, 32 Eti Sk., Kumsal, Lefkoşa.
4. Turgut Çavlan, Geçitkale, Gazimağusa.
5. Hasçelik Limited, Atatürk Stadyum Karşısı, Yeni Sanayi Bölgesi, Lefkoşa.

(İstinafa dahil edilmemiştirler)

ve

Aleyhine istinaf edilen: 1. Sevin Devecioğlu, Adresi meçhul.
2. Ali Devecioğlu, Adresi meçhul.
3. Said Zeki Avcı, Adresi meçhul.
4. Safiye Köseoğlu, Adresi meçhul.
5. Sevim Alp, Adresi meçhul.
6. Taner Erginel, Adresi meçhul.
7. Semra Ltd., Adresi meçhul.
8. John Edward Graham Walker, Adresi meçhul.

(Ek Davalılar / Müstedi No.1-8)

Arasında

İstinaf eden namına: Avukat Zeki Bayram ve Avukat Levent F. Celaleddin hazır.

Aleyhine istinaf edilenler namına: Avukat Hasan Esendağlı hazır.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Bertan Özerdağ'ın 2943/2010 sayılı davada, 23.12.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı Kıbrıs Vakıflar Bankası Ltd, ipotek koyduğu bir taşınmaz malın satışı için Mahkemeye müracaat etti – Bu taşınmaz mal üzerinde yapılan inşaatta daireler bulunmaktaydı ve bu daireler Müstedilere satılmıştı – Müstediler, 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 21. maddesine uyun olarak sözleşmeleri Tapu Dairesine yatırdılar – Müstediler Davacının, Davalılar aleyhine açmış olduğu davaya Ek Davalı olarak katılmak için Mahkemeye mürcaatta bulundular – Davacı, Ek Davalıların davaya katılmasına itiraz etti – İlk Mahkeme yapılan müracaatı kabul ederek, Ek Davalıların davaya katılmasına karar verdi – Bu karara karşı Davacı Yargıtaya başvurdu – Yargıtay, bir davaya Ek Davalıların katılması konusundaki ilkeleri inceledi – Hangi hallerde Ek Davalıların davaya katılabileceğine ilişkin değişik görüşler üzerinde durdu ve bunlara göre Ek Davalıların davaya katılmaya hakları olduğu kanısına vararak istinafı reddetti.

***Ek davalı** – H.M.U.T Emir 9, nizam10 – Bir davaya Ek Davalı katılmasına ilişkin ilkeler – İlgili olma ilkesi – Gerekli olma ilkesi – Katılmak isteyen şahsın haklarının doğrudan doğruya etkilenmesi ilkesi – Davaya ekleme konusunda mahkemenin takdir yetkisi olması.*

<u>*Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:*</u>

1- *Yargıtay/Hukuk 26/1978.*
2- *Yargıtay/Hukuk 19/2012 – D.38/2014.*
3- *Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd. (1956)I All E.R. s.279..*
4- *Fire Auto and Marine Insurance Co. Ltd. v. Greene (1964 2 QB, (1964)2All ER. S.761.*
5- *Gurtner v. Circuit (1968) 1 All ER. S.332.*

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

1- *The Supreme Court Practice, 1970 I, s. 166, 169, 170,171.*
2- *Annual Practice 1955, s.251.252.*

KARAR

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Gülden Çiftçioğlu okuyacaktır.

Gülden Çiftçioğlu: Huzurumuzdaki istinaf, Müstedi No.1-8'in (Aleyhine İstinaf Edilen) dosyalamış oldukları 20.9.2010 tarihli ihbarlı istida ile Lefkoşa Kaza Mahkemesinde ikâme edilmiş olan, 2943/2010 sayılı davaya, Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü (HMUT) Emir 9 Nizam 10 tahtında, Ek Davalı (Co-Defendant) olarak eklenmeleri hususunda yaptıkları taleplerin kabul edilerek, bu doğrultuda verilen 23.12.2011 tarihli emire karşı, Davacı/ Müstedialeyh (İstinaf Eden) tarafından yapılmıştır.

İSTİNAFA İLİŞKİN OLGULAR

Davacı Banka, Lefkoşa Kaza Mahkemesinde, Davalı No.1-5 aleyhine (istinafa dahil edilmemiştirler), 27.10.2010 tarihinde bir dava ikâme ederek, Davalıların muhtelif tarihlerde Davacıdan aldığını ve muaccel olduğunu iddia ettiği borçlara karşılık olarak, Davalılardan müştereken /veya münferiden 167.385,77 stg; mezkur meblağ üzerinden Talep Takririnin 7 (b) paragrafında belirtilen oranda faiz ve ek listede tafsilatı verilen Davalı No.1'in kayıtlı mal sahibi bulunduğu ve dava konusu borca teminat olarak Davacı Banka lehine ipotekli bulunan gayrimenkullerin ve ayrıca Davalı No. 5'in Talep Takririnde

gösterilen gayrimenkullerdeki haklarının aleni müzayede ile satılarak, mezkur satıştan elde edilecek meblağların, Davalıların dava konusu borçlarına ve dava masraflarına mahsup edilmesi için hüküm veya emir talep etmiştir.

Davalı No.1,3,4,5, aleyhlerindeki davaya, 6.6.2011 tarihinde Müdafaa Takriri dosyalamışlardır.

Davalı No.2 ise, Müdafaa Takririni, istinafın dosyalanmasından sonra 20.2.2014 tarihinde dosyalamıştır.

Müstedi No. 1-8 ise, 20.9.2010 tarihinde bir ihbarlı istida dosyalayarak, yukarıda sayısı verilen davaya sırası ile Ek Davalılar olarak dahil edilmeleri hususunda Mahkemeden bir emir talep etmişlerdir.

Müstedi No.3 ihbarlı istidaya ekli yemin belgesinde, sair şeyler meyanında, konunun bilgisi dahilinde olduğunu, kendisi ve diğer Müstedilerin, Davalı No.1 Şirketin Mağusa'daki 4386 kayıt numaralı taşınmaz mal üzerinde inşaa ettirdiği otel- rezidansdan daire satın aldıklarını, satın almış oldukları dairelerin satış sözleşmelerini Tapu Dairesinde Satış Sözleşmesi (SS) olarak kaydettirdiklerini, daha sonra, Müstedilerin onayı olmaksızın, üzerinde engelleri olan 4386 kayıt numaralı taşınmaz malın ifraz edilerek 71 koçana ayrıldığını, bu taksimat sırasında, Davacı lehine verilen ipoteklerinin kaldırıldığını, ifrazdan sonra bazı koçanların başka alıcılara devredilerek geri kalan mallar üzerine ipoteklerin tekrar eski tarihli olarak konduğunu, bu işlemler yapılırken kendilerinin onay veya rızalarının alınmadığını, yapılan işlemin gayriyasal olduğunu, kendilerinin tescil ettirdikleri SS'ler mal üzerinde dururken ne malın devredilebilir, ne de mal üzerine ipotek konabilir olduğunu iddia etmiştir. Müstedi No.3 yemin belgesinde ayrıca, Davacının, ikâme ettiği işbu dava ile, Müstedilerin satın alıp sözleşmelerini kaydettirdiği taşınmaz

malların satışını ve satıştan elde edilecek paranın davadaki talebine mahsup edilmesini talep ettiğini, dava konusunun bir kısmının kendilerinin satın aldığı daireler olduğunu, verilecek kararın kendilerini de etkileyeceğini ve menfaatlerine halel getireceğini belirterek, Mahkemenin adil ve doğru bir karar verebilmesi için, kendilerini de dinlemesi gerektiği cihetle, davaya Ek Davalılar olarak dahil edilmeyi talep ettiklerini iddia etmiştir.

Davalı No. 1 – 5 bu müracaata karşı herhangi bir itirazname dosyalamış değildir.

Davacı ise, bu müracaata karşı itirazname dosyalamıştır. Davacı, itiraznamesine ekli yemin belgesinde, sair şeyler meyanında, Ek Davalı olarak eklenmek istenen Müstedilerin yaptıkları iddialarının bu dava ile hiçbir alakası olmadığını, bu dava ile Müstedilerin yasal haklarının hiç bir şekilde etkilenmediğini, Davalı No. 1 ile yapmış olabilecekleri herhangi bir anlaşma veya işlem sonucunda Davalı No.1 aleyhine yapmaya hakları olan herhangi bir talebin bu dava ile ellerinden alınmış olmayacağını, Ek Davalı olarak dahil edilmek istenen şahsın ticari veya maddi açıdan etkilenmesinin yeterli olmadığını, o şahsın yasal haklarının dava ile doğrudan etkilenmiş olması gerektiğini, ipoteğin kaldırılmadığını, sadece ipoteğe tabi kalması şartı ile, tek koçan olan gayrimenkulün ifrazına, ayrı koçanlara bölünmesine izin verilmiş olduğunu, ifraz edilmiş koçanların aynı ipotekle yükümlü bırakıldığını, Müstedilerin Tapu Dairesine yatırmış oldukları iddia edilen satış senetlerinin sadece kendi dairelerinin satışını engellediğini, Davacının, bu davada, Müstediler aleyhine herhangi bir dava sebebinin veya talebinin olmadığını, Müstedilerin, Davalılardan olabilecek herhangi bir talebinin ise bu dava ile bağlantısının olmadığını ve bu bağlamdaki bir talebin tamamen farklı bir dava sebebi teşkil ettiğini, Müstedilerin Ek Davalı olarak eklenmesi halinde bu

davaya farklı bir dava sebebinin eklenmiş olacağını, böylece bunun gereksiz yere zaman kaybına sebebiyet vereceği gibi, Davacıyı veya tarafları mağdur edeceğini iddia etmiştir.

İstida dinlenmeye başlamadan önce, Davalı No. 1,2,3,4,5'in Avukatları, Müstedilerin davaya Ek Davalı olarak eklenmesine herhangi bir itirazları olmadığı beyanını yapmışlardır.

İstidanın dinlenmesi esnasında, Müstediler adına Müstedi No.5, Davacı adına da Hukuk İşleri Şefi Hakkı Gürkaynak şahadet vermiş olup, yemin belgelerindeki iddiaları tekrarlamışlardır.

İstidanın dinlenmesi esnasında Davacı ve Müstediler Avukatları, aşağıdaki olguları ihtilafsız olgu olarak kayda geçirmiştirler:

A- Müstedilerin tümü, Davalı No.1'e ait dairelerin satış bedellerini bir tamam ödemişlerdir.

B- Davalı No.1 adına kayıtlı bulunan 4386 koçan numaralı taşınmaz mal, Davacı Bankaya ipotek verildiği esnada, koçanda tarla olarak beyan edilmişti.

C- Müstediler ile Davalı No.1 arasında yapılan satış sözleşmelerinde, taşınmazın ipotekli olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, daha sonra taşınmazın ifraz edilerek, müstakil koçanlara dönüştürüleceği beyan edilmekte idi.

D- Müstediler, satış sözleşmelerinden sonra, 38/2007 sayılı Emlâkçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 21. maddesi altında sözleşmeleri tapuya kaydettirmiştirler.

E- Müstedilerin sözleşmelerini tapuya kaydından sonra, Davalı No.1'in talebi ve Davacının onayı ile, ilgili Mağusa Tapu Dairesi, 4386 koçan numaralı taşınmazın ifrazını yaparak otel ve dairelerle ilgili müstakil koçan ısdar etmiş ve Davacı lehine olan ipoteğin aynen tüm müstakil koçanlar üzerinde yürütülmesi veya devam etmesini sağlamıştır.

F- Davalı No.1'in talebi ve Davacının onayı ile, taşınmazın bulunduğu projeden daire alan Müstediler dışında bazı kişilere, ipotek kaldırılarak, müstakil koçanların adlarına intikal etmesi sağlanmıştır. Bu kişilerin tümü, satış bedellerinin tümünü veya bir kısmını Davalı No.1'in borcuna yatırılmak üzere, Davacı Bankaya ödemiştir.

Alt Mahkeme ise kararında, Müstedilerin Ek Davalı olarak davaya dahil olmamaları halinde herhangi bir hukuki iddia ileri süremeyecekleri ve bu bağlamda, verilecek karardan menfaatlerinin etkileneceği hususunda bulgu yaparak, takdir hakkını, Müstedilerin davaya Ek Davalı olarak eklenmeleri hususunda kullanıp, İstidanın (A) paragrafı gereğince emir vermiştir.

İSTİNAF SEBEPLERİ VE TARAFLARIN ARGÜMANLARI

İstinaf Eden/Davacının İstinaf İhbarnamesindeki istinaf sebepleri şöyledir:

1- Müstedilerin ne Davacı aleyhine ne de Davalılar aleyhine taleplerinin ne olduğu hususunda, istida ve yemin belgesinde, hiçbir bilgi veya iddia yer almamakla birlikte, Muhterem Bidayet

Mahkemesi, Müstedilerin Ek Davalı olarak davaya dahil edilmelerine emir vermekle hata etmiştir.

2- Muhterem Bidayet Mahkemesi, Müstedilerin iddialarında haklı olması halinde dava konusu ipoteklerin geçersiz olabileceğine, ancak bu safhada bu konuda kesin karar verilemeyeceğine karar verdikten sonra, bu hususu Müstediler lehine değerlendirmekle hata etmiştir.

3- Müstedilerin bu istidaya ekli bir Mukabil Talep Takriri ile taleplerini teker teker açıklamaları gerekmesine ve istidanın usulen eksik olmasına rağmen, şekil yönünden bu istida ile emir verilemeyeceği iddiasına itibar etmemekle hata etmiştir.

4- Muhterem Bidayet Mahkemesinin hukuken geçersiz olan sözleşmelere dayanarak takdir hakkını Müstedilerin lehine kullanması hata olmuştur.

5- Muhterem Bidayet Mahkemesi, satış sözleşmelerinden önce mevcut olan ipoteğin, ifrazdan sonra sakat olma ihtimaline dayanarak, Müstediler lehine karar vermekle hata etmiştir.

Davacı Avukatı istinaftaki hitabını yaparken, istinaf sebeplerini iki başlığa ayırmıştır. Birinci başlık altında 1. ve 3. istinaf sebeplerine değinirken; Müstedilerin uyguladığı prosedürün veya usulün yanlış olduğunu iddia ederek, Ek Davalıların istida ve yemin belgesinde, gerek Davacı gerekse Davalılar aleyhine taleplerinin ne olduğu hususunda hiçbir bilginin verilmediğini, yemin belgesine Ek Davalıların taleplerinin ne olduğunu belirten bir takririn hazırlanıp eklenmesi gerekirken, bunun yapılmamasına rağmen, Alt

Mahkemenin, Müstedilerin Ek Davalı olarak davaya dahil olmaları hususunda emir vermekle hata ettiğini iddia etmiştir.

Davacı Avukatı istinaftaki hitabında, 2,4 ve 5. istinaf sebeplerini ise ikinci başlık altında toparlayarak, özetle: Ek davalı prosedürünün uygulanması için gerekli kriterlerlerin mevcut olduğuna dair mahkeme huzurunda yeterli şahadet olmadığını, şahadet eksikliğinin Müstediler aleyhine değerlendirilmesi gerekirken Müstediler lehine değerlendirildiğini, Alt Mahkemenin takdir hakkını yanlış kullandığını iddia etmiştir. Bu bağlamda, Davacı Avukatı, ek davalı prosedürünün uygulanması durumunda, sadece Davacıya müşkülat doğacağını, başka birine fayda sağlamayacağını iddia etmiştir.

Müstediler Avukatı ise istinaftaki hitabında, özetle: Bu dava altında, ipotekli malın satışına emir verilmesi durumunda, verilecek bu hükümden Müstedilerin yasal haklarının ve cebinin etkileneceğini belirterek, Mahkemenin takdir yetkisini bu kişilere söz hakkı vermekten yana kullandığını, Alt Mahkemenin takdir hakkını, yanlış, hatalı veya usulsüz kullanmadığı müddetçe Yargıtayın buna müdahale etmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Müstedi Avukatı istinaftaki hitabında ayrıca, Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 21. maddesi tahtında, Yasanın Müstedilere verdiği hakkın ihlâl edilerek ipotek işleminin yapıldığını, Müstedilere söz hakkı verilmesi durumunda kendilerini ilgilendirdiği oranda ipoteğin geçersiz olacağını iddia edeceklerini, Müstedilere söz hakkı verilmeyip, gayrimenkulün tümü ile ilgili satış hükmü çıkması durumunda, tüm parasını ödedikleri ve ilgili Yasadan faydalanarak sözleşmesini Tapuya yatırdıkları dairelerin satılacağını, kendilerine söz hakkı verilirse Davacı ile Davalı No. 1 arasındaki işlemin

yasal olarak geçerli olup olmadığının, ipotek yürütme işleminin yeni bir ipotek mi yoksa eski bir ipotek mi olduğunun şahadet ile ortaya konacağını, hukuki prensipler ve mahkeme huzurundaki olgusal şahadet ışığında, Alt Mahkemenin takdir hakkını, Ek Davalıların davaya eklenmesi noktasında kullanmakla hata yapmadığını ileri sürmüştür.

MESELENİN HUKUKİ VE OLGUSAL AÇIDAN İRDELENMESİ

Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nün, davaya davacı veya davalı eklenmesine olanak veren kuralı Emir 9 Nizam 10 olup, ilgili kısmı şöyledir:

".....**İşlemin herhangi bir aşamasında mahkeme veya yargıç, taraflardan birinin başvurusu üzerine veya böyle bir başvuru yapılmaksızın, haklı göreceği şartlarla, sebep veya meselenin kapsadığı tüm sorunlar üzerinde mahkemenin tam ve etkili bir biçimde karara varabilmesini sağlamak amacıyla davada taraf olmaları gereken veya mahkemede hazır bulunmaları gerekli görülen davacı veya davalıların davaya eklenmesine emir verebilir."**

Yukarıdaki altından görüleceği üzere, Emir 9 Nizam 10 tahtında davaya taraf ekleme, taraflardan birisinin başvurusu üzerine veya davada taraf olmayan bir kişinin başvurusu üzerine veya mahkeme tarafından resen yapılabilmektedir.

Davaya yeni taraf eklenmesi ile ilgili emir verip vermeme hususunda, mahkemenin geniş takdir yetkisi mevcuttur.

Ancak mahkeme, Emir 9 Nizam 10 tahtında takdir yetkisini kullanırken, içtihat kararları ile yerleşmiş olan genel prensiplere uygun olarak hareket etmek zorundadır. Mahkeme ayrıca, takdir yetkisini adil olarak kullanmalıdır.

Davaya yeni taraf ilâve etmek, yeni masrafa yol açıp, yeni şahadet gerektirebilmesine rağmen, bu hususlar, yukarıdaki kuralın verdiği yetkinin mahkemeler tarafından kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak, davacıya ciddi sıkıntılar verecekse, talep edilen emrin verilmesi reddedilebilir **(Bkz: The Supreme Court Practice 1970 I, s. 166).**

HMUT Emir 9 Nizam 10 tahtında davaya yeni taraf eklemeyi genel olarak irdeledikten sonra, bu safhada, davaya, Davacının arzusu hilâfına Davalı eklenmesi ile ilgili prosedürü irdelemek, huzurumuzdaki meseleyi karara bağlamak açısından uygun olacaktır.

HMUT Emir 9 Nizam 10 tahtında, davaya taraf olmayan bir şahıs, davacının arzusu hilâfına ya davalının başvurusu üzerine ya da davaya taraf olmayan şahsın başvurusu üzerine veya istisnai ve elzem durumlarda mahkemenin kendi insiyatifi ile davaya davalı olarak eklenebilir **(Bkz: The Supreme Court Practice 1970 I, s.169).**

Bilindiği üzere, HMUT Emir 9 Nizam 10'un mehazı, İngiltere'deki **1883 Rules of Supreme Court Order 16 rule 11'**dir **(Bkz: Annual Practice 1955 s. 251,252).** Bu hükmün, gerek **1962 Rules of Supreme Court (Rev) (RSC 1962)** gerekse **1965 Rules of Supreme Court (Rev) (RSC 1965)'**daki muadili ise esas itibarı ile maddi değişiklik ihtiva etmemekle birlikte o güne değin mevcut uygulamayı içeren **Order 15 rule 6'**dır.

Order 15 r 6 (2) b) ise şöyledir:

".....order any person who ought to have been joined as a party or whose presence before the court is necessary to ensure that all matters in dispute in the cause or matter may be effectually and completely determined and adjudicated upon be added as a party."

İngiliz Mahkemeleri tarafından 1968 yılına kadar verilen içtihatlar irdelendiğinde, bu içtihatlara göre; mahkemenin, bir şahsın bir davaya dahil olmasına izin verip vermeme hususundaki takdir hakkını kullanırken, göz önüne alması gereken kriterlerin başında, Davaya müdahil olmak isteyen şahsın, ihtilaf konusu ile ilgisi **(interest)** olması kriterinin geldiği görülmektedir. Diğer bir kriter ise, davaya taraf olmasının veya mahkeme huzurunda hazır olmasının gerekli **(necessary)** olması kriteridir **(Bkz: The Supreme Court Practice 1970 I, s.170).**

Gerekli **(necessary)**olmanın yorumu ise, **Amon v. Raphael Tuck and Sons Ltd. [1956 I All ER s. 279]** davasında yapılmıştır. Buna göre, "**gerekli**" olmak, kısaca, **o taraf olmaksızın, mesele ile ilgili tüm sorunların etkili ve tamamı ile halledilememesidir.**

Yine İngiliz Mahkemeleri tarafından 1968 yılına kadar verilen içtihatlar irdelendiğinde, bu içtihatlara göre, bir mahkemenin, bir şahsın, bu bağlamda ek davalının bir davaya dahil olmasına izin verip vermeme hususundaki takdir hakkını kullanırken göz önüne alması gereken diğer bir kriterin, Davacının talep ettiği emrin, davaya dahil olmak isteyen şahsın yasal haklarını doğrudan etkilemesi gerektiğine ilişkin kriterin olduğu görülmektedir.

Bu hususta; **Amon v. Raphael Tuck and Sons Ltd. (supra s.290)** davasında şöyle denmektedir:

"....I think that the test is: "May the order for which the plaintiff is asking directly affect the intervener in the enjoyment of his legal rights?"

Benzeri görüş daha sonra, **Fire Auto and Marine Insurance Co. Ltd. v. Greene ([1964] 2 QB; [1964]2 All ER s.761)** kararında tekrarlanmıştır.

Öte taraftan, bir davaya ek davalı eklenmesi hususunda, mahkemenin takdir hakkını kullanırken uygulayacağı **"Davacının talep ettiği emrin davaya dahil olmak isteyen şahsın yasal haklarını doğrudan etkilemesi gerektiği"** kriteri 1968 yılında **Lord Denning** tarafından verilen **Gurtner v. Circuit** kararında **([1968]I All ER s.332'de)**geniş ölçüde yenilenmiştir.

Lord Denning, Gurtner v. Circuit kararında **(supra s.332),** gerek **Amon v. Raphael Tuck & Sons Ltd.** gerekse **Fire Auto and Marine Insurance Co. Ltd. v. Greene** kararında, **Order 16 rule 11** ile ilgili olarak, dar bir yorum tarzının benimsenmesini eleştirmiştir.

Lord Denning, Gurtner kararında **(supra s. 332)**, yukarıdaki nizam ile ilgili olarak yapılan dar yorum ile hemfikir olmadığını, geniş bir yorum tarzı benimsemeyi tercih ettiğini vurgulayarak, şöyle demiştir:

".....He thought that the rule should be given a narrow construction.....I am afraid that I do not agree with them.I prefer to give a wide interpretation to the rule..... It seems to me that, when two parties are in dispute in an action at law and the determination of that dispute will directly affect a third person in his legal rights or in his pocket, in that he will be bound to foot the bill, then the court in its discretion may allow him to be added as a party on such terms as it thinks

fit. By so doing, <u>the court achieves the object of the rule.It enables all matters in dispute "to be effectually and completely determined and adjudicated upon" between all those directly concerned in the outcome".</u>

Yukarıdaki alıntıda özetle: İki taraf bir hukuk davasında ihtilaf halinde olduğu zaman ve o ihtilâf ile ilgili olarak verilecek karar, davaya davalı olarak eklenmek isteyen şahsın yasal haklarını veya cebini doğrudan etkileyecekse, mahkemenin, uygun göreceği şartlarla, bu şahsın davaya eklenmesine izin vermeye takdir yetkisinin olduğu, bu yetkinin kullanılması ile mahkemenin kuralın içerdiği amacı yerine getireceği, bu bağlamda, sebep veya meselenin kapsadığı tüm sorunlar üzerinde mahkemenin tam ve etkili biçimde karara varabilmesine imkan sağlayacağı vurgulanmıştır.

Nitekim **Y/H 26/78**'de, **Lord Denning'in** yukarıda vurgulanan aynı yorum tarzı benimsenerek, davanın neticesinin, davaya müdahale etmek isteyen şahsın sadece yasal haklarını değil, cebini de direkt etkileyeceği hallerde, bu şahsın davaya ek davalı olarak katılmasına izin vermeye mahkemenin takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir.

Bu safhada, yukarıdaki hukuki durumu göz önüne alarak Davacının 1. ve 3. başlık altında sıralanan istinaf sebeplerini birleştirerek irdeleyelim:

Davacı Avukatı, gerek Alt Mahkemede, gerekse İstinaf Mahkemesinde, Ek Davalının taleplerinin ne olacağı hususunda istida ve yemin belgesinin yetersiz olduğundan ve Müstedilerin taleplerinin ne olduğu hususunda yemin belgesine herhangi bir layiha eklememesinden yakınarak, şeklen bu istida ile emir verilemeyeceğini iddia etmiştir.

Müstedilerin istidalarına ekli yemin belgelerinin 4. paragrafı irdelendiğinde, Müstedilerin; Davacının davasında, Müstedilerin satın aldığı ve sözleşmelerini kaydettirdikleri taşınmaz malların satışının yapılarak elde edilecek paranın Davacının talebine mahsup edilmesini talep ettiğini, dava konusunun bir kısmının kendilerinin satın aldıkları daireler olduğunu ve verilecek kararın kendilerini etkileyip menfaatlerine halel getireceğini, Mahkemenin adil ve doğru bir karar verebilmesi için, Müstedileri de dinlemesinin gerekli olduğunu iddia ettikleri görülmektedir.

Alt Mahkeme ise kararında (Mavi 96) şöyle demiştir:

"**Bu bağlamda yukarıdaki hukuki prensipleri mesele ile ilgili değerlendirdiğimde, Davacının Müstedilerle ilgili dava açmaya mecbur olmaması nedeniyle aleyhlerine dava açmaması, buna rağmen Müstedilerin işbu istida ile bir başvuru yaparak, bu davadan mülkiyet haklarının, menfaatlerinin veya ceplerinin direkt olarak etkileneceği iddialarını ileri sürmesi neticesinde yukarıda yapmış olduğum tespitler nihayetinde takdir hakkımı Müstedilerin Ek Davalı olarak davaya eklenmeleri hususunda emir vermeyi uygun görmekteyim.**"

Bu safhada irdelenmesi gereken; Müstedilerin Davacı aleyhine mevcut olması halinde taleplerinin ne olacağını istida ve yemin belgelerinde belirtmelerinin gerekli olup olmadığı yanında, Müstedilerin yemin belgelerine, taleplerinin ne olduğu hususunda herhangi bir Mukabil Talep Takriri eklemekle usûlen yükümlü olup olmadıklarıdır.

Bu hususta karara varırken, HMUT Emir 9 Nizam 10'un İngiltere'deki muadil maddesinin usüle ilişkin paragrafının irdelenmesi yanında, Emir 9 Nizam 10 altında ek davalı eklenmesine emir verilmesi üzerine izlenecek

usûlün ne olduğunun da irdelenmesi, bu bağlamda **HMUT Emir 9 Nizam 10** ile **11**'in birlikte ele alınması önem taşımaktadır.

HMUT Emir 9 Nizam 10'un gerek **1962 Rules of Supreme Court (Rev) (RSC 1962)**'daki gerekse **1965 Rules of Supreme Court (Rev) (RSC 1965)**'daki muadil maddesi olan **Order 15 Rule 6**'nın usüle ilişkin **3. Paragrafı** şöyledir:

"An application by any person for an order under paragraph (2) adding him as a defendant must, except with the leave of the Court, be supported by an affidavit showing his interest in the matters in dispute in the cause or matter".

Yukarıdaki paragrafa göre, davalı olarak eklenmek isteyen şahsın başvurusu, mahkemenin izni haricinde, yemin belgesi ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu yemin belgesinde ise davaya dahil olmak isteyen kişi mesele ile ilgisini **(interest)**ortaya koymak zorundadır **(Ayrıca Bkz: The Supreme Court Practice 1970 I, s. 171).**

Emir 9 Nizam 10'nun daha önce de vurgulanan ilgili kısmına göre:

".....İşlemin herhangi bir aşamasında mahkeme veya yargıç, taraflardan birinin başvurusu üzerine veya böyle bir başvuru yapılmaksızın, haklı göreceği şartlarla, sebep veya meselenin kapsadığı tüm sorunlar üzerinde mahkemenin tam ve etkili bir biçimde karara varabilmesini sağlamak amacıyla davada taraf olmaları gereken veya mahkemede hazır bulunmaları gerekli görülen davacı veya davalıların davaya eklenmesine emir verebilir.....Bir davaya, adı yukarıda öngörüldüğü biçimde davalı sıfatıyla eklenen tüm taraflara, bu Emrin 11. Nizamında öngörüldüğü biçimde, veya özel bir emirle belirtilecek biçimde

bir celpname veya ihbarname tebliğ edilir ve bu gibi taraflar aleyhindeki işlem, ancak sözü edilen celpname veya ihbarnamenin tebliğ edilmesi üzerine başlamış sayılır.

Emir 9 Nizam 11'e göre, bir davaya davalı eklenmesi halinde, celpnamede gerekli değişiklik yapılır ve davacı, mahkeme veya yargıç tarafından başka türlü emredilmedikçe, celpnamenin değiştirilmiş şekliyle bir suretini dosyalar ve değiştirilmiş şekliyle celpnameyi veya değiştirilmiş celpname ısdar edildiğini bildiren ihbarnameyi, ilk davalılara yapıldığı biçimde yeni davalıya tebliğ eder ve yargı işlemi, yeni davalı davaya başlangıçtan taraf yapılmış gibi devam ettirilir.

Yukarıdaki nizamlara göre:

1- Mahkeme, bir davaya davalı eklenmesi hususunda emir vermesi durumunda, davacı celpnamede gerekli değişikliği yapıp, celpnamenin değiştirilmiş şekliyle bir suretini dosyalayacaktır.
2- Davacı değiştirilmiş şekliyle celpnameyi veya celpname ısdar edildiğini bildiren ibarnameyi, ilk davalılara yapıldığı biçimde yeni davalıya tebliğ edecektir.
3- Yargı işlemi yeni davalı davaya başlangıçtan taraf yapılmış gibi devam ettirilecektir.

Diğer yandan, **Amon v. Raphael Tuck kararında (supra s. 277),** davacının, arzu etmesi halinde, tadil edilmiş celpnamede, ek davalı aleyhine dava sebebi varsa gösterebileceğini ve daha sonra talep takririnde de bunların ayrıntılarını vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine aynı kararda, ek davalının ise, ek davalı isteminden vazgeçebileceği ve bu bağlamda derhal ek davalı olarak aleyhine herhangi bir dava sebebi olmadığını iddia ederek, adının

celpname ve talep takririnden ihracını **(strike out)** talep edebileceği ifade edilmiştir. Aynı kararda **(Amon, supra s.277)**, bununla birlikte davacının, davaya ek davalı olarak dahil edilmek istenen kişi aleyhine kendisinin dava sebebi olmadığı kanaatinde olsa dahi, ilgili kişinin davaya ek davalı olarak dahil edilebileceği, ek davalının ise davacı aleyhine mukabil talebinin de olabileceği vurgulanmıştır.

Yukarıdaki mevzuat ve alıntı yapılan içtihatları özetlediğimizde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Davaya ek davalı olarak dahil edilmeyi talep eden kişinin, davacı aleyhine, mevcut olması durumunda taleplerinin ne olduğunu yemin belgesinde belirtmesi gerekmemektedir.
- Benzer şekilde, davalının, ileride davacı aleyhine dosyalaması muhtemel mukabil talep takririni de yemin belgesi ile birlikte dosyalaması gerekmemektedir.
- Davaya ek davalı olarak dahil edilmeyi talep eden kişi, istidasına bağlı yemin belgesinde, ihtilaf konusu ile ilgisini **(interest)** ve sebep ve meselenin kapsadığı tüm sorunlar üzerinde mahkemenin tam ve etkili bir karara varabilmesine olanak sağlamak amacıyla, davada taraf olmasının veya mahkeme huzurunda hazır olmasının gerekli **(necessary)**olduğunu ve bu bağlamda, davanın neticesinin veya davacının talep ettiği emrin, yasal haklarını veya cebini doğrudan etkileyeceğini ortaya koyması gereklidir.
- Mahkeme tarafından emir verilmesini müteakiben, davacının gerekli değişikliği yaparak celpnameyi dosyalamasının ve bunu yeni davalıya (ek davalı) tebliğinin ardından, yargı işlemi, yeni

davalı (ek davalı) davaya başlangıçtan taraf yapılmış gibi devam ettirilecektir. Pek tabiidir ki, davacı arzu etmesi halinde, yeni davalı (ek davalı) aleyhine celpnameye ve bu bağlamda talep takririne dava sebebi ekleyebilir.

- Yeni davalı (ek davalı) da, arzu etmesi halinde davacı aleyhine mukabil talep takriri dosyalayabilir.

Yukarıda belirtilenler ışığında, huzurumuzdaki 1.ve 3.istinaf sebeplerini inceleyip değerlendirdik.

Müstedilerin yemin belgelerinde yer alması gereken yukarıda ifade edilen olguların yer aldığı, Müstedilerin Mahkemeye usülüne uygun istida ve ekli yemin belgesi ile müracaat ettiği görüldüğünden ve ayrıca, Müstedilerin ileride Davacı aleyhine dosyalanması muhtemel Mukabil Talep Takririni yemin belgesine eklemeleri gerekmediğinden, Alt Mahkeme bulgusunda hata etmiş değildir. Bu nedenle 1. ve 3. istinaf sebepleri reddedilir.

Bu safhada, Davacı Avukatının 2,4, ve 5. istinaf sebeplerini irdeleyelim:

Daha önce vurgulandığı üzere, Davacı Avukatı istinaftaki hitabında; 2,4, ve 5. istinaf sebeplerini ikinci başlık altında ele alarak, özetle: Ek davalı prosedürünün uygulanması için gerekli kriterlerle ilgili olarak mahkeme huzurunda yeterli şahadet olmadığını, Alt Mahkemenin takdir hakkını yanlış kullandığını, Müstedilerin iddialarını ispatlamak için gerekli şahadeti sunmadığını ve bu hususun Müstedialeyh aleyhine kullanıldığını iddia etmiştir.

Alt Mahkeme ise kararında, Müstedilerle Davalı No. 1 arasında akdolunan satış sözleşmelerinde Davalı No. 1'in ipotek tesis etmeye hakkı olmakla birlikte, bu hakkın Yasa yürürlüğe girmeden ve ifraz gerçekleştirilmeden önce kullanıldığını; taraflar arasında imzalanan 2.1.2006 tarihli Emare No.1 Satış Sözleşmesinde, Davalı No. 1 satıcının satış konusu taşınmazın alıcıya teslimine kadar konu taşınmazı herhangi bir engele veya ipoteğe maruz bırakmamayı kabul ve taahhüt ettiğini; Emare No. 3 Taşınmaz Mal Araştırma Belgesine göre, 4386 koçan numaralı taşınmazın ifraz edilmesine rağmen ipoteğin yeni koçanlar üzerine işlenip yürütüldüğünü; Müstedilerin istidalarında başarılı olmaları durumunda, taşınmazları üzerine işlenen ipoteklerin geçersizliğinin gündeme geleceğini; böyle bir ahvalde de, taşınmazların adlarına kayıt edilmesinin mümkün olacağını, Ek Davalı olarak davaya eklenmemeleri halinde verilecek karardan etkileneceklerini, bu bağlamda mülkiyet haklarının, menfaatlerinin veya ceplerinin direkt olarak etkileneceğini belirterek, takdir hakkını Müstedilerin davaya Ek Davalı olarak dahil olmaları yönünde kullanmıştır.

Bu safhada irdelenmesi gereken, Müstediler davaya Ek Davalı olarak dahil edilmezlerse ne olacağıdır?

Alt Mahkemenin yaptığı bulguya göre, Müstediler, Ek Davalı olarak davaya eklenmemeleri halinde verilecek karardan etkileneceklerdir. Bu bağlamda, mülkiyet hakları, menfaatleri veya cepleri direkt olarak etkilenecektir.

Nitekim, Davacının Talep Takririnin 7(C) paragrafı, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ihtilafsız olgular ve mahkeme huzurundaki şahadet ve emareler göz önüne alındığında, Müstedilerin, bu davaya, Ek Davalı olarak

katılmamaları durumunda, Müstedilerin Davalı No. 1'den satın alıp satış bedelini ödedikleri dairelerin de içinde bulunduğu ve Davacı Banka lehine ifrazdan sonra da ipotek yürütüldüğü iddia edilen gayrimenkuller açık artırma ile 3. kişilere satılacak ve bunun sonucunda da Müstedilerin doğrudan cepleri etkilenecektir.

Ayrıca, Müstediler meseleye Ek Davalı olarak dahil olmamaları durumunda, Müstedilerin ilk nazarda mevcut olduğunu iddia ettikleri yasal haklarını kullanmaları, bu bağlamda, 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 21 (1) (A) maddesi tahtında ileri sürme hususunda sahip olduklarını iddia ettikleri yasal haklarını kullanmaları doğrudan etkilenecek veya yasal haklarını kullanmaları doğrudan olumsuz olarak etkilenecektir.

Şöyle ki: Müstediler, meseleye Ek Davalı olarak dahil olmamaları durumunda, 38/2007 sayılı Emlakçıların Kayıt ve İşlemleri Yasası'nın 21 (1) (D) maddesi uyarınca, Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, İlçe Tapu Dairesine kaydettirdikleri satış sözleşmeleri tahtında, satışa konu taşınmaz mallar üzerinde Tapu Dairesinde koydukları engel bağlamında, ilgili Yasanın 21 (1)(A) maddesi tahtında, ifrazdan sonra, Davalı No. 1'in Davacı ile anlaşıp, Müstedilerin rızaları alınmadan, tarla üzerindeki ipoteği satışa konu taşınmaz mallar üzerine yürütemeyeceği hususunu iddia etme veya yürütüldüğü iddia edilen ipoteğin geçersizliği hususunu ileri sürme hakları engellenmiş olacaktır. Ayrıyeten, Müstedilerin bu argümanlarında başarılı olmaları halinde de, konu taşınmaz malların koçanını veya mülkiyet hakkını elde etme hakları ellerinden alınmış olacaktır.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilenler ışığında, Müstediler davaya Ek Davalı olarak eklenmeden Davacı lehine hüküm verilmesi durumunda,

Müstedilerin yasal hak ve menfaatleri ve cepleri doğrudan etkilenecektir veya olumsuz olarak etkilenecektir.

Mahkeme huzurundaki ihtilafsız olgular, sunulan şahadet ve emareler göz önüne alındığında, Müstedi No. 1- 8'in, ihtilaf konusu ile ilgisi **(interest)** olduğu ve ayrıca, sebep ve meselenin kapsadığı tüm sorunlar üzerinde Mahkemenin tam ve etkili bir karara varabilmesine olanak sağlamak amacıyla davada taraf olmalarının veya Mahkeme huzurunda hazır olmalarının gerekli **(necessary)** olduğu hususlarında, bu bağlamda, Müstedilerin davaya Ek Davalı olarak eklenmeden Davacı lehine hüküm verilmesi durumunda Müstedilerin yasal hak ve menfaatlerinin ve ayrıca ceplerinin doğrudan etkileneceği hususunda bulgu yapabilmek ve takdir hakkını Müstedilerin Ek Davalı olarak davaya eklenmeleri hususunda kullanmak için Alt Mahkeme huzurunda yeterli ihtilafsız olgu, emare ve şahadet mevcuttu.

Alt Mahkeme huzurunda, böyle bir emir verilmesi durumunda Davacının ciddi sıkıntılara düçar olacağı hususunu kanıtlayıcı mahiyette şahadet yokluğunda, talep edilen emri vermesi hatalı değildir.

Yargıtay, Yargıcın takdir hakkına, hatalı davrandığı veya yanlış prensip uyguladığı konusunda tatmin olmadıkça müdahale etmez **(Bkz: Y/H 19/2012 D. 38/2014).**

Alt Mahkeme, huzurundaki mevcut ihtilafsız olgu, emare ve şahadet ışığında, Müstedilerin istidasını kabul etmek ve takdir hakkını Müstedilerin davaya Ek Davalı olarak dahil olmaları yönünde kullanmakla hata yapmış değildir.

Yukarıdaki gerekçeler ışığında, Davacının 2, 4,ve 5. istinaf sebepleri de reddedilir.

SONUÇ

Yukarıdaki gerekçeler ışığında istinaf reddedilir. Meselenin kendine has olguları çerçevesinde, istinaf masrafları ile ilgili herhangi bir emir verilmez.

Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç	Gülden Çiftçioğlu Yargıç

19 Ocak 2015

D. 2/2015 Yargıtay/Hukuk 133/2011
(Lefkoşa Dava No: 4303/2010)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

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

İstinaf eden: Hüseyin Hasan Müezzin, Kızılbaş , Lefkoşa
(Davacı)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: Ülker Hüseyin, Marmara Bölgesi- Lefkoşa
(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına Avukat Süleyman Dolmacı
Aleyhine istinaf edilen namına Avukat Boysan Boyra

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Yargıcı Fatma Şenol'un 4303/2010 sayılı davada 21.10.2011 tarihinde verdiği karara karşı Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı ile Davalı arasında görülen boşanma davasında, Davacı lehine ve Davalı aleyhine boşanma kararının yanısıra tazminat ve nafaka için emir verildi – Davacı bu karara karşı istinaf dosyaladı ve İstinaf Mahkemesi nafaka emrini iptal etti – Davacı, bunun üzerine Davalıdan karar tarihine kadar ödediği nafakaların iadesini talep etti – Alt Mahkeme, Yargıtayın nafaka emrini iptal eden kararının geçmişe dönük olmadığını dolayısıyla ödenmiş paraları geri talep edemeyeceğini belirten bir karar verdi – Davacı bu kararı istinaf etti – Yargıtay, önceki Yargıtay kararının ileriye dönük olduğuna dair kararda bir hüküm olmadığını dikkate aldı – Bu nedenle istinafı kabul ederek verilmiş olan geçmiş nafakaların iadesine karar verdi.

Nafaka emri *– Nafaka emrinin Yargıtayda iptal edilmesi – Yargıtay kararına değin ödenmiş olan nafakaların iadesi talebi – Yargıtay kararında emrin ileriye dönük olduğu hususunda bir hüküm olmaması.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:
1- Yargıtay/Hukuk 46/1978.
2- Yargıtay/Aile Hukuku 3/2006 – D.1/2008.

KARAR

Şafak Öneri: İşbu istinafın kararını, Sayın Yargıç Hüseyin Besimoğlu okuyacaktır.

Hüseyin Besimoğlu: Bu istinaf, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin, 4303/2010 sayılı davada 21.10.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılmıştır.

Davacının, Davalı aleyhine Lefkoşa Aile Mahkemesinde ikame ettiği, 135/2003 sayılı dava 6.3.2006 tarihinde sonuçlandı ve bu davada Alt Mahkeme, Davacı ile Davalının boşanmalarına, Davacının Davalıya 50,000TL tazminat, 3,000 sterlin, faiz ve 1.3.2006 tarihinden itibaren ayda 400TL nafaka ödenmesi için hüküm ve emir verdi.

Alt Mahkeme, ayrıca mal paylaşımını inceledi ve Davacı ile Bahar Müezzin'in ½ şar hisse olarak Lefkoşa'da kain D.893 kayıt No.lu malın satılmasına ve ½ hisseye düşen payın satış bedelinin Davalıya ödenmesine emir verdi.

Alt Mahkemenin bu kararı üzerine, Davacı, Yargıtay Aile Hukuk 3/2006 sayılı istinafı dosyaladı. Davacı, dosyaladığı 13.4.2006 tarihli istida ile hükmün icrasının durdurulmasını talep etti. Davalı ise, 12.6.2006 tarihli istida ile nafakanın, Davacının maaşından kesilmek suretiyle Davalıya ödenmesi için emir verilmesini talep etti.

Davacı ve Davalı, Yargıtay Aile Hukuk 3/2006 sayılı istinafı dikkate alarak, Davacının Davalıya 400TL nafaka ödemesine, birikmiş ve ödenmeyen nafakaların 300TL'den ödenmesine, nafaka ile ilgili emrin Yargıtay tarafından değiştirilmesi halinde ödenmiş olan nafakaların iadesi konusunda anlaşma sağladılar ve her iki istidayı geri çektiler.

Yargıtay Aile Hukuk İstinaf 3/2006 (D.No.1/08) 25.12.2008 tarihinde sonuçlandı.

İstinaf Mahkemesinin kararı üzerine Davalı, 10,000 sterlinin tahsili için, Davacı aleyhine icra işlemi başlattı.

İstinaf Mahkemesinin kararı üzerine, Davacı, istinaf sonuçlanıncaya kadar, Davalıya ödediği 13,900TL nafakanın iadesi için, Davalı aleyhine istinafa konu davayı ikame etti.

Alt Mahkeme, tarafların argümanlarını ve şahadeti inceledikten sonra, Davacının davasını iptal etti.

Bu karar üzerine Davacı, huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

İSTİNAF SEBEPLERİ

1. Muhterem Bidayet Mahkemesi, Yargıtay Aile 3/2006'yı (D.1/08), özellikle bu kararın (hükmün C paragrafı) diye tarif ettiği yoksulluk nafakası ile ilgili değerlendirmeyi ve/veya kararı yanlış yorumladı ve/veya yazıldığı şeklin dışında ve/veya "bugünden itibaren geçerli olmak üzere" ibaresi ve/veya kaydı olmamasına rağmen varmış gibi

kabul etmek ve kararını buna dayandırmakla hatalı hareket etti ve/veya yanlış karar verdi.

2. Muhterem Bidayet Mahkemesi, Yargıtay/Aile 3/2006 (D. 1/08)'deki yoksulluk nafakası ile ilgili olarak verilen hükmün, Yargıtay kararının okunduğu tarihten itibaren olmak kaydıyla iptal edilmiş olduğunu anlamak ve/veya kabul etmekle hatalı hareket etti.

   Muhterem Bidayet Mahkemesi kararı bu şekilde okumak ve/veya yorumlamakla ve buna bağlı olarak da karar tarihinden önce verilen nafaka emrine dokunmadığı, geriye dönük nafakalarda değişiklik veya iptal yönüne gitmediği kararı ve/veya bulgusu yanlış ve/veya hatalıdır.

3. Muhterem Bidayet Mahkemesi, Yargıtay Aile 3/2006 (D.1/08) hükmünde, Mahkeme Başkanının "sonuç itibarı ile" başlayan ve hükmün esasını teşkil eden kısmını gözden kaçırmıştır. Nihai hüküm ve/veya kararda 06/03/2006 tarihli hükmün değiştirildiği ve nafaka ile ilgili emrin iptal edildiği gayet açık ve net bir şekilde yazılmışken mahkemenin , "karar tarihinden itibaren değiştirildi" bulgusu hatalıdır ve /veya diğer 2 Yargıcın çoğunluk kararını gözden kaçırmıştır.

4. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Davacının davasını layıkı veçhile ispat etmediği cihetle davayı reddetmesi ve/veya Davacının davasını kabul etmemesi hatalı ve yanlıştır.

İNCELEME

İstinaf Eden/Davacının argümanlarını dikkate alarak, istinaf sebeplerini bir başlık altında değerlendirmeyi uygun buluruz.

"Yargıtay/Aile Hukuk 3/2006 (D.1/08) sayılı dava ile Alt Mahkemenin yoksulluk nafakası ile ilgili hükmü iptal edilmiş olmasına karşın, Alt Mahkemenin, nafaka emrinin karar tarihinden itibaren iptal edildiği bulgusunu yapması ve Davacının davasını iptal etmesi hatalıdır."

İstinaf Eden/Davacı, İstinaf Mahkemesinin, Alt Mahkemenin nafaka ile ilgili hükmünü iptal ettiğini, iptal tarihine kadar Aleyhine İstinaf Edilen /Davalıya Mahkeme emrine uygun olarak nafakaları ödediğini, İstinaf Mahkemesinin kararı ışığında bu nafakaları geri almaya hakkı olduğunu, Alt Mahkemenin, İstinaf Mahkemesinin kararını yanlış uygulayarak davasını iptal etmesinin hata olduğunu iddia etmektedir.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı ise, İstinaf Mahkemesinin, Alt Mahkemenin nafaka ile emrini karar tarihinden itibaren iptal ettiğini, bu nedenle geriye dönük olarak ödenmiş olan nafakaların iadesinin söz konusu olamayacağını ve istinafın reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Alt mahkemelerin, Yüksek Mahkemenin kararlarını aynen uygulamaları ve Yüksek Mahkemenin verdiği kararlarda işaret edilen ilkeler dışına çıkmamaları gerekir (Gör:Y/H 46/78).

İstinaf Eden/Davacının davasını iptal eden Alt Mahkemenin kararı, aşağıda belirtildiği gibidir:

> **"Bu noktada, Davalının, Yargıtay Ailenin nafaka ile ilgili kısmı değiştirmeyip ortadan kaldırdığına ilişkin iddiasının kanıtlanmadığını, Yargıtay Ailenin nafaka kararında geriye dönük nafakalarla ilgili herhangi bir değişikliğe gitmediğini, karar tarihinden sonraki kısmı iptal ederek nafaka ile ilgili kararı başka bir biçime soktuğu ve değiştirdiği yönünde bulgu yaparım.**
>
> .....

Burdan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay Aile karar tarihinden önce verilen nafaka emrine dokunmamış ve herhangi bir şekilde geriye dönük nafakalarla ilgili değişiklik veya iptal yönüne gitmemiştir." (Mavi 23)

Yargıtay Aile Hukuk 3/2006 (D.1/2008) sayılı davanın kararı ise, aynen aşağıda belirtildiği gibidir:

"Sonuç itibari ile Aile Mahkemesinin 6.3.2006 tarihli hükmünde yer alan tazminat emrinin, nafaka emrinin ve Lefkoşa'da, Kızılbaş Mahallesinde parsel 867 üzerinde kain D.893 kayıt numaralı apartman dairesi ile ilgili emrin iptal edilmelerine, Davacı adında ½ hisse olarak kayıtlı bulunan D.893 kayıt numaralı apartman dairesinin kaydının aynen kalmasına, buna karşılık Davacının Davalıya 10,000 sterlin ödemesine, 6.3.2006 tarihli hükmün yukarıda belirtildiği gibi değiştirilmesine, oy birliği ile karar verilir.

İstinaf masrafları ile ilgili emir verilmez"

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, Alt Mahkemenin nafaka emrini iptal etmiştir.

Nafaka emri iptal edildiğine göre, artık orta yerde uygulanması gerken bir nafaka emri kalmamıştır.

Yargıtay Aile Hukuk 3/2006 (D.1/2008) sayılı İstinaf Mahkemesinin kararını incelediğimizde, kararda, nafaka emrinin istinafın karar tarihinden itibaren iptal edildiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Yüksek Mahkemenin kararına rağmen, Alt Mahkeme, Yargıtay Aile Hukuk olarak oturum yapan Yüksek Mahkemenin kararını dikkate almamakla, kararı yorumlayıp, nafaka emrinin Yüksek Mahkemenin karar tarihinden

itibaren iptal edildiği bulgusunu yapmakla ve bulgu ışığında, İstinaf Eden/Davacının davasını iptal etmekle hatalı hareket etmiştir.

Yukarıda izah edilenler ışığında, İstinaf Eden/Davacı istinaf sebeplerinde başarılı olduğu için, istinafı kabul edilir.

İstinaf Eden/Davacının istinafı kabul edildiğinden, Alt Mahkemenin hükmü iptal edilmeli ve Aleyhine İstinaf Edilen/ Davalı aleyhine, talep takriri gereğince hüküm verilmelidir.

Netice olarak; Alt Mahkemenin, 21.10.2011 tarihli hükmü iptal edilir ve İstinaf Eden/Davacı lehine ve Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı aleyhine şu şekilde hüküm verilir:

"Davacı lehine ve Davalı aleyhine 13,900TL ödenmesi için hüküm verilir."

İstinaf masrafları için emir verilmez.

Şafak Öneri Yargıç	Hüseyin Besimoğlu Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

20 Ocak, 2015

D. 3/2015 Yargıtay/Hukuk :93/2011
(Gazimağusa Dava No:1655/2009)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Hüseyin Besimoğlu,Ahmet Kalkan,Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: 1. Kuzey Kıbrıs Eğitim Vakfı ve/veya DAÜ Vakıf Yöneticiler Kurulu, Gazimağusa.
2. Doğu Akdeniz Üniversitesi ve/veya DAÜ Rektörlüğü, Gazimağusa.
(Davalılar)

- ile -

Aleyhine istinaf edilen: Nesrin Atalay, 31 Bayraktar Yolu, Gazimağusa.
(Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Pınar Güzel
Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Özben Atalay.

Gazimağusa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Düriye Elkıran'ın 1655/2009 sayılı davada, 30.6.2011 tarihinde verdiği karara karşı, Davalılar tarafından yapılan istinaftır.

DAÜ'de Hukuk Danışmanı olarak görev yapan Davacı ile Üniversite as yasal olup olmadığı tartışma konusu oldu ve Davacının açtığı dava sonunda bu sözleşmenin yasal olduğuna karar verildi – Buna rağmen Davacının almağa hak kazandığı kıdem tazminatı hesaplanırken 5. sözleşme dikkate alınmadı ve Davacının fiilen çalıştığı süreye göre tazminat hesaplandı – Üniversite yasal faizi de fiilen çalıştığı süreyi dikkate alarak hesapladı – Davacı, kendisine eksik ödeme yapıldığı iddasıyla Üniversite aleyhine dava açtı – İlk Mahkeme fiilen çalıştığı tarih değil yasal olarak sözleşmeye hak kazandığı tarihi dikkate alarak kıdem tazminatı ve faizi hesapladı – Üniversite bu kararı istinaf etti –

Yargıtay, kıdem tazminatı ve yasal faizin hesaplanmasında İlk Mahkemenin Davacının işten ayrıldığını ve bu tarihi dikkate almakla hata etmediğini belirterek istinafı reddetti.

Kıdem tazminatı ve yasal faizin hesaplanması *– Davacının çalıştığı fiili sürenin mi yoksa yasal olarak çalışmaya hak kazandığı sürenin mi dikkate alınması tartışması.*

KARAR

Hüseyin Besimoğlu : Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Ahmet Kalkan okuyacaktır.

Ahmet Kalkan : İstinaf Eden/Davalılar Gazimağusa Kaza Mahkemesinin, 30.6.2011 tarihinde, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı lehine verdiği;

A. Davacının 18 günlük maaşı olan 1,349.64 TL meblağ,

B. Davacının 110 aylık kıdem tazminatı tutarı 30,089.40TL,

C. 31,439.04 TL üzerinden 18.4.03'den tamamen tediyeye kadar yasal faiz ve

D. Dava masrafları.

hükmüne karşı 11.8.2011 tarihinde bu istinafı dosyaladı.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR:

İstinaf ile ilgili olgular özetle şöyledir.

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

Davacı, 1.3.1994 tarihinde, Davalılar nezdinde Hukuk Danışmanı olarak çalışmaya başladı.

Davacı ile Davalılar arasında, 1.3.1994 tarihinden 31.12.2002 tarihine kadar, Emare No.1,2,3 ve 4 olarak kayıtlı 4 adet Sözleşme imzalandı. Bunların süreleri şöyledir:

2.3.1994 tarihli Emare No.1 Sözleşme 1.3.1994 – 31.12.1994

29.12.1994 tarihli Emare No.2 Sözleşme 1.1.1995-31.12.1996

18.1.1997 tarihli Emare No.3 Sözleşme 1.1.1997-31.12.1999

17.1.2000 tarihli Emare No.4 Sözleşme 1.1.2000-31.12.2002

Davalı No.1, 13.8.2002 tarihinde yaptığı toplantıda, Davacının işine son verilmesi kararı aldı. Karar aynen şöyledir:

"Vakıf Yöneticiler Kurulu Kararınca, Hukuk Danışmanı Av.Nesrin Atalay ile Doğu Akdeniz Üniversitesi arasında 1.1.2000 tarihinde imzalanmış olan sözleşmenin aşağıdaki gerekçeler ve sözü edilen sözleşmenin 4. maddesine uygun olarak 2 aylık ihbar süresiyle, fesih edilmesine, güvenilirliliği kalmadığından 2 aylık maaşının peşin olarak ödenerek Üniversite ile ilişkisinin derhal kesilmesine oy çokluğuyla"

Konu karar alınmasına rağmen, Davacı çalışmaya devam etti.

Bu kararın alınmasından sonra Davacı ile Davalı No.2 arasında 4.2.2003 tarihli Emare No.5 İstihdam Sözleşmesi imzalandı. Bu sözleşme 1.1.2003-31.12.2005 tarihleri arasındaki süreyi kapsamaktaydı.

17.4.2003 tarihinde, Davalılar, Davacıya Emare No.9 yazıyı göndererek, 31.12.2002 tarihinde sona eren Emare No.4 Hizmet Sözleşmesinin uzatılmamasına karar verildiğini bildirdiler. Yazı aynen şöyledir:

> **"Vakıf Yöneticiler Kurulunun 02-03/13-2 sayılı kararı gereği 13.8.2002 tarih ve 01-02/25-6 sayılı ve 01-02/25-7 sayılı kararlarındaki haklar saklı kalmak kaydı ile 31.12.2002 tarihinde sona eren hizmet sözleşmenizin süresinin uzatılmamasına karar verildiğini, Vakıf Yöneticiler Kurulunun bu kararının tarafınıza bildirilmek üzere ilgili dönemde Rektör olan Sn.Prof.Dr.Özay Oral'a aktarıldığını, ancak her ihtimale binaen görülen lüzum üzerine sözleşmenizin uzatılmadığı kararını ayrıca tarafınıza bildirir, bundan sonraki yaşamınızda başarılar dilerim."**

1.1.2003-31.3.2003 tarihleri arasında Davacının maaşı ödendi, sosyal sigorta ve ihtiyat sandığı yatırımları yapıldı.

Davacının dosyaladığı YİM 62/2003 sayılı davada, Davacı ile Davalılar arasında imzalanan Emare No.4 Sözleşmenin feshedilmesine ilişkin 13.8.2002 tarihli kararın hükümsüz ve etkisiz olduğuna karar verildi. Konu karar YİM/İstinaf 1/2009 sayılı dava ile onandı.

Alt Mahkeme, Davacının 18.4.2003 tarihine kadar çalıştığını belirledikten sonra ilgili hesaplamaları yaparak, Davacı lehine Davalılar aleyhine başlangıçta belirttiğimiz şekilde hüküm ve emir verdi.

<u>İSTİNAF SEBEPLERİ:</u>

Davalılar istinaf ihbarnamesinde 5 istinaf sebebi ileri sürmesine rağmen, hitaplarında istinaf sebeplerini 2 başlık altında toplamışlardır. Buna göre:

1. Muhterem Alt Mahkeme, 4.2.2003 tarihli Sözleşmenin geçerli bir sözleşme olduğuna bulgu yapmakla ve kıdem tazminatı süresini 106 ay üzerinden hesaplamamakla hata etti.
2. Muhterem Alt Mahkeme, yasal faizi 18.4.2003 tarihinden başlatmakla hata etti.

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI:

Davalılar Avukatı istinaftaki hitabında, özetle, 4.2.2003 tarihli Sözleşmenin yasal ve geçerli bir sözleşme olmadığını, Üniversite Yönetim Kurulunun personel istihdam etme yetkisinin bulunmadığını, Rektörün sözleşmeyi yetkisizce imzaladığını, Davacının geçersiz bir sözleşme ile hak elde edemeyeceğini, dolayısıyla Davacının kıdem tazminatının 106 ay üzerinden hesaplanması gerekirken 110 ay üzerinden hesaplanmasının hata olduğunu, bunun yanısıra Davacının alacağına dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekirken, işten durdurulduğu tarihten itibaren yasal faize hükmedildiğini, bunun hatalı olduğunu ileri sürerek, istinafın kabulünü talep etti.

Davacı Avukatı ise hitabında özetle, Davacının 18.4.2003 tarihine kadar çalıştığının YİM 62/2003 ve YİM/İstinaf 1/2009 sayılı kararlar ile sabit olduğunu, Alt Mahkemenin başka türlü bulgu yapmasının mümkün olmadığını, bu nedenle kararın doğru olduğunu, kıdem tazminatının Davacının işten ayrıldığı tarihte ödenmesi gerektiğini, çalışanın alacağını almaya hak kazandığı tarihten itibaren faiz almaya da hakkı olduğunu, bu nedenle Alt Mahkemenin doğru karar verdiğini ileri sürerek, istinafın reddini talep etti.

İNCELEME:

Tarafların iddialarını ve ileri sürdükleri hukuki argümanları inceleyip değerlendirdik.

I. Muhterem Alt Mahkeme, 4.2.2003 tarihli Sözleşmenin geçerli bir sözleşme olduğuna bulgu yapmakla ve kıdem tazminatı süresini 106 ay üzerinden hesaplamamakla hata etti.

Bu meselede Davacının 18.4.2003 tarihine kadar çalıştığı, maaşını aldığı, sigorta ve ihtiyat sandığı yatırımlarının yatırıldığı şahadet ve YİM 62/2003 ve YİM/İstinaf 1/2009 sayılı Davalarda verilen kararlarla sabit olduğundan, Alt Mahkemenin Davacının çalışma süresini 18.4.2003 tarihine kadar toplam 110 ay üzerinden hesaplanmasında hata yoktur.

Davalılar Avukatı, 4.2.2003 tarihli Sözleşmenin yetkisizce imzalanan geçersiz bir sözleşme olduğunu iddia etmiştir.

Alt Mahkemenin kararından görülebileceği gibi, kıdem tazminatı Davacının fiilen çalıştığı süreler üzerinden hesaplanmış, Emare No.5 Sözleşme esas alınmamıştır.

Alt Mahkeme, kararında, Emare No.5 Sözleşmenin yetkisizce imzalandığı ve geçersiz olduğu iddiasının müdafaa takririnde ileri sürülmediğine, esasa ilişkin olgu niteliğindeki bu iddianın dikkate alınmayacağına bulgu yaptıktan sonra, bu bulgusunda hatalı olabileceğine istinaden alternatif olarak mukaveleyi incelemiş ve geçerli olduğu kanaatine varmıştır.

Alt Mahkeme kararında, Davacının hizmet sürelerini fiilen çalıştığı aylar ve YİM 62/2003 ve YİM/İstinaf 1/2009 sayılı kararlara göre saptadığından, Emare No.5 Mukavelenin geçerli olup olmamasının bu dava bakımından önemi yoktur. Bu nedenle konu sözleşmenin geçerliliğinin istinafta incelenmesi gerekmemektedir.

Alt Mahkeme, Davacının çalıştığı süreleri doğru şekilde hesaplayıp tazminat ve kıdem tazminatı miktarını belirlediğinden I. istinaf sebebi reddedilir.

II. Muhterem Alt Mahkeme, yasal faizi 18.4.2003 tarihinden başlatmakla hata etti.

Davalılar, işten ayrılan veya durdurulan çalışanına kıdem tazminatını işten ayrıldığı tarih itibarıyla ödemekle yükümlüdür. Davacının kıdem tazminatı almaya hak kazandığı tarih işten ayrıldığı 18.4.2003 tarihi olduğuna göre, Alt Mahkemenin yasal faizi bu tarihten itibaren başlatmasında hata yoktur.

2.İstinaf sebebinin de reddedilmesi gerekmektedir.

Davalılar Avukatı hitabının sonunda, **"bu davadaki hükümlü alacağın, 29/2013 sayılı Yapılandırma Yasası kapsamında olduğunu mahkemenin bilgisine getiririm"** şeklinde bir beyanda bulunmuştur.

Bu meselede, Yargıtay sadece istinaf sebepleri ışığında konuyu incelemiştir. Bizim sistemimizde, Yargıtay, doğrudan yetkilendirildiği haller hariç, ilk derece mahkemesi gibi karar vermez.

Alt Mahkemenin kararı ile ilgili yasal faizin hangi miktarlarda ve ne oranda hesaplanacağı, hükmün ne şekilde icra edileceği, borcun yapılandırma kapsamına girip girmediği hususları ile ilgili tarafların hukuki argümanlarını dinlemediğimiz gibi, sistemimiz gereği verilecek bir karara istinaf yolunun açık olması için, bu beyanın bu safhada değerlendirilmesi de uygun görülmemektedir.

Tüm yukarıdakiler ışığında, istinafın reddi gerekmektedir.

SONUÇ:

Netice itibarıyla,

İstinaf reddedilir.

İstinaf masraflarını, İstinaf Eden ödeyecektir.

Hüseyin Besimoğlu Yargıç	Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

26 Ocak,2015

D.4/2015 Yargıtay/Hukuk 40/2012
(Lefkoşa Dava No:3353/2006)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Hüseyin Besimoğlu, Ahmet Kalkan, Emine Dizdarlı

İstinaf eden: Sıdıka Atalay, Yenişehir-Lefkoşa.
(Davacı)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen:1-Asil Nadir,Lefkoşa.
2-Learned Ltd.,Lefkoşa.
(Davalılar)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına:Avukat Oktay Feridun ve Avukat Serhan Çinar
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Mustafa Asena

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Düriye Elkıran'ın 3353/2006 sayılı davada 25.1.2012 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı ile Davalı 1, Davalı 2 Ltd . Şirketin ortaklarıydı – Davalı 2, Polly Peck isimli şirkete ait otelleri satın alıp daha sonra sattı – Davacı bu şirketin sermayesini kendisinin temin ettiğini ve Davalı 1 ile yapılan işten elde edilen karın %50 oranında paylaşılması konusunda aralarında anlaşma olduğunu ve hissesine 10 milyon AB doları düştüğünü iddia ederek bu parayı talep eden bir dava açtı – İlk Mahkeme, Davacının talep takririnde 10 milyona nasıl ulaştığını açıklayan esasa ilişkin olguların belirtilmediğini ve Davacının şahadetine de inanmadığını vurgulayarak davayı reddetti – Bunun üzerine Davacı kararı istinaf etti – Yargıtay, esasa ilişkin olguların belirtilmesi ile ilgili ilkeler üzerinde durdu – Borçlanmanın niteliğini ortaya koymak ve talep edilen toplu miktara nasıl ulaşıldığını gösteren bilgilerin açık ve kesin bir şekilde kalem kalem talep takririnde belirtilmesi gerektiğini, bu yapılmadığına göre davanın reddinde bir hata olmadığına karar verdi – Yargıtay, istinafı reddederek İlk Mahkeme kararını onayladı.

Esasa ilişkin olgularla ilgili ilkeler *– H.M.U.T. E.19, n.4 – Bir borç ilişkisinde borçlanılan miktarın nasıl alındığını gösteren bilgilerin talep takririnde açık ve kesin bir şekilde kalem kalem belirtilmesi gereği.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- *Hukuk/İstinaf 3/1975.*
2- *Yargıtay/Hukuk 23/1977.*
3- *Yargıtay/Hukuk 2/1988 – D.28/1988.*
4- *Yargıtay/Hukuk 112/1987 – D.14/1989.*
5- *Yargıtay/Hukuk 24/2009 – D.9/2011.*
6- *Bruce V Odhams Press Ltd., 1936 Vol1, All E.R. s.297.*
7- *Philipps ve Philipps (1878) 4QB.127.*

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:

1- *Odgers on Pleading and Practice, 13th Ed., sayfa 66, 71, 93.*
2- *Bullen & Leake and Jacobs, 12th Ed, sayfa 36.*
3- *The Annual Practice 1966, Vol.1, sayfa 385.*

HÜKÜM

Hüseyin Besimoğlu: Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Emine Dizdarlı okuyacaktır.

Emine Dizdarlı:İstinaf Eden/Davacı, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin davayı ret ve iptal eden 25.1.2012 tarihli hükmünden, bu istinafı dosyalamıştır.

Davacı, aslen KKTC vatandaşı olup, gerek Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde gerekse Türkiye'de ticaret ile iştigal etmektedir. Davalı No.2, Resmi Kabz Memurluğu ve Mukayyitlik Dairesi nezdinde tescil edilmiş limited bir Şirkettir. Davaya konu ilgili zamanlarda, Şirketler Mukayyitliği nezdindeki kayıtlara göre, Davalı No.2 Learned Ltd.in 1000 adet hissesinin 999

adeti Davacıya ve 1 adeti ise Davalı No.1'e aitti. Davacı ile Davalı No.1 arasında takriben 1995 yılında varılan sözlü anlaşma tahtında, Davacının sağladığı finansal kaynaklar ile Davalı No.2 adına, Davalı No.1'in Yönetim Kurulu Başkanı olduğu Polly Peck PLC'nin veya Polly Peck PLC'nin bünyesindeki tali şirketlerine ait olan ve İngiliz Kayyumların denetim, kontrol ve yönetiminde bulunan Jasmine Court Hotel, Voyager Kıbrıs Ltd., Palm Beach Hotel, Unipac Packaging Industries Ltd., Sunzest Ltd. ve Crystal Cove Hotel'i satın aldılar. Polly Peck PLC'nın KKTC'deki mal varlıkları kayyumlardan, Davalı No.2 adına satın alındıktan sonra Jasmine Court Hotel 10,000,000 ABD doları, Palm Beach Hotel 3,625,000 ABD doları, Crystal Cove Hotel 19,280,000 ABD doları, Sunzest Ltd. 7,603,912 ABD doları, forklift 97,000 ABD doları, muhtelif araziler ve araçlar 291,000 ABD doları karşılığı üçüncü kişilere satıldı. Davalı No.2 Learned Ltd., bu satışlardan 40,896,912 ABD doları gelir elde etti. Söz konusu satışlardan elde edilen gelirlerin, Davacı tarafından sağlanan finansal kaynaklar, masraflar ve resmi dairelere yapılan ödemeler düştükten sonra, Davalı No.2 Şirketin hisse yapısına bakılmaksızın geriye kalan artı değerin Davacı ile Davalı No.1 arasında %50-%50 paylaştırılması hususunda anlaştılar.

İstinaf Eden/Davacı, söz konusu satışlardan hissesine düşen kâr payının veya Davalı No.1'e borçlandırılan ve kullanımına bırakılan meblağın 10,000,000 ABD doları olduğunu ileri sürmektedir.

Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı No.1 ise, İstinaf Edenin bu iddiasını reddetti ve Davacının, Davalı No.2 adına satın alınan taşınmaz malları satıp 40,896,912 ABD doları tahsil etmesine rağmen, bu paranın nerelere harcandığının hesabını Davalı No.1'e vermediğini, bu nedenle Davacıdan halen alacaklı durumunda olduğunu iddia etmektedir.

Alt Mahkeme, duruşma sonucu verdiği hükmünde, sair şeyler yanında, Davacının davasında başarılı olabilmesi için esasa ilişkin olguların açıklıkla belirtilmesi gerektiğini, halbuki Davacının talep takriri incelendiğinde, 10,000,000 ABD doları alacağı doğduğuna nasıl ulaşıldığına ilişkin tafsilatın talep takririnde yer almadığını, taraflar arasındaki ortaklık ilişkisine bağlı olarak Davacının sağlamış olduğu finansal kaynak, masraflar ve ortaklığın bir parçasını oluşturan, ödendiği iddia edilen borçların ne olduğu belli olmadığını, bu nedenle Davacının Davalı No.1'den alacağını saptama olanağı bulunmadığını, bu nedenle Davacının talep takririnin herhangi bir dava sebebi içermediğine ilişkin bulgu yaparak, Davacının davasını reddetti.

Alt Mahkeme, Davacının bu kararını istinaf edebileceği gerekçesi ile davayı verilen şahadet ışığında da inceleyerek, Davalı No.1'in Davacıya 10,000,000 ABD doları borcu bulunduğuna ilişkin Davacı ile tanıklarının şahadetlerini inceledi ve verilen şahadet ışığında satışlardan 20,000,000 ABD doları kâr elde edildiği, bu meblâğın tümünün Davalı No.1'e verildiği, Davalı No.1'in 10,000,000 ABD dolar meblâğı kullandığı, söz konusu satışlar için kimden ne kadar borçlanıldığı, Davalı No.1'e ne kadar finansal kaynak sağlandığı ve borçlandığı meblâğlar için kime ne kadar ödeme yaptığı hususlarında Mahkeme huzurunda şahadet olmadığı nedeniyle, Davacının şahadetine inanmamayı uygun buldu ve sonuçta Davacının davasını ispat edemediği kanaatine vararak, Davacının davasını reddetti.

Davacı, bu karara karşı istinaf dosyaladı. Dosyalanan istinaf ihbarnamesi 12 istinaf sebebi içermekle birlikte, istinafın duruşması esnasında İstinaf Edenin Avukatı istinaf sebeplerini 3 başlık altında özetlemiştir:

1. Alt Mahkeme, Davacının 10,000,000 ABD dolarına nasıl ulaştığı, kime ne kadar ödendiği, hangi maldan ne kadar para elde edildiği ve nereye harcandığı konusunda esasa ilişkin herhangi bir olgunun talep takririnde yer almadığı bulgusunu yapmakla hata etmiştir.
2. Alt Mahkeme, Davacının sunduğu şahadete inanmamakla hata etmiştir.
3. Alt Mahkeme, Davacı ile Davalı No.1'in ortak olduklarına ve satışlardan gelir elde ettiğine bulgu yapmasına rağmen, Davacı lehine hüküm vermemekle hata etmiştir.

Yukarıda belirtilenlerden görüleceği gibi, İstinaf Eden/Davacının istinaf sebepleri 3 ana başlık altında toparlanmışsa da, iç içe ve bağlantılı konular olduklarından, bunları birlikte ele alıp incelemeyi uygun bulduk.

Bu meselede, esas itibarıyla üzerinde durulması gereken husus, istinafa konu davanın talep takririnde, esasa ilişkin olguların yer alıp almadığıdır.

Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için benzeri davalardaki prensiplerin ve içtihat kararlarının bir kez daha incelenmesi gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 19 Nizam 4'ün ilgili kısmı aynen şöyledir:

> **"4. Her layiha, yalnızca, layihayı veren tarafın talebinin veya duruma göre, savunmasının dayandığı esasa ilişkin olgular hakkında özet halinde bir takririni içerir fakat bunların kanıtlanmasında ileri sürülecek delilleri içermez."**

> **" Every pleading shall contain, and contain only, a statement in a summary form of the material facts, on which the party pleading relies for his claim or defence, as the case may be, but not the evidence by which they are to be proved."**

Yukarıdan görüleceği gibi, Emir 19 Nizam 4'e göre, bir takrirde, takriri veren tarafın talep veya müdafaasının üzerine dayandığı esasa ilişkin olguların (material facts) yer alması gerekir. Ancak dava sebebinin belirlenmesi için gerekli olgular ileri sürüldükten sonra bunları ispat için gerekli şahadetin layihalarda yer almaması gerekmektedir.

Odgers on Pleading and Practice, 13th edition, sayfa 66'da Material Facts başlığı altında şöyle denmektedir:

"This rule involves and requires four separate things:

(i) Every pleading must state facts and not law.
(ii) It must state material facts and material facts only.
(iii) It must state facts and not the evidence by which they are to be proved.
(iv) It must state such facts in a summary form."

"Bu kural dört ayrı unsur içerir ve gerektirir:

(i) Her layihada sadece olgular yer alır, yasal durumun yer alması gerekmez.
(ii) Layihalarda sadece esasa ilişkin olgular yer alır.
(iii) Layihalarda sadece olgular belirtilir. Bunları ispat için gerekli şahadetin layihalarda yer alması gerekmez.
(iv) Layihalarda yer alan olgular özet olarak belirtilmelidir."

Yukarıdaki iktibastan anlaşılacağı üzere, temel kural, layihanın sadece esasa ilişkin olguları içermesidir.

Bu durumda 4.nizamda belirtilen "esasa ilişkin olgular" (material facts) ne demektir?

Aynı eserin 71. sayfasında şöyle denmektedir:

"what facts are material?

The word "material" means necessary for the purpose of formulating a complete cause of action, and if any one "material" fact is ommitted, the statement of claim is bad.
.....All statements which need not be proved should be ommitted."

"Hangi olgular esasa ilişkindir?

Esasa ilişkin olgular dendiğinde tam bir dava sebebini veya müdafaayı ortaya koyan olgular demektir ve bir layihada esasa ilişkin olgu veya olgular eksik olursa, o layiha kusurlu ve geçersiz olur."

(Bak:Bruce V Odhams Press Limited,1936,Vol 1,All E.R.sayfa 287).

Yine, **Bullen & Leake and Jacobs, 12th edition**, sayfa 36'da şöyle denmektedir:

"The question whether any fact is or is not material to be pleaded depends mainly on the special circumstances of the case."

Görüleceği gibi, esasa ilişkin olgunun ne olduğu her davanın koşullarına göre değişir. Bu nedenle her dava kendi özel koşulları ve olguları içerisinde incelenerek değerlendirilmelidir.

Dava layihalarının amacı, tarafların karşılıklı iddialarını öğrenmelerini sağlamak ve taraflar arasında tartışılacak konuları belirlemektir **(Bu konuda bkz.Yargıtay/Hukuk 24/2009 D.9/11).**

Cotton L.J. Philipps V Philipps (1878 4 Q.B.127) davasında, bu kuralın amacı, sayfa 138 ve 139'da şu şekilde ifade edilmiştir:

"The statement of claim, of necessity, must set out all the facts material to prevent the defendant being taken by surprise, because it is the first pleading, and that which ought to be referred to for the purpose of seeing whether there is a cause of action.

What particulars are to be stated must depend on the facts of each case. But in my opinion it is absolutely essential that the pleading, not to be embarrassing to the defendants, should state those facts which will put the defendants on their guard and tell them what they have to meet when the case comes on for trial."

"Talep takririnde esasa ilişkin olguların davalının bir sürprizle karşılaşmasını engellemek maksadıyla yer alması gerekmektedir. Bunun sebebi talep takririnin ilk layiha olması ve herhangi bir dava sebebi içerip içermediğini anlama amacını taşımasıdır.

Talep takririnde ne tür tafsilatların verileceği her davanın olgularına göre değişmektedir. Ancak, benim fikrime göre, talep takriri, davalıları utandırmamak ve/veya sıkıntıya sokmamak için davalıları tetikte tutarak ve dava duruşma aşamasına geldiğinde ne ile karşılaşacaklarını gösteren olguları kesinlikle içermelidir."

Esasa ilişkin olguları içeren prensipler, Yüksek Mahkememizin bir çok içtihat kararında yer almış ve bu prensiplerin nasıl yorumlanacağı karara bağlanmıştır **(Bak: Hukuk/İstinaf 3/1975, Yargıtay/Hukuk 23/1977, Yargıtay/Hukuk 2/1988 D.28/1988, Yargıtay/Hukuk 112/1987 D.14/1989 ve Yargıtay/Hukuk 24/2009 D.9/2011).**

Yukarıda belirtilen prensiplerin huzurumuzdaki meseleye doğru uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

Bunu saptamak için talep takririnin ilgili paragraflarını ve kısımlarını kararımıza aktarmayı uygun bulduk. Aynen şöyledir:

"7. .....Taraflar arasındaki iş ortaklığı anlaşması tahtında da işbu 40,896.912 ABD'lik miktardan kaynak, mutabık kalınmış kaynak maliyetleri ile davalı no 1'in ve/veya yöneticisi bulunduğu şirketlerinin satış dönemi itibarı ile resmi dairelere ve

müstahdemlerine ve ilgili tesislerin işletilme borçlarının tahakkuk etmiş borçlarının ödenmesinden sonra geri kalacak olan artı değerlerin yarısı davalı no 1'e ait olacağı vechile davacının bu satışlardan payına düşen veya tarafına ödenmesi gereken ve davacı tarafından bu konudaki vaki talebi nedeni ile inanç ve güvene dayalı olarak davalı no 1'e davacı tarafından borçlandırılan davacı payına düşen ve/veya davacıya ait olan meblağ takriben 10,000,000 ABD (On Milyon ABD) dir.

8. Davacı iddia eder ki davalı no 1 ile yapmış olduğu iş ortaklığı ve ticari yatırım ortaklığını yaptığı sırada davalı no 1'in, KKTC'den gaybubeti sırasında KKTC'deki yetkililerinin davalı no 1'in hatırı sayılır sayıdaki müstahdemlerinin İhtiyat Sandığı ve Sosyal Sigorta ödeneklerini ödemekte temerrüde düşmeleri sonucu bunlara tahakkuk eden aylık faizler sebebi ile oluşan KKTC Sosyal Sigorta Dairesi ve İhtiyat Sandığına olan astronomik borçlarını ve İngiltere'deki olaylar sebebi ile davalı no 1'in içine düştüğü force majoure ve/veya frustration durumu ve/veya ifa imkansızlığı dikkate alınmaksızın tahakkuk eden, cezalı şirket vergilerine ilişkin borçlarından haberdar olmakla birlikte davalı no 1'in davacıdan sakladığı ayni döneme ait bir takım şahsi ciddi borçlarından bihaberdi. Davalı no 1 davacının bidayette ve/veya davalı no 1 ile yaptığı anlaşma ve/veya herhal ve karda davalı no 1'in davacı no 2'nin kaynaklarını sağladığı dönemlerde tamamen bihaber olduğu işbu davalı no 1 borç ve/veya mükellefiyetlerini ödeyebilmek amacı ile davalı no 1 davacıdan mezkûr satışlardan, davacının hissesine düşen takriben 10,000,000 ABD (On Milyon Amerikan Doları) davacının ilk talebinde geri ödenmek üzere davacıdan borçlandı ve/veya davacının hesabına satışlardan aldı. ....."

Alt Mahkeme, Davacının talep takririnin bu iki paragrafında 10,000,000 ABD dolarına nasıl ulaşıldığına dair esasa ilişkin olguların olmadığı ve bu nedenle de herhangi bir dava sebebi bulunmadığı kanaatine vardı.

Bu konuda, **Odgers on Pleading and Practice, 13th edition, sayfa 93'de** şöyle denmektedir:

"Where the plaintiff claims a specific sum of money as the total amount due to him on an account containing many items, he must

state particulars showing how that figure is arrived at. Such particulars should be stated in the pleading if they do not exceed three folios, if they exceed three folios, this fact should be stated in the pleading, and particulars must bu delived separately, or a reference made to some bill or account already delivered (Philipps V Philipps, 4 Q.B. at p.131).

Again, if a plaintiff claims a lump sum for money paid on various occasions, he must give the items and state when and to whom each such payment was made. (Gunn V Tucker, 7 T.L.R 280).

"Davacının davasındaki talebi belli bir hesaptan kaynaklanan ve bir çok kalemi içeren toplu bir para alacağına dayandırılıyorsa, talep edilen meblağa nasıl ulaşıldığını gösteren tafsilatın talep takririnde yer alması gerekmektedir. Söz konusu hesapların 3 sayfayı aşmadığı hallerde talep takririnde yer alması gerekmektedir ancak 3 sayfayı aştığında talep takririnden ayrı dosyalanabilir.

Yine, Davacının davası çeşitli amaçlarla yapılan toplu ödemeye karşılık açılmış ise Davacı her kalemi belirtmeli ve ödemenin ne zaman ve kime yapıldığı talep takririnde yer almalıdır."

Aynı eserin 137. sayfasında devamla şöyle denmektedir:

"Where a plaintiff claims a lump sum of money, he must give particulars of the items of which it is composed."

"Davacının davasındaki para alacağı toplu bir meblağa dayandırılıyorsa, bu alacağının nasıl oluştuğu husus talep takririnde belirtilmelidir."

The Annual Practice 1966, Vol 1, sayfa 385'de bu konuda şöyle denmiştir:

"In an action on stated accounts, the defendant is entitled to particulars of the "debts or claims in respect of which the said accounts are alleged to have been stated, indicating whether such debts or claims are alleged to have been on both sides or on one side

only,and stating the nature and amount of each such debt or claim"(Kleinberger V Norris (1937),183 L.T.J.107,CA).

Yukarıdaki prensiplere göre önemli olan, borçlanmanın niteliğini ortaya koymak ve talep edilen toplu miktara (lump sum) nasıl ulaşıldığını davalının bilgisine getirmektir.

Taraflar arasındaki ihtilafsız olgulara göre, kayyumlardan Davalı No.2 adına satın alınan mallar için 6,637,000 ABD doları ödeme yapıldı ve bu malların tümü 40,896,912 ABD dolarına satıldı. Buna göre, söz konusu satışlardan elde edilen meblağ, 34,259,912 ABD dolarıdır. Bu durumda, Davacının talep ettiği 10,000,000 ABD dolarına nasıl ulaştığına ilişkin tafsilatın veya Davacının 10,000,000 ABD dolarına hakkı olduğunu gösterecek olguların talep takririnde olup olmadığı hususunu değerlendirmemiz gerekmektedir.

Talep takririnde, Davacının Davalı No.1'e ne kadar finansal kaynak sağladığı, Davacının sağladığı finansal kaynağa bağlı olarak kime, hangi tarihte ne kadar borçlandığı ve ne kadar masraf ödediği, satın alınan mallar üzerindeki engellerin ne olduğu ve satışa çıkarılmadan önce bu engellerin temizlenmesi için kime ne kadar ödendiği, Davalı No.1'in KKTC Sosyal Sigortalar Dairesi ve İhtiyat Sandığına olan "astronomik borçların" ne olduğu, Davalı No.1'in hangi müstahdemleri için kime ne kadar ödendiği, Davalı No.1 tarafından ödenmesi gereken cezalı şirket vergilerinin miktarlarının ne olduğu veya 10,000,000 ABD dolarının nasıl oluştuğu hususlarının kalem kalem ve rakamsal olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmediği görülmektedir. Kısacası, Davacının Davalı No.1'den alacağı olduğu iddia edilen 10,000,000 ABD dolarına nasıl ulaştığı konusunda herhangi bir olgu talep takririnde ileri sürülmüş değildir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, esasa ilişkin olgular dendiğinde, bundan murat edilen, tam bir dava sebebini veya müdafaayı ortaya koyan ve Davacı tarafından ispat edilmesi gereken olgulardır. 10,000,000 ABD doları borcun ne şekilde oluştuğunu ispat etmekle yükümlü olan Davacıdır. Davacı, dava konusu alacağının nasıl ve ne şekilde oluştuğunu talep takririnde açık ve kesin bir şekilde kalem kalem belirtmek zorundadır. Bu davada, bu hususların ortaya konması ve 10,000,000 ABD dolarına nasıl ulaşıldığı hususunun ispat edilmesi elzemdir. Bu yapılmadığına göre, talep takririndeki esasa ilişkin olgular eksiktir ve söz konusu takrir kusurlu ve geçersizdir. Bu durumda, esasa ilişkin olgular talep takririnde yer almadığına göre, duruşmada bu olgular hakkında şahadet verilemez, verilse bile nazarı dikkate alınamaz. Bu nedenle, Alt Mahkeme, gerek Davacıya gerekse Davacı tarafından çağrılan şahitlere inanmamakla hatalı hareket etmemiştir.

Bu sonuçtan hareket ettiğimizde, Alt Mahkemenin, Davacının talebini ortaya koyan esasa ilişkin olguların talep takririnde yer almadığı bulgusu hatalı değildir.

1.istinaf sebebine ilişkin verilen karar ışığında, diğer istinaf sebeblerini incelemeye gerek görmüyoruz.

Ancak 3.istinaf sebebi ile ilgili bir hususa değinmeyi uygun bulduk. Davacı Avukatı, istinafındaki hitabında, Davacı ile Davalı No.1'in ortak oldukları ve mal satışlarından gelir elde edildiği ispatlanmış olmasına rağmen, Alt Mahkemenin Davacı lehine hüküm vermemekle hata ettiğini ileri sürmüştür. Alt Mahkemenin bulgusuna göre, Davacı ve Davalı No.1, Davalı No.2'ye finansal kaynak sağlamak amacı ile, Davalı No.2'nin gelirlerinin, finansal kaynaklar ve masraflar düştükten sonra, kalan artı bakiyenin Davalı

No.2'nin hisse yapısına bakılmaksızın %50 - %50 paylaştırılması hususunda bir iş ortaklığı bulunmaktadır. Bu ortaklığa göre, Davacının alacaklı olabilmesi için, herşeyden önce, tüm satışlardan elde edilen gelirin Davalı No.2'nin masraf ve borçlar düştükten sonra artı bakiyesi kaldığını ispatlaması gerekmektedir. Davalı No.2'nin tüm satışlardan elde edilen gelirden sonra artı bakiyesi olduğu hususunda Mahkeme huzurunda kabul edilebilir nitelikte bir şahadet yoktur. Dolayısıyla, Alt Mahkemenin Davacının Davalılardan bir alacağı olduğu hususunu ispatlayamadığı alternatif bulgusu hatalı değildir.

Alt Mahkemenin, yukarıda serdedilen prensipleri bu meseleye uygularken hata yaptığına ve hatalı sonuca ulaştığına ikna olmadık.

Netice itibarı ile istinaf reddolunur.

İstinaf masrafları, İstinaf Eden/Davacı tarafından ödenecektir.

Hüseyin Besimoğlu Yargıç	Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

20 Şubat, 2015

D.5/2015 Yargıtay/Hukuk 144/2011
(Girne Dava No: 1404/2009)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti:Hüseyin Besimoğlu,Ahmet Kalkan,Emine Dizdarlı

İstinaf eden: Simbury Park Limited, Nurullak Ataç Sokak Ömür Apt., 24/A1, Köşklüçiftlik-Lefkoşa
(Davacı)

-ile-

Aleyhine istinaf edilen: Barbara Ann King, Kemal Kayacan Sokak No.20 Karaoğlanoğlu-Girne
(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Tevfik Mut
Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Mustafa Güryel ve Avukat Leyla Bahar

Girne Kaza Mahkemesi Yargıcı Melek Esendağlı'nın 1404/2009 sayılı davada, 28.10.2011 tarihinde verdiği karara karşı Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davacı KKTC Şirketler Mukayyitliğinde kayıtlı Limited bir şirkettir – Davalı, Davacının mal sahibi olduğu arazi üzerinde inşa edeceği villalardan B/7 nolu villayı satın alma konusunda Davacı ile bir ön anlaşma (Reservation Agreement) imzaladı – Anlaşmanın imzalanması üzerinde, Davacı 5.000 sterlinlik bir çeki Davacıya verdi – Davacı da konu çeki aldığına dair Davalıya makbuz verdi – Ön anlaşmaya göre, 15 gün içerisinde ana sözleşmenin imzalanması gerekirken, sözleşme imzalanmadı – Ana sözleşmenin imzalanmaması üzerine Davalı, Davcıya verdiği çekin ödenmesini durdurdu (Payment Stopped – Bunun üzerine Davacı, Davalının sözleşmeyi ihllal ettiğini öne sürerek zarar-ziyan talebinde bulundu – Davacı, ayrıca Davalının sözleşmeyi haksız yere feshettiğine dair bir tespit emri verilmesini talep etti – Alt Mahkeme, anlaşmanın koşula bağlı bir sözleşme olduğunu, koşulun gerçekleşmemesi nedeniyle anlaşmanın geçersiz olduğunu, karşılıksız çek

davası ile ilgili herhangi bir talep olmadığını belirterek Davacının davasını reddetti – Davacı, Alt Mahkmenin, davasındaki talebinin karşılıksız çeke dayandığı ve bu hususta talep takririnde yeterli bilgi ve tafsilat bulunduğu hususunu dikkate almayıp, talebin sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan talep olduğu bulgusunu yaparak davayı reddetmesinin hata olduğunu ileri sürerek istinaf dosyaladı – Yargıtay, dava ile ilgili olguları inceledi – Yargıtay, Alt Mahkemenin konuyu değerlendirmede hata yapmadığı kanısına vararak istinafı reddetti.

***Sözleşme** – Koşula bağlı sözleşme – Koşula bağlı sözleşmelerde, koşul yerine getirilmedikçe sözleşmenin nihai olmaması – Koşul yerine getirilmediği nedeniyle anlaşmanın geçersiz sayılması.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:
1- Yargıtay/hukuk 17/1981 – D.39/1981.

KARAR

Hüseyin Besimoğlu: Bu istinaf, Girne Kaza Mahkemesinin 1404/2009 sayılı davada vediği karara karşı, Davacı tarafından yapılmıştır.

KKTC Şirketler Mukayyitliğinde kayıtlı limited bir şirket olan Davacı, mal sahibi olduğu Girne-Çatalköy, Pafta/Harita No.XII/24.W2 ,Parsel 27/2, koçan No 5848 olarak kayıtlı olan arazi üzerine yapılacak olan B/7 No.lu villanın satılması konusunda, 3.11.2006 tarihinde Davacı ile bir ön anlaşma (Reservation Agreement) imzaladı. Bu anlaşmanın imzalanması üzerine Davalı, HSBC Bankasına ait 200706 numaralı ve 3.11.2006 tarihli 5,000 sterlinlik çeki imza edip Davacıya verdi ve Davacı da konu çeki aldığına dair Davalıya, 3.11.2006 tarihli bir makbuz tevdi etti.

Taraflar arasındaki imzalanan ön anlaşma gereğince, 15 gün içerisinde ana sözleşmenin imzalanması gerekirken, Davalı, bu sözleşmeyi imzalamadı ve Davacıya tevdi ettiği ve karşılığında makbuz aldığı HSBC Banka ait 200706 seri No.lu çekin ödenmesini durdurdu(Payment stopped).

Davacı, bunun üzerine huzurumuzdaki davayı ikame etti ve Davalının sözleşmedeki yükümlülüklerini ihlal ettiğini, 5,000 sterlinlik çekin ödenmesini durdurduğunu, bu nedenle zarara uğradığını ileri sürdü ve Davacı lehine, Davalı aleyhine Davalının 3.11.2006 tarihli sözleşmeyi haksız olarak feshettiğine dair bir tespit emri; sözleşmenin haksız olarak ihlal edilmiş olması nedeniyle uğramış olduğu zarar-ziyan; alternatif olarak 285,000 stg. üzerinden %25 faiz; 5,000 stg. ve 3.11.2006 tarihinden itibaren %25 faiz için hüküm talep etti.

Davalı, 10.9.2009 tarihinde dosyaladığı Müdafaa Layihasında sair şeyler yanında, 3.11.2006 tarihinde, Davacı ile Davalı arasında Reservation Agreement yapıldığını, 5,000 stg. meblağı çekle ödediğini, bu çekin daha sonra stop payment yapıldığının doğru olduğunu, ancak 5,000 stg.nin depozito veya kapora değil, Holding veya Reservation free olarak kabul edildiğini, Reservation ücreti ödenmediğinden 3.11.2006 tarihli anlaşmanın hükümsüz olduğunu, 3.11.2006 tarihli anlaşmaya konu villanın ön cephesine başka inşaat yapılacağından deniz manzarasının kesileceğini, bu nedenle esas sözleşmenin imzalanmasından vazgeçildiğini, dolayısıyla anlaşma yapmaktan vazgeçtiği için Davacıya tevdi ettiği 5,000 sterlinlik çekin ödenmesini durdurduğunu, 3.11.2006 tarihli anlaşmaya konu villanın başka birisine satıldığını ileri sürdü ve davanın iptalini talep etti.

Davanın duruşması yapıldı. Alt Mahkeme, 3.11.2006 tarihli anlaşmanın koşula bağlı bir anlaşma olduğunu, koşulun gerçekleşmemesi nedeniyle anlaşmanın geçersiz olduğunu, her halûkarda karşılıksız çek davası ile ilgili herhangi bir talep olmadığından, Davacının davasını reddetti.

Alt Mahkemenin ret kararı üzerine, Davacı huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

İstinaf Eden/Davacının istinafı 10 istinaf sebebi içermekle birlikte, istinaf sırasında ileri sürülen argümanları dikkate alarak, istinaf sebeplerini iki başlık altında ele alıp incelemeyi uygun görürüz:

1. Alt Mahkeme, Davacının davasındaki talebinin karşılıksız çeke dayandığı ve bu hususta talep takririnde yeterli bilgi ve tafsilat bulunduğu hususunu dikkate almayıp, Davacının davasındaki talebin sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan bir talep olduğu hususunda bulgu yapması ve Davacının davasını iptal etmesi hatalıdır.

2. Alt Mahkeme, Davacı lehine masraf emri takdir etmemekle hatalı hareket etmiştir.

İNCELEME

1. başlık altındaki istinaf sebebinin incelenmesi:

"Alt Mahkeme, Davacının davasındaki talebinin karşılıksız çeke dayandığı ve bu hususta talep takririnde yeterli bilgi ve tafsilat bulunduğu hususunu dikkate almayıp, Davacının davasındaki talebin sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan bir talep olduğu

hususunda bulgu yapması ve Davacının davasını iptal etmesi hatalıdır."

İstinaf Eden/Davacı, dava sebebinin karşılıksız çeke dayandığını, Alt Mahkemenin bu hususu dikkate almadığını, Davacının dava sebebinin sözleşmenin ihlalinden kaynaklandığı bulgusundan hareketle, Davacının davasını iptal etmekle Alt Mahkemenin hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Çatalköy'de kâin 5848 kayıt No.lu taşınmaz mal üzerine İstinaf Eden/Davacı tarafından yapılacak olan B/7 No.lu villanın satılması konusunda İstinaf Eden/Davacı ile Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı arasında ön satış sözleşmesi imzalandığı, aynı gün Aleyhine İstinaf Edilen/Davalının, İstinaf Eden/Davacıya 5,000 sterlinlik bir çeki keşide edip verdiği (Emare No.3 Mavi 53) ve karşılığında bir makbuz aldığı (Emare No.4, Mavi 54), 15 gün içerisinde taraflar arasında esas sözleşmenin imzalanmadığı, Emare No.3 çekin bilahare Aleyhine İstinaf Edilen Davalı tarafından ödenmesinin durdurulduğu (Emare No.5, Mavi 55-56) ihtilaflı olmayan hususlardır.

İstinaf Eden Davacı ile Aleyhine İstinaf Edilen Davalı arasında yapılmış olan ve "Reservation Agreement" olarak isimlendirilen sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğu konusunda esaslı bir ihtilaf olmamakla birlikte, bir karışıklığa mahal vermemek için dava ile ilgili layihalar ve tarafların argümanlarını dikkate alıp bir değerlendirme yaptığımızda, bu hususun, bir adet villanın satılması için yapılmış bir ön anlaşma olduğu, 5,000 sterlinin ise bu ön anlaşma için ödenen bir kapora olduğu kabul edilmelidir.

Bu istinafta taraflar arasındaki ihtilafın dayanağını teşkil eden Emare No.2 Sözleşmenin "F" maddesi aynen şöyledir:

"F. Should the Purchaser decide not to buy the Plot he will automatically forfeit the non-refundable 5,000 Reservation Fee as agreed compensation to the Vendor. This Agreement, whether signed or not is of no effect until the Reservation Fee is paid by the Purchaser."

Buna göre, alıcı (Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı) sözleşmede ifade edilen parseli satın almaktan vazgeçtiği takdirde, 5,000 sterlin ödenmiş meblağ veya kapora iade edilmeyecek ve uyuşulmuş zarar-ziyan olarak satıcıda (İstinaf Eden/Davacı) kalacaktır. Ancak bu anlaşma imzalanmış olsun veya olmasın ödenen ücret(kapora veya rezerve ücreti), alıcı tarafından ödeninceye kadar hiçbir geçerliliği olmayacaktır.

İstinafa konu dava kayıtlarından görüleceği üzere, Emare No.3'ün imzalanmasından sonra Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı, İstinaf Eden /Davacıya keşide etmiş olduğu HSBC Bankasının, 3.11.2006 tarihli ve 101126 No.lu 5,000 sterlinlik çekin ödenmesini, bankasına vermiş olduğu talimatla durdurmuştur.

İstinafa konu davanın ikame edilmesinden sonra, Emare No.1 Sözleşmeye konu taşınmaz malın, İstinaf Eden/Davacı tarafından bir üçüncü şahsa satılıp devredildiği, dava dosyasındaki kayıtlardan görülmektedir. Esasen bu hususu İstinaf Eden/Davacı Avukatı da kabul etmektedir.

İstinaf Eden/Davacı Avukatı, istinafa konu davanın duruşmasından önce, olguların daraltıldığını, Davacının zarar-ziyan talebinin geri çekildiğini ve davanın çek davasına dönüştürüldüğünü, kayıtlarda ve layihalarda bu hususun açıklıkla görülebileceğini ve davanın bir çek davası olduğunu iddia etmiştir.

İstinaf konusu dava dosyasına bakıldığında, olguların daraltılması ile ilgili 23.03.2011 tarihli yazılı evrak ile tarafların mutabakata vardıklarını görürüz. Bu mutabakta göre, İstinaf Eden/Davacı yalnızca Tafsilatlı Talep Takririndeki 7(C)'de olan talebini geri çekmiştir. Bu nedenle İstinaf Eden/Davacı Avukatının Tafsilatlı Talep Takririnin zarar-ziyanla ilgili tüm taleplerini geri çektiğine dair mutabakat olduğu konusundaki beyanlarına katılmayız.

İstinaf Eden /Davacı, Tafsilatlı Talep Takriri 7(C)'deki taleplerini geri çekmesine rağmen, Emare No.3'e konu 5,000 sterlinlik çekle ilgili talebini geri çekmemiştir. Konu çek bedeli dava tarihine kadar ödenmemiştir. Emare No.2 Sözleşmenin ''F'' maddesine göre, İstinaf Eden /Davacının, bu çek bedelini almaya hakkı olduğu görülmektedir.

Alt Mahkeme, istinaf konusu davadaki talebin sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan zarar-ziyanla ilgili olduğunu belirtikten sonra, sözleşmenin geçerli veya uygulanabilecek bir sözleşme olup olmadığını incelemiştir.

Alt Mahkeme, Emare No.2 Sözleşmenin geçerli olabilmesi için 5,000 sterlinin ödenmesi gerektiğini, Aleyhine İstinaf Edilen /Davalının, sözleşmeyi imzalamasına rağmen 5,000 sterlini ödemediğini, bu nedenle Fasıl 149 madde 31 ve 32 altında sözleşme geçersiz olduğu cihetle, İstinaf Eden/Davacının bu konudaki taleplerini reddetmiştir.

Koşula bağlı sözleşmelerde, koşul yerine getirilmedikçe sözleşmenin nihai olmadığı ve mahkemenin böyle bir sözleşmeyi geçerli ve uygulanabilir bir sözleşme olarak kabul edemeyeceği birçok içtihat kararında benimsenen prensiplerdir (gör.Yargıtay /Hukuk 17/81 (D.39/81).

Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı tarafından, Emare No.3 Çekin ödenmesinin durdurulduğu ihtilaflı değildir.

Alt Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkiyi, Sözleşmeler Yasası kapsamında değerlendirmiş ve Emare No.2 Sözleşmeye konu 5,000 sterlin ödenmediğinden, Emare No.2 Sözleşmenin uygulamasının zorlanamayacağı ve geçerli olamayacağı bulgusunu yapmıştır.

Alt Mahkemenin bu bulgusuna karşı istinaf sebebi dosyalanmamıştır. İstinaf sebebi yokluğunda Alt Mahkemenin bulgusunun doğru olup olmadığını bu safhada incelemek hukuken mümkün olmadığından, bu bulgunun hatalı olup olmadığını incelemeyi uygun bulmayız.

İstinaf yokluğunda, Alt Mahkemenin bu bulgusunun doğru olduğu kabul edilmelidir.

İstinaf Eden/Davacı, alternatif olarak, dava sebebini çeke dayandırdığını iddia etmektedir.

Davacının davasını alternatif dava sebebi olduğu ileri sürülen karşılığı ödenmemiş çeke dayandırabilmesi için, talep takririnde bu konuda tam bir dava sebebi teşkil eden olguların yer alması gerekmektedir.

Talep Takririnde, çekin stop payment yapıldığının ileri sürülmesi yeterli değildir. Karşılığı ödenmemiş çeke istinaden dava sebebi oluşabilmesi için, Davacının çeki meşru ivaz karşılığı elde ettiğini ileri sürmesi ve meşru hamil olduğunu kanıtlaması gerekirken, talep takririnde böyle bir iddia yer almamaktadır. Layihalarda yer almayan bir konunun istinafta tartışılması mümkün olmadığından, Davacının iddiası mesnetsizdir.

Bunula birlikte, Mahkemenin istinaf edilmeyen yukarıdaki bulgusuna göre, Davacı ile Davalı arasında ifa edilebilir bir sözleşme oluşmamıştır. Bu sonuca göre, Davacının çekin meşru hamili olması mümkün görülmediğinden, çeke istinaden Davacı lehine hüküm verilemezdi.

Davacının, Alt Mahkemenin, sözleşmenin oluşmadığına ilişkin bulgusunun hatalı olduğunun istinaf sebepleri arasında yer almadığını dikkate aldığımızda ve yukarıdakiler ışığında İstinaf Eden/Davacının birinci başlık altındaki istinaf sebebi reddedilmelidir.

İstinaf Eden/Davacının 1. İstinaf sebebi reddedilir.

2. başlık altındaki istinaf sebebinin incelenmesi:

Alt Mahkeme, Davacı lehine masraf emri takdir etmemekle hatalı hareket etmiştir.

Bir davada masraf verip vermeme Alt Mahkemenin takdirinde olan bir husustur.

Alt Mahkeme, İstinaf Eden/Davacının davasını iptal ettikten sonra masraflar için emir vermeyi uygun bulmamıştır.

İstinaf Eden/Davacının davasının iptal edildiğini dikkate aldığımızda, Alt Mahkemenin masraflar konusundaki kararı hatalı değildir.

2. istinaf sebebi reddedilir.

Netice olarak;

İstinaf Eden/Davacının istinafı reddedilir.

İstinaf masrafları, İstinaf Eden/Davacı tarafından ödenecektir.

Hüseyin Besimoğlu Yargıç	Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

20 Şubat, 2015

D. 1/2015 Birleştirilmiş
Yargıtay/Ceza 42/2008-40,41,46,47,48/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti : Ahmet Kalkan,Emine Dizdarlı,Gülden Çiftçioğlu

Yargıtay/Ceza 42/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: Osman Bayır, Merkezi Cezaevi - Lefkoşa
(Sanık No.1)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa
(Davayı İkame Eden)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Şahsen.
Aleyhine istinaf edilen namına: Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil.

Yargıtay/Ceza 40/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: Ferhat Dursun, Merkezi Cezaevi - Lefkoşa
(Sanık No.2)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa
(Davayı İkame Eden)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Avukat Levent Kızılduman.
Aleyhine istinaf edilen namına : Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil.

Yargıtay/Ceza 41/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: Yusuf Teker, Merkezi Cezaevi- Lefkoşa
(Sanık No.3)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa
(Davayı İkame Eden)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Avukat Hazal Hacımulla.
Aleyhine istinaf edilen namına : Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil.

Yargıtay/Ceza 46/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa
(Davayı İkame Eden)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Osman Bayır, Merkezi Cezaevi - Lefkoşa
(Sanık No.1)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil
Aleyhine istinaf edilen namına : Osman Bayır (Sanık No.1) şahsen.

Yargıtay/Ceza 47/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa.
(Davayı İkame Eden)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Ferhat Dursun, Merkezi Cezaevi - Lefkoşa
(Sanık No.2)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil.
Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Levent Kızılduman.

Yargıtay/Ceza 48/2008
(Lefkoşa Ağır Ceza No: 4052/2007)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa
(Davayı İkame Eden)

– ile –

Aleyhine istinaf edilen: Yusuf Teker, Merkezi Cezaevi - Lefkoşa
(Sanık 3)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Kıdemli Savcı Ergül Kızılokgil.
Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Hazal Hacımulla.

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Mehmet Türker, Kıdemli Yargıç Ömer Güran ve Yargıç Şerife Katip Kır'ın 4052/2007 sayılı davada, 16.4.2008 tarihinde verdiği karara karşı, Sanık No.1,No.2,No.3 ve Başsavcılık tarafından yapılan istinaflardır.

Sanıklar, adam kaçırma, ağır yaralama, adam öldürme ve taammüd suçlarıyla itham edilediler – Sanık 1, aleyhine getirilen davalardan, 1. davayı yani taammüden adam öldürme suçunu kabul etmedi, diğer bütün davaları kabul etti – Sanık 2 ise aleyhindeki 5. ve 7. davaları, yani zorla insan kaçırma ve kasti hasar suçlarını kabul etti, diğer davaları kabul etmedi – Sanık 3 ise aleyhindeki suçlamalardan hiçbirini kabul etmedi – Ağır Ceza Mahkemesi yapılan yargılama sonucu Sanık 1 ve 2'yi aleyhlerindeki tüm davalardan suçlu bularak mahkum etti – Sanık 3'ü ise aleyhindeki 1. 2. 5. ve 7. davalardan suçlu bularak mahkum etti, aleyhindeki 3. 4. 6. 8. ve 9. davalardan beraat ettirdi – Sanıklar mahkumiyet ve ceza aleyhine istinaf dosyaladılar – İddia Makamı ise Sanık 3'e verilen beraat ve tüm Sanıklara verilen cezalar aleyhine istinaf dosyaladı – Ceza davalarında bir Sanık aleyhindeki suçu kabul ederse, İddia Makamının o suç ile ilgili sunduğu olguları da kabul etmiş sayılması – Sanık

1'in kendi ikrarı ile mahkum olduğu davalardan, mahkumiyet aleyhine istinaf dosyalamadığından konu suçla ilgili olarak İddia Makamının sunduğu olgular ile davaların ispatlandığının kabul edilmesi – Sanık 2, zorla insan kaçırma ve kasti hasar suçlarını kabul ettiğinden, İddia Makamının bu suçlarla ilgili Mahkemeye sunduğu olguları kabul etmiş sayılması – Sanık 2'nin kabul etmediği suçlar bakımından sunulan şahadetin incelenmesi – Sanık 3 ise hiçbir suçlamayı kabul etmediğinden, aleyhindeki suçlamaların olguların nasıl meydana geldiği ve davaları ispatlanıp ispatlanmadığı, istinaf sebepleri çevçevesinde değerlendirilmesi – Yargıtay, olayın başından sonuna kadar her üç Sanığın birlikte olduğu, Sanıkların hangi ortak amaçla hareket ettiği, suç ortağı kavramı, Sanıkların birbirleri aleyhine verdikleri şahadetin niteliği, çevre şahadet konusu, delilerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve ispat külfetinin yerine getirilip getirilmediği konularının uzun uzun tartışıldığını belirtti – Yargıtay, ceza davalarında ispat külfetinin iddia makamında olduğunu ve sanıkların aleyhindeki ithamları şüpheden ari bir şekilde ispatlamakla yükümlü olduğunu, Sanığın itham edildiği suçu işlemediğini kanıtlamakla yükümlü olmadığını vurguladı – Yargıtay, bu davada çevre şahadetin çok önemli olduğunu, Makkemenin çok dikkatli davranması gerektiğini ve çevre şahadeti bir bütün olarak değerlendirmesi gerektiğini belirtti – Yargıtay, Sanıklar aleyhine söylenen tüm hususları ve Mahkeme huzurundaki şahadetleri değerlendirerek, Ceza davalarında suçlu bulunan Sanığa verilecek uygun cezayı takdir etme yetkisinin, davayı dinleyen mahkemeye ait olduğunu, Yargıtayın Bidayet Mahkemesi kararlarını denetlerken verilen cezaların müdahaleyi gerektirecek nitelikte olması halinde verilen cezaya müdahale edilebileceğini vurguladı – Yargıtay inceleme sonucunda cezalandırma prensiplerinin kararlara doğru olarak yansıtıldığını belirtti – Yargıtay, konu hakkındaki tüm olguları ve şahadeti değerlendirdikten sonra, hapislik cezalarını artırdı ve Sanıkları taammüden adam öldürme suçundan beraat ettirdi.

***Adam öldürme** – 9 /76 sayılı Mahkemeler Yasasının 26, 31(1)(b)(2)(3) maddeleri ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21, 20 ve 204 maddelerine aykırı Maktülün başına çekiç ile vurmak, vucudunun muhtelif yerlerine bıçak sokmak ve EC 647 plakalı Toyota marka aracın içerisinde mazot dökerek yakmak suretiyle ölümüne neden olmak.*

***Ceza ve mahkumiyet aleyhine istinaf** – Ceza Takriri – Adam kaçırma, yaralama, öldürme ve taammüd suçlarında ceza takdiri.*

İspat külfeti *– Ceza davalarında suçun sanık tarafından işlendiğinin şüpheden ari olarak ispatlanması gereği – İspat külfetinin İddia Makamında olması.*

Suç ortağı *– Suç ortağının sorumluluğu – Ortak amaçla hareket etme – Birden çok kişinin ortak bir amaçla hareket etmeleri halinde birisinin yaptığı hareketlerden diğerinin de sorumlu olması.*

Şahadet *– Suç ortağının şahadeti – Suç ortağının şahadetinin teyit edimesi gereği.*

Teyit edici şahadet *– Teyit edici şahadetin Sanığı işlenen suça bağlayıcı nitelikte olması gereği – Sanığın kendi davranışları ve şahadeti de teyit edici şahadet olarak kabul edilebilmesi.*

Çevre şahadet *– Çevre şahadetin, kanıtlanması gereken olgunun varlığını doğrudan ortaya koymayan ancak Mahkemenin bu olgunun varlığı hakkında karar verebilmesini sağlayan şahadet olması – Çerve şahadetin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereği.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- Ceza/İstinaf 18/1973.
2- Ceza/İstinaf 29/1973.
3- Yargıtay/Ceza 6,7,8/1984 – D.10/1984.
4- Yargıtay/Ceza 33-34/1085 – D.6/1985.
5- Yargıtay/Ceza 11/1991 – D.13/1991.
6- Yargıtay/Ceza 17/1993 – D.1/1994.
7- Yargıtay/Ceza 39,43/1995 – D.6/1996.
8- Yagıtay/Ceza 63-67/1997 – D.5/1999.
9- Yargıtay/14/1998 – D.1/2000.
10- Yargıtay/Ceza 3-8/2002 – D.1/2003.
11- Yargıtay/Ceza 84/2002 – D.3/2004.
12- Yargıtay/Ceza 2835/2002 – D.2/2006.
13- Yargıtay/Ceza 81-82-83/2012 – D.10/2012.
14- Yargıtay/Ceza 8/2013 – D.3/2013.
15- Yargıtay/Ceza 106/2012 – D.5/2013.
16- Yargıtay/Ceza 77/2012 – D.9/2014.
17- R v Gray (1973) 58 Cr. App. Rep.177.
18- Rv yap Chunan Ching (1976) 63 Cr. App. T CA.
19- R v Andreas Anastasiades (1977) I CLR, s.97.

20-Kouppis v R. (1997) I CLR., s.361.
21-Mancini v DPP, All ER. S.279.
22-Rex v Shaban, 8 CLR, s.82.
23-Rv Rudd ve Rv Cheema, All. ER. 1994(1), s.639.
24-Davies v DPP 1954(1) ALL ER. S.507.
25-Rv Davies (1954) 39 Cr. App. R.11.
26-Zacharia v R, (1962) CLR. 52.
27-Rv Hudson and Taylor (1971) Cr. App. R.1.
28-Lynch v Edinbourgh Magistrates (1953) S.C. , s.34- 40

Atıfta Bulunulan Bilimsel İçtihatlar:
1- Prof. Dr. Oğuz Polat, Adli Tıp Kitabı, 2. Baskı.
2- Archbold, 35. Baskı para 1141, sayfa 471.
3- Archbold, 41. Ed., sayfa 1036, para 17-54.
4- Archbold, 2001, Chapter 1-5, sayfa 472, para.4-404.

HÜKÜM

Huzurumuzdaki birleştirilmiş istinaf, Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin 4052/2007 sayılı davada, 16.4.2008 tarihinde vermiş olduğu hükmünden yapılmıştır.

Sanıklar aleyhine İddia Makamı tarafından, 9 dava getirilmiştir.

Sanıklar aleyhlerindeki iddianame tahtında:

1. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26, 31(1)(b)(2)(3) ile 3/62 ve 22/89 sayılı Yasalar ile tadil olunan Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21, 203 ve 204. maddelerine aykırı, 22.02.2007 tarihinde Dikelya İngiliz Üsler Bölgesi ile Haspolat-Taşkent köyü arasında Lefkoşa'da, taammüden, Ahmet Kafkas'ın n/d Mesut Ahmet Kafkas'ın başına çekiç ile vurmak, vücudunun muhtelif yerlerine bıçak sokmak ve EC 647 plakalı Toyota marka aracın

içerisinde mazot dökerek yakmak suretiyle, mezkûr şahsın ölümüne sebep olmak,

2. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26,31(1)(b)(2)(3) ile 3/1962 ve 22/1989 sayılı Yasalar ile tadil olunan Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21 ve 205(1)(3) maddelerine aykırı I. davanın tafsilatında belirtilen tarih ve yerde, Ahmet Kafkas n/d Mesut Ahmet Kafkas'ı başına çekiç ile vurarak, vücudunun muhtelif yerlerine bıçak sokup, ellerini ve ayaklarını bağlayıp EC 647 ile DJ 817 plakalı araçlarda taşıyıp, EC 647 plakalı Toyota marka aracın önce bagaj kısmına sonra ön ve arka koltuğun arasına koyup araç içerisinde mazot dökerek yakmak suretiyle mezkur şahsı öldürmek,

3. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26,31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 4, 5(3), 20, 21 ve 228(a) maddelerine aykırı, suçun tafsilatında belirtildiği şekilde ağır surette yaralamak,

4. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26,31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 4, 5(3), 20, 21, 282 ve 283. maddelerine aykırı, suçun tafsilatında belirtildiği şekilde silahlı soygun yapmak,

5. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26,31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21, 247 ve 250. maddelerine aykırı, suçun tafsilatında belirtildiği şekilde zorla insan kaçırmak,

6. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26, 31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21 ve 234(a) maddelerine aykırı, suçun tafsilatındaki gibi yaralamak,

7. dava, 22/1989 sayılı Yasa ile tadil olunan Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 20, 21 ve 324(1) maddelerine aykırı, suçun tafsilatında belirtildiği şekilde kasti hasar yapmak,

8. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26, 31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21, 82(2), 84 ve 85. maddelerine aykırı suçun tafsilatındaki gibi sivri uçlu bıçak taşımak,

9. dava, 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 26,31(1)(b)(2)(3) ile Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 4, 5(3), 20,21 maddeleri ile Fasıl 159 Tecavüzi Silahlar Yasası'nın 2 ve 3(1)(2) maddelerine aykırı, suçun tafsilatındaki gibi tecavüzi alet taşımak suçları ile itham edildiler.

Sanıklar itham edildiklerinde sırasıyla;

Sanık No.1, aleyhine getirilen 1. davayı kabul etmedi, 2,3,4,5,6,7,8 ve 9. davaları kabul etti.

Sanık No.2, aleyhine getirilen 5. ve 7. davaları kabul etti, 1,2,3,4,6,8 ve 9. davaları kabul etmedi.

Sanık No.3 aleyhine getirilen davaların hiçbirini kabul etmedi.

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi, yapılan yargılama sonucunda, Sanık No.1 ve No.2'yi aleyhlerindeki tüm davalardan suçlu bularak mahkum etti; Sanık 3'ü ise, aleyhindeki 1,2,5 ve 7. davalardan suçlu bularak mahkum etti, aleyhindeki 3,4,6,8 ve 9. davalardan beraat ettirdi.

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin oy birliği ile aldığı mahkumiyet kararından sonra, ceza takdirinde iki karar okunmuştur.

Çoğunluk kararında, Sanıklar No.1 ve No.2 mahkum oldukları;

1. davadan 20 yıl,
3. davadan 7 yıl,
4. davadan 7 yıl,
5. davadan 3 yıl,
7. davadan 2 yıl,

8.davadan 1 yıl süreyle hapislik cezasına,

Sanık No.3 mahkum olduğu,

1. davadan 17 yıl,
5. davadan 2 yıl,
7. davadan 1 yıl süreyle hapislik cezasına çarptırılarak,

cezaların birlikte çekilmesine karar verildi.

Her iki kararda, Sanık No.1, No.2 ve No.3'ün mahkum edildikleri 3. davadan ve Sanık No.1 ve No.2'nin mahkum edildiği 6. ve 9. davalardan mahkumiyet kaydedildi, ceza verilmedi.

Ceza ile ilgili azınlık kararını okuyan Yargıç, Sanıkları 1. davadan ömür boyu hapis cezasına, 3. davadan Sanık No.1 ve No.2'ye 10'ar yıl hapis, 4. davadan Sanık No.1 ve No.2'ye 10'ar yıl hapis, 5. davadan Sanık No.1,No.2 ve No.3'e 5'şer yıl hapis,6. davadan Sanık No.1 ve No.2'ye 1'er yıl hapis, 7. davadan Sanık No.1,No.2 ve No.3'e 2'şer yıl hapis, 8. davadan Sanık No.1 ve

No.2'ye 1'er yıl hapis, 9. davadan Sanık No.1 ve No.2'ye 1'er yıl hapis cezası takdir ettiğini belirtmiştir.

Sanık No.1, 1. davadan verilen mahkumiyet ve cezaya, Sanık No.2, kabul etmediği suçlardan verilen mahkumiyet ve cezalara, Sanık No.3 mahkum edildiği davalardan verilen mahkumiyet ve cezalara karşı istinaf dosyalamıştır.

İddia Makamı Sanık No.3'e verilen beraat ve tüm Sanıklara verilen cezalara karşı istinaf dosyalamıştır.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR:

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin bulgularına göre, dava ile ilgili olgular özetle şöyledir:

22.2.2007 tarihinde, Sanık No.1 babasına ait Mercedes marka araç, No.2 ve No.3 ise, DJ 817 plakalı Van tipinde bir araç ile Beyarmudu Ana Giriş Kapısına gelirler. Sanık No.1, Beyarmudu Kara Giriş Kapısında, Pile'ye makiniste gitmek istediklerini söyler, ancak geçişine izin verilmez.

Güney'den dalgıç alacaklarını bildiğini söyleyen Sanık No.3, Pile'ye geçişe izin verilmemesi üzerine Van aracı alıp köye döner. Sanıklar No.1 ve No.2 başka bir yerden, Dikelya Üsler Bölgesine gizlice geçerler. Sanıklar No.1 ve No.2, Dikelya Üsler Bölgesinde, maktul Mesut Ahmet Kafkas ile telefoniyen irtibat kurarak, buluşmayı sağlar ve hep birlikte orada bulunan Rumlara ait bir patates ambarına giderler. Sanık No.2 tuvalete gitmek için aralarından ayrılır ve patates ambarında bulduğu bıçağı **(Emare No.58)** alır ve

Sanık No.1'e gösterir. Daha sonra maktul Mesut Ahmet Kafkas'a ait EC 647 plakalı araç ile hep birlikte ambardan ayrılırlar. Oradan ayrıldıktan sonra Sanık No.1 ve No.2 birlikte hareket ederek, istedikleri yola gitmeyen, kaçmaya çalışan ve direnç gösteren maktulü, Sanık No.2'nin patates ambarlarından aldığı bıçak ve maktulün aracından temin ettikleri **(Emare No.59)** çekiçle yaralayıp etkisiz hale getirirler. Sanık No.1 ve No.2 maktulü yaraladıktan sonra, ellerini bağlayarak, maktulü EC 647 plakalı Toyota marka aracı ile kaçırırlar.

Sanık No.1 ve No.2, maktulü kaçırdıkları Üsler Bölgesinde, maktulü bıçak ve çekiçle yaraladıktan sonra, cebindeki 4. davanın tafsilatında belirtilen para ve çekleri sirkat ederler.

Daha sonra, Sanık No.2, Sanık No.3'e telefon eder ve Sanık No.1 ve No.2'nin Dikelya Üsler Bölgesinden KKTC topraklarına geçtikleri yere gelmesini ondan ister. Sanık No.3, Sanık No.2'ye ait DJ 817 plakalı Van araç ile Çayırova – Güvercinlik arası olarak tarif edilen yere gider.

Sanık No.3, buluştukları yerde, Sanık No.1 ve No.2 ile maktulü, maktule ait aracın içerisinde kafası, elleri kanlı ve elleri bağlı vaziyette görür. Sanık No.3'e diğer Sanıklar tarafından herhangi bir zorlama ve tehdit olmadan, hep birlikte, maktulü, elleri bağlı vaziyette, kendi aracından Van araca aktarırlar. Bu aktarmadan sonra, Sanık No.2, maktulün EC 647 plakalı arabasını kullanarak, Korkuteli köyündeki markete gider. Sanık No.1 ve No.3 Van aracın bulunduğu mahalde yalnız kalır. Sanık No.3, Sanık No.1'in elinde bıçak, tabanca veya başka tecavüzi alet bulunmadığı halde, 3,5 km mesafede bulunan Korkuteli köyüne kaçmaz, orda kalır. Sanık No.2 daha sonra Sanık

No.1 ve No.3'ün bulundukları yere gelir ve maktulü Van araçta elleri ve ayakları bağlı vaziyette Alevkayası'na götürmeyi kararlaştırırlar. Maktul kendi aracından Van araca aktarıldığında yaralı ve sağdır.

Sanık No.1, maktule ait EC 647 plakalı araç ile önde, Sanık No.2, yanında Sanık No.3, aracın arkasında maktul olduğu halde DJ 817 plakalı Van araç ile Alevkayası'na, I. Zirve olarak adlandırılan yere giderler.

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin bulgularına göre Sanıklar, maktulü fidye amaçlı kaçırdılar; kaçırma fiilini maktulü öldürmek niyetiyle gerçekleştirmediler.

Sanıklar, Alevkayası I. Zirvede, yaralı ve sağ olan maktulü arabası ile birlikte yakarak öldürmeye karar verirler ve bu niyetlerini uygulamaya koyarlar.

Sanık No.2 ve No.3, maktulün EC 647 plakalı aracı ile Çatalköye giderek, bir petrol istasyonundan bidonla mazot alırlar ve tekrar I. Zirveye gelirler. I. Zirvede konuşan Sanıklar, Alevkayası piknik alanında buluşmaya karar verirler. Önce Sanık No.2 ve No.3 maktule ait EC 647 plakalı araçla içinde mazot bidonu olduğu halde, piknik alanına gider. Sanık No.1, bir müddet sonra içerisinde maktulün de olduğu
DJ 817 plakalı Van araçla piknik alanına gelir ve buluşurlar.

Sanıklar piknik alanında maktulü Van araçtan alıp, kendine ait EC 647 plakalı aracına aktarırlar ve yola çıkarlar. Sanıklar, Mağusa anayolunda,

çemberden sonra, Van aracın en son bozulduğu yerde bir araya gelirler, burada maktulü ve arabasını nerede yakarak öldüreceklerini kararlaştırırlar.

Sanık No.1 ve No.2, çemberde maktulün aracını ve maktulü alarak Taşkent'e giderler. Sanık No.3 ise çemberde Van aracın yanında kalır. Sanık No.3, Sanık No.1'in söylemi ile araçtaki bıçağı atar, daha sonra Van aracın arkasındaki tahtalarda bulunan maktulün kanını havlu ile siler.

Sanıkların maktulü ve aracını yakmaya karar verdikleri Alevkayası I. Zirveden, piknik alanında buluştukları yere, piknik alanından aracın ve maktulün yakıldığı ana kadar kısa sayılmayacak bir süre geçmesine rağmen, Sanıklar niyetlerinden vazgeçmez ve Sanık No.1 ve No.2 henüz sağ olan maktulü, Taşkent'te aracın bulunduğu yerde, aracı ile birlikte, üzerlerine mazot dökerek yakarlar.

Maktul, 22.2.2007 tarihinde, yakma fiiline bağlı olarak aldığı 4. derece yanık neticesinde ölür.

Çemberde bozuk olan Van araçta olan Sanık No.3, kardeşi Necip Teker'i arayıp aracı ile gelmesini ister. Sanık No.3, kardeşi geldikten sonra, kardeşine ait BY 629 plakalı araç ile kardeşini Flamingo Gece Kulübüne bırakarak, bir işi olduğunu söyler ve Sanık No.1 ve No.2'yi almak için Taşkent'e gider.

Sanık No.3, Sanık No.1 ve No.2'yi aldıktan sonra, BY 629 plakalı araçla önce yemek yemeye Lefkoşa'ya giderler. Dönüşte Sanık No.3, maktule

ait aracın anahtarlarını atar, daha sonra maktule ait cep telefonunu **(Emare No.43)** evinde gömerek, pilini de babutsaların altına atarak saklar.

Maktulün yanmış cesedi ve EC 647 plakalı araç, 18.3.2007 tarihinde Taşkent'te bulunur.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

Sanıklar ile ilgili başlangıçta belirttiğimiz hüküm verildikten sonra;

İlk önce Sanık No.2, 21.4.2008 tarihinde, 40/2008 sayılı istinafı şahsen dosyalayarak mahkûmiyet ve cezayı istinaf etti.

Sanık No.2 istinafı şahsen dosyalamasına rağmen, başlangıçta, Bidayetteki Avukatı ile bir süre devam etti, daha sonra Avukatı davadan çekildi, 7.6.2013 tarihli oturumda, Sanık No.2'nin yeni Avukatı hazır bulundu.

Sanık No.2 Avukatı, 3.4.2014 tarihinde, (67) ek istinaf sebebi dosyaladı.

Sanık No.2 Avukatı, hitabında, tüm istinaf sebeplerini (5) başlık altında ele alacağını belirterek, bu başlıkları şöyle izah etmiştir:

Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.2'yi aleyhindeki 1,2,3,4,6 ve 9. davalardan suçlu bulup mahkum etmesi temelinde,

1. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, maktulün başka kişilerce öldürülmüş olup olmaması ihtimali ile ilgili bulguları hatalıdır **(13-18 ve 25. istinaf sebepleri).**

2. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, maktulü Sanık No.1'in veya başka kişilerin öldürmüş olup olmayacağı ihtimaline ilişkin bulguları hatalıdır **(19-24 ve 32. istinaf sebepleri).**

3. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, ölü sertliği, I. Zirvede maktulün sağ olduğu ve sürelerle ilgili bulguları hatalıdır **(26-29,33-35,36-40,30-31'e kadar olan istinaf sebepleri).**

4. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, taammüde ilişkin bulguları hatalıdır **(41-58'e 8. istinaf sebepleri).**

5. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, cezaya ilişkin bulguları hatalıdır **(59-67'e kadar istinaf sebepleri).**

21.4.2008 tarihinde, Sanık No.3, 41/2008 sayılı istinaf ihbarnamesini şahsen dosyalayarak, aleyhindeki mahkumiyet ve ceza kararlarına karşı istinaf etti.

Başlangıçta, Sanık No.3'ün Bidayetteki Avukatı, Sanık No.3 adına bulundu, 7.5.2010 tarihinde, Sanık No.3'ün Avukatının davadan geri çekilmesine izin verildi. Daha sonra Sanık No.3 bakımından dört defa avukat değişikliği gerçekleştikten sonra, bu istinafı yürüten Avukatı davayı sürdürmek üzere tayin edildi.

Sanık No.3 Avukatı, 22.9.2014 tarihinde, (117) ek istinaf sebebi dosyalamıştır.

Sanık No.3 Avukatı, istinaftaki hitabında, 117 adet gerekçeli istinaf sebebini, 8 başlık altında inceleyeceğini beyan etti.

Sanık No.3 Avukatı, Muhterem Bidayet Mahkemesinin Sanık No.3'ün mahkumiyeti ve aleyhine takdir ettiği cezanın hatalı olduğu temelinde:

1. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün kaçma ihtimali olduğu halde kaçmayıp, herhangi bir tehdit altında olmadan, Sanık No.1 ve No.2 ile buluştuğu ve keza herhangi bir tehdit ve zorlama olsa bile kaçma imkânı olduğu halde kaçmadığı ve kaçırma fiiline iştirak ettiğine ilişkin bulguları ve 5. davadan yani zorla adam kaçırma davasından mahkum edilmesi hatalıdır **(1-14).**

2. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.1'in I.Zirvede başka kişilerle konuşmadığı, keza Sanık No.2 ve Sanık No.3'ün olayda başka kişilerin olduğu yönündeki iddialarının gerçek olmadığı ve müteveffanın ölümünde başka kişilerin bulunmadığı ile ilgili bulguları hatalıdır**(15-31).**

3. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün iddiası olan Sanık No.1'in I. Zirvede maktulü öldürmediği ve yine emare iplerin maktulün boğulmasında Sanık No.1 veya başka kişiler tarafından kullanılmış olabileceği şüphesini yaratacak şahadet olmadığı ile ilgili bulguları hatalıdır **(32-46).**

4. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.2 ve No.3'ün iddiası olan maktulün I. Zirvede Sanık No.1 tarafından getirildiğinde ölü olmadığı, maktulde ölü sertliği oluşamayacağı, I.Zirveden benzin alımı ve piknik alanında Sanıkların buluştuğu ana kadar yapmış

olduğu süre tespitleri ile ilgili bulguları ve maktulün Taşkent'te emare araç içerisinde yakıldığı zaman sağ olduğu ve maktulün ölümünün 4. derece yanıklardan meydana geldiğine ilişkin bulguları hatalıdır**(47-69).**

5. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün maktulü EC 647 plakalı araç içerisinde Sanık No.1 ve Sanık No.2'nin mazot döküp yakmalarından önce, I. Zirvede öldürmeye niyet ettikleri ve arabayı yakmayı her üç Sanığın da I. Zirvede karar verdikleri ve keza işbu hususun Sanık No.3 tarafından öğrenildiği ve yine Sanıkların maktulü öldürme niyetlerinin devam ettiği ve çemberde bu niyetlerini icra için maktulü nerede yakacaklarına karar verdiklerine ilişkin bulguları hatalıdır**(70-81).**

6. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün öldürme fiilinin ika edilmesinden sorumlu olduğu ve birçok kez kaçma fırsatı olduğu halde kaçmadığı ve suçlara iştirak ettiği, Sanık No.3'ün de öldürme niyetinin maktulü öldürme fiilinin gerçekleştiği saate kadar devam ettiği yönündeki bulguları hatalıdır **(82-92).**

7. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanıkların öldürmeye karar verdikleri I. Zirveden yakma anına kadar yeterli bir süre geçtiği halde Sanıkların niyetlerinden vazgeçmeyip öldürme fiilini icra ettikleri ve Sanık No.3'ün I. dava olan taammüden adam öldürme, 2. dava olan adam öldürme ve yakma fiiline iştirak etmesi ve 7. dava olan kasti hasar suçlarından mahkum etmesi ile ilgili tüm bulguları hatalıdır. Bidayet Mahkemesi, Sanık No.3 lehine doğan

makûl şüpheden, Sanık No.3'ü yararlandırmamakla hata etmiştir **(93-110).**

8. Muhterem Bidayet Mahkemesi tarafından Sanık No.3'e verilen hapislik cezası alenen fahiştir **(110-117).**

Sanık No.1 ise, 25.4.2008 tarihinde, o zamanki Avukatı vasıtasıyla, 42/2008 sayılı istinaf ihbarnamesini dosyalayarak, kabul etmediği I. dava olan taammüden adam öldürme suçundan mahkum etmek ve fahiş ceza vermekle Muhterem Bidayet Mahkemesinin hata ettiğini ileri sürmüştür.

İstinaf duruşmasında Avukatsız bulunan ve ısrarla kendisine avukat tayin edilmesini istemeyen Sanık No.1'in, istinaf ihbarnamesinde belirtilen 5 istinaf sebebini, iki başlık altında toplamak mümkündür:

1. Muhterem Bidayet Mahkemesi, huzurunda Sanık No.1'in maktulü öldürmek istediği, öldürmek kasıt ve niyetiyle hareket edip öldürmeyi tasarladığı ve bir plan kurduğu, plan ile öldürme fiili arasında nedensel bir bağ olduğu, öldürme fiilinin neşet ettiği andan öldürme anına kadar geçen sürenin bu niyetleri üzerinde düşünebilecek ve dilediği takdirde bundan vazgeçmesine yeterli olacak bir süre olduğu, buna rağmen vazgeçmeyip öldürme fiilini icra ettiği yönünde hiçbir direkt ve/veya çevre şahadet mevcut olmamasına, ve/veya İddia Makamının taammüden katillik suçu unsurlarını makul şüpheden ari olarak kanıtlayamamasına rağmen, Sanık No.1'i taammüden katillik suçundan mahkum etmekle hata etti.

2. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.1'e tayin ettiği cezalar aşikar surette fahiştir.

İddia Makamı, 30.4.2008 tarihinde, Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin kararına karşı aşağıda sırasıyla belirteceğimiz istinafları dosyalamıştır.

İddia Makamı, Sanık No.1'e verilen cezaların az olduğuna dair, 46/2008 sayılı istinafı dosyalamıştır. İstinaf ihbarnamesinde 10 istinaf sebebi ileri sürülmesine rağmen, tüm istinaf sebeplerini tek başlık altında inceleyebiliriz. Buna göre:

1. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.1'e oy çokluğu ile takdir ettiği cezalar aşikar surette azdır.

İddia Makamı, Sanık No.2 ile ilgili 47/2008 sayılı istinaf ihbarnamesini dosyalamıştır.

İddia Makamı başlangıçta 10 istinaf sebebi ileri sürerek, Sanık No.2'ye verilen cezanın aşikar surette az olduğu ve yükseltilmesi gerektiğini ileri sürdükten sonra, 2 adet ek istinaf sebebi sunmuştur.

İddia Makamının Sanık No.2 ile ilgili istinaf sebeplerini, 2 başlık altında incelemek mümkündür:

1. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.2'ye oy çokluğu ile takdir ettiği cezalar aşikar surette azdır.
2. Muhterem Bidayet Mahkemesinin huzurundaki meselede, suç ortağı konumunda bulunan Sanık No.1 Osman Bayır'ın, Mahkemedeki yeminli şahadetinde, Aleyhine İstinaf Edilen Sanık No.2 aleyhinde ve/veya Sanık No.2'yi suçlayıcı şahadeti konusunda kendini ikaz etme zorunluluğu ve teyit edici şahadet aranması gerektiği konusundaki karar ve/veya bulgusu hatalıdır.

İddia Makamı, Sanık No.3 ile ilgili, 48/2008 sayılı istinaf ihbarnamesini dosyalamıştır.

İddia Makamının Sanık No.3 aleyhine dosyaladığı istinaf ihbarnamesinde, daha sonra dosyalanan ek istinaf sebepleri ile birlikte toplam 15 istinaf sebebi mevcuttur. Bu istinaf sebeplerini 3 başlık altında incelemek mümkündür. Buna göre:

1. Muhterem Bidayet Mahkemesi, Sanık No.3'ü, aleyhindeki 3,4,6,8 ve 9. davalardan beraat ettirmekle hata etmiştir.
2. Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'e, mahkum ettiği davalardan oy çokluğu ile takdir ettiği cezalar aşikâr surette azdır.
3. Muhterem Bidayet Mahkemesinin huzurundaki meselede, suç ortağı konumunda bulunan Sanık No.1 Osman Bayır'ın, Mahkemedeki yeminli şahadetinde, Aleyhine İstinaf Edilen Sanık No.3 aleyhinde ve/veya Sanık No.3'ü suçlayıcı şahadeti konusunda kendi kendini ikaz etme zorunluluğu ve teyit edici şahadet aranması gerektiği konusundaki karar ve/veya bulgusu hatalıdır.

Yukarıda, tüm İstinaf Edenlerin tanzim ettiği başlıklara göre açıkladığımız istinaf sebeplerinin, 2 temel başlıktan ibaret olduğu görülmektedir. Tüm istinaf sebeplerini, bu 2 temel başlık altında inceleyip değerlendireceğiz.

I. Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin, huzurundaki tüm şahadet ve delilleri değerlendirdikten sonra, Sanık No.1'in

1. davadan, Sanık No.2'nin tüm davalardan ve Sanık No.3'ün 1,2,5 ve 7. davalardan verdiği mahkumiyet ve Sanık No.3 ile ilgili 3,4,6,8 ve 9. davalardan verdiği beraat kararları hatalıdır.

II. Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi, Sanıklara ceza takdir ederken hata etmiştir.

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI:

Tüm tarafların saatlerce hitap ederek argümanlarını sundukları bu istinafta, istinaf sebeplerinin incelenmesi esnasında tarafların iddialarına ayrıca değinileceğinden, bu kısımda tarafların iddialarının daha iyi anlaşılabilmesi için, iddialara genel hatları içerisinde değinmeyi uygun gördük.

Sanık No.1, istinaf duruşmasındaki hitabında, taammüden adam öldürme suçunun unsurlarına değindikten sonra, özetle: Mahkemenin Sanıklar aleyhindeki ithamı, Sanıkların şahadeti, istintaklarından çıkan şahadet ve çevre şahadetle sonuca ulaştığını, bu esastan hareketle huzurundaki şahadeti hatalı değerlendirdiğini, maktulün fidye ve para amaçlı kaçırıldığını, maktulün ölüsünün değil, canlı halinin lazım olduğunu, Mahkemenin maktulün kaçırılması aşamasında Sanıkların öldürme niyetlerinin olmadığına ilişkin kesin bulgusu olduğunu, maktulün Alevkayası'na Zirveye götürüldüğünde durumunun iyi olmadığını, tüm Sanıkların bu durumu söylediğini, piknik alanına gidildiğinde maktulün sağ olduğuna ilişkin bulguyu Prof.Dr.Oğuz Polat'ın Adli Tıp hitabındaki atıfla bilimsel verilere göre yaptığını, bunun hatalı olduğunu, Mahkeme huzurunda maktulün ölüm saati ve sebebi ile ilgili şahadet olmadığını, bilimsel verilerle çıkarım yapılamayacağını, Sanıkların

herhangi birinin maktulün yakılarak öldürüleceğine dair şahadet veya beyanı olmadığını, mevcut şahadetle Mahkemenin duygusal ve hatalı davranarak şahadetin desteklenmediği bir sonucuna ulaştığını, maktulün yakılma anından evvel ölmüş olabileceği makul şüphesinden Sanık No.1'in yararlandırılmadığını, mevcut şahadet ve delillerin sonucunun taammüden adam öldürme suçundan mahkumiyet için yeterli olmadığını ve beraat ettirilmesi gerektiğini ileri sürdükten sonra, cezaevi infaz sisteminde yapılan değişikliklere temas ederek, verilen cezanın eski sisteme göre müebbete denk geldiğini, bunun aşikar surette fazla olduğunu ve cezalandırma prensiplerinin yanlış uygulandığını belirterek, hitabını tamamlamıştır.

Sanık No.2 Avukatı, istinaftaki hitabında, özetle: Sanık No.2'nin aleyhindeki 7. davayı yani kasti hasar suçunu kabul ettiğini ancak maktul yakılma anında ölü olduğu için adam öldürme veya taammüden adam öldürmeden mahkum edilemeyeceğini; Maktulün, Alevkayası'ndaki I. Zirvede başkaları tarafından öldürülmüş olabileceği ihtimaline değer verilmediğini, çevre şahadetle sonuca ulaşıldığını, halbuki çevre şahadetle mahkumiyet olabilmesi için, tüm şahadet birleştiğinde suçu oluşturması gerektiğini, bu meselede Sanıkların maktulü kaçırma anında öldürme niyetleri olmadığını, niyetlerinin maktulü başkalarına teslim edip para almak olduğunu, kendilerinin olmadığı bir zamanda maktulün öldürülmüş olabileceğine ilişkin Sanık No.2 ve No.3'ün şahadetlerine hiç değer verilmediğini, park alanında ve yakıldığında maktulün sağ olduğuna dair bulgu yapılabilecek şahadet olmadığını, Ceza İstinaf 29/73'e atıfla, sanık tarafından ileri sürülmese bile, tüm şahadette suçun sanık tarafından işlenmediğini gösteren hususların olması halinde, bunun Sanık lehinde değerlendirilmesi gerektiğini, yaralama suçunun incelenmesinden itibaren, Mahkemenin, Sanık No.2'nin söylediklerine değer vermediğini,

maktulün park alanında, Van araçtan kendi arabasına aktarılırken, Sanık No.2 ve No.3 tarafından ifade edilen **"maktulün boynunda ip vardı"** yönündeki şahadete itibar edilmediğini, ölüm sebebinin belirlenemediği bu meselede, ölüm sebebinin doğrudan yakılmaya bağlı 4. derece yanığa bağlandığını, I. Zirvede bulunan bala ipinin, maktulün bağlandığı gri ip olmadığı söylenmesine rağmen bu iplerin maktulün öldürülmesinde kullanılmış olabileceği ihtimaline değer verilmediğini, bulunan iplerin analize gönderilmemesinin eksiklik olarak kabul edilmediğini, Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.2 ve No.3'ün, maktulün piknik alanında ölü olduğunu söylemelerini, nabzına ve tansiyonuna bakmadıkları için kabul etmediğini, bu şekilde ceza davasındaki ispat yükümlülüğünün ters çevrildiğini, Sanıkların söylediklerinin doğru olabilme ihtimali olmasının yeterli olduğunu, Sanık No.2'nin adam öldürmeden mahkum edilemeyeceğini, taammüden adam öldürmenin unsurlarının oluşmadığını, Sanıkların Alevkayası I. Zirvede maktulü yakarak öldürmeye niyet ettiklerine ilişkin şahadet olmadığını, Sanık No.2'nin kabul etmediği suçlardan beraat ettirilmesi gerektiğini, verilen cezanın alenen fahiş olduğunu, Sanık No.2'ye daha az ceza verilmesi gerektiğini ileri sürerek hitabını tamamlamıştır.

Sanık No.3 Avukatının, istinafta, tüm şahadeti tek tek ele alarak değerlendirdiği hitabında, özetle: Önce Sanık No.3 bakımından olayın nasıl olduğunu anlatarak, maktulün kaçırılacağı, Sanık No.1 ve No.2 tarafından planlanmasına rağmen Sanık No.3'ün, Sanıklar ile ilk buluşma yerine, Sanık No.1 ve No.2'nin Güney'den geçireceği malları taşımak amacıyla gittiğini, maktulün kaçırılacağını bilmediğini, maktulün kaçırıldığını görünce Sanık No.1 ve No.2'nin uyguladığı baskı, zorlama ve tehdit neticesinde Alevkayası I. Zirveye gittiğini, orada Sanık No.1'in maktulü teslim alacak adamların geleceğini söylemesi üzerine maktulü Sanık No.1 ile Van araçta bırakıp

maktule ait Toyota araçla Girne-Çatalköy'e gittiklerini, mazot alıp I. Zirveye geri döndükleri zaman, Sanık No.1'in kendilerine, **"çabuk gidin adamlar gelecek"** demesi üzerine piknik alanı olarak geçen 2. noktaya gittiklerini, orada 40-45 dakika beklediklerini, Sanık No.1'in Van araçla yanlarına geldiğini ve maktulü ölü olarak gördüklerini, maktulü Sanık No.1 veya başka şahısların öldürdüğünü, Sanık No.3'ün aleyhindeki tüm davalardan beraat ettirilmesi gerektiğini, Sanık No.1'den ayrılma niyetleri olmasına rağmen Van aracın bozulduğunu, Sanık No.3'ün kardeşini aradığını ancak Sanık No.1 ve No.2 tarafından aranarak tehdit ve zorlama ile onları bulundukları yerden aramak zorunda kaldığını, Mahkemenin bu iddiaları değerlendirirken Sanık No.3'ün şahadetini ve gönüllü ifadesini değerlendirmediğini, gönüllü ifadesini makuliyet testine tabi tutmadığını, hangi ahval ve koşullar altında bu fiile katıldığını değerlendirmediğini, tetkik edilseydi Sanık No.3'ün kaçmaması için başlangıçta telefonunun zorla alındığının ortaya çıkacağını, bunun yapılmamasının hata olduğunu, Alevkayası'ndaki I. Zirveye gidildikten sonra olayda başkalarının olmadığına ilişkin olarak Mahkemenin şahadeti hatalı değerlendirdiğini, Sanık No.1 ve No.2'nin **"fidye için kaçırdık"** iddialarının tutarlı olmadığını, bu düşüncenin Alevkayası'na gidişi izah etmediğini, Alevkayası'na gidilmesinin sebebinin Sanık No.1'in diğer Sanıklara beyan ettiği gibi maktulü orada başkalarına teslim etmek olduğunu, bunun için ayrıca telefonda konuşması gerekmediğini, dolayısıyla birden fazla telefon konuşması olmasının makul şüpheyi ortadan kaldıramayacağını, Sanık No.3'ün, maktulün Sanık No.1 tarafından öldürülmüş olabileceği ihtimalini İddia Makamı Tanıklarına sormamasının eksiklik olarak kabul edilmesinin hatalı olduğunu, Mahkemenin her türlü ihtimali değerlendirmesi gerektiğini, Mahkemenin maktulün iple boğularak öldürülmüş olabilme ihtimalini araştırmadığını, ölüm nedeninin belli olmadığını, ölüm saatinin saptanmadığını, Mahkemenin saatleri

hatalı değerlendirdiğini, Bidayet Mahkemesi tüm şahadeti değerlendirmiş olsaydı, Sanık No.3'ün mahkum edilemeyeceğinin ortada olduğunu, Sanık No.3'ün aleyhindeki tüm davalardan beraat etmesi gerektiğini söyledikten sonra, modern cezalandırma prensiplerinin uygulanmadığı bu meselede, Sanık No.3'e takdir edilen cezanın çok fazla olduğunu söyleyerek hitabını tamamlamıştır.

İddia Makamı, Sanıkların istinaflarına cevap vermek ve kendi istinaf nedenlerini sunmak için yaptığı uzun hitabında, özetle: Bidayet Mahkemesinin Sanık No.3 ile ilgili beraat kararlarını istinaf ettiklerini, Mesut Ahmet Kafkas isimli şahsın yakılarak öldürülmesi olayında darp, bıçaklanma, kaçırılma ve yakılmasının bir bütün olduğunu ve Sanıkların başından itibaren birlikte davrandıklarını, davalarını ispat için dinlettikleri 37 tanık ve 97 adet emarenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, Sanık No.2 ve No.3'ün başlangıçta polise yalan ifade verdiklerini, Sanık No.1 ile birlikte anlaşarak polisi şaşırtmak için yalan ifade verdiklerini, bunun Sanıkların tutukluluk sürecinden görülebileceğini, Sanıkların tüm ifadeleri incelendiğinde Sanık No.3'ün en başından itibaren olayın içinde yer aldığının aşikar olduğu bu meselede, Sanıkların birden fazla ortak amaçları olduğunu, Sanık No.3'ün maktulün kaçırılacağını önceden konuştuğunu ve bildiğini, Sanıkların davranışlarının ve şahadetin bu sonucu gösterdiğini, bu davada Muhterem Bidayet Mahkemesinin yaptığı gibi, birlikte yargılanan suç ortaklarının şahadetlerini dikkate almak için kendi kendini uyarması gerekmediğini, Rv.Rudd ve R.v Cheema davalarındaki prensipler gereği aynı davada yargılanan Sanıkların birbirleri aleyhine verdikleri yeminli şahadeti dikkate alabileceğini, savunmanın farklı senaryo çizme peşinde olduğunu, Sanıkların tümünün bir gece önce maktulü kaçırma konusunu konuştuklarını, Sanık

No.3'ün olayda tabanca kullanılacağını bildiğini, ancak tabanca yerine daha az tehlikeli olan bıçak ve çekiç kullanılmasının suça iştirakini önlemeyeceğini (Joint enterprises ilkeleri), bu davada Sanık No.3 bakımından **duress** müdafaasının geçerli olmadığını, Sanık No.3'e verilen beraat kararlarının hatalı olduğunu, taammüden adam öldürmenin bütün unsurlarının ispatlandığını, maktulün yakıldığında sağ olduğunu, Sanık Avukatlarının maktulün ölümü ile ortaya koydukları senaryoların geçersiz, sonradan düşünülmüş, dikkate alınmaması gereken nitelikte olduğunu, cinayetin hunharca işlendiğini, mevcut olgulara dayalı, hunharca işlenmiş cinayetin işleniş şeklinin, taammüdü diğer unsurları ile bütünleştirdiğini, tüm Sanıkların mahkum edilmeleri gerektiğini, verilen cezanın suçun vahameti ile orantılı olmadığını, uygun ve adil cezanın azınlık kararının takdir ettiği ceza olduğunu söyleyerek, Mahkemeyi bu yönde karar vermeye davet etmiştir.

İNCELEME:

Bu istinafa konu davada, iddianamedeki davaların hiçbirini kabul etmeyen, sadece Sanık No.3'tür. Sanık No.1, aleyhine getirilen 1. davayı yani taammüden adam öldürme suçunu kabul etmedi, diğer tüm davaları kabul etti, Sanık No.2 ise aleyhindeki 5. ve 7. davaları **(zorla insan kaçırma ve kasti hasar suçları)** kabul etti, diğer davaları kabul etmedi.

Ceza davalarında, bir Sanık, aleyhindeki suçu kabul ederse, iddia makamının o suç ile ilgili sunduğu olguları da kabul etmiş sayılır, meğer ki olgular bakımından taraflar arasında farklılık olsun ve mahkeme ihtilâflı olgular üzerinde bulgu yaparak farklılığı gidersin veya kabul beyanını ortadan kaldırmayacak nitelikteki olguları saptasın.

Sanık No.1, kendi ikrarı ile mahkum olduğu davalardan, mahkumiyet aleyhine istinaf dosyalamadığından, konu suçlar ile ilgili olarak İddia Makamının sunduğu olgular ile davaların ispatlandığı kabul edilmelidir. Sanık No.1 açısından incelenmesi gereken tek önemli husus, taammüden adam öldürme suçunun unsurları ve maktulün yakıldığında ölü olup olmadığı olgusudur.

Sanık No.2, aleyhine getirilen 5. davaya konu zorla insan kaçırma ve 7. davaya konu kasti hasar suçlamalarını kabul ettiğine göre, İddia Makamının bu suçlarla ilgili Mahkemeye sunduğu olguları kabul etmiş sayılacağından, Sanık No.2 bakımından sunulan şahadet, kabul etmediği suçlar bakımından incelenecektir.

Bu anlamda, Sanık No.1 ve No.2'nin maktulü zorla kaçırdıkları ve Taşkent'te EC 647 plakalı arabasında üzerine mazot dökerek yaktıkları olgusu, maktul yakılırken ölü olup olmadığı hariç, bu iki sanık bakımından tartışılabilir olmaktan çıkmıştır.

Sanık No.3 ise suçlamalardan hiçbirini kabul etmediğinden, Sanık No.3 aleyhindeki suçlamaların olgularının nasıl meydana geldiği ve davaların ispatlanıp ispatlanmadığı istinaf sebepleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Olayın başlangıcından sonuna kadar, her üç Sanığın birlikte olduğu bu meselede, Sanıkların hangi ortak amaçla hareket ettikleri, amaçlarının ne olduğu, suç ortağı kavramı, Sanıkların birbirleri aleyhlerine verdikleri şahadetin niteliği, çevre şahadet konusu, delillerin bir bütün olarak

değerlendirilmesi ve ispat külfetinin yerine getirilip getirilmediği, istinaf süresince taraflarca uzun uzun tartışılmıştır.

İleride tekrarı önlemek için, istinaf sebeplerini teker teker incelemeye geçmeden önce, bu kavramların hukuki niteliği, bu kavramların somut olayda doğru değerlendirilip değerlendirilmediği ve tarafların hukuki noktalar ile ilgili istinaf sebeplerini incelemeyi bu aşamada gerekli gördük.

Bir ceza davasındaki ispat yükümlülüğü üzerinde uzun boylu duracak değiliz. Ceza davalarında, başından sonuna kadar ispat külfeti iddia makamının üzerindedir ve iddia makamı sanıklar aleyhindeki ithamı makul şüpheden ari olarak ispatlamakla yükümlüdür. Sanık, itham edildiği suçu işlemediğini, suçsuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir.

Bu temel prensibi hatırlattıktan sonra, sanığın izahatlarına ne şekilde değer verileceğine kısaca temas etmeyi uygun bulduk. Sanık, itham edildiği suçu işlemediğine yönelik izahat verebilir, olgusal iddialar ileri sürebilir. Sanık bir izahat ileri sürdüğünde, bu izahatın mahkeme tarafından ele alınıp tezekkür edilebilmesi için, değer taşıyabilen şahadetle desteklenmesi gerekir.

Değer taşıyan şahadet, iddia makamı tanıklarının çapraz sorgulamasıyla, sanığın şahadet vermesiyle, savunma tanıklarının şahadetiyle veya her üçünün birleşimiyle mahkemeye sunulabilir.

Sanık tarafından ileri sürülen ve değer taşıyan şahadetle desteklenen olguların doğru olma olasılığı olduğuna kanaat getirilirse, sanık bu nedenle oluşacak şüpheden istifade ettirilir. Sanığın yararlandırılacağı şüphe, mahkeme

önündeki değer taşıyan şahadetten kaynaklanan şüphedir. Şahadet dışı ihtimallerin doğurduğu, hayal ürünü, spekülatif ihtimaller makûl şüphe olarak kabul edilemez.

Yukarıda belirttiğimiz temel prensiplerle ilgili olarak Ceza İstinaf 29/73, Yargıtay/Ceza 15/91, Bir.Yargıtay/Ceza 28 ve 35/2002, Y/C 14/98, R.v.Gray (1973) 58 Cr.App.Rep.177, Rv.Yap Chunan Ching (1976) 63 Cr.App.Rep.7.CA, 1977, I CLR Rv.Andreas Anastassiades p.97, 1977, I CLR KOUPPİS v.R p.361. davalarına atıfta bulunuruz.

Huzurumuzdaki istinafta, özellikle Sanık No.3'ün Avukatı, Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün bazı iddialarıyla ilgili olarak, yemin altında şahadet veren Sanık No.1'e veya başka tanıklara soru sormamasını, Sanık No.3 bakımından eksiklik saydığını, bu nedenle şüphe yaratacak iddiaları incelemeyerek, adeta ispat kültefini Sanıklardan beklediğini ve kararını hatalı prensipler üzerine kurduğunu ileri sürmüştür.

Alt Mahkemenin kararını incelediğimizde, ceza davalarındaki ispat külfetini değiştirerek, Sanıkların masumiyetlerini ispat etmesi gerektiği gibi temel bir hataya düşmediği veya Sanıklardan böyle bir beklentide bulunmadığı açık surette görülmektedir.

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, istintak neticesinde sorulan sorulara verilen cevaplar, değer taşıyan şahadet niteliğindedir. Sorunun sorulmamasının eksikliği, sanığın ispat külfetini yerine getirmediği anlamında değil, mahkeme huzurunda makul şüphe yaratacak değerde olabilecek şahadetin yokluğu anlamında kullanılmıştır. Alt Mahkemenin, davada makul şüphe yaratacak

şahadet değerlendirmesinde hatalı olup olmadığı, istinaf sebeplerinde inceleyeceğimiz bir husustur; burada belirtmek istediğimiz, Alt Mahkemenin Sanıkların suçsuzluklarını ispat etmesi gerektiği yönünde temel bir hata yapmadığı, Sanıklardan bunu beklemediği ve hükmünü bu esas üzerine kurmadığıdır.

Bu istinaf bakımından önemli kavramlardan biri de, Sanıkların ortak amacı (joint enterprises) ile ilgili prensiplerdir.

Sanık No.2 ve No.3 Avukatları tarafından da referans olarak sunulan Birleştirilmiş Yargıtay Ceza 63-67/1997 (D.5/99)'da ortak amaç ile ilgili şöyle denmiştir:

> **"Birden çok kişi ortak bir amaçla hareket ederlerse, amaç doğrultusunda, amacın gerçekleşmesi için bir tanesinin yaptığı hareketlerden diğerleri de sorumlu olurlar ve ortak amacın gerçekleşmesi için yapılan hareketlerden doğan beklenmedik, olağandışı sonuçlar da bu sorumluluğun kapsamındadır. Ortak amaçla hareket edenlerden bir tanesinin ortak amacın dışına çıkan, diğerleri tarafından makul olarak öngörülemeyecek bir harekette bulunması halinde ise diğerleri bu hareketten sorumlu olmazlar."**

Bu konuda ayrıca Bir.Yargıtay/Ceza 81-82-83/2012 (D.10/12) sayılı içtihat kararına atıfta bulunuruz.

Her iki kararda çok iyi şekilde izah edilen ve örnekleri ile belirtilen bu prensibi analiz edecek olursak, birden çok kişi ortak amaçla hareket ettiklerinde, sorumluluk için, ortak amaca uygun davranıp davranmadıkları araştırılmalıdır. Aralarından bir tanesinin ortak amacın dışına çıkması, diğerlerinin veya diğerinin sorumluluktan kurtulmasına sebep olabilir.

İddia Makamı, bu istinafta, Sanıkların birden çok ortak amaç için hareket ettiklerini ileri sürmektedir.

Bu meselede, Sanıklar ve İddia Makamı tarafından ortaya konan senaryolar farklı farklıdır. Mahkeme hiçbir zaman tarafların senaryoları ile bağlı değildir, taraflar kendi tezlerinin kabul edilmesi için şahadeti kendi istedikleri gibi yorumlayabilir veya abartarak anlatabilirler. Bu nedenle, mahkemenin görevi, değer taşıyan şahadeti tespit edip meseleye uygulamaktır. Sonuçta şahadet, taraflardan herhangi birinin tezini destekleyebilir veya mahkeme farklı bir sonuca ulaşabilir. Bu konuda daha önce atıfta bulunduğumuz **Rv.Anastassiades davasına, 22 C.App. R 91'de rapor edilen R v Turkington** davasına atıfta bulunuruz.

Burada önemli olan, şahadet kuralları çerçevesinde, şahadetin doğru şekilde değerlendirilmesi ve olguların tespit edilerek sonuca ulaşılmasıdır. İstinaf bakımından bizim göz önünde bulunduracağımız husus, Alt Mahkemenin huzurundaki şahadeti doğru değerlendirip değerlendirmediği, doğru sonuca ulaşıp ulaşmadığıdır. Bu değerlendirmede farklı sonuçlara ulaşılması halinde, Yargıtayın böyle bir sonuca ulaşmasına engel yoktur.

Bir olasılığın tezekkür edilebilmesi, değerlendirmeye alınabilmesi için, mahkeme huzurunda, o olasılığı ortaya koyabilecek, o olasılığın değerlendirilmesi gereğini doğuran şahadet olması gerekir. Mahkeme, bir sanığı sadece önündeki şahadet ışığında yargılar, davayı sadece önündeki şahadet ışığında karara bağlar. Mahkemenin şahadetin dışına çıkması yargılamayı karmaşaya götürebileceği gibi, adalette sapmaları da beraberinde

getirebilecektir. Bu konuda başta, **Yargıtay/Ceza 14/98 ve Mancini v DPP All ER sayfa 279 ile RV Anastassiades** davalarına atıfta bulunuruz.

Bu sonuçtan hareketle, bir ceza davasında, sunulan şahadet ve delillerin çok sıkı bir elekten geçirilmesi, değerlendirilmesi ve o şekilde sonuca ulaşılması esastır. Bu anlamda, Alt Mahkeme huzuruna ibraz edilen, değerlendirilen veya değerlendirilmeyen her şahadet ve emare aynı zamanda bu istinafın da konusudur ve incelenecektir.

Ceza yargılamasındaki temel düşünce, işlendiği iddia edilen suçun ortaya çıkarılması ve itham edilenlerin suçlu olup olmadığının belirlenmesidir. Bu amaca uygun olarak, yargılamanın temel görevi şöyle izah edilir: Olaylar varsayılmaz, kanıtlanır **(facta non preasumuntur, sed probantur)**. Çünkü hüküm kuracak olan yargıçlar, hesap yapmazlar **(Judex est tex lequens)** şu ya da bu kaygılarla, ön yargılarla karar vermezler, kanıtları tartarlar ama asla saymazlar **(argumente non sunt numeranda sed ponderanda)**.

Huzurumuzdaki dava gibi çevre şahadetin çok önemli olduğu meselelerde, mahkemenin çok dikkatli davranması ve sonuca ulaşırken toplanan şahadetin bütününün sanığın suçluluğunu göstermekle kalmayıp, bu şahadetin rasyonel başka bir sonuçla da bağdaşmayacak nitelikte olduğunu göstermesi gerekmektedir. Bu konuda,**(Rex v Shaban 8 CLR 2, sayfa 82 ve H v Hodge 2 law.227)** davasına atıfta bulunuruz.

Çevre şahadet, kanıtlanması gereken olgunun varlığını doğrudan ortaya koymayan, ancak mahkemenin bu olgunun varlığı hakkında karar verebilmesini sağlayan şahadettir. Çevre şahadet parça parça alındığında hiçbir

parça sanığın suçlu olduğunu ikna edici biçimde ortaya koymaya yeterli olmayabilir, ancak tüm parçalar yerli yerine yerleştirildikten sonra, çevre şahadet bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tümü, sanığın suçlu olduğunu diğer şahadetle kuvvetle ortaya koyarsa, sanık, aleyhindeki davadan mahkum edilebilir. Bu konuda **Yargıtay/Ceza 14/98, Rv Anastassiades, Archbold 35. baskı, paragraf 1141, sayfa 471'e** atıfta bulunuruz.

Buradaki sanığın suçlu olduğunun kuvvetle ortaya konması hususu, makul şüpheden arilik prensibi çerçevesinde, rasyonel başka bir sonuç ile bağdaşmayacak nitelikte olması gerektiği anlamında ele alınmalıdır. İddia Makamının davası bakımından buradaki ölçüt asla ihtimaller dengesi ölçütü değildir. İhtimaller dengesi ölçütü sadece sanıklar bakımından dikkate alınır ve makul şüpheden yararlandırılır.

Bidayet Mahkemesi kararında, davanın büyük oranda çevre şahadet ve Sanıkların şahadetlerine dayandığını benimsemiş ve kararının başlangıcında şöyle bir ifadede bulunmuştur:

> **"Bu meselede olayları bilen, gören ve yaşayan sanıklardır. Sanıklar dışında direkt görgü tanığı yoktur ve olayların oluşumu sanıklar tarafından farklı bir şekilde anlatılmaktadır. Sanık No.1 şahadetinde olayları Sanık No.2 ve No.3'den farklı şekilde anlatmaktadır. Sanık No.2 ve No.3 de birçok olayı birbirinden farklı anlatmaktadır. Hemen belirtelim ki Sanık No.1 aleyhindeki 1. davadaki taammüden adam öldürme ithamı dışındaki tüm ithamları kabul etmiş olup Sanık No.1,No.2 ve No.3 suç ortağı statüsündedirler. Bu nedenle sanıkların şahadetlerini ve birbirleri aleyhine söylediklerini inceleyip değerlendirirken suç ortağı olduklarını hatırda tutarak ve kendi kendimizi uyararak şahadetlerini etüt edip değerlendirdiğimizi ve yapacağımız her bulguyu yaparken bu ikazı sürekli yaptığımızı belirtmek isteriz. Suç ortağının şahadetini inceler ve ne değer verileceğini saptarken**

de dikkate alınması gereken prensipleri de dikkate alarak olanaklı olduğu oranda teyit edici şahadet aramamızın da gerekli olduğunun bilincindeyiz."

Görülebileceği gibi, Bidayet Mahkemesi, Sanıkları, suç ortağı olarak kabul etmiş ve şahadetlerine ne şekilde yaklaşacağını belirtmiştir.

İddia Makamı, Alt Mahkemenin bu kararına karşı mukabil istinaf dosyalayarak, suç ortağı konumunda bulunan Sanık No.1'in diğer Sanıkları suçlayıcı şahadeti konusunda Mahkemenin kendi kendini ikaz etme zorunluluğu olmadığını, teyit edici şahadet araması ile ilgili Mahkeme karar ve bulgusunun hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Sanık No.2 ve 3 Avukatları, İddia Makamının bu istinaf sebebi ile hemfikir değildir.

İddia Makamı aynı davada yargılanan sanıkların birbirleri aleyhine şahadet vermeleri halinde, mahkemenin bunu dikkate alabileceğini, ayrıca kendini ikaz etmesi gerekmediğini ileri sürerken, R.v Rudd ve Rv Cheema davalarına atıfta bulunmuştur.

Tamamıyla hukuki bir konuyu içeren bu istinaf sebebini, bu aşamada karara bağlamayı ve suç ortaklarının şahadeti ile ilgili görüşümüzü belirtmeyi gerekli görürüz.

Burada doğru sonuca ulaşabilmek için, aynı suçla itham edilen kişilerin ya da suç ortağı konumunun, şahadet açısından mahkeme huzurunda

oluşabilecek alternatifli hallerine değinmek ve her alternatifi ayrı ayrı incelemek istiyoruz:

I. Suç ortağı sanıklardan birinin, **tahkikat sırasında verdiği ifadenin** diğer sanıklar aleyhine dikkate alınması;

Suç ortağı sanıklardan birinin, tahkikat sırasında verdiği ifadedeki suçlayıcı isnatlar, diğer sanıklar aleyhine şahadet olarak dikkate alınmaz. Bir sanığın tahkikat sırasında verdiği gönüllü ifade, sözlü itiraf veya açık ifade sadece böyle bir ifadeyi veya itirafı yapanın aleyhine dikkate alınabilir. Bu konuda **Yargıtay/Ceza 17/93** sayılı içtihat kararına atıfta bulunuruz.

II. Suç ortaklarından birinin, **iddia makamı tanığı olarak duruşmada diğerleri aleyhine şahadet vermesi;**

Mahkeme, sadece suç ortağının şahadeti ile bir sanığı mahkum ederken çok dikkatlı davranmalı, teyit edici şahadet arama yönüne gitmeli ve teyit edici şahadet yokluğunda kendi kendine ihtarda bulunmadıkça sadece suç ortağının şahadeti ile mahkum etmenin çok tehlikeli olacağını bilmelidir. Bu konuda **AII ER 1954(1) sayfa 507 Davies v.DPP ve Y/C 84/02, Bir.Y/C 6,7,8/84** sayılı kararlara atıfta bulunuruz.

Huzurumuzdaki meselede, İddia Makamı adına şahadet veren suç ortağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 3. alternatifi incelemeye geçmeden önce, suç ortağının şahadetinin niteliği üzerinde durmayı uygun gördük.

Ceza davalarında, **iddia makamı adına bir suç ortağı şahadet sunduğu zaman, bu şahadet tahtında sanığın mahkum edilmesi olasıdır.** Böyle bir durumda, Yargıcın veya Mahkemenin kendi kendini teyit edici şahadet olmadan mahkum edebileceği, ancak bunun tehlikeli olduğu hususunda uyarması gerekir. Yargıcın veya Mahkemenin bu uyarıyı yapmaması halinde, gerçekte yeterli teyit edici şahadetin varlığına rağmen bu mahkumiyet bozulabilir.

Rv Davies (1954) 39 Cri. App. R.II'de, bu hususta şöyle söylenmiştir:

> **"In a criminal trial where a person, who is an accomplice, gives evidence on behalf of the prosecution, it is the duty of the judge to warn the jury that, although the may convict on his Evidence, it is dangerous to do so, unless it is corroborated. This Rule, although a rule of practice, has now the force of a rule of law where the judge fails to warn the jury in accordance with this rule, the conviction will be quashed even if in fact there be amply corroborative evidence....."**

Teyit edici şahadetin ne olduğuna daha önce değinmiştik, ancak mahkemenin suç ortağı olarak değerlendirerek bir şahadeti nasıl belirlemesi gerektiği ile ilgili, Zacharia v R (1962) CLR.52. davasına atıfta bulunmayı gerekli görürüz.

Aynı kararda teyit edici şahadetin durumu kısaca şöyle izah edilir:

> **"1. Where the trial-court is considering the evidence of a witness who may or may not be an accomplice in the case, the court must first determine the question whether the witness is, in their view, an accomplice,**
> **2. where the witness is manifestly an accomplice, or the court**

considers him as such, the next question to be considered is whether, as a matter of credibility, the court are, or are not prepared to act in his evidence without corroboration. In this connection, the court are required by law, to remind themselves that an accomplice is a tainted witness, whose evidence may be influenced by his connection with the crime; and it is therefore dangerous by his connection with the crime; and it is therefore dangereous to act on his testimony without corroboration.

3. **If, however, notwithstanding such warning, the court think that they can accept the evidence of that particular accomplice, and feel that they can safely act on it without corroboration, the court are, by law, entitled to do so; provided the case does not fall within a class where corroboration is positively required by law, regardless of complicity in the witness.**
4. **Where on the other hand the court feel that they would not be prepared to act on the evidence of an accomplice witness, without other support, the court must then look for corroboration in independent evidence (as distinguished from that of another accomplice) which does not only support the story of the accomplice regarding the commission of the crime, but also connects or tends to connect the accused with the crime. And the judgement should show where did the court find such corroboration.**

Buna göre:

1. Mahkeme bir sanığın suç ortağı olup olmayacağı hususunu düşünmekte ise, herşeyden önce bu konuda bir karar vermelidir.
2. Eğer tanık aşikar biçimde bir suç ortağı ise veya mahkeme onu öyle addederse, bu kez tezekkür edilmesi gereken husus, inanılırlık meselesi olarak, mahkemenin teyit edici şahadet olmaksızın hareket etmeye hazır olup olmadığını kararlaştırması gereğidir. Bu bağlamda, mahkeme yasal olarak şahadeti suçla bağlantısı nedeniyle etkilenmiş, suç ortağının bozulmuş (tainted witness) olduğu ve bu nedenle teyit edici şahadet olmaksızın hareket

etmenin tehlikeli olduğu hususunda kendi kendisine ikazda bulunmalıdır.

3. Eğer böyle bir ikaza rağmen, mahkeme bu suç ortağının şahadetinin kabul edileceğini ve teyit edici şahadet olmaksızın güvenle hareket edebileceğini düşünmekte ise, mahkeme yasal olarak buna yetkilidir. Şu şartla ki, dava suç ortaklığına bakılmaksızın, yasa gereği muhakkak teyit edici şahadetin arandığı bir sınıf içine giren bir dava olmamalıdır.
4. Öte yandan mahkeme, başka destek olmaksızın hareket etmeye hazır olmadığını düşünmekte ise, bu takdirde (başka suç ortağı dışında) sadece suçun işlendiğine ilişkin suç ortağının hikayesini destekleyen değil ama süreçte sanığı suça bağlayan veya bağlamaya yönelik bağımsız teyit edici şahadet aramalı ve mahkeme hükmünde böyle teyit edici şahadeti bulgu olarak ortaya koymalıdır.

Yukarıdaki iktibası, biraz sonra birden çok Sanığın birbirlerini suçlayıcı şahadetin niteliği ile ilgili değerlendirmeyi yaparken, aradaki farkın anlaşılması için kararımıza aktardık.

III. Sanıklardan birinin, **kendi namına diğer sanık veya sanıkları suçlayıcı şahadet vermesi;**

Huzurumuzdaki davada Sanıkların her üçü de yeminli şahadet vererek birbirlerini suçlayıcı beyanlarda bulunmuşlar, meseleyi kendilerine göre anlatmışlardır.

Böyle durumlarda, şahadet veren bir sanığın, diğer sanığa göre durumunun ne olduğunu belirleyen herhangi bir Yüksek Mahkeme kararına rastlamadık. Esasen, İddia Makamının da referans gösterdiği, All ER 1994 (1) sayfa 639'da rapor edilen R.v Cheema davası, daha önce Alt Mahkemede bazı davalarda kullanılmış, ancak bu konuda prensip ihtiva eden bir karar verilmemiştir.

Rv Cheema davasında değinilen Rv Rudd davasında şöyle denmiştir:

"Where prisoners are tried jointly, and one of them gives evidence on his own behalf incriminating a co-prisoner, the prisoner who has given the incriminating evidence is not placed in the position of an accomplice, nor does the rule of practice with regard to the corroboration of an accomplice apply to such a case. The rule applies only to witnesses called for the prosecution"

Bu alıntıya göre, birden fazla sanığın birlikte yargılandığı bir meselede, sanıklardan bir tanesi kendi namına diğer sanıkları suçlayıcı şahadet verirse, bu sanık, ne suç ortağı konumuna girer; ne de böyle bir şahadetin teyit edilmesi gereken şahadet olduğuna ilişkin bir kural vardır. Böyle bir kural, sadece iddia makamı tarafından celbedilen tanıklara uygulanır.

Bu alıntıdan, böyle bir şahadetin, iddia makamı tarafından celbedilen bir suç ortağının şahadetinden farklı değerlendirilebileceği anlamı çıkmaktadır. O halde böyle bir şahadetin niteliği ne olacaktır?

Rv Cheema davasında Rudd davasında söylenenleri değerlendirirken şu sonuca ulaşılmıştır:

" There was no rule of law which required a full corroboration direction in respect of a co-defendants evidence. All that was required when one defendant implicated another in evidence was simply a warning to the jury of what might very often be obvious namely that the defendant witness may have had a purpose of his own to serve"

Bu alıntıya göre, sanıklardan birinin suçlayıcı şahadetinin tam bir teyide ihtiyacı olduğunu gösteren kural bulunmamaktadır. Bir sanık diğer bir sanığı suçlayıcı şahadet verdiğinde, mahkemenin jüriyi, açıkça ve tam olarak, ilgili sanığın, bu şahadeti kendi menfaatine hizmet için verdiği konusunda uyarması gerekir.

Bir sanık birlikte yargılandığı başka bir sanığı suçlayıcı nitelikte şahadet verdiğinde, mahkemenin bu şahadeti nasıl değerlendireceği ile ilgili olarak İngiltere'deki sürece kısaca bir göz atmamız sağlıklı bir sonuca ulaşmamız açısından yararlı olacaktır. Konu ile ilgili Archbold, 2001 Chapter 1-5, sayfa 472 paragraf 4-404 n'de şöyle denmektedir:

"Prior to the Criminal Justice and Public Order Act 1994, a series of cases in the Court of Appeal considered what warning, if any needed to be given by the judge to the jury where one defendant gave evidence incriminating a co-defendant. The first of these was Rv Prater (1960) 2 QB. 464,44 Cr.App.R-83, CCA, which was not only the starting point, but also the high point in terms of any court saying that in such cases, as well as cases where the accomplice was called by the prosecution, a full corrobation warning was desirable. The subsequent decisions evidenced a retreat from that position. The leading case is now to be taken to be Rv Knowlden and Knowlden, 77 Cr. App.R.94, CA; in exercising his discretion as to what to say to the jury, the judge is a least expect to give a clear warning to a jury where defendants have given evidence against one another to examine the evidence of each with care because each has or may have an interest of his own to serve this approach was

confirmed in Rv Cheema, 98 Cr. App.R.195, in which the Court of Appeal reviewed the authorities at length"

Bu alıntıyı şöyle özetleyebiliriz:

"Bir sanık başka bir sanığı suçlayıcı şahadet verdiğinde, yargıç jüriyi uyarmak gereğini duyabilir. İlk olarak Rv Prater davasında, tam olarak işaret etmese de, mahkemenin kullandığı terimler, iddia makamı tanığı suç ortaklarına yapıldığı gibi tam olarak teyit edici şahadetin istendiğini yüksek oranda işaret etti. Daha sonra gelen kararlarda bu pozisyondan uzaklaşıldı. Bu konuda yol gösterici öncü karar niteliğinde kabul edilen Rv Knowlden and Knowlden davasında, yargıcın jüriye ne söyleyeceğinin takdirinde olduğunu, bununla beraber yargıcın jüriye açıkça ve tam olarak sanıklardan herhangi birinin diğeri aleyhine şahadet verdiğinde, dikkatli olmalarını, çünkü bu şahadetin herbirinin veya şahadeti verenin kendi menfaatine hizmet edebileceği konusunda uyarması gerektiği belirtilmiştir. Bu yaklaşım Rv Cheema davasında teyit edilmiştir."

Yukarıdakilerden anlaşılacağı gibi, birden çok sanığın yargılandığı bir davada, bir sanık diğer sanık veya sanıklar aleyhine suçlayıcı şahadet verdiğinde, böyle bir şahadet, iddia makamı tarafından celbedilen suç ortağı tanıklar gibi değerlendirilemez. Ancak mahkemenin böyle bir şahadeti değerlendirirken, yine de suçlayıcı nitelikli şahadeti verenin menfaatine hizmet edebileceği konusunda kendi kendini ikaz etmesi gerekir.

Bir ceza davasında yargılanan sanıklar, iddia makamının şahadet vermeye zorlayabileceği tanıklar değildir **(Bunun istisnaları bu daVanın konusu değildir).** Dolayısıyla, mahkeme sadece bir sanığın öteki sanık aleyhine verdiği şahadetle aleyhine şahadet verileni mahkum etmemelidir. Mahkeme sanıkların gerek yeminsiz beyanlarını, gerekse yeminli şahadetini

değerlendirmek zorunda olduğu için, bir sanık tarafından verilen şahadetin diğer sanık aleyhinde değer ifade edebilmesi için, sunulan tüm şahadetle birlikte böyle bir sonucu doğurması gerekir. Şahadet veren sanığın suç ortağı sayılıp sayılmamasının önemi yoktur. Bu sonuçtan hareket ettiğimizde, mahkemenin, sanıkların şahadetini değerlendirme konusunda kendi kendini ikaz etmesi doğru bir yöntemdir.

Mevcut değerlendirmeye göre, sanıkların birbirleri aleyhine verdiği şahadet, kendi kendilerini kurtarmaya yönelik, kendi menfaat maksatları bakımından verilmiş olabileceğinden, mahkemenin böyle bir şahadeti dikkate alırken, kendi kendini uyarması ve uyardığını göstermesi gerekmektedir. Alt Mahkeme, kararının bütününde kendi kendini uyarmakla hata etmemiş, aksine gereğini yapmıştır. Buna göre, İddia Makamının 47/2008 ve 48/2008 sayılı istinaflardaki ek istinaf sebepleri reddedilir.

Bu meselede uygulanan çevre şahadet, teyit edici şahadet ve ispat külfeti ile ilgili genel değerlendirmeyi yaptıktan, Alt Mahkemenin ispat külfeti prensiplerini uygularken ve sanıkların yeminli şahadetleri konusunda kendi kendini ikaz ederken hata yapmadığı sonucuna ulaştıktan sonra, şimdi de her davayı ayrı ayrı ele alıp, mahkumiyet ve beraat kararlarının değerlendirmesini yapmamız gerekmektedir.

Bunun için ilk olarak I. temel başlığı ele alacağız:

I. Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin, huzurundaki tüm şahadet ve delilleri değerlendirdikten sonra, Sanık No.1'in 1. davadan,

Sanık No.2'nin tüm davalardan ve Sanık No.3'ün 1,2,5 ve 7. davalardan verdiği mahkumiyet ve Sanık No.3 ile ilgili 3,4,6,8 ve 9. davalardan verdiği beraat kararları hatalıdır.

Karar sistematiği bakımından, Bidayet Mahkemesinin izlediği sıraya göre davaları incelemeyi uygun bulduk. Bidayet Mahkemesi ilk olarak, Sanıklar aleyhine getirilen 5. davaya konu Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 5(3), 20, 21, 247 ve 250. maddelerine aykırı zorla insan kaçırma suçunu inceleyerek, bu suçlamayı kabul etmeyen Sanık No.3'ü mahkum etmiştir. Sanık No.1 ve No.2 aleyhlerindeki 5. davayı kabul ettiklerinden mahkumiyet kararı sadece Sanık No.3 bakımından incelenecektir.

Sanık No.3 Avukatı, I. İstinaf başlığı altında 1-14'e kadar istinaf sebeplerini özetleyerek, Muhterem Bidayet Mahkemesinin, Sanık No.3'ün **kaçma ihtimali olduğu halde kaçmayıp herhangi bir tehdit altında olmadan, Sanık No.1 ve No.2 ile buluştuğu ve keza herhangi bir tehdit ve zorlama olsa bile kaçma imkanı olduğu halde kaçmadığı ve kaçırma fiiline iştirak ettiğine** ilişkin bulgularının ve mahkumiyet kararının hatalı olduğunu ileri sürmektedir.

İddia Makamı, Sanık No.3'ün başlangıçtan itibaren diğer Sanıklarla birlikte ortak amaçla hareket ettiğini, tüm şahadetin bu hususu doğruladığını, kaçırma fiiline sonradan katılmadığını iddia etmektedir.

Sanık No.3'ün Avukatı iddialarının esasını, Sanık No.3'ün bekleme noktasına giderken kaçırmadan haberi olmadığı, Sanıkların Güney'den malzeme getireceklerini bildiği, maktulü o halde görünce kaçmak istediği

ancak tehdit ve zorlama ile olaya dahil olduğu ve bu şekilde olaya katılan birinin suçlu olamayacağı temeline dayandırmaktadır.

Bidayet Mahkemesi, kararında, Sanık No.3'ün başlangıçta kaçırmadan haberi olmadığına ilişkin şahadetine inanarak **(Mavi 774)** Sanık No.3'ün maktulün kaçırılması ile ilgili olarak önceden Sanık No.1 ve No.2 ile konuşmadığı, anlaşmadığı, bir plan yapmadığı, maktulün ,Sanık No.1 ve No.2 tarafından kaçırılacağını bilmediği bulgusuna vardıktan sonra **(Mavi 774),** Sanık No.3'ün tehdit edildiği, zorlandığı ve kaçmasına engel olunduğu yönündeki şahadetinin çelişkilerle dolu tutarsız olduğuna **(Mavi 776),** Mesut Ahmet Kafkas'ı ilk anda gördüğünde panik yaşadığına, ancak akabinde kendisine karşı zorlama ve tehdit olmadan kendi rızası ile Sanık No.1 ve No.2 ile birlikte hareket etmeye başladığına, kaçmaya fırsatı olduğu halde kaçmadığına, herhangi bir zorlama ve tehdit olmadığı halde kaçmadığına ve eğer böyle bir zorlama ve tehdit olsa bile bulguya varıldığı gibi kaçma imkanını kullanmadığına ve kaçırma fiiline iştirak ettiği sonucuna ulaşarak, Sanık No.3'ü mahkum etmiştir **(Mavi 778-779-780).**

Sanık No.3 Avukatı, Bidayet Mahkemesinin, özellikle **"eğer böyle bir zorlama ve tehdit olsa bile, kaçma imkanı olduğu halde kaçmadığı"** bulgusu üzerinde durarak, zorlama ve tehdit ihtimali varsa, bundan Sanık No.3'ün yararlandırılması gerektiği üzerinde durmuştur.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.3'ün başlangıçta Mesut Ahmet Kafkas'ın kaçırılacağından haberi olmadığına ilişkin şahadetine itibar ederken, şahadeti sadece Sanık No.1 ve 2'nin şahadeti ile karşılaştırmıştır.

Bir ceza davasında, özellikle sanıkların şahadetlerini değerlendirirken, tüm şahadetin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bidayet Mahkemesi, Sanıkların şahadeti konusunda kendi kendini uyarırken, Sanık No.3'ün söylediklerini, değer taşıyan diğer şahadetle de karşılaştırması gerekirdi. Bu durum, özellikle aynı eylem içerisinde bulunanların ortak amaç için hareket edip etmediklerini tespit için gereklidir.

Bu konuda Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 6-7-8/84 (D.10/84) sayılı karara atıfta bulunarak, aşağıdaki alıntıyı iktibas etmek istiyoruz:

> **"Teyit edici şahadetin Sanığı işlenen suça bağlayıcı nitelikte olması gerekir. <u>Sanığın kendi davranışları ve şahadeti de teyit edici şahadet olarak kabul edilebilir.</u> Teyit edici şahadetin mahiyeti ise her daVanın kendine özgü olgularına göre değişir."**

Bu prensibe uygun olarak, öncelikle, Sanık No.3'ün başlangıçtan itibaren tüm davranışlarının incelenmesi ve Sanık No.3'ün gerçekten kaçırma olayını başlangıçta bilip bilmediğine karar verilmesi gerekmektedir. Sanık No.3'ün **"ben bilmezdim"** demesinin veya şahadetinin diğer Sanıkların şahadeti ile bağdaşıp bağdaşmadığının tek başına bir önemi yoktur.

Sanıkların mahkum olduğu 5. davaya konu Ceza Yasası'nın 247. maddesinde tarif edilen, zorla insan kaçırma suçunun oluşabilmesi için, kişinin şiddetle, zor kullanılarak, bir yerden başka bir yere götürülmesi gerekmektedir.

Sanık No.1 ve 2, aleyhlerindeki zorla insan kaçırma suçunu kabul ettiklerinden, her iki Sanığın Güney'e geçerken ortak amaçlarının maktulü kaçırmak olduğu konusu, bu Sanıklar bakımından kanıtlanmıştır.

Sanık No.3, şahadetinde, 21.2.2007 tarihinde, maktulün kaçırıldığının bir gün evvelinden Sanık No.1'in gelip kendisini bulduğunu, kahvehaneden çıkardığını, yanlarına Sanık No.2'nin geldiğini ve Sanık No.1'in kendilerini Beyarmudu'na götürmesini istediğini kabul etmektedir **(Mavi 495).**

İspatlanan olgulara göre, Sanık No.3'ün ehliyeti yoktur ve taşıma işi yapmamaktadır. Yine ispatlanan olgulara göre, Sanık No.2'nin DJ 817 plakalı Van aracı ile Beyarmudu'na gidilmesi konusunda Sanıklar anlaştılar.

Sanık No.2'nin Avukatı Sanık No.3'e istintak sırasında **"neden Beyarmudu'na gittiğini"** sorduğunda Sanık No.3, kendi varlık sebebini şöyle izah etmiştir:

> "S. **Araban yok, sürüş ehliyetin yok, Osman neden senden bizi Ferhat'ın arabasıyla Pergama'ya götür dedi?**
> C. **Köyde bir iş yapacaklarsa, benim dilimi ve dürüst olduğumu çok iyi bilir kendisi. Dilimin sağlam, benim de dürüst olduğumu çok iyi bilir. O yüzden.**
> S. **Ben yanıt alamadım, Mahkeme de anlamadı senin bu beyanından**
> C. **Şimdi iş yapacaklar. Olur olmaz bir insana söylemezler. Ben sağlam olduğum için bana söylüyorlar dilim sağlam olduğu için orda burda söylemediğim için beni uygun görmüşler. Beni de yaktılar. Getirdiler buraya." (Mavi 524)**

Sanık No.3'ün şahadetindeki izahına göre, Sanıklar No.1 ve No.2'nin dalgıç alacağını bilmekteydi.

Güney'den dalgıç alınacağını bilen ve bu iş için güvenilir olduğunu söyleyen Sanık No.3'ün daha sonra ne yaptığına bakmamız gerekir.

Sanıklar 22.2.2007 tarihinde buluşarak, Beyarmudu Gümrük Kapısına giderler. Sanık No.3, burada, Sanık No.2'nin DJ 817 plakalı Van aracının içerisindedir.

İddia Makamı Tanıkları No.9 PM Durdu Polat'ın istintak edilmemiş şahadetine göre, 22.2.2007 tarihinde Beyarmudu Kara Giriş Kapısında görev yaparken, saat 9.15 raddelerinde Sanıkların yanına geldiğini, Sanık No.1'in kendisine aracını İngiliz Üsler Bölgesinde bulunan Ömer Öksüzoğlu Tamir Garajına götürmek için batı kapısına geçiş yapmak istediklerini, Sanık No.1'in çıkışının yasak olduğu için geçmesine izin vermediğini, Sanık No.3'ün orda bulunma sebebiyle ilgili olarak **"birlikteyik"** diye bir kelime kullandığını söylemiştir **(Mavi 147).**

Aynı şekilde, İddia Makamı Tanığı No.10 P.Ç. Tekin Özaşık, şahadetinde, Sanık No.1'in yanına gelerek kimlik kartı yanında olmadığı için kendisine izin verilmesini, ismini bilmediği bir makiniste gideceğini söylediğini aktarmıştır **(Mavi 149).** İddia Makamı Tanığı No.11 PM Mehmet Ateş, batı barikatında görevde olduğu bir anda Sanıkların her üçünün yanına Van tipi bir beyaz araçla geldiğini ve İngiliz Üsler Bölgesine, makinist için geçmek istediklerini ancak izin vermediğini söylemiştir **(Mavi 150-151).** Görülebileceği gibi, burada, Sanık No.1'in geçişine izin verilmemiştir.

Maktul Mesut Ahmet Kafkas'tan haber alınmaması üzerine, Polis, Sanık No.3'den, 23.2.2007 tarihinde Emare No.29 açık ifadeyi temin eder.

Mahkemeye itirazsız sunulan bu açık ifadede, Sanık No.3, kendine göre, Osman ve Ferhat'ı Güney'den nasıl aldığını anlatır ama daha önemlisi Sanık No.3 bu ifadesinde, **"Osman'ın Güney'den dalgıç alacağını ben daha sonra köylüden duydum, Osman'ın Beyarmudu'na niye gittiğini bilmiyorum, ben Osman'ın Rum tarafına gideceğini tahmin ettim"** şeklinde bir beyanda bulunur.

Sağlam ve ağzı sıkı olduğu için diğer Sanıkların kendilerini dalgıç almak için, Beyarmudu'na götürmesini ondan istediklerini söyleyen Sanık No.3, sınırda makiniste gidileceği beyanını duymasına rağmen, bir gün sonra verdiği açık ifadesinde Sanık No.1'in Beyarmudu'na neden gittiğini bilmediğini ve dalgıç alacağını köylüden duyduğunu söyler.

Bu durumda, Sanık No.3'ün, Sanık No.1 tarafından kahveden çıkarılmak suretiyle kendisine ne söylendiği ve ne maksatla birlikte hareket ettikleri, ancak Sanıkların davranışları ile ortaya çıkabilecek bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İspatlanan olgulara göre, Sanık No.1 ve No.2, maktul Mesut Ahmet Kafkas'ı kaçırmayı planladıktan sonra bu planlarını uygulamaya başlamışlardır. Burada sorulması gereken soru, Sanık No.3'ün bu planın neresinde olduğudur.

Güney'e yasal yoldan geçemeyeceklerini bilen Sanıklar, resmi kapıdan geçme teşebbüsünde bulunarak, özellikle Sanık No.1'in, aracı makiniste götürme amaçlı Güney'e geçmek istediği görüntüsünü sağlarlar.

Sanıklara Güney'e geçiş izni verilmeyince, ispatlanan ve Sanıklar tarafından kabul edilen olgulara göre, Sanık No.3, Van Transit aracı alarak oradan ayrılır. Sanık No.1 ve No.2 de Güney'e, gayriyasal yollardan geçerek, Mesut Ahmet Kafkas ile buluşurlar.

Sanık No.1 Osman Bayır, şahadetinde, Mesut Ahmet Kafkas'ı çok iyi tanıdığı için, buluşmak maksadıyla 21 Şubat 2007 tarihinde onu aradığını söyler **(Mavi 294).**

Sanık No.1, 23.3.2007 tarihli Emare No.51 gönüllü ifadesinde, 21.2.2007'de arama buluşma teminini şöyle izah eder:

> **"21 Şubat 2007 tarihinde hatırladığım kadarıyla Çayönü köyündeki ev telefonumdan Mesut'un 0542 851 3235 No'lu telefonunu aradım, aradığım 3867075 Nolu telefonumdu. Mesut'a Güney'den damla sulama sistemlerini almak istediğimi söyleyip, bana yardımcı olmasını istedim. 22 Şubat 2007 tarihinde gitmemiz hususunda aramızda sözleştik".**

Sanık No.1, aynı şekilde 23.2.2007 tarihli Emare No.24 açık ifadesinde, Ahmet Mesut Kafkas'ı cep telefonundan arayarak, çiftçilik yaptığı için patates ekmede kullanmak için sulama lastiği, fıskiye ve bir adet dalgıça ihtiyacı olduğunu ve Güney'de daha ucuz olduğundan dolayı yardım istediğini söyler.

Sanık No.3 ise daha önce açık ifadesinde, Sanık No.1'in dalgıç ihtiyacı olduğunu **"köylüden duydum"** dediği olguyu ortadan kaldıracak şekilde,

yeminli şahadetinde, Sanık No.1 ve No.2'nin, 21 Şubat'ta, kahvede, dalgıç almaya gideceklerini söylediğini iddia eder.

Her iki şahadeti birleştirdiğimizde, başlangıçta Sanık No.3'ün açık ifadesinde **"köylüden duydum"** dediği dalgıç ve malzeme alımının, esasta, maktul ile buluşmak için uydurulmuş bir gerekçe olduğu ve bunun tüm Sanıklar tarafından bilindiği ortaya çıkmaktadır. Sanık No.3'ün Beyarmudu'na gidiş sebeplerini önce gizlemeye çalışması, sonra tüm Sanıkların beyanları ile ortak hale getirmeye çaba göstermesi, Yargıtay/Ceza 14/98'deki prensipler gereği, gerçeği gizleme amaçlı söylenmiş yalan kapsamına girmektedir.

Sanık No.3, 21.2.2007 tarihinden itibaren, Sanık No.1 ve No.2 ile birlikte hareket etmiştir.

İspatlanan olgulara göre, Sanık No.1 ve No.2, Güney'e geçtikten sonra maktul ile buluşurlar, zirai malzeme konusunda Larnaka'da bazı yerlerden fiyat alırlar ve patates ambarından hareket ettikten sonra, Ahmet Mesut Kafkası zorla kaçırırlar. Sanık No.2, gelip kendilerini alması için Sanık No.3'e telefon eder ve Sanık No.3, Güvercinlik-Çayönü arasında bulundukları yere, Sanık No.2'nin DJ 817 plakalı Van aracı ile gelerek buluşurlar.

Sanık No.3, şahadetinde, buluşma yerine gelince, maktulü yaralı ve elleri bağlı vaziyette görerek kaçmak istediğini, ancak diğer Sanıkların, olayı gördüğü nedeniyle kaçmasına engel olduklarını, telefonunu aldıklarını hatta kendini de maktulü koydukları Van araca koymaya çalıştıklarını ve zorladıklarını, hatta kendisinin dövmekle tehdit edildiğini söyler.

Sanık No.3 maktulü yaralı ve bağlı görünce paniklese de, böyle bir panikleme durumu başlangıçta ortak bir amaç var ise, bu amaçla gerçekleştirilen bir fiilin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bidayet Mahkemesinin, doğru olarak kabul ettiği gibi, Sanık No.3'ün kaçması imkanı varken kaçmaması aleyhine alınacak bir husus olmasına rağmen, burada önemli olan gerçekten Sanık No.3'e zor kullanılıp kullanılmadığı veya böyle bir ihtimalin varlığının, değer taşıyan şahadetle desteklenip desteklenmediğidir.

Kendi ifadesine göre sağlam ve güvenilir biri olan Sanık No.3, bir anda diğer Sanıklar tarafından, olayı başkasına anlatabilecek kadar güvenilmez olarak kabul edilir ve elinden zorla telefonu alınır.

Sanık No.3'e ait cep telefonu, bu andan itibaren, Sanık No.2 ile olan tüm haberleşmelerde, Sanık No.1 tarafından kullanılır. Olayı birine söylememesi için elinden zorla alındığı iddia edilen telefon, Sanık No.3'e, maktul Alevkayası'ndan yakılacağı yere götürülürken, Mağusa çemberinde verilir veya kendi ifadesine göre Sanık No.1'den alır.

Çok daha hafif bir olayı bildirmesin diye telefonunun zorla elinden alındığını söyleyen Sanık No.3'e, çok daha ağır bir fiil olan ve Sanıklara göre maktulün ölü olduğu bir anda cep telefonunun geri verilmesi, başlangıçta telefonun zorla alındığı ihtimalini tamamıyla ortadan kaldıracak bir olgudur. Olayı bütünü içerisinde değerlendirdiğimizde, Sanık No.3'e çemberde telefonunun verilmesinin sebebi, Sanıklar No.1 ve No.2 ile irtibat kurarak, onları bulundukları yerden alması, Sanık No.3'ün davranışları ve Sanık No.1

ve No.2'yi kardeşinin arabası ile olay yerinden alması sonucunda ortaya çıkmıştır. Mevcut olguların başka rasyonel sonucu yoktur.

Mesut Ahmet Kafkas'ın zor kullanılarak kaçırılmasından sonra, Sanık No.2, Sanık No.1 ve No.3'ü yaralı ve bağlı halde bulunan Mesut Ahmet Kafkas ile orada bırakıp, maktulün EC 647 plakalı aracı ile köye gidecek kadar rahattır. Sanık No.1 ve No.2 tarafından zorla olaya dahil edildiğini iddia eden Sanık No.3 ise Sanık No.1 ile birlikte hareket ederek, Sanık No.2 ile buluşacakları yere giderler. Bidayet Mahkemesi huzurundaki şahadete göre, Sanık No.3'ün davranışları, Sanık No.1 ve No.2 tarafından, Sanık No.3'e karşı, o anda veya geleceğe yönelik öldürme veya zarar verme tehditi yapıldığını gösterecek veya böyle bir makul şüpheyi yaratacak nitelikte değildir.

Sanık No.3'ün Sanık No.1 ve No.2'yi tehlikeli adamlar olarak bilmesi, yanlış yaptığı takdirde kendisine kötülük yapılacağını düşünmesi Duress(zorlama) anlamında geçerli bir müdafaa sebebi değildir. Duress müdafaasıyla ilgili **Archbold 41. Ed. Sayfa 1036 paragraf 17-54'e ve Rv Hudson and Taylor (1971) Cr App R.I Lynch v DPP 1975 I ALL Er 913** davalarına atıfta bulunuruz.

Sanık No.3'ün tehlikeli adamlar olarak tanıttığı, Sanık No.1 ve No.2'nin, Sanık No.3'ü zirai malzeme alınacağı gerekçesi ile kandırıp hiç bilmediği bir adamı kaçırma fiiline dahil edecekleri ihtimali, mevcut şahadetin rasyonel sonucu olmadığı gibi, böyle bir ihtimali ortaya koyacak değer ifade eden şahadet de bulunmamaktadır.

Bidayet Mahkemesinin huzurundaki tüm şahadet çerçevesinde, Sanık No.3'ün davranışlarını dikkate almadan, Sanık No.3'ün bu yönde çelişki ve

yalanlarla dolu açık ifade, gönüllü ifade ve şahadetini değerlendirmeden, Sanık No.3'ün başlangıçta adam kaçırılacağını bilmeden buluşma yerine gittiğine inanması hatalıdır.

Tüm parçaları birleştirdiğimizde, Sanık No.3'ün 21.2.2007 tarihinden itibaren, Sanıklar No.1 ve No.2 ile birlikte hareket ettiği, uygulanan plan çerçevesinde önce Beyarmudu Giriş Kapısına gittiği, orda kararlaştırdıkları şekilde geçişe izin verilmemesi üzerine olayda kullanılan Sanık No.2'ye ait DJ 817 plakalı Van aracı alıp köye döndüğü, Sanıklar No.1 ve No.2'nin gayriyasal yollardan Güney'e geçerek Mesut Ahmet Kafkas'ı kaçırdıkları, sonradan Sanık No.2 tarafından telefon ile aranarak buluşma noktasına gittiği, diğer Sanıklarla buluştuğu ve o andan itibaren kaçırma fiiline doğrudan katıldığı, başından itibaren Sanıklar No.1 ve No.2 ile birlikte ortak amaç doğrultusunda üzerine düşeni yaptığı ve bu anlamda Sanık No.3 aleyhindeki 5. daVanın makul şüpheden ari olarak ispatlandığı anlaşıldığından, Bidayet Mahkemesinin Sanık No.3'ü aleyhindeki 5. davadan mahkum etmesinde hata yoktur.

Sanık No.3'ün 41/2008 No.lu istinafında, aleyhindeki 5. davadan verilen mahkumiyet kararına karşı dosyaladığı istinaf sebebleri reddedilir.

Bidayet Mahkemesi, Sanıklar aleyhindeki 5. davadan sonra 3.üncü davayı, yani Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 4, 5(3), 20, 21 ve 228(a) maddelerine aykırı, ağır surette yaralamak suçlarını incelemiş ve daha önce itham safhasında suçunu kabul eden Sanık No.1 dışında, suçlamayı kabul etmeyen Sanık No.2'yi mahkum ederek, Sanık No.3'ü beraat ettirmiştir.

Sanık No.2 Avukatı, bu mahkumiyete karşı istinaf dosyalayarak, istinaf ihbarnamesinde 1'den 12'ye kadar sıralanan istinaf sebeplerinde Bidayet Mahkemesinin Sanık No.2'yi aleyhindeki 3. davadan mahkum etmekle hata ettiğini ileri sürmüştür.

İddia Makamı, Sanık No.3'ün 3. davadan beraat ettirilmesinin hatalı olduğunu iddia etmektedir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.2'yi aleyhindeki 3. davadan mahkum ederken, huzurundaki tüm şahadeti değerlendirmiş, Emare No.58 bıçak ve Emare No.59 çekicin olayda kullanıldığını teyit edici şahadet ile belirlemiş ve Sanık No.2'nin, şahadetinin istintak aşamasında, Mesut Ahmet Kafkas'ı bıçakladığı ve kafasına çekiçle vurduğunu kabul ettiğini belirttikten sonra, Sanık No.2'yi aleyhindeki 3. davadan mahkum etmiştir.

Sanık No.2'nin şahadeti incelendiğinde, Mesut Ahmet Kafkas'ı yaraladığına ilişkin itiraflarda bulunduğu açıkça görülmektedir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.2'yi aleyhindeki 3. davadan mahkum ederken, doğru prensipleri uygulayarak, doğru sonuca vardığından, Sanık No.2 aleyhindeki mahkumiyet kararında hata yoktur.

Bu sonuçtan hareketle, Sanık No.2'nin 3. davadan verilen mahkumiyet kararına karşı dosyaladığı 40/2008 sayılı istinafı reddedilir.

İddia Makamının, Sanık No.3'ün beraat kararı ile ilgili istinafına gelince;

Bidayet Mahkemesinin bulgusu şöyledir:

"Sanık No.3 huzurumuzdaki bu husustaki şahadet ve vardığımız bulgulara göre maktul Dikelya İngiliz Üsler Bölgesinde Sanık No.1 ve No.2 tarafından çekiçle başına vurulup, vücudunun muhtelif yerlerine bıçak sokmak suretiyle ağır surette ve kanuna aykırı olarak yaralanırken Sanık No.1 ve No.2'nin maktulü kaçırdığını bilmemekte ve bu fiillerin de yapıldığından haberi bulunmamakta idi. Sanık No.3, Sanık No.1 ve No.2 ile ilk buluştuğu noktada da maktule karşı bıçak ve çekiç kullanmamıştır. Bıçağın taşındığından ve Van araçta bıçak olduğundan da Sanık No.3'ün bilgisi olmamış ancak Sanık No.1'in bıçağı atmasını söylemesi ile bıçaktan haberi olmuştur. Bu belirttiklerimiz ışığında Sanık No.3'ün maktulü ağır surette ve kanuna aykırı olarak yaralanması fiiline iştirak etmediği, emare bıçağı taşımadığı bulgusuna varırız."

Alt Mahkemenin bulgusundan açıkça görülebileceği gibi, Sanık No.3 aleyhindeki 3. davadan beraat ettirilirken, Sanık No.1 ve No.2'nin Mesut Ahmet Kafkas'ın başına çekiçle vurup vücudunun muhtelif yerlerine bıçak sokulmak suretiyle onu ağır surette ve kanuna aykırı olarak yaraladıklarında, Sanık No.3'ün orada olmadığı, maktulü kaçırdıklarını bilmediği, huzurunda herhangi bir bıçaklama veya çekiçle vurma fiilinin gerçekleşmediği ve bıçaktan sonradan haberi olduğu esasından hareket etmiştir.

Alt Mahkemenin, Sanık No.3'ün kaçırma fiilinden haberi olmadığı bulgusunun hatalı olduğu ve Sanık No.3'ün başından itibaren kaçırma ortak amacını gerçekleştirmek için Sanıklar No.1 ve No.2 ile birlikte hareket ettiği sonucuna ulaştığımızı daha önce belirtmiştik.

Sanıklar aleyhindeki 3. davaya konu Ceza Yasası'nın 228(a) maddesinde tanımlanan ağır yaralama suçunun oluşması için aranan hallerden biri, yaralanan kişinin aciz hale sokulması ve eylemin bu niyetle yapılmasıdır.

Ceza Yasası'nın 21. maddesine göre, iki veya daha çok kişi, birbirleri ile yasa dışı bir amacı gerçekleştirmek için ortaklaşa bir karar almaları ve bu tür yasa dışı bir amacı gerçekleştirirken o amacın gerçekleştirilmesinin muhtemel sonucu olan nitelikte bir suç işlemeleri halinde, her biri ayrı ayrı olarak suçu işlemiş sayılır.

Daha önce temas ettiğimiz Yargıtay/Ceza 63-67/1997 (D.5/99) sayılı içtihat kararını tekrarlayacak olursak, konu kararda, ortak amaç ile hareket edenlerin sorumluluğu izah edilirken, ortak amaçla hareket edenlerden birinin hareketlerinden doğan beklenmedik olağandışı sonuçların da bu sorumluluk kapsamında olacağı, ortak amaçla hareket edenlerden bir tanesinin ortak amacın dışına çıkan, diğerleri tarafından makûl olarak öngörülmeyecek bir harekette bulunması halinde ise diğerlerinin bu hareketten sorumlu olmayacakları belirtilmiştir.

Buna göre, Sanık No.3'ün sorumluluğunun olmaması için, ortak amaçla hareket edenlerden bir tanesinin, ortak amacın dışına çıkan ve Sanık No.3 tarafından makûl olarak öngörülmeyecek bir harekette bulunması gerekmektedir.

İspatlanan olgulara göre, Mesut Ahmet Kafkas kaçırılmaya direndiği ve kaçmaya çalıştığı için etkisiz hale getirilmek maksadıyla Sanıklar No.1 ve No.2 tarafından bıçaklanmış, başına çekiçle vurularak akabinde bağlanmıştır.

Sanık No.3, Sanık No.2'nin telefon etmesi üzerine buluşma yerine geldikten sonra, elleri ve yüzü kan içinde olan Mesut Ahmet Kafkas'ı, Sanıklar No.1 ve No.2 ile birlikte Van araca taşıyarak ortak amaçlarına uygun olarak hareket etmiş, onlara fiillerinde iştirak ederek yardım etmiştir.

Tüm Sanıklar, başlangıçtan itibaren, Mesut Ahmet Kafkas'ı zorla kaçırmak ortak amacı ile hareket etmişlerdir. Zor kullanma, ortak amaçlarının bir unsuru olduğundan, Sanıklar No.1 ve 2'nin ortak amaç çerçevesinde hareket ederken Mesut Ahmet Kafkas'a karşı zor kullanmaları, onu yaralamaları ve aciz hale getirmeleri, işlenen zorla insan kaçırma suçunun Sanık No.3 tarafından önceden öngörülebilen muhtemel birer sonucudur. Buradaki temel nokta, Sanıklar No.1 ve No.2'nin ortak amacın dışına çıkmamalarıdır. Sanık No.3'ün başlangıçta olay mahalinde olmaması bilgisizliğinden değil, üstlendiği görev bakımındandır. Bu nedenle, Sanık No.3'ün sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Huzurumuzdaki daVanın olguları bakımından Sanık No.1 ve No.2 tarafından gerçekleştirilen spontane yaralama fiili yoktur. Sanıklar No.1 ve No.2 ortak amaçları doğrultusunda hareket ederken, maktulün direnmesi ile karşılaştıklarında, önce onu temin ettikleri bıçak ve çekiçle yaralamışlar, sonra bağlamışlar, sonra da Sanık No.3'ün iştiraki ve yardımı ile maktulü Alevkayası'na taşımışlardır.

Sanık No.3, diğer sanıklarla başlangıçtan itibaren Mesut Ahmet Kafkas'ı zorla kaçırmak ortak amacı ile hareket ettiğinden, Sanıklar No.1 ve 2'nin ortak amacı gerçekleştirmek için Mesut Ahmet Kafkas'ı yaralamalarından Ceza Yasası'nın 20 ve 21. maddeleri kapsamında sorumludur ve aleyhindeki 3. davadan suçlu bulunarak mahkum edilmesi gerekirdi.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.3'ün aleyhindeki 3. davadan beraat ettirmekle hatalı davranmıştır.

Bu sonuçtan hareketle, İddia Makamının, Sanık No.3'ün 3. davadan beraat ettirilmesinin hatalı olduğuna ilişkin 48/2008 sayılı istinafı kabul edilir, Sanık No.3'e 3. davadan verilen beraat kararı iptal edilir ve aleyhindeki 3. davadan suçlu bulunarak mahkum edilir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.2'yi aleyhindeki 6,8 ve 9. davalardan mahkum ederek, Sanık No.3'ü aynı davalardan beraat ettirmiştir.

Sanıklar aleyhine getirilen 6. dava, Ceza Yasası'nın 324(1) maddesine aykırı yaralama suçudur.

Sanık No.2'nin Mesut Ahmet Kafkas'ı 22.2.07 tarihinde kanunsuz şekilde yaraladığı makul şüpheden ari olarak ispatlandığından, Bidayet Mahkemesinin Sanık No.2 aleyhinde verdiği mahkumiyet kararının isabetli, Sanık No.3 aleyhinde verdiği beraat kararının ise hatalı olduğu ortaya çıkmıştır. Buna göre, Sanık No.3 için 6. davadan verilen beraat kararının iptal edilerek, aleyhindeki 6. davadan suçlu bulunarak mahkum edilmesi gerekmektedir.

Bu sonuçtan hareketle, Sanık No.2'nin 6. davadan mahkum edilmesine karşı dosyaladığı 40/2008 sayılı istinafı reddedilir.

İddia Makamının, Sanık No.3'ün 6. davadan beraat ettirilmesine karşı dosyaladığı 48/2008 sayılı istinafı kabul edilir ve beraat kararı iptal edilir; Sanık No.3, aleyhindeki 6. davadan suçlu bulunarak mahkum edilir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.2'yi aleyhindeki 8. ve 9. davalardan suçlu bularak mahkum etti, Sanık No.3'ü ise beraat ettirdi.

İspatlanan olgulara göre, Sanık No.2 tarafından bir Rum'a ait patates ambarının mutfağından alınan Emare No.58 bıçak ve Mesut Ahmet Kafkas'ın EC 647 plakalı Toyota marka aracındaki alet çantasından alınmış Emare No.59 çekiç, Sanıklar No.1 ve No.2 tarafından Mesut Ahmet Kafkas'ı ağır yaralamak suretiyle aciz ve etkisiz hale getirmede kullanılmıştır.

Bidayet Mahkemesinin bu suçlarla ilgili bulgusu şöyledir:

> **"Sanık No.1 ve No.2'nin maktule karşı bu fiilleri Emare No.58 bıçakla gerçekleştirdikleri ve Emare No.58 bıçağın Sanık No.1 ve No.2 tarafından Dikelya İngiliz Üsler Bölgesinde taşındığı, maktule karşı kullanıldığı, Emare No.86 Van araçta taşıdıkları ve Sanık No.1'in söylemesi ile Sanık No.3 tarafından atılana kadar bu bıçağı taşıdıkları huzurumuzdaki şahadet ve yukarıda vardığımız bulgular ışığında bir gerçektir ve bu hususta bulguya varırız." (Mavi 783)**

Bidayet Mahkemesinin, Sanıklar No.1 ve No.2'nin maktul Mesut Ahmet Kafkas'ı Emare No.58 bıçak ve Emare No.59 çekiçle yaraladıkları bulgusunda hata olmadığını, aleyhlerindeki ağır yaralama ve yaralama suçlarını incelerken belirtmiştik.

Bu sonuçtan hareketle, Bidayet Mahkemesinin Sanık No.2'yi, aleyhindeki 8. ve 9. davalardan mahkum etmesinde herhangi bir hata bulunmadığından, Sanık No.2'nin aleyhindeki 8. ve 9. davalara yönelik 40/2008 sayılı istinafı reddederiz.

Bidayet Mahkemesi, olayda kullanılan Emare No.58 bıçağın Sanık No.3 tarafından araçtan atılmak suretiyle yok edilmeye çalışıldığı bulgusuna varmasına rağmen, Sanık No.3'ü, Sanık No.1 ve No.2 ile ilk buluştuğu noktada maktule karşı bıçak kullanılmadığı ve Sanık No.3'ün olay yerine gelmeden maktule karşı yaralama fiilinin gerçekleştirildiğini bilmediği gerekçesi ile beraat ettirmiştir.

Sanık No.3 şahadetinde, Emare No.58 bıçağı Sanık No.1'in söylemesi ile Van araçtan dışarı attığını, daha sonra maktulün kanının bulaştığı araçtaki tahtaları temizlemeye çalıştığını kabul etmektedir. Yine mevcut şahadete göre, Sanık No.3'ün de hazır olduğu bir ortamda, maktul Mesut Ahmet Kafkas kendi aracından çıkarılarak Van araca taşınmış ve Sanık No.3, Sanık No.2 ile Van araca binerek, maktulü, buluştukları ilk yerden kaçırmışlardır.

Görülebileceği gibi, Sanık No.3, Sanıklar No.1 ve No.2 ile buluştuğu andan itibaren ortak amaçları doğrultusunda hareket ederek fiile katılmış, nihayette olayda kullanılan Emare No.58 bıçağı bizzat kendisi ortadan kaldırmak için araçtan dışarı atmıştır. Emare No.58 bıçak, 24.3.2007 tarihinde, Sanık No.3'ün polise itirafı sonucu enginar tarlasında bulunmuştur **(Mavi 81).** Sanık No.3'ün kan içinde gördüğü Mesut Ahmet Kafkas'ı diğer Sanıklarla birlikte kaçırdıktan sonra Sanık No.1'in söylemesi ile bıçağı kaybetmeye çalışmasının rasyonel tek sonucu, bıçağın nerede kullanıldığını bilmiş

olduğudur. Keza, Sanık No.3'ün bıçağı attıktan sonra maktulün kanının bulaştığı yerleri temizlemeye çalıştığı gerçeğini dikkate aldığımızda, Sanık No.3'ün aleyhindeki 8. ve 9. davalardan mahkum edilmesi için orda olup olmamasının sorumluluk bakımından önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle, Sanık No.3'ün aleyhindeki 8. ve 9. davalardan beraat ettirilmesi hatalıdır. İddia Makamının, Sanık No.3'ün 8. ve 9. davalardan beraat ettirilmesine karşı dosyaladığı 48/2008 sayılı istinafı kabul edilir. Alt Mahkemenin beraat kararı iptal edilerek Sanık No.3, aleyhindeki 8. ve 9. davalardan suçlu bulunarak mahkum edilir.

Bidayet Mahkemesi, daha sonra, Sanıklar aleyhindeki 4. davaya konu, Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 4, 5(3), 20, 21, 282 ve 283. maddelerine aykırı soygun suçunu incelemiştir.

Sanıklar, aleyhlerine getirilen suçlamanın iddianamedeki tafsilatında, 22.2.2007 tarihinde, Dikelya İngiliz Üsler Bölgesinde ve Dikelya İngiliz Üsler Bölgesi ile Haspolat – Taşkent köyü arasında, Lefkoşa'da, Mesut Ahmet Kafkas'tan 10 Kıbrıs Lirası ve 35 YTL nakit para ile Vakıf Bank Ltd. kaşideli hamiline yazılı kime ait olduğu ve seri numarası meçhul, 300 YTL meblağlı çek ile bankası kime ait olduğu ve seri numarası meçhul 550 KL meblağlı Rum çekini sirkat etmek ve sirkattan hemen önce mezkûr şahsın başına çekiç ile vurarak vücudunun muhtelif yerlerine bıçak sokup, ellerini ve ayaklarını bağlayıp EC 647 plakalı aracın içerisine koyarak mazot döküp yakmak suretiyle mezkûr şahsın ölümüne sebep olup, fiili şiddet kullanmakla itham edilmişlerdir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.2'yi mahkum ederken, Sanık No.2'nin şahadetinde söylediklerinin yanı sıra, ispatlanmış olgulara ve 24.3.2007

tarihinde, kanuni ihtar altında, 300 YTL'lik Vakıf Bank çeki ve 550 KL'lık Rum çeki için İddia Makamı Tanığı No.8 Müfettiş Zafer Amca tarafından izahat istendiğinde, Sanık No.2'nin Vakıf Bank çekini Çayönü'nde yaktığını, Rum çekini ise olay gecesi tepelerden attıklarını söylediği, bu itirafın ihtilafsız, itirazsız ve istintak edilmemiş şahadet olarak Mahkeme huzurunda olduğu, Sanık No.1 ve No.2'nin maktulü yaraladıktan sonra, cebinde ve çantasındaki para ve çekleri sirkat ettikleri sonucuna vararak, Sanıklar No.1 ve No.2 aleyhindeki 4. davanın ispat edildiği sonucuna varmıştır. Bidayet Mahkemesi, soygun fiilinin Sanık No.3 gelmeden işlendiği ve Sanık No.3'ün soygun fiili ve sonucuna iştirak etmediği gerekçesi ile Sanık No.3'ü, 4. davadan beraat ettirmiştir.

Bidayet Mahkemesinin Sanık No.2'nin mahkumiyeti ile ilgili bulgusunda hata olmadığı, mevcut şahadet, Sanık No.2'nin tahkikat süresince polise yaptığı itirazsız izahatı **(Mavi 81)** ile sabit olduğundan, Sanık No.2'nin mahkumiyetinde herhangi bir hata yoktur. Bu nedenle, Sanık No.2'nin 4. davadan mahkumiyetine karşı dosyaladığı 40/2008 sayılı istinafı reddedilir.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.3'ü aleyhindeki 4. davadan beraat ettirirken, soygun fiilinin işlendiği sırada orada olmamasına bağlamıştır.

İspatlanan olgulara göre, Sanık No.3, ilk buluşma noktaları olan Güvencinlik-Çayönü arasındaki yere Van araç ile gittikten sonra, maktul Mesut Ahmet Kafkas, EC 647 plakalı Toyota marka aracından çıkarılarak, Sanık No.3 tarafından olay yerine getirilen Sanık No.2'ye ait DJ 817 plakalı Van araca aktarıldı ve Sanık No.2, acıktığı ve sigarasız kaldığı nedeniyle, maktulün cebindeki paralardan alarak maktule ait araçla Korkuteli'ne gitti.

Duruşma sırasında Sanık No.1'in Avukatı, Sanık No.3'e istintak esnasında şu soruları yöneltmiştir:

"S: **Ferhat'ın maktulün cebinden para aldığını gördün mü?**
C: **Hayır.**
S: **Onu da görmedin, yoksa hatırlamıyorsun?**
C: **Görmedim.**
S: **Alsa görecektin diyorsun öyle mi yoksa o pozisyonda değildi. Yani gördüğün o manzara karşısında kendinden geçmiş olabilir misin? Orda olanların farkında olmayabilir misin?**
C: **Ben gördüklerimi söylerim. Ben görmedim. Kesinlikle.**
S: **Ferhat hem gönüllü ifadesinde hem de yeminli şahadetinde burda dinledin, ne söylediğini o konuyla ilgili olarak, acıktım, sigarasızlıktan ölüyorum, maktulün cebine ellerimi soktum, ne bulduysam aldım ve gittim diyor.**
C: **Evet.**
S: **Öyle mi söyledi.**
C: **Böyle söyledi ama onun düşüncesi. Orda olmuş bir şey ben yokum ki orda.**
S: **Yoksun sen orda?**
C: **Tabi, Rum tarafında oldu olay.**
S: **Rum tarafından bahsetmiyorum sana. Buluştuğun noktadan bahsederim ben?**
C: **Ben görmedim.**
S: **Nasıl olur da görmedin, orda değil miydin?**
C: **Sürekli arabadaydım. Arabanın içindeydim.**
S: **Aşağıya inmedin, öyle mi?**
C: **Evet. Koltuk ve araçtan birşey getirdiği zaman ben arabadaydım.**
S: **Ferhat ayrılmazdan önce, maktule ait aracı alıp da ordan ayrılmazdan önce maktulün cebine parayı sokup aldıktan sonra ayrıldı. Sen nerdeydin o vakit?**
C: **O saat hatırlamıyorum."(Mavi 559)**

Sanık No.3'ün iktibas edilen kısım dışındaki tüm şahadeti incelendiğinde, **"görmedim"** ve **"hatırlamıyorum"** üzerine kurulu olduğu görülmektedir. Sanık No.2'nin şahadetine göre, Sanıklar ilk buluşma yerinde maktulü Van araca aktardıktan sonra, Sanık No.2 maktulün cebinden para alarak, Korkuteli köyüne gitmiş ve oradan zeytinli, sigara ve kontür almıştır. Bu süreçte, Sanık No.3 araçtan inmiş, maktul Van araca aktarılmış ve Sanık No.2, Sanık No.1 ve No.3'ün huzurunda maktulün aracına binerek ayrılmıştır. Sadece iktibas ettiğimiz kısımda bile, Sanık No.3'ün gerçekleri söylemek yerine yalan söyleyerek kendisini kurtaracak şekilde hareket ettiği görülmektedir.

Tüm olguların birleştirilmesinden çıkarılan netice, Sanık No.3 gelmeden, maktule karşı uygulanan şiddet ve etkisizleştirme sonucunda, maktulün üzerindeki para ve çekleri alma fiilinin, Sanık No.3'ün olay yerine gelmesinden sonra da devam ettiğidir. Daha ötesi, ispatlanan olgulara göre, Alevkayası'na gitmeden önce araç için mazot alınması, Alevkayası I. Zirveden sonra maktulün yakılması için mazot alınması ve maktul yakıldıktan sonra beraberce yedikleri yemek için harcanan paralar maktulün paralarıydı ve bu olayların tümünde Sanık No.3 hazır bulunmuştur.

Bidayet Mahkemesinin huzurundaki tüm şahadeti, şahadetten çıkabilecek rasyonel sonuçları ile birlikte değerlendirmeden, Sanık No.3'ün olay yerine gelmeden soygun fiilinin tamamlandığı sonucuna ulaşması hatalı olmuştur.

Sanık No.3'ün kendi izahı, kendi içerisinde tutarsız olduğundan, tüm şahadetle birlikte değerlendirildiğinde, Sanık No.3'ün soygun fiiline ortak

amaçla iştirak ettiği makul şüpheden ari olarak kanıtlandığından, Sanık No.3'ün aleyhindeki 4. davadan suçlu bulunarak mahkum edilmesi gerekirdi.

Bu sonuçtan hareketle, İddia Makamının 4. davadan beraat kararına karşı dosyaladığı 48/2008 sayılı istinafı kabul edilerek, Sanık No.3'e aleyhindeki 4. davadan verilen beraat kararı iptal edilir. Sanık No.3, aleyhindeki 4. davadan suçlu bulunarak mahkum edilir.

Bu safhada, taammüden adam öldürme, adam öldürme ve kasti hasar suçlarından Sanıklar No.1, No.2 ve No.3 aleyhine verilen mahkumiyet kararlarını incelememiz gerekmektedir.

Bu meselede, Sanık No.1 ve Sanıklar No.2 ve No.3 Avukatları, esas olarak, adam öldürme ve taammüden adam öldürme üzerinde durarak, savunma ile ilgili istinaf sebeplerini, büyük oranda bu suçların unsurlarının oluşmadığı ve makul şüphenin Sanıkların lehine kullanılmadığı tezleri üzerine kurdular.

Kararımızın **"istinaf sebepleri"** başlığı altında, tarafların istinaflarını dayandırdıkları başlıkları belirttik. Bunların tümünü buraya aktarmayı gereksiz görürüz.

Genel olarak, Sanık No.2 ve No.3, Bidayet Mahkemesinin Alevkayası I. Zirveden, maktulün Taşkent'te yakıldığı ana kadarki bütün bulgularının hatalı olduğunu ve Mahkemenin maktulün başkaları tarafından öldürülmüş olabileceği ihtimaline değer vermediğini iddia etmektedirler. Sanık No.1 ise

maktulün kaçırıldığı anda aldığı yaralar nedeniyle öldüğü, park alanında ölü olduğu ve olayda taammüdün bulunmadığını iddia etmektedir.

Buna göre, Bidayet Mahkemesinin adam öldürme ve taammüt ile ilgili tüm bulgularının doğru olup olmadığını incelememiz gerekmektedir.

Bidayet Mahkemesi, kararında, taammüden adam öldürme suçunun hukuki değerlendirmesini ve unsurlarını doğru olarak belirledikten sonra, meseleyi incelemiştir.

Öncelikle, suçun unsurlarının hatırlanması bakımından, Yargıtay/Ceza 14/1998 sayılı içtihat kararından kısa bir iktibas yapmayı gerekli gördük. Konu kararda, bir cinayetin taammüden işlendiği sonucuna varılabilmesi için şöyle denmiştir:

> **"Cinayeti işleyenin maktulü öldürmeyi önceden tasarlaması, planını uygulamaya koyması ve cinayeti tasarladığı an ile işlediği an arasında soğukkanlı bir şekilde düşünebilmesi ve arzu ettiği takdirde bu cinayeti işlemekten vazgeçebilmesi için yeterli sürenin olması ve buna rağmen tasarısından, planından geri dönmeyerek cinayeti işlemiş olması gerekir."**

Huzurumuzdaki istinafa konu davadaki tabloya göre, Sanıkların, maktul Mesut Ahmet Kafkas'ı ne zaman öldürmeye niyet ettikleri,Sanıkların bu öldürme niyet ve kararlarından sonra kararlarını yürürlüğe koydukları, Sanıkların maktulü öldürmeye karar verdikleri an ile öldürdükleri an arasında Sanıkların soğukkanlı bir şekilde cinayeti tasarladıkları, düşünmeye ve cinayetten isterlerse vazgeçebilmelerine zamanları olduğuna ve böyle bir fırsatları olmasına rağmen aynı niyetle devam ederek maktul Mesut Ahmet

Kafkas'ı öldürdükleri, Bidayet Mahkemesinin doğru değerlendirmeleri ve değer ifade eden şahadetle birleştirerek, makul şüpheden ari olarak fiilin gerçekleştiğinin görülmesi gerekmektedir.

Huzurumuzdaki olay 4 ana safhada oluştu. Birinci safhada Sanıklar Mesut Ahmet Kafkas'ı kaçırmayı planladılar; ikinci safhada, Sanıklar No.1 ve No.2, maktul Mesut Ahmet Kafkas'ı Dikelya İngiliz Üsler Bölgesinde bir Rum'a ait patates ambarından, maktule ait EC 647 plakalı Toyota araçla yola çıktıktan sonra Güvercinlik – Çayönü ovasında zor kullanarak kaçırdılar; üçüncü safhada, Sanık No.3, Sanıklar No.1 ve No.2'nin bulunduğu yere, Sanık No.2'ye ait DJ 817 plakalı Van araç ile geldi ve maktul Van araca aktarılarak Alevkayası'na I. Zirve olarak adlandırılan yere gidildi; dördüncü safhada ise I. Zirveden park alanına ve ordan Taşkent'e gidildi ve maktul Taşkent'te aracı ile birlikte yakıldı.

Bidayet Mahkemesinin, ilk iki safhada, Sanıkların maktulü öldürmek niyetinde olmadığına ilişkin kesin bulgusu vardır.

Bidayet Mahkemesi kararında şöyle demektedir(**Mavi 803-804**):

"Sanıkların maktulü kaçırırken öldürme amacı ile kaçırdıklarına dair huzurumuzda hiçbir şahadet yoktur. Aksine iddia makamı tanığı No.8 tahkikat memuru Müf.Zafer Amca da Sanıkların maktulü kaçırma amaçlarının fidye amaçlı olduğunu, öldürme amaçları olmadığını ancak maktulün kaçmaya çalışması, maktulü yaralamaları ve gelişen olaylar neticesinde Alevkayası'nda maktulü öldürmeyi planlayarak, mazot alıp, Taşkent'e götürüp arabada yakarak öldürdüklerini iddia etmektedir. Bu şahadet ışığında Sanıkların maktulü kaçırma fiilini öldürme amacıyla gerçekleştirmedikleri kesindir ve bu hususta bulgu yaparız."

Görüleceği üzere, Bidayet Mahkemesi bu bulgusunu, İddia Makamının Tahkikat Memuru Tanığına bağlamaktadır.

İddia Makamının, Bidayet Mahkemesinin bu bulgusunun hatalı olduğuna dair herhangi bir iddiası yoktur.

İspatlanan olgulara göre, 22.2.2007 tarihinde, Sanık No.3, Sanık No.2'ye ait Van araçla gelip Sanık No.1 ve No.2 ile Güvercinlik-Çayönü ovası diye tanımlanan yerde buluştular ve kaçırdıkları Mesut Ahmet Kafkas'ı, EC 647 plakalı aracından çıkararak elleri ve ayakları bağlı olduğu halde DJ 817 plakalı aracın içine koydular.

Burada soğukkanlı bir şekilde Sanık No.2, maktulün aracını kullanarak Korkuteli köyüne giderek kontür, zeytinli ve sigara aldı. Sonra Sanık No.1 ve No.3 ile telefonda konuşup buluştular ve Sanık No.1, maktule ait araçla önde,Sanık No.2 ve No.3 içinde maktulün de bulunduğu Van araçla arkada seyrederek herkesin kullandığı yoldan, yakalanma korkusu olmadan, Alevkayası I. Zirveye gittiler.

Alevkayası I. Zirveden sonra ispatlanan olgulara göre olaylar şöyle gelişir.

Sanık No.2 ve No.3, maktule ait araçla hiç çekinmeden, yakalanabilecekleri korkusu yaşamadan, Çatalköy'e gidip bir benzin istasyonundan bir bidon mazot alırlar ve I. Zirveye dönerler.

Sanıklar No.2 ve No.3, yine kabul edilen olgulara göre, maktulün EC 647 plakalı aracı ile piknik alanı diye tanımlanan yere gidip Sanık No.1'i beklerler, daha sonra Sanık No.1 içinde maktulün olduğu DJ 817 plakalı Van araçla Sanık No.2 ve No.3 ile park alanında buluşurlar.

Burada, maktul, DJ 817 plakalı Van araçtan, EC 647 plakalı Toyota marka aracının arka koltuğuna aktarılır.

Sanıklar araçları ile gece karanlığında, Sanık No.1 önde, Sanık No.2 ve No.3 Van araçla arkada yola çıkarlar. Van araç 2-3 kez bozulur, Sanık No.1 geri dönerek onları çeker, Van aracı çalıştırırlar.

Daha sonra yola devam ederek Mağusa yoluna çembere geldiklerinde, Van araç bozulur. Sanık No.3'e telefonu verilir. Sanık No.2, Sanık No.1 ile birlikte maktule ait EC 647 plakalı araçla Taşkent'e giderler ve aracı yoldan görünmeyecek bir yere götürüp, mazot dökerek maktul ile birlikte yakarlar.

Sanık No.3 bu arada kardeşi Necib'i arar, kardeşi BY 629 plakalı aracı ile gelir ve Sanık No.3 ile buluşurlar, sonra Sanık No.3 kardeşini Flamingo Gece Kulubüne bırakır ve kardeşinin aracı ile gidip, Sanık No.1 ve No.2'yi bulundukları yerden alır.

Sanıklar, dönüşte emareleri atarlar, saklarlar ve kan izlerini silerler.

Mevcut şahadetin neticesi olan bu olguları değerlendirdiğimizde, maktulün ne zaman, kimin tarafından öldürüldüğü, olayda başkaları olup olmadığı sorularını sormadan, olgulardan istihraç edebileceğimiz netice,

Sanıklar No.1, No.2 ve No.3'ün, Alevkayası'ndan, Taşkent'te buluştukları yere kadar birlikte davrandıklarıdır.

Daha önce belirttiğimiz gibi, bir ceza davasında, sanıkların davranışları teyit edici şahadettir ve sonuca ulaşmak bakımından çok önemlidir.

Bir kişinin niyeti okunamayacağına göre, davranışları ve davranışlarından çıkan netice onun niyetine önemli bir delil teşkil eder (**Bkz. Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 33-34/1984 (D.6/1985)).**

Bu hukuki gerçeği akılda tutarak, meselenin, Savunma Avukatlarının iddiaları ve Bidayet Mahkemesinin suçun unsurları ile ilgili yaptığı bulgular ışığında incelenmesi gerekir.

Bidayet Mahkemesi, her Sanığın şahadetini ayrı ayrı inceleyerek, I. Zirvede mazot alımına karar verilmesini ve mazotun, maktulü ve aracını yakmakta kullanılmasını dikkate alarak, öldürme niyetinin I. Zirvede oluştuğu sonucuna ulaşmıştır.

Savunma Avukatları, mazotun Van araç için alındığını, gidilen mesafelerin ölçülmediğini, olaydaki araçların mazota ihtiyaçları olup olmadığının araştırılmadığını, bu anlamda tahkikatın eksik olduğunu ileri sürerek, bu eksikliğin sebep olduğu şüpheden Sanık No.2 ve No.3'ün yararlandırılmadığını ileri sürmüşlerdir.

Zabıtlardan, mesafelerle ilgili tahkikat yapıldığı görülmekle birlikte, bu hususun çok önemli olduğu kanaatinde değiliz. Çünkü, alınan mazotun

maktulü ve aracını yakmakta kullanıldığı ve Sanıkların kullandığı araçlar, amacına uygun olarak hareket ederek hedeflerine ulaştıklarına göre, Sanıkların niyetinin, davranışları doğrultusunda, mazotun kullanıldığı maksata uygun olarak değerlendirilmesi gerekir.

Sanık No.1, istinafta, maktulün I. Zirvede ölmüş olduğunu, ölen insanın ikinci kez yakılarak öldürülmesine imkan olmadığını ileri sürmektedir.

Sanıkların yeminli şahadeti ve gönüllü ifadeleri incelendiğinde, maktulün I. Zirvede sağ olduğu şüphe götürmeyecek şekilde ortadadır.

Alevkayası I. Zirveye kadar maktul, Sanık No.2 ve No.3'ün kullandığı Van aracın içerisinde idi. Sanık No.2 ve No.3 maktulün yol boyunca ve I. Zirvede sağ olduğunu, hatta konuştuğunu, hem şahadetlerinde hem de gönüllü ifadelerinde söylemektedirler.

Sanık No.1, şahadetinde, zirvede maktulü kontrol ettiğini, darbe ve yaralardan dolayı bayağı kan aktığını, ölebileceğini, bu şekilde olmaması gerektiğini ve üçünün konuşarak ilk etapta arabayı denize atmayı düşündüklerini, sonra arabayı yakmayı önerdiğini ve bu kararı beraber alarak Ferhat'la Yusuf'un birlikte gidip mazot aldıklarını iddia etmektedir**(Mavi 203).**

Sanık No.3, şahadetinde, istintak sırasında, aracın imhasının I. Zirvede konuşulduğu ile ilgili soruya şöyle cevap vermiştir:

"S: **Girne'ye gidip mazot almanızın nedeni de aracı yakmaktı. Ford'a mazot koyma değildi, bunu sen çok iyi bilin?**
C: **Gidin alın da gelin sormayın dedi.**

S: **Ama sen söylen Osman'ın dediğini bunu? Ferhat da aksini söyler? Ferhat diyor ki Osman'ı karıştırma ben gittim mazot almaya.**
C: **Beraber gittik.**
S: **Aldı seni de yanına diyor ve gittiniz?**
C: **Benim alnım açıktır.**
S: **Bellidir açık olduğu, Orda konuşuldu, bu arabayı imha etme olayı zirvede ilk kepçenin temizlediği bir yerde konuşuldu. Öyle mi?**
C: **Evet.**
S: **Değil mi?**
C: **kesinlikle öyle değil yalandır.**
S: **Evet dedin.**
C: **Her soruya evet derim. Konuşmalarına evet dedim. Yalan beyanlarla beni düşürtmeye çalışıyor."**

Görülebileceği gibi, Sanık No.3, arabanın mazotla yakılacağının zirvede konuşulduğunu önce kabul etti, sonra duruma göre pozisyon alarak kendine göre inkara kalktı.

Sanık No.2 esas sorgusunda kendisine sorulan soru üzerine, ilk durdukları I. Zirvede arabadan indiğini, Osman'ın kendilerine **"gidin de gelirsiniz yani arar konuşuruk gelirsiniz geri"** dediğini, kendisinin de **"tamam o zaman ineyim aşağıya hem de mazot alayım arabaya"** diyerek, Osman'dan para aldığını, Yusuf'un **"ne mazotu, ne yapacaksınız"** dediğinde, **"yürü yahu inelim aşağıya"** diyerek kızdığını ve mazot almaya gittiğini söyledi**(Mavi 374).**

Sanık No.2 ve No.3'ün, maktulün EC 647 plakalı aracına binip mazot almaya gittikleri, mazotu bidona koyduktan sonra, bu mazotu, maktulü ve aracı yakmak dışında kullanmadıkları mahkeme huzurundaki şahadette sabittir.

Alevkayası I. Zirvede yaralı ama henüz sağ olan ve alınan mazotla yakılan maktulü öldürme niyetinin, I. Zirvede oluştuğuna dair Bidayet Mahkemesinin bulgusunda hata yoktur.

Sanıklar No.2 ve No.3'ün iddiasına göre, olayda başka kişiler vardı, maktul, gelecek denilen kişiler tarafından öldürülmüştür, Sanık No.1 tarafından veya başka kişiler tarafından boğulmuştur, maktul park alanına geldiğinde katılaşmıştı, Sanık No.1'e göre maktul aldığı yaralardan ölmüştür. Ortada taammüt yoktur.

Bidayet Mahkemesi, bütün ihtimalleri tek tek değerlendirdi ve reddetti.

Sanık No.2 ve No.3 Avukatı, Bidayet Mahkemesinin bulgularının hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Bu safhada, taammüden adam öldürme suçunun unsurları bakımından, Sanıkların planı yürürlüğe koyarak, soğukkanlı bir şekilde uyguladıkları sonucuna ulaşabilmek için, Sanıklar No.2 ve No.3'ün maktulü aracı ile birlikte yakmak amacı ile Girne – Çatalköy'den mazot alıp I. Zirveye döndükten sonra, oradan ayrılıp, Sanık No.1'in maktul ile birlikte dönmesini bekledikleri park alanında, maktulü DJ 817 plakalı Van araçtan EC 647 plakalı araca naklederken, maktulün henüz sağ olduğunun makûl şüpheden ari olarak ispatlanmış olması gerekmektedir.

Bidayet Mahkemesi, Sanıkların bütün iddialarını tek tek ele alıp incelemiştir.

Hemen belirtmemiz gereken husus, hayalden veya sınırsız ihtimalden müdafaa yaratılamayacağı ve bu anlamda oluşacak şüphenin, makul şüphe sayılmayacağıdır.

Ceza davalarında sanıklar herhangi bir şeyi ispatlamak zorunda olmadığından, ileri sürülen iddiaların gerçek olabilme ihtimalinin bulunmadığı iddia makamı tarafından ortaya konmalı ve mahkeme tarafından tüm ihtimalleri değerlendirmelidir.

Bidayet Mahkemesi, ilk olarak, maktulün I. Zirvede başkaları tarafından öldürülmüş olup olmadığı ihtimalini incelemiş ve huzurundaki şahadeti detaylı olarak değerlendirdikten sonra olayda başka kişilerin olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bir iddianın gerçekleşebilme olasılığının olabilmesi için, direkt şahadet yoksa, çevre şahadetin bütünleştirilmesi sonucu böyle bir ihtimalin sanıklar lehine ortaya konması gerekir.

Bidayet Mahkemesi huzurundaki tüm şahadet incelendiğinde, başka kişilerin kimler olabileceği konusunda ne direkt ne de çevre şahadet anlamında değer ifade eden herhangi bir şahadet bulunmaktadır.

Sanıkların kullandığı ve olay sürecinde Sanık No.1 tarafından kullanılan, Sanık No.3'ün 05338459313 No.lu telefonu dahil, tüm telefonlarda yabancı veya izahatı yapılamayan hiçbir telefon konuşması tespit edilmemiştir.

Sanık No.1'in Sanık No.3'ün telefonu ile aradığı kardeşi Yüksel Bayır'a, Beyarmudu'nda bıraktığı TEN 977 plakalı Mercedes marka aracı almasını söylediği ispatlanmış, bu konuşma dışında başka biriyle yapılan konuşma tespit edilmemiştir.

Bunun dışında, Sanık No.3'ün Tanığı olarak şahadet veren Tanık No.4 İsmail Coşkun, Sanık No.1'in delil diye sunulan cesedin maktul Mesut Ahmet Kafkas'a ait olmadığını söylediğini iddia etmiştir.

Cesedin maktul Mesut Ahmet Kafkas'a ait olduğu DNA testi ile sabit olduğundan, Sanıkların meseleye gizem katma ve sorumluluklarının başkaları tarafından işlendiği görüntüsünü verme gayreti içine girdikleri, Müdafaa Tanığı No.4'ün şahadeti ile ortadadır.

Bidayet Mahkemesinin, olayda başka kişilerin olmadığına ilişkin bulgusunun mevcut şahadetin sonucunda yapıldığı ve bu sonuca ulaşmak için önündeki şahadeti doğru olarak değerlendirdiği ve doğru sonuca ulaştığı cihetle bu bulgusunda hata yoktur.

Bidayet Mahkemesi, maktulün, Sanık No.1 tarafından I. Zirvede boğularak öldürüldüğü iddialarını incelerken tüm Sanıkların şahadetlerini, tahkikat sırasında yaptıkları sözlü beyanları ve Emare No.2 video görüntülerindeki sözlerini teker teker değerlendirmiştir.

Bidayet Mahkemesi, kararında, maktulün iple boğulmuş olabileceği ihtimali ile ilgili İddia Makamı Tanıklarının olayla ilgili şahadetlerine değindikten sonra, Tahkikat Memuru Müffetiş Zafer Amca'nın I. Zirvede üç

adet bala ipini bulup, bunları Sanık No.2 ve No.3'e ihtar altında sorduğunda, cevaben **"bizim ilgimiz yoktur"** dediklerini, Sanık No.1'in ise **"bizim Mesut'u bağladığımız ip gri renkti"** dediğini, Sanıkların yeminli şahadetlerinin çelişkilerle dolu olduğunu, Emare No.2 video görüntülerinde maktulün boğazında ip olduğundan bahsedilmediğini belirttikten sonra, I. Zirvede bulunan bala iplerinin olayda kullanılan ipler olduğu makul şüphesini yaratacak şahadetin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Tüm şahadet ve Sanıkların beyanları incelendiğinde,Bidayet Mahkemesinin bu sonuca ulaşması için huzurunda yeterince şahadet olduğu, şahadet ve emareleri değerlendirerek hata yapmadığı anlaşılmaktadır.

Ancak, olayda başka birilerinin olmadığı veya maktulün Sanık No.1 tarafından I. Zirvede boğulmuş olabileceği ihtimallerinin çürütülmesi, maktulün park alanında sağ olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmamaktadır.

Bu nedenle, maktulün park alanında sağ olup olmadığı hususunun incelenmesine devam edilmelidir.

Alevkayası I. Zirveye kadar gelişen olaylar çerçevesinde, maktul, Sanıklar No.1 ve No.2 tarafından, Emare No.58 bıçak kırılacak şiddette bir güç kullanılarak, vücudunun muhtelif yerlerinden bıçaklanmış, başına çekiçle vurularak etkisiz hale getirilerek, bağlanmak suretiyle Van aracın arkasına konularak atılı bir eşya gibi I. Zirveye kadar götürülmüştür.

Maktulün I. Zirvede sağ olduğunu Sanıklar kabul etmekle birlikte, sağlık durumu ile ilgili Sanıkların her biri ayrı ayrı izahatta bulunmuştur.

Maktulün içerisinde taşındığı DJ 817 plakalı Van aracın kasasındaki zeminde bulunan tahtalarda maktule ait kan izi olduğu ve bunların silinmekle çıkarılamadığı, hem Sanıkların şahadeti, hem de emareler üzerinde yapılan tahlillerle sabit olduğundan, maktulün I. Zirveye taşınıncaya kadar geçen zaman sürecinde kan kaybetmeye devam ettiği mevcut şahadetin rasyonel bir sonucudur.

Bu meselede, maktul mazot ile yakıldığından, tam olarak ölüm sebebi belirlenememiştir. Bu nedenle, maktulün yakılmadan önce almış olduğu yaralar nedeniyle ölmemiş olup, park alanında Van araçtan, Toyota araca aktarılırken sağ olduğunun belirlenmesi, makul şüphe iddiasının ortadan kaldırılması için şarttır.

Bidayet Mahkemesinin bu husustaki bulguları şöyledir:

> **".... maktulün Sanık No.1 ve No.2'nin mazot almaya ayrıldıkları an öldürüldüğünü kabul etsek dahi, bu süre yani Sanık No.2 ve No.3'ün maktulü ölü gördüklerini iddia ettikleri piknik alanındaki ana kadar toplam 80 dakika olarak ortaya çıkmaktadır. 80 dakikada ise Sanık No.2'nin iddia ettiği gibi maktulde ölü sertliği oluşması adli tıp bilimi uzmanlarına göre mümkün değildir(Mavi 798).**

Bidayet Mahkemesi bu bulgusunu, Prof.Dr.Oğuz Polat'ın Adli Tıp Kitabının 2. baskısından iktibas ettiği görüşlere istinaden yapmıştır. Şöyle ki:

> **"Sanık No.1'in bu şahadeti Sanık No.2 ve No.3'ün maktulün ölü olduğu, maktulde ölü sertliği oluştuğu yönündeki iddialarını çürütmekte ve aksine maktulün I. Zirvede piknik alanında ve arabasında Taşkent'te yakıldığı zaman sağ olduğuna yönelik inanılır bir şahadet olarak huzurumuzda bulunmaktadır.**

Sanıkların hiçbiri özellikle öldüğünü iddia eden Sanık No.2 ve No.3, maktulün nabzını, tansiyonunu kontrol edip bu kanıya vardıklarını söylememektedirler.

Yukarıda aktardığımız bu husustaki şahadetleri ve bu şahadete dayalı vardığımız diğer bulguları, maktulün I. Zirvede, piknik alanında ve Taşkent'te arabası içinde yakıldığı zamanda sağ olduğu çıkarımını yapabilmemizi ve maktulün I. Zirvede piknik alanında ve Haspolat Taşkent köyü arasında Emare 89, EC 647 plakalı Toyota marka araç içerisinde yakıldığı zaman sağ olduğu bulgusuna varmamızı sağlayabilecek nitelikte bir şahadettir"(Mavi 800-801).

Bidayet Mahkemesinin bulgusundan anlaşılan, bu sonuca ulaşılırken ölü sertliği algısından hareket edilmiş ve Sanık No.1'in şahadetine itibar edilmiştir.

Bidayet Mahkemesinin huzurunda, ölü sertliği ile ilgili sunulmuş herhangi bir uzman şahadeti yoktur.

Uzman tanıklar tarafından verilen bilimsel kriterlerin bir davada kullanılması ile ilgili daha önce atıfta bulunduğumuz Rv. Anastassiades davasında iktibas edilen Dane v.Edinborough Magistrates (1953) S.C 34 at p.40 davasından atıfla şöyle denmiştir:

"The functions of expert witnesses were stated by lord president Cooper in Dane v Edinborough case, where he said: Their duty is furnish the judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their conclusions, so as enable the judge of jury to form their own independent Judgement by the application of these criteria to the facts proved by admissible evidence."

Bu alıntıdan görülebileceği gibi, uzmanların görevi, gerekli bilimsel kriterler ile elde ettikleri sonucu kararlarında kullanabilmeleri için yargıçlara bildirmeleri ve yargıçların bu bilgileri, kanıtlanmış olgular ve kabul edilen şahadetle birlikte kullanmalarıdır.

Bidayet Mahkemesinin, huzurunda bu konuda bir şahadet olmadan, kitaptan iktibas edilen görüşlerle, Sanık No.2'nin şahadetini değerlendirmesi hatalı olmuştur.

Sanıklar No.2 ve No.3'ün, maktulün tansiyon ve nabzını ölçme gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Sanıklar No.2 ve No.3, bu fiilleri yapmadıkları nedeniyle maktulün sağ olduğu bulgusuna salimen varılamaz.

Bidayet Mahkemesi, Sanık No.1'in şahadetini, Sanık No.2 ve No.3'ün şahadetine tercih ettiğine göre, Sanık No.1'in, şahadetinde, maktulün I. Zirvedeki durumu ile ilgili diğer Sanıklara söylediği, **"bu adamın durumu iyi değil ha ölebilir" (Mavi 302)** ihtimalini de değerlendirmesi gerekirdi.

Bu meselede, maktulün ölüm anı, saati ve sebebinin ileri derecede yanık nedeniyle belirlenemediğini dikkate aldığımızda, mevcut emarelerle birlikte Sanıkların şahadetine ve davranışlarına bakmamız gerekmektedir.

Sanıklar, Alevkayası'ndaki park alanında buluştuklarında, maktulün Van aracın arkasında ölü vaziyette yattığı ve Sanık No.2'nin bunu anlamak için maktulü tekmelediği, Van araçtan yere attıkları ve Toyota aracın arkasına taşıdıkları mevcut şahadetle sabittir. Yine mevcut şahadete göre, maktul

tekmelendiğinde, yere atıldığında, kendi aracına taşındığında ses çıkarmamış, konuşmamıştır.

Mevcut şahadetin ve ölüm sebebinin tam olarak belirlenememiş olmasının sonucu olarak, aldığı yaraların tesiri ile Alevkayası I. Zirveye, Van araç arkasında atılı eşya gibi taşınan, kan kaybetmeye devam eden, park alanında tekmelenen, yere atılan ve Bidayet Mahkemesinin, şahadetini diğer Sanıklara tercih ettiği Sanık No.1'in şahadetinde ifade ettiği, maktulün durumunun iyi olmadığı, ölebileceği şeklindeki izahını dikkate aldığımızda, maktulün piknik alanında ölmüş olabileceğine ilişkin makul şüphe bulunduğu ve bu şüphenin Sanıklar lehine kullanılması gerektiği sonucuna ulaşmış bulunuyoruz.

Maktulün yakılmadan önce piknik alanında ölmüş olabileceği makul şüphesine istinaden, taamüden adam öldürme suçunun tüm unsurları ile ispatlanması imkânı ortadan kalktığından, Sanık No.1, No.2 ve No.3'ün aleyhindeki I. davaya konu taammüden adam öldürme suçundan beraat ettirilmeleri gerekmektedir.

Bu sonuçtan hareketle, Sanıkların, 1. davadaki mahkumiyet kararına karşı dosyaladıkları 40/2008,41/2008 ve 42/2008 sayılı istinafları kabul edilir ve aleyhlerindeki muhtemel karar iptal edilerek, Sanıklar No.1, No.2 ve No.3, aleyhlerindeki 1. davadan beraat ettirilir.

Sanıklar No.1,No.2 ve No.3 aleyhindeki 2. davaya konu Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 205(1)(3) maddelerine aykırı adam öldürme suçundan verilen mahkumiyet kararına gelince...

Emare No.82 otopsi raporuna göre, maktulün ölüm sebebinin tam olarak belirlenememesinin nedeni, maktulün ileri derecede yanmasıdır.

Sanıkların, maktulü kanunsuz şekilde yakmaları nedeniyle bu neticenin çıktığı, mevcut yanığın ölüme sebebiyet verecek derecede ve türde olduğu, aynı gün Sanıklar tarafından maktule yönelik bıçaklama ve başına çekiçle vurma fiilinin ika edildiği ispatlanmıştır.

Sanıkların kanunsuz fiileri neticesinde maktulün öldüğü kanıtlanırsa, maktulün aldığı yaraların hangisinin ölüme yol açtığının 2. davanın ispatı açısından önemi yoktur. Burada önemli olan maktulün aldığı yaraların, Sanıkların fiilinden meydana gelmesi ve maktulün ölmüş olmasıdır.

İspatlanan olgulara göre, maktulün ölümüne Sanıkların dışında başka kişi veya kişilerin fiil veya fiilleri sebep olmamıştır.

Buna göre, Sanıklar No.1, No.2 ve No.3, 22.2.2007 tarihinde, ortak amaç doğrultusunda hareket ederken, önce Sanıklar No.1 ve No.2 tarafından etkisiz ve aciz hale getirilmek niyetiyle bıçaklanarak ve başına çekiçle vurularak ağır yaralanan, Sanık No.3'ün iştirak ve yardımı ile Sanıkların tümü tarafından DJ 817 plakalı Van araca elleri, ayakları bağlı ve yaralı vaziyette konarak, Alevkayası I. Zirveye taşınan, orada Sanıklar tarafından öldürülmesine karar verilen, bu maksatla Sanık No.2 ve Sanık No.3 tarafından mazot alındıktan sonra, Sanık No.1 tarafından I. Zirveden park alanına götürülen maktulün, yaralandığı andan, I. Zirveye, sonra park alanına gidene kadar geçen sürede müdahalesiz, aciz, yaralı bir vaziyette kendi halinde bırakılması ve orada, önce

Sanık No.2 tarafından tekmelenmesi ve Sanıklar tarafından araçtan yere atılması, daha sonra kendi aracına konarak, Sanık No.1 ve No.2 tarafından Taşkent'e götürülmesi, Taşkent'te Sanık No.1 ve No.2 tarafından EC 647 plakalı araç içinde, üzerine mazot dökülerek yakılmasından sonra, Sanık No.3'ün getirdiği araç ile olay yerinden uzaklaşan ve emareleri saklayan, başlangıçtan itibaren ortak amaçla hareket eden ve bu fiileri sonucunda Mesut Ahmet Kafkas'ın kanunsuz şekilde ölümüne sebep olan, Sanıklar No.2 ve No.3'ün aleyhlerindeki 2. davadan mahkum edilmeleri gerekmektedir.

Alt Mahkeme maktulün ölümünü doğrudan yakılmaya bağlamış olsa da, maktulün ölümünün Sanıkların kanunsuz fiillerinden meydana geldiği makul şüpheden ari olarak ispatlandığından, Sanıkların 2. davadan mahkum edilmelerinde hata yoktur.

Sanıklar No.2 ve No.3'ün, 2. davadan mahkumiyetlerine karşı dosyaladıkları 40/2008 ve 41/2008 sayılı istinafı reddedilir.

Mevcut olgular ışığında, Sanık No.3'ün, başlangıçtan itibaren Sanıklar No.1 ve No.2 ile birlikte hareket ettiği, I. Zirvede maktulü tüm Sanıkların birlikte öldürmeye niyet ettikleri, bu amaçla mazot almaya gittiği, maktulün daha sonra aracı ile birlikte mazot dökülerek Sanık No.1 ve No.2 tarafından Taşkent'te yakılmasından sonra kardeşine ait araçla Taşkent'e gidip Sanık No.1 ve No.2'yi olay yerinden aldığı, ortak amaçlarına uygun olarak onlara iştirak ve yardım ettiği, daha sonra emareleri ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarda bulunduğu, makul şüpheden ari olarak ispatlandığından, Sanık No.3'ün aleyhindeki 7. davadan mahkumiyetinde hata yoktur.

Buna göre, Sanık No.3'ün 7. davadan mahkumiyeti ile ilgili dosyaladığı 41/2008 sayılı istinafı reddedilir.

Bidayet Mahkemesinin mahkumiyet ve beraat kararlarına karşı dosyalanan istinaf sebeplerini incelediğimizde, I. temel başlığın sonucunda, Sanıklar No.1, No.2 ve No.3 aleyhindeki I. davaya konu taammüden adam öldürme suçundan beraat ettirilerek, diğer tüm davalardan suçlu bulunarak mahkum edilmişlerdir.

Bu safhada, II. temel başlık altında ceza takdiri ile ilgili istinaf sebeplerini incelememiz gerekmektedir. Ancak, bu istinaf sebeplerini incelemeye başlamadan önce, Bidayet Mahkemesince Sanık No.3'ün beraat ettirildiği, ancak iddia Makamının istinafının kabul edilmesiyle mahkumiyete dönüşen 3,4,6,8 ve 9. davalardan hafifletici sebepleri Mahkemeye sunması için Sanık No.3 Avukatına söz veririz. .....

II. Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi, Sanıklara ceza takdir ederken hata etmiştir.

Sanıkların lehinde ve aleyhinde söylenen tüm hususları inceleyip değerlendirdik.

Kararımızın başlangıcında belirttiğimiz gibi, Bidayet Mahkemesinde, ceza takdiri maksatları bakımından 2 karar verilmiştir.

Çoğunluk kararında, taammüden adam öldürme suçundan Sanıklar No.1 ve 2'ye 20 yıl, Sanık No.3'e 17 yıl hapislik cezası verilmiş, adam öldürme suçundan ise mahkumiyet kaydedilip herhangi bir ceza verilmemiştir.

Çoğunluk kararında, mahkumiyet kaydedilen 2. davaya konu adam öldürme suçundan ceza verilecek olsaydı, Sanıklar No.1 ve No.2'ye 2. davadan 18'er yıl, Sanık No.3'e ise 15 yıl hapislik cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Azınlık kararını yazan Yargıç, Sanıkların 1. davadan ömür boyu hapislik cezası ile cezalandırılmalarına, 2. davadan mahkumiyet kaydedilmesine, ancak ceza verecek olsaydı, Sanıklara, aleyhlerindeki 2. davadan 25'şer yıl hapislik cezası vereceğini karara bağlamıştır.

Sanıklar aleyhlerindeki 1. davaya konu taammüden adam öldürme suçundan beraat ettirildiklerine göre, ceza maksatları bakımından her iki kararda, 2. dava için öngörülen cezaları tezekkür edip bir sonuca ulaşmamız gerekecektir.

Her iki karar bakımından en önemli farklılık, çoğunluk kararında ceza maksatları bakımından Sanıklar arasında ayrım yapıldığı ve Sanık No.3'e diğerlerine oranla daha az ceza verildiğidir. Azınlık kararında tüm Sanıklara aynı cezanın verilmesi uygun görülmüştür. Yine her iki karar bakımından, diğer suçlara verilen cezalar bakımından farklıklar bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, bir ceza davasında suçlu bulunan sanığa verilecek uygun cezayı takdir etme yetkisi, esas itibarıyla davayı dinleyen mahkemeye aittir. Yargıtay, bidayet mahkemesi kararlarını denetlerken verilen cezaların

müdahaleyi gerektirecek nitelikte, aşikâr surette az veya fazla olması, dikkate alınması gereken hususların dikkate alınmaması, dikkate alınmaması gereken hususların dikkate alınması halinde verilen cezaya müdahale eder **(Bkz. Yargıtay/Ceza 77/2012 D.9/2014,Ceza İstinaf 18/73, Yargıtay/Ceza 3/2002-8/2002 D.1/2003, Yargıtay/Ceza 39/95-43/95 D.6/96, Yargıtay/Ceza 8/2013 D.3/2013, Yargıtay/Ceza 106/2012 D.5/2013).**

İncelememiz sonucunda, her iki kararda da cezalandırma prensiplerinin kararlara doğru olarak yansıtıldığını, hafifletici sebeplerin dikkate alındığını müşahade ettik.

Azınlık kararında, Sanıklar arasında ayırım yapılmamasının sebebi, Sanık No.3'ün plandaki görevinin, üstlendiği rol gereği Sanıklar No.1 ve No.2'e araç bulmak olduğu, bu bağlamda görevini yerine getirdiği şeklinde izah edilmiştir.

Sanıklar, taammüden adam öldürme suçundan beraat ettiklerinden, Sanık No.3'ün plandaki görevinden ziyade, suçun işlenişindeki rolü önem arzetmektedir. Mevcut olguların sonucu olarak, Sanık No.3'ün suçun işlenmesindeki rolünü ve maktulün öldürülmesine etki eden doğrudan fiili hareketi bulunmadığı cihetle, Sanıklar No.1 ve No.2 ile No.3 arasında cezalandırma maksatları bakımından bir ayırıma gidilmesini öngören çoğunluk kararı hatalı değildir.

Bu suçun işleniş şeklini, Sanıkların suçun işlenişindeki rollerini, suçun sonuçlarını, işlenen suçların ağırlığını ve aynı dönemde benzeri suçlara verilen cezaları dikkate aldığımızda, çoğunluk kararında Sanıklar No.1 ve No.2 için 2.

davada takdir edilen 18'er yıl, Sanık No.3'ün takdir edilen 15 yıl hapislik cezalarının müdahaleyi gerektirecek ölçüde aşikâr surette azdır.

Bu istinafa konu davada öldürülen maktul Mesut Ahmet Kafkas, ispatlanan olgulara göre, Sanık No.1'e ihtiyacı olan zirai malzemeyi bulması için, yardım etmek maksadı ile Sanıklarla buluşmuş ve sonuçta tamamen maddi menfaat temini gayesiyle acımasızca öldürülmüştür. Bir insan hayatının bu derece menfaat maksatlı sonlandırılmasına, yakınlarının mağdur edilerek acılar içine sokulmasına, mahkemeler kayıtsız kalmamalı ve halkın huzuru için böyle bir fiilin caydırıcılığını sağlamalıdır.

Sanıkların mahkum edildikleri adam öldürme, soygun ve ağır yaralama suçlarının cezaları, müebbet hapislik olarak düzenlenmiş olup, Ceza Yasamızda yer alan en ağır suçlardandır.

Şüphesiz Sanıkları biz yargılamış olsaydık, çok daha ağır bir ceza verilmesini öngörebilirdik. Ancak bu aşamada Sanıkların cezalarının ne kadar olması gerektiğine karar verirken, uzun yargılama sürecini ve bu sürede Sanıkların akıbetlerini beklerken yaşadıkları belirsizliği, Sanık No.1'in aleyhindeki davaları kabul etmiş olmasını, Sanık No.2'nin yaşını ve Sanık No.3'ün suça katılımını göz önünde bulundurmak, cezalandırma prensiplerinin gereğidir. Sanıklara, Alt Mahkeme tarafından takdir edilen cezaları, bu koşulları dikkate alarak yükseltmeyi uygun bulduk.

İddia Makamının Sanıklara verilen cezaların azlığına ilişkin 46/2008, 47/2008 ve 48/2008 sayılı istinafları kabul edilir ve Sanıklara mahkum edildiği

suçların niteliği ve lehindeki hafifletici sebepler dikkate alındıktan sonra, Sanıkların cezaları aşağıdaki şekilde belirlenir:

SONUÇ:

Netice olarak;

A. Sanıklar No.1, No.2 ve No.3'ün 1. davadan mahkum edilmelerine karşı dosyaladıkları 42/2008, 40/2008 ve 41/2008 sayılı istinafların kabülüne; aleyhlerindeki I. davadan verilen mahkumiyet kararının iptaline ve Sanıklar No.1, No.2 ve No.3'ün aleyhlerindeki I. davadan beraatlerine;

B. Sanık No.2'nin aleyhindeki 2,3,4,6,8. ve 9. davalardan verilen mahkumiyet kararına karşı dosyaladığı 40/2008 sayılı istinafın reddine;

C. Sanık No.3'ün aleyhindeki, 2,5 ve 7. davalardan verilen mahkumiyet kararına karşı dosyaladığı 41/2008 sayılı istinafın reddine;

D. İddia Makamının Sanık No.3'ün aleyhindeki 3,4,6,8 ve 9. davalardan verilen beraat kararına karşı dosyaladığı 48/2008 sayılı istinafın kabülüne; Sanık No.3'e aleyhindeki 3,4,6,8 ve 9. davalardan verilen beraat kararının iptaline; Sanık No.3'ün aleyhindeki 3,4,6,8 ve 9. davalardan suçlu bulunarak mahkum edilmesine;

E. İddia Makamının, Sanıklar No.1, No.2 ve No.3'e verilen cezalara karşı dosyaladığı sırasıyla 46/2008,47/2008 ve 48/2008 sayılı istinafların kabulüne; buna göre,

Sanıklar No.1 ve No.2'ye aleyhlerindeki 2. davadan verilen cezanın 22'şer yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 2. davadan verilen cezanın 16 yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.1 ve No.2'ye, aleyhlerindeki 3. davadan verilen cezanın, 10'ar yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 3. davadan 6 yıl hapislik cezası verilmesine;

Sanıklar No.1 ve No.2'ye, aleyhlerindeki 4. davadan verilen cezanın, 10'ar yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 4. davadan 6 yıl hapislik cezası verilmesine;

Sanık No.1 ve No.2'ye, aleyhlerindeki 5. davadan verilen cezanın, 5'şer yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 5. davadan verilen cezanın 3 yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.1 ve No.2'ye, aleyhlerindeki 7. davadan verilen cezanın, 3'er yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 7. davadan verilen cezanın 2 yıl hapislik cezasına yükseltilmesine;

Sanık No.1 ve No.2'ye, aleyhlerindeki 8. davadan verilen cezanın aynen kalmasına;

Sanık No.3'e, aleyhindeki 8. davadan 6 ay hapislik cezası verilmesine;

Sanıklar No.1 ve 2'ye, aleyhlerindeki 6. ve 9. davalardan verilen mahkumiyet kaydedilip ceza verilmemesi kararının aynen kalmasına;

Sanık No.3'e aleyhindeki 6. ve 9. davalardan mahkumiyet kaydedilip ceza verilmemesine;

Cezaların birlikte ve mahkumiyet tarihinden itibaren çekilmesine;

F. Sanık No.1, No.2 ve No.3'ün verilen cezalara karşı dosyaladıkları 42/2008, 40/2008 ve 41/2008 sayılı istinafların reddine KARAR verilir.

Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç	Gülden Çiftçioğlu Yargıç

14 Ocak, 2015

D. 1/2015 Yargıtay/Aile/Hukuk 5/2013
(Lefkoşa Aile Dava No: 81/2011)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Hüseyin Besimoğlu,Ahmet Kalkan, Emine Dizdarlı.

İstinaf eden: Tüge Toros n/d Tüge Atakol, Lefkoşa.
(Davacı)

- ile -

Aleyhine istinaf edilen: Fikri Toros, Lefkoşa.
(Davalı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Kıvanç M. Rıza şahsen ve Avukat Serhan Çinar adına hazır.
Aleyhine istinaf edilen namına : Avukat Şefika Durduran şahsen ve Avukat Faik Dana adına hazır.

Lefkoşa Aile Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Düriye Elkıran'ın 81/2011 sayılı davada, 15.4.2013 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

Davalı/Müstedi ile Davalı/Müstedaaleyh arasında Lefkoşa Aile Mahkemesinde dosyalanmış olan 81/2011 sayılı boşanma davası bulunmaktadır – Müstedi tek taraflı bir istida dosyalayarak, Müstedaaleyh adına kayıtlı bulunan, Girne-Karaman'da kain, istidada tafsilatı verilen taşınmaz mallar ve M. Toros Ticaret Ltd. adlı Şirkette bulunan hisselerini, satmaktan, hibe etmekten, herhangi bir şekilde elden çıkartmaktan, ipoteğe koymaktan veya üzerlerine engel koymaktan menedilmesini talep etti – Lefkoşa Aile Mahkemesi konu mallarla ilgili geçici ara emri verdi – Müstedaaleyh

istidaya itiraz dosyaladı – İstidayı dinleyen Yargıç, ara emrini kesinleştirdi – Müstedaaleyh bu kararı istinaf etti – Yargıtay, tarafların kesinleşmesi konusunda mutabık kaldıkları hususlar hariç, Alt Mahkemenin ara emrini kesinleştirme kararını iptal ederek, tekrar görüşülmek üzere Alt Mahkemeye iade etti – İstida, Alt Mahkeme tarafından tekrar dinledi – Üzerinde mutabık kalınan hususlar hariç, ihtilaflı gayrimenkuller ile ilgili verilen ara emrini iptal etti – Bu kez Davacı/Müstedi, Alt Mahkemenin, Müstedaaleyhin malların edinilmesinde para ödemediği, emek vermediği, dolayısıyle konu malların paylaşıma tabi olmadığı bulugusu yapması ve telafisi imkansız zarar-ziyan bulgusunu yapmasına rağmen emri kesinleştirmemekle, ve ara emri prensiplerini meseleye doğru uygulamamakla hata ettiğini ileri sürerek istinaf dosyaladı – Yargıtay, 1/98 Aile Yasanın konu ile ilgili maddesini inceledikten sonra konu malların evlilikten sonra Davalı adına kaydedildiği ve Davalıya miras yoluyla intikal etmediği bulgusuna vararak, konu malların paylaşıma tabi olduğunu ve dava neticeleninceye kadar taşınmaz malların ve bu taşınmaz mallardaki hisselerin satılmaması, hibe edilmemesi, herhangi bir şekile elden çıkarılmaması, ipoteğe ve herhangi bir yükümlük altına konmaması için emir verdi.

***Ara emri** – Paylaşıma tabi mallarla ilgili ara emri talebi – Paylaşıma tabi mallar – Malların edinilmesinde para ödenmediği, emek verilmediği nedeniyle malların paylaşıma tabi olmadığı bulgusu ile ara emrinin kesinleştirilmemesi – İstinaf – Yargıtayn konu malların evlilikten sonra edinildiği nedeniyle paylaşıma tabi olduğu bulgusuna vararak ara emrini kesinleştirmesi.*

Atıfta Bulunulan Yargısal İçtihatlar:

1- *Y/Aile 8/2011 – D.3/2012.*
2- *Y/Aile 7/2011 – D.5/2012.*

KARAR

Hüseyin Besimoğlu : Bu istinafta, Mahkemenin hükmünü, Sayın Yargıç Ahmet Kalkan okuyacaktır.

Ahmet Kalkan : İstinaf Eden/Müstedi, Lefkoşa Aile Mahkemesinin, 15.4.2013 tarihinde, 22.4.2011 tarihli ara emri istidasında, daha önce geçici olarak verilen ara emrini, Aleyhine İstinaf Edilen/Müstedaaleyhin, 6644 koçan No.lu taşınmaz mal ve M.Toros Ticaret Ltd. isimli Şirkette sahip olduğu hisseler ile ilgili kesinleşmiş olan kısmı hariç, iptal etmesi üzerine bu istinafı dosyaladı.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR:

İstinaf ile ilgili olgular özetle şöyledir.

İstinaf Eden bundan böyle Müstedi, Aleyhine İstinaf Edilen ise Müstedaaleyh olarak anılacaktır.

Bu istinafta, 22.4.2011 tarihli istidaya ilişkin olguları en başından itibaren aktarmayı gerekli gördük.

Davacı/Müstedi ile Davalı/Müstedaaleyh arasında, Lefkoşa Aile Mahkemesinde dosyalanmış olan 81/2011 sayılı boşanma davası bulunmaktadır.

Müstedi, 22.4.2011 tarihinde tek taraflı bir istida dosyalayarak, Müstedaaleyh adına kayıtlı bulunan, Girne-Karaman'da kâin, istidada tafsilâtı belirtilen taşınmaz mallar ve M.Toros Ticaret Ltd. adlı Şirkette bulunan hisselerini satmaktan, hibe etmekten, herhangi bir şekilde elden çıkarmaktan, ipoteğe koymaktan veya üzerlerine engel koymaktan men edilmesini talep etti.

O tarihte istidayı tezekkür eden Lefkoşa Aile Mahkemesi, konu mallarla ilgili geçici ara emrini verdi.

İstida ile ilgili görüşmeler esnasında, Müstedaaleyh, 6644 koçan No.lu taşınmaz mal ile M.Toros Ticaret Ltd. isimli Şirkette sahip olduğu hisseler üzerindeki geçici ara emrinin kesinleşmesine itiraz etmedi.

Müstedaaleyh, istidaya itirazname dosyaladıktan sonra, taraflar 15.8.2011 tarihinde, istidanın duruşmasına başlamak üzere Lefkoşa Aile Mahkemesinde hazır oldular.

Taraf Avukatları Mahkemeye bazı beyanlarda bulunduktan sonra, o tarihte istidayı dinleyen Yargıç, aşağıdaki gibi emir vererek ara emrini kesinleştirdi:

> **"Koçanın, mülkiyeti belirleyen en güçlü belge olduğunu, Müstedaaleyhin itirazında belirtilenleri işbu Mahkemede tartışma konusu edilmeyeceği tespiti; ve**
>
> **İhtilâfsız olgular gözönünde tutulduktan sonra istidanın daha ileri götürülerek, dinlenmeksizin, istida uyarınca verilen emrin kesinleşmesine bir sakınca görmemekteyim.**
>
> **İşbu belirttiklerim ışığında; 28.4.2011 tarihli emir dava neticesine ve/veya 3. şahsın açacağı mülkiyeti tespit davasının neticesine değin kesinleştirilir."**

Müstedaaleyh, Lefkoşa Aile Mahkemesinin bu kararı üzerine Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 sayılı istinafı dosyaladı.

Yargıtay, 22.3.2012 tarihinde, Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 D.3/2012 sayılı kararında, daha sonra inceleme aşamasında belirtileceğimiz nedenlerle, tarafların kesinleşmesi konusunda mutabık kaldıkları hususlar hariç, Alt

Mahkemenin ara emrini kesinleştirme kararını iptal ederek, tekrar görüşülmek üzere Alt Mahkemeye iade etti.

İstida, Alt Mahkemede başka bir Yargıç tarafından dinlendi.

Alt Mahkeme, tarafları ve tanıkları dinledikten sonra, taraflar arasında karara bağlanması gereken konunun ciddi olduğuna, Müstedaaleyhin Karmi'deki arazinin alımı esnasında ve bilâhare bu arazi üzerindeki inşaatların yapılması için herhangi bir bedel ödemediği yönündeki iddiasının doğru olduğuna **(Mavi 392),** konu malların Müstedaaleyh adına kaydı için Müstedaaleyhin emek harcadığı yönünde herhangi bir iddia bulunmadığına, bu nedenle bu malların paylaşıma tabi mallar olduğunu söyleyebilmenin mümkün olmadığına, dolayısıyla Müstedinin istidasında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunmadığına dair bulgu yaptı **(Mavi 395).** Alt Mahkeme, kararın istinaf edilebileceğini göz önünde bulundurarak, talep edilen emrin verilmemesi halinde Müstedinin telâfisi imkânsız zarara uğrayabileceği bulgusuna vardıktan sonra, üzerinde mutabık kalınan hususlar hariç, ihtilâflı gayrimenkuller ile ilgili verilen emri iptal etti.

Lefkoşa Aile Mahkemesinin bu kararı üzerine, bu kez, Davacı/Müstedi huzurumuzdaki istinafı dosyalamıştır.

<u>İSTİNAF SEBEPLERİ:</u>

Müstedi Avukatı, istinaf ihbarnamesinde 11 istinaf sebebi ileri sürmesine rağmen, istinafta hitabını tek başlık altında yapmıştır.

Müstedinin sunduğu istinaf sebeplerini tek başlık altında şöyle özetleyebiliriz:

I. **Muhterem Bidayet Mahkemesi, Müstedaaleyhin malların edinilmesine para ödemediği, emek vermediği, dolayısıyla konu malların paylaşıma tabi olmadığı bulgusunu yaparak, Müstedinin istidasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunmadığı gerekçesiyle geçici ara emrini iptal etmekle; telâfisi imkansız zarar-ziyan bulgusu yapmasına rağmen geçici ara emrini kesinleştirmemekle, ve ara emri prensiplerini meseleye doğru uygulamamakla hata etmiştir.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI:

Taraf avukatlarının istinaftaki iddia ve argümanları şöyledir:

Davacı/Müstedi Avukatı hitabında özetle, Müstedinin paylaşıma tabi olduğunu iddia ettiği malların tapu kayıtlarındaki mal sahibinin Davalı/Müstedaaleyh olduğunu, malların gerçek sahibi olduğu iddia edilen Richard Parkinson'un bu davadaki taraflar aleyhine Girne Kaza Mahkemesinde dava açtığını, Aile Yasası'nın ilgili maddeleri ve Yargıtay/Aile/Hukuk 7/2011 (D.5/12)'ye göre bu malların ilk nazarda edinilmiş mal kapsamında olduğunu, konu malların kişisel mal olamayacağını, Müstedaaleyhin malların sahibinin başkası olduğunu iddia ettiğini, bu anlamda mal sahibi olduğunu iddia edilen kişinin açtığı davanın ve bu davanın neticesine kadar ara emrinin yürürlükte kalması gerektiğini, yed-i emin sıfatı olduğu iddia edilen Müstedaaleyhin, bir yabancıya bu kadar malın devrini yapamayacağını, bunun kanunsuz olduğunu,

bu hususlar incelenmeden, **"konu mallar Richard Parkinson'a aittir ve ortada geçerli bir trust anlaşması vardır"** anlamına gelecek bulgu yapılmasının hatalı olduğunu, Alt Mahkemenin takdir hakkını hatalı kullandığını, ara emrini yürürlükte bırakmamakla hata ettiğini ileri sürerek, istinafın kabulünü talep etmiştir.

Müstedaaleyh Avukatı ise hitabında özetle, konu gayri menkullerin paylaşıma tabi olup olmadığı hususunun önemli olduğunu, Müstedaaleyhin Mahkemeye gerçeği söylediğini, konu malların 2001 yılında yapılan bir anlaşma ile adına kaydedildiğini, trust anlaşmasının geçersizliğinin söz konusu olamayacağını, olsa bile Müstedaaleyhin bu malların üzerine oturamayacağını, bu malların veya gelirlerinin paylaşıma tabi olamayacağını, Alt Mahkemenin boşanma davasına konu olamayacak taşınmaz malları ara emri ile tutmasının mümkün olmadığını, yerinde bir kararla konu mallardan ara emrini kaldırdığını, prensipleri doğru uyguladığını, istinafın reddedilmesi gerektiğini ileri sürdü.

İNCELEME:

Tarafların iddia ve argümanlarını bu şekilde özetledikten sonra istinaf sebeplerinin incelenmesi gerekmektedir.

I. **Muhterem Bidayet Mahkemesi, Müstedaaleyhin malların edinilmesine para ödemediği, emek vermediği, dolayısıyla konu malların paylaşıma tabi olmadığı bulgusunu yaparak, Müstedinin istidasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunmadığı gerekçesiyle geçici ara emrini iptal etmekle;**

telâfisi imkansız zarar-ziyan bulgusu yapmasına rağmen geçici ara emrini kesinleştirmemekle ve ara emri prensiplerini meseleye doğru uygulamamakla hata etmiştir.

İstidanın bidayetteki duruşmasında ve istinafında, taraflar, 22.4.2011 tarihli ara emri istidası ile ilgili daha önce verilen Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 (D.3/12) sayılı karar üzerinde çok durdular. Keza, Alt Mahkeme, kararındaki bulgularını konu karara dayandırdı. Bu gerçekten hareketle, istinaf sebeplerinin incelenmesine Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 sayılı kararın sonuçlarını dikkate alarak başlamayı uygun bulduk.

Olgular kısmında belirttiğimiz gibi, mezkur istinafın Alt Mahkemeye iadesine sebep olan en önemli hukuki olgu, o tarihte istidayı dinleyen Alt Mahkemenin, istidada verilen tek taraflı geçici ara emrini dinlenmesine gerek olmaksızın kesinleştirmesidir.

Mezkur istinaf kararının bu meseleye doğru uygulanıp uygulanmadığını incelemeye geçmeden önce, kararda belirtilen prensiplere kısaca göz atmayı uygun bulduk.

Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 sayılı kararın 6. sayfasında şöyle denmiştir:

"Taraflardan biri paylaşıma tabi mallarla ilgili ara emri talep ettiğinde; İlk Mahkemenin görevi, yerleşmiş ara emri prensipleri ışığında talebi değerlendirmek ve konu malların paylaşıma tabi mallar olduğuna ilişkin belirtiler olması halinde talep edilen emri vermek, aksi halde ise reddetmektir.

Ara emri istidalarında, dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, bazı hallerde zorunlu olarak davanın esasına girilse bile, davayı sonuçlandırıcı bulgular yapmaktan kaçınılması gerektiğidir."

Görülebileceği gibi, konu istinaf kararı hükme bağlanırken, mesele, paylaşıma tabi mallar bakımından değerlendirilmiş, kişisel mal niteliğinde olabilecek mallar ile ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır. Yargıtay, konu kararda, Alt Mahkemenin hata yaptığını şu şekilde belirlemiştir:

"Aile Yasası'nın 26(9)(B) maddesi uyarınca, malın nasıl ve ne şekilde edinildiği, olgu meselesidir. Bu konuda sağlıklı sonuca varmak için, tüm şahadetin mahkeme huzurunda olması ve taraflara iddialarını ortaya koyma fırsatının verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde,'konu taşınmaz mallar, Müstedaaleyh adında kayıtlıdır. Müstedaaleyh mal sahibi olduğu cihetle iddialarını dinlemeye gerek yoktur.' denmek suretiyle istidayı neticelendirmek, usül kurallarının öngördüğü bir yöntem olmadığı gibi adil de değildir."

Anlaşılacağı gibi, o tarihte Alt Mahkemenin kararının bozulmasına sebep olan esas husus, Mahkemenin karşı tarafı dinlemeden, iddialarını tezekkür etmeden, başka bir söylemle tam bir yargılama yapmadan karar vermesidir.

Hal böyleyken, bu istinaftaki taraf Avukatlarının hitaplarından anladığımız, Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 sayılı karardan iktibas ettiğimiz kısımlar nedeniyle, boşanma davalarında, ara emri verilebilecek mallar ile ilgili alanın daraltılarak, sadece paylaşıma tabi mallar üzerine indirgendiği gibi bir

algının oluştuğudur. Bu nedenle, ara emri talepleri bakımından meseleyi genel anlamda incelemeyi uygun gördük.

1/1998 sayılı Aile Yasası'nın 26(6) maddesinin ilk cümlesi aynen şöyledir:

> **"26.6. Boşanma davası açıldığı tarihten başlayarak dava devam ettiği sürece taraflardan biri paylaşıma dahil mal varlıklarını ancak mahkeme izni ile satabilir, devredebilir, hibe edebilir, ipotek edebilir veya elden çıkarabilir. ....."**

Bu maddeye göre, dava açıldığı tarihten itibaren, paylaşıma tabi mal varlığının mahkeme izni olmaksızın satışı, devri, hibe edilmesi, yükümlülük altına konulması yasaklanmış, maddenin iktibas edilmeyen bölümünde suç sayılmıştır.

Boşanma davalarında, taraflar, dava açıldıktan sonra, bu maddeyi kendiliğinden yürürlüğe koyacak pratik tedbir olmadığı için, mahkemeye ara emri istidası ile müracaat ederek, konu mallar üzerinde tedbir alınmasını talep etmektedirler.

Bir boşanma davasında ara emri talebi ile karşılaşıldığında, mahkemenin karşısına iki sorun çıkmaktadır:

1. Ara emri ile üzerinde tedbir talep edilen malların paylaşıma tabi bir mal olduğuna dair belirti olması halinde ne olacaktır?
2. Malların kişisel mal olduğuna dair belirti olması halinde ne olacaktır?

Yukarıda birinci kısımda ifade edilen sorunun cevabı basittir. Eğer ara emrine konu malların, paylaşıma tabi bir mal olduğuna dair belirti olması halinde, Yasanın 26(6) maddesi altında, ara emrinin diğer unsurlarının oluşup oluşmadığına bakılmaksızın bu tür mallarla ilgili tedbir emri verilmelidir. Bunun istisnası, mahkemenin konu malların satışına, devrine ve/veya hibe edilmesine izin vermesidir.

Bunun dışında yukarıdaki 2. soru ile karşılaşıldığında; bir malın kişisel mal olduğuna dair belirti olduğu bulgusu yapılması halinde, ara emri istidasında bu doğrultuda talep olması koşuluyla, bu tür mallara yönelik talepler ara emri unsurları bakımından değerlendirilmeli ve istida konusu mallar üzerinde ara emri verilip verilmeyeceğine karar verilmelidir.

Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 sayılı istinaf kararının 6. sayfasında ifade edilen **"taraflardan biri paylaşıma tabi mallarla ilgili ara emri talep ettiğinde"** ifadesi, bu anlamda kullanılmış, ara emri talebi sadece ve doğrudan doğruya paylaşıma tabi olduğu iddia edilen mallara yönelik olduğunda, **"malların paylaşıma tabi olduğuna dair belirti bulunması halinde ara emri verilmeli, aksi halde ise reddedilmelidir"** denmiştir. **"Mezkur karardan, bir malın paylaşıma tabi mal olup olmadığı ara emri safhasında belirlenmeli, paylaşıma tabi mal ise ara emri verilmeli, değilse reddedilmelidir"** şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır.

Bu hususları belirttikten sonra huzurumuzdaki uyuşmazlık bakımından Alt Mahkemenin bulgularını incelememiz gerekmektedir.

İlk olarak değerlendirmemiz gereken husus, Alt Mahkemenin konu taşınmaz malların paylaşıma tabi olup olmadığına yönelik bulgusunda hata yapıp yapmadığıdır.

Alt Mahkemenin bu konudaki bulgusu şöyledir:

"İstida konusu taşınmaz malların satın alınma ve inkişafları esnasında Müstedaaleyhin herhangi bir para ödemediğine ilişkin daha önce yapmış olduğum bulgu ışığında, keza bu malların Müstedaaleyh adına kaydı için Müstedaaleyhin, emek harcamış olduğu yönünde de herhangi bir iddia bulunmadığına göre bu malların paylaşıma tabi mallar olduğunu söyleyebilmek kanaatimce mümkün değildir. Bu kanaatim doğrultusunda Müstedinin istida konusu taşınmazların paylaşıma tabi olduğu hususundaki istidasında haklı olduğuna dair belirtilerin bulunduğunu söyleyebilmek de imkansızdır."

Yukarıdaki bulgudan açıkça görülebileceği gibi, Alt Mahkeme, konu malların paylaşıma tabi olmadığı bulgusunu yapmıştır.

Ara emri safhasında Yargıtay Aile Hukuk 8/2011 sayılı kararda da ifade edildiği gibi, bazı durumlarda davanın esasına girilse bile, davayı esastan sonuçlandırıcı bulgular yapmaktan kaçınılması gerekmektedir. Alt Mahkeme, bu bulgusu ile, mal paylaşımı konusundaki uyuşmazlık bakımından bazı malların niteliği konusunda davayı ara emri safhasında sonuçlandırmıştır.

Alt Mahkeme kararında devamla şöyle demiştir:

"Declaration of Trust'ın geçerli veya geçersiz olduğu hususunda bir karar üretmek, elbette ki bu davada taraf olmayan Richard

Parkinson'u etkileyeceğinden geçersiz olacaktır. Dolayısıyla Müstedinin, Declaration of Trust'ın geçersiz olduğu hususunda yapmış olduğu iddiaları bu davada değerlendirmek mümkün değildir. Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 D.3/2012'de Müstedaaleyhin istidaya konu edilen taşınmaz malların Richard Parkinson tarafından satın alındığı ve adına kayıt imkânı olmadığı için yed-i emin beyannamesi tahtında Müstedaaleyh adına devredildiği yönündeki iddiası ile Müstedaaleyhin adında bulunan bu malların paylaşıma tabi mallar olmadığı, bu malların Aile Yasası'nın 26(9)(B) kapsamında kişisel mal olduğunu anlatmak istediği ve özellikle üzerinde durulması gereken noktanın da bu olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 (D.3/2012)'de belirtilen bu husus doğrultusunda Müstedinin, Müstedaaleyhin istidaya ekli yemin varakasında bu malların kişisel mal olduğu yönünde bir iddia yapmadığı cihetle Mahkemenin de bu hususa ilişkin bulgu yapamayacağına yönelik yapmış olduğu argüman anlamsız kalmıştır."

Yargıtay/Aile/Hukuk 8/2011 (D.3/2012) sayfa 6'da ise şöyle denmiştir:

"Boşanma davalarında, bir taşınmaz malın paylaşıma tabi mal olabilmesi için, söz konusu malın sair hususlar yanında, Aile Yasası'nın 26(9)(B) maddesi kapsamında kişisel mal olmaması gerekir.

İstinaf Eden/Müstedaaleyh, yemin varakasında; konu malların gerçekte Richard Parkinson adındaki yabancı uyruklu bir şahıs tarafından satın alındığını, adına kayıt imkânı olmadığı için yed-i emin beyannamesi tahtında Müstedaaleyh adına kaydedildiğini ileri sürmüştür.

İstinaf Eden/Müstedaaleyhin, kendi adında bulunan taşınmaz mallar ile ilgili böyle bir iddiada bulunması, ihtilâfı, Davacı, Davalı ve 3. şahıs arasındaki bir ihtilâf haline getirmez.

Bu iddiaların dava ve istida açısından yegane kıymeti, konu malların, Aile Yasası'nın 26(9)(B) maddesi kapsamında kişisel mal olup olmadığı ile ilgilidir."

Yargıtay Aile Hukuk 8/2011 (D.3/2012) sayılı kararda ifade edilen kısımdan istihraç edilmesi gereken yegane netice, Mahkemenin, Aile Yasası kapsamında bu malların dava bakımından kişisel mal olup olmadığını, istida açısından ise bu doğrultuda belirti olup olmadığını tespit etmesi gerektiğidir. Yargıtay/Hukuk 8/2011 sayılı kararda böyle bir tespitin yapılmasının sebebi, Yargıtay Aile Hukuk 8/2011 D.(3/2012) sayılı istinafa konu Alt Mahkeme kararında, Alt Mahkemenin geçici emri kesinleştirirken **"geçici emir dava neticesine ve/veya 3. şahsın açacağı mülkiyeti tespit davasının neticesine değin kesinleştirilir"** şeklinde davada taraf olmayan birinin açması muhtemel bir davanın neticesine kadar geçici emrin kesinleştirilmesiydi.

Müstedinin 22.4.2011 tarihli ara emri istidasında, (A) ve(B) paragrafları altında çare talep edilmektedir. (B) paragrafındaki talep üzerinde taraflar uzlaştıklarından, bu istinaf bakımından söz konusu paragrafın incelenmesi gerekmemektedir.

Müstedinin 'A' paragrafındaki talebi şöyledir:

"A. **Davalı/Müstedaaleyhin adına kayıtlı bulunan herhangi bir taşınır veya taşınmaz malı ve bilhassa Girne Karaman köyünde kain 6627, 6628, 6629, 6630, 6631, 6632, 6633, 6634, 6635, 6636, 6637, 6638, 6639, 642 ,643, 6644, 6645, 6652, 6653 numaralı koçan tahtındaki taşınmaz malları ve/veya söz konusu taşınmaz mallardaki hisselerini satmaktan ve/veya hibe etmekten ve/veya başka herhangi bir şekilde elden çıkarmaktan ve/veya ipoteğe ve/veya rehine koymaktan ve/veya başka herhangi bir şekilde yükletmekten men edilmesi.**

Görülebileceği gibi, Davacı/Müstedinin talebinde, 3. şahsın açacağı mülkiyet tespit davasının neticesine kadar emir verilmesi talep edilmemiştir. Dolayısıyla, bu doğrultuda emir verilemezdi. Bu mesele bakımdan üzerinde durulması gereken nokta, (A) paragrafında belirtilen taşınmaz malların paylaşıma tabi mallar olduklarına ilişkin belirtinin bulunup bulunmadığıdır.

Konu taşınmaz malların tümünün Davalı/Müstedaaleyh adına kayıtlı olduğu kabul edilmektedir. Bir taşınmaz malın taraflardan birinin adına kayıtlı olması ilk nazarda mülkiyet için yasal karine teşkil etmektedir.

Konu malların evlilikten sonra Davalı adına kaydedildiği ve Davalıya miras yolu ile intikâl etmediği şahadetten anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki ihtilâflı konu, Davalının bu malları yed-i emin sıfatı ile tasarruf ettiği, gerçek sahibinin Richard Parkinson isimli şahsın olduğudur.

Declaration of trust sözleşmesinin, paylaşıma tabi olan mala etkisi, Davalının bu malları nasıl elde ettiği, ne kadar katkısı olduğu, bu malların edinilmesinde emeği olup olmadığı, menfaat sağlayıp sağlamadığı, Yargıtay/Aile/Hukuk 7/2011 (D.5/2012) sayılı kararda belirtilen koşulların bu davada oluşup oluşmadığı davanın esasında karara bağlanacağından, ara emri safhasında bu konuda kesin nitelikli bulgu yapılmaması gerekmektedir. Bu istida ile ilgili olgular, ara emri koşulları bakımından değerlendirildiğinde, istidada belirtilen taşınmaz malların Davalı/Müstedaaleyh adına kayıtlı olduğu ve evlilikten sonra edinildiğini dikkate alınarak taşınmaz malların ilk nazarda paylaşıma tabi mal olduğuna dair yeterli belirti bulunduğuna bulgu yapılması ve malların davanın sonuna kadar satılmaması, devredilmemesi, yükümlülük altına konulmaması ve hibe edilmemesi için emir verilmesi gerekirdi.

Alt Mahkeme, bu doğrultuda emir vermemekle hata etmiştir.

Sonuca gitmeden bir hususa değinmeyi uygun gördük.

Bizim Aile Yasamız, boşanma ve mal paylaşımını aynı dava altında ve Aile Mahkemesinde görülmesini düzenlediğinden, bir boşanma davasında taraflardan biri adına kayıtlı bulunan taşınmaz malların koçanlarının, davada taraf olmayan biri lehine iptal edilmesi veya mülkiyeti tespit kararı verilmesi veya böyle bir çare için talepte bulunulması mümkün değildir.

Anladığımız kadarıyla, Richard Parkinson isimli kişi, hem Davacı hem de Davalı aleyhine, Girne Kaza Mahkemesinde mülkiyeti tespit davası açmıştır. Davacı/Müstedi Avukatı, istidada bu yönde talebi olmamasına rağmen, hitabında boşanma davası ile ilgili işlemlerin mezkur davanın neticesine değin durdurulması gerektiğini ileri sürmüştür. Bir dava ile ilgili yargısal işlemlerin başka bir davanın neticesine değin durdurulması veya başka bir çarenin üretilmesi, bu doğrultudaki talebin görüşüleceği bir müracaat altında ele alınması gerekmektedir. Böyle bir emrin, boşanma davasında yol açabileceği tüm sonuçlar ele alınmalı ve o takdirde emir verilip verilmeyeceğine karar verilmelidir.

Tarafların böyle bir çare için mahkemeye müracaat etmelerine engel bulunmamaktadır.

SONUÇ:

Netice itibarıyla;

İstinaf Eden istinafında başarılı olduğundan, istinaf kabul edilir.

Daha önce, taraflarca kesinleştirilen kısım hariç, Alt Mahkeme tarafından iptal edilen geçici ara emri aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenir.

Buna göre;

A. Davanın görüşülüp neticelendirilmesine değin, Davalı Müstedaaleyhin adına kayıtlı bulunan Girne Karaman'da kain, 6627, 6628, 6629, 6630, 6631, 6632, 6633, 6634, 6635, 6636, 6637, 6638, 6639, 642, 643, 6644, 6645, 6652 ve 6653 Koçan No.lu taşınmaz malları ve bu taşınmaz mallardaki hisselerini satmaktan, hibe etmekten, herhangi bir şekilde elden çıkarmaktan, ipoteğe koymaktan veya herhangi bir yükümlülük altına koymaktan men edilmesine emir verilir.

B. İstinaf masrafları, Aleyhine İstinaf Edilen tarafından ödenecektir.

Hüseyin Besimoğlu Yargıç	Ahmet Kalkan Yargıç	Emine Dizdarlı Yargıç

20 Şubat, 2015