D. 23/2020 Yargıtay/Hukuk No: 160/2018

(Lefkoşa Dava No: 9378/2015)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı

İstinaf eden: Kıvanç M. Riza, Lefkoşa

(Davacı)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Sercem Construction Limited.,

Lefkoşa

(Davalı) A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Kıvanç M. Riza şahsen hazır.

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Tahir Seroydaş hazır.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Başkanı Talat Usar'ın, 9378/2015 sayılı davada, 18.9.2018 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

------------

**K A R A R**

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bertan Özerdağ okuyacaktır.

Bertan Özerdağ: Bu istinafta, İstinaf Eden/Davacı kararda bundan böyle sadece Davacı, Aleyhine İstinaf Edilen/Davalı ise sadece Davalı olarak anılacaktır.

Davacı Davalı aleyhine istinafa konu davayı dosyaladı ve avukatlık hizmeti alacağı ile ilgili Davalıdan 135.000 Stg. için talepte bulundu.

Davalı dosyaladığı Müdafaa Takriri ile Davacının taleplerini reddetti.

Müdafaa Takriri dosyalandıktan sonra Davacı Talep Takririni tadil etmek için mahkemeden emir aldı ve Talep Takririni 3.11.2017 tarihli emir gereğince tadil etti. Tadil Edilmiş Talep Takririne karşılık Davalı Müdafaa Takriri, Davacı ise Müdafaaya Cevap Takriri dosyaladı.

Layiha teatisinin tamamlanmasının akabine tarafların uzlaşısı ile Alt Mahkeme, Davalının Müdafaa Takririnin 1.paragrafının a) sub paragrafındaki ön itirazı öncelikli olarak dinledi.

Alt Mahkeme ön itirazın önceden dinlenilmesi neticesinde ihtilafın Lefkoşa Kaza Mahkemesinin yargı yetkisine girmediği cihetle davanın ret ve iptaline emir verdi. İstinaf bu karardan dosyalandı.

OLGULAR

Bu meseledeki olguları şöyle özetledik:

Davacı meslekten avukattır. Davalı ise KKTC'de kayıt ve tescil edilmiş tüzel kişiliği haiz bir limited şirkettir.

Davalı Girne Kaza Mahkemesinde 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat istidasını dosyaladı. İstidanın Av. Tahir Seroydaş tarafından dosyalanmasını müteakip Davacı Davalının avukatı olmak için avukat değişikliği dosyaladı. Bilahare Davacı,

Av. Tahir Seroydaş ile birlikte Davalının avukatlığını yürüterek 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat istidasını neticelendirdi.

1/2006 sayılı Takdiri Tazminat istidası iki kez istinaf edildi. Yargıtay, Yargıtay Hukuk 2/2011 D. 6/2012 sayılı karar ile istinaf edilen 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat istidasında verilen kararı iptal etti ve istidanın tekrardan dinlenilmesine emir verdikten sonra dosyayı Girne Kaza Mahkemesine geri gönderdi. Tekrar dinlenen Takdiri Tazminat 1/2006 numaralı istida altında verilen karar ikinci kez istinaf edildi. Yargıtay 29.4.2013 tarihinde Birleştirilmiş Yargıtay Hukuk 128/2012 ve 130/2012 D. 13/2013 sayılı istinaf altında 29.4.2013 tarihli karar neticesinde Davalı lehine 4.700.000 Stg. tazminat ödenmesine emir verdi.

Davalı tarafından imzalanmış avukat tutma varakasında, (retainer) 2.000.000 Stg. üzerinde takdir edilecek tazminatın % 5'ine eşit bir miktarın normal ücrete ilaveten Davalı tarafından Davacıya ödeneceğine dair bir ibare yazılmıştır.

Davacı, Davalı tarafından bu yüzdelik orana denk gelen miktarın ödenmediği gerekçesi ile Davalı aleyhinde Lefkoşa Kaza Mahkemesinde 9378/2015 sayılı davayı dosyaladı. Davacı bu davada, toplam takdir edilen tazminat miktarı olan 4.700.000 Stg.'nin 2.000.000 Stg.'inin üzerinde olan 2.700.000 Stg.'lik kısmının % 5'ine denk gelen 135.000 Stg.'nin avukatlık ücreti olarak kendisine ödenmesini talep etti.

Davalı Müdafaa Takririni dosyaladıktan sonra Davacı Talep Takririni tadil etti. Davacının tadil edilmiş şekli ile dosyalanan Talep Takririne Davalı Müdafaa Takriri dosyaladı. Davacı ise Müdafaaya Cevap Takriri dosyaladı.

Davalı Müdafaa Takririnin 1. paragrafının a) ve b) sub paragrafları altında iki ön itiraz öne sürdü. Alt Mahkemede tarafların a) sub paragrafı ön itirazın öncelikli olarak dinlenilmesinde uzlaşmaları üzerine Alt Mahkeme davanın akıbetini belirlemek amacıyla ön itirazı öncelikle dinledi.

Alt Mahkeme dinlemiş olduğu ön itiraz neticesinde Fasıl 3 altında ısdar edilen Advocates Rules'un yürürlükte olmadığına, HMUT'un bu ihtilafa uygulanamayacağına, Fasıl 216 Compensation Assessment Tribunal Law altında çıkarılan Tüzüğün huzurundaki ihtilafa uygulanması gerektiğine, bu Tüzüğün belirlediği usulde yapılacak bir masraf başvurusunun tazminatın belirlendiği istidayı dinleyen mahkemeye yapılması gerektiğine bulgu yaptıktan sonra Lefkoşa Kaza Mahkemesi'nin bu ihtilafı inceleme ve karar verme konusunda yargı yetkisinin bulunmadığına karar verip davayı bu ön itiraz muvacehesinde ret ve iptal etti.

İSTİNAF SEBEPLERİ

İstinaf ihbarnamesinde iki paragraf altında serdedilen istinaf gerekçelerini tek başlık altında özetlenmesi mümkündür:

**Muhterem Alt Mahkeme, huzurunda öne sürülen hukuki argümanları dikkate almadan, taraflar değinmediği halde hukuki konularda incelemelerde bulunarak Lefkoşa Kaza Mahkemesinin yargı yetkisi bulunmadığına bulgu yapıp davayı ret ve iptal etmekle hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

Davacının istinaftaki hitabını şöyle özetledik:

İstinafa konu davada şahsi avukatlık alacağı için bir dava dosyalanmıştır. Bu davada Davalının Müdafaa Takririndeki ön itirazlardan ilkinin öncelikli olarak dinlenmesi konusunda Davalı Avukatı ile Davacı anlaşmışlardır. İstinaftaki mesele bu ön itiraz altında davanın ret ve iptali ile ilgilidir.

Masraf talebinin dosyalandığı takdiri tazminat istidasında Davalının Avukatı olarak yer alan Davacı, avukat tutma varakası dosyalamadı. Davacının kanaatine göre HMUT Emir 2 n. 14 gereğince avukat değişikliği esnasında avukat tutma varakası (retainer) imzalama zorunluluğu yoktur.

Alt Mahkeme Avukatlar Tüzüğünün yürürlükte olmadığına bulgu yaptıktan sonra Davalının avukat tutma varakası (retainer) dosyalanması gerektiği iddiasına itibar etmedi. Bu noktada bu bulguyu yapan Alt Mahkemenin ön itirazı reddetmesi ve davayı dinlemeye geçmesi gerekirdi. Alt Mahkeme bunun yerine ne layihalarda ne de hitaplarda sözü edilen 1956 Compensation Assesment Tribunal isimli Tüzükten bahsederek Davacının bu davayı açamayacağına, açacak olsa bile Girne Kaza Mahkemesinde açması gerektiğine bulgu yaptı, bu bulgu sonucunda da davayı ret ve iptal etti.

Alt Mahkemenin kararına göre ilk önce Girne Kaza Mahkemesine gidip masraf tespiti (taxation) yapılması ve ondan sonra davanın Girne Kaza Mahkemesinde açılması gerekirdi. Alt Mahkemenin değindiği Tüzüğün 30.maddesi taraflar arasındaki davanın sonunda kazanan tarafa verilen masraflar konusunu düzenlemektedir. Bu kural istidaya taraf kişi ile avukatı arasındaki masraf ilişkisini düzenleyen bir kural değildir.

Nitekim, ilgili Tüzüğün 3.maddesine uygun imzalanmış bir avukat tutma varakası mevcuttur. Alt Mahkeme bu retainer hiç yokmuş gibi hareket ederek hata yapmıştır. Dolayısıyla, Alt Mahkeme 1956 Compensation Assessment Tribunal Tüzüğünü yanlış yorumlayarak yanlış bir sonuca vardı.

Keza, Alt Mahkeme bu konuda bir karar verirken yaptığı hukuki değerlendirmesi ile taraflar bu hususu konu etmemesine rağmen taraflara bir söz hakkı vermemiştir. Halbuki meseleye uyguladığı Tüzükle tarafların durumlarının ve olguların ne olduğunu belirleyebilmesi için Alt Mahkemenin bu Tüzükle ilgili taraflara söz hakkı vermesi gerekirdi.

Belirtilenler ışığında istinafın kabul edilerek Alt Mahkemenin davanın ret ve iptal kararının iptal edilmesi gerekir.

Davalının istinaftaki hitabı ise şöyledir:

Davalının bu meseledeki temel iddiası Davacının yanlış mahkemede dava açtığıdır.

Alt Mahkeme Fasıl 2'nin yürürlüğe girmesiyle Fasıl 3 Advocates Law'un ilga edildiği ve yürürlükten kaldırıldığı sonucuna vardı. Bu bulgu ışığında Alt Mahkeme, Davalının dayanmakta olduğu Advocates Rules'un yürürlükten kalktığına bulgu yaparak dayandığı esas Tüzüğü Davalının altından çekip aldı.

Halbuki yürürlükten kaldırılmış Fasıl 3'ün 14.maddesi uyarınca düzenlenmiş Tüzük kurallarının yeni konulacak kurallara aykırı olmadığı müddetçe uygulanacağı ve yürürlükte kalacağı Fasıl 1 Yorum Yasası'nda ifade edilmekteydi. Bu Tüzüğü kaldıran hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Davacının Yasa'nın yürürlükten kalkması ile avukatlık ehliyeti dışında hiç birşeyin korunmadığı argümanı da haklı değildir çünkü, mevzuatta açıkça kaldırılması gerektiği düzenlemesi vardır. Dolayısıyla, Fasıl 2'nin yürürlüğe girmesiyle Fasıl 3 altındaki tüm tüzükler kaldırıldı sonucuna varılması mümkün değildir ve hatalıdır.

Alt Mahkemenin normatif değerlendirmesinin anlaşılır olmadığı bir yana, Advocates Rules'un halen yürürlükte olduğu ileri sürülür. Fasıl 1 Interpretation Law'un 11.maddesine göre yürürlükten kaldırılan bir yasanın altında çıkartılan ve yasa ilga edildiği zamanda yürürlükte bulunan bir amme enstrümanı yürürlükten kaldırılmadıkça ve yerine geçen bir kural konmadıkça, yürürlüğe konulan mevzuata aykırı olmadığı oranda yürürlükte kalır. Nitekim, bu Tüzüğün yürürlükten kaldırıldığını gösteren hiçbir amme enstrümanı mevcut değildir. Dolayısıyla, Advocates Rules'un yürürlükte olduğuna bulgu yapılması gerekirdi.

Davalı tarafından yürürlükte olduğu iddia edilen Advocates Rules'un 8., 10. ve 12.maddelerine göre avukatın işin yapıldığı mahkemeye avukatlık anlaşmasıyla ilgili yapacağı bir başvuru uyarınca mahkeme yapacağı değerlendirme sonucunda haklı ve makul görmesi halinde anlaşma tahtında ödenmesi gereken paranın avukata ödenmesini emredebilir. Mahkeme haklı ve makul olmadığına kanaat getirirse böyle bir anlaşmayı geçersiz kılabilir ve masraf tespiti yapılmasına emredebilir. Dolayısıyla, Davacının Takdiri Tazminat 1/2006 sayılı dosyanın görüldüğü Girne Kaza Mahkemesine başvuruda bulunması gerekirdi.

Keza, Davalının iddiası anlaşma yapılamayacağı hususunda değildir. Ancak, takdiri tazminat istidasında anlaşmanın yürürlükte olabilmesi ve hüküm ifade edilebilmesi için dosyalanması gerekirdi.

Dolayısıyla Advocates Rules'un yürürlükte olduğunu iddia etmekle birlikte, Davacı 1956 Takdiri Tazminat Tüzüğüne de dayansa avukatla müvekkil arasında masraf alacağının, ihtilafı gören mahkemeye yapılacak başvuru neticesinde mahkemenin uygun ve makul görmesi halinde ödenmesi gerekir. Bu nedenle istinafa konu hukuk davası Lefkoşa Kaza Mahkemesinde açılamazdı.

Davacının bir iddiası da mahkemenin hiçbir argüman sunulmayan bir konuda bulguya varıp sonuca gitmesinin hata olduğudur. **Yargıtay/Hukuk 36/1994 D. 6/1995'**te benzer bir durumda Yargıtay söz hakkı vermenin gerekli olmadığı görüşüne varmıştır. Keza, Yargıtay/Hukuk 37/2005 D. 25/2010 sayılı kararda ise Yargıtay hukuki argümanların her safhada ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, bu iddiaya itibar edilmemesi gerekir.

Buna bağlı olarak Alt Mahkemenin bu ihtilafta HMUT'un uygulanamayacağını içeren bulgusu ile hemfikir değiliz. Ancak bununla ilgili mukabil istinaf dosyalamamıza gerek yoktur.

Dolayısıyla istinafın reddi talep olunur.

İNCELEME

Tarafların iddia ve argümanlarını, meseledeki olguları, istinaf dosyasındaki tutanak ve emareler ile ve hukuki durumu tetkik ve tezekkür ettik.

**Muhterem Alt Mahkeme, huzurunda öne sürülen hukuki argümanları dikkate almadan, taraflar değinmediği halde hukuki konularda incelemelerde bulunarak Lefkoşa Kaza Mahkemesinin yargı yetkisi bulunmadığına bulgu yapıp davayı ret ve iptal etmekle hata etti.**

Bu meselede istinafın esasını incelemeden önce istinafta ileri sürülen bir kaç tali argümana öncelikle yer vermeyi uygun gördük.

Davacı, Alt Mahkemenin, kararında vardığı hukuki inceleme ve sonuç ile ilgili taraflara söz hakkı vermemekle hata yaptığını iddia etti.

Davalı ise Yargıtay/Hukuk 36/1994 D. 6/1995 sayılı karardaki çoğunluk görüşüne dayanarak, mahkemenin resen böyle bir sonuca varmaya yetkili olduğunu ileri sürdü.

KKTC'de yargı yetkisi kullanan Mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu mevzuat 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 38.maddesinde belirlenmiştir. Aynı Yasa'nın 39.maddesi kararların gerekçeli olması gerekliliğini düzenlerken "Davaların tamamen ve nihai olarak karara bağlanması" yan başlıklı 40.maddesinde, Mahkemelerin **taraflar arasındaki ihtilaflı konuların mümkün olduğu oranda tümüyle ve kesin olarak karara bağlanmasını sağlamak ve ihtilaflı konularla ilgili yasal işlemlerin çoğalmasını önlemek amacıyla tüm hukuki çareleri bahşedecek** yönde emirler verme yetkisini haiz olduğu kuralı yer almaktadır.

Yukarıda değindiğimiz yasal duruma göre, mahkemelerin huzuruna getirilen ihtilafla ilgili mevzuata dahil olan tüm hukuki kuralları uygulayarak bir çare üretme yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Alt Mahkeme sırf taraflar duruşma ve hitaplarında bir yasal kurala veya mevzuata değinmediği için o meseledeki ihtilafın karara bağlanmasında uygulanmasının gerektiği kanaatinde olduğu bir hukuki kuralı uygulamaktan sarfı nazar edemez. Aksi ahvalde mahkemeler, sadece tarafların dayandıkları mevzuatı uygulamakla sınırlandırılır. Böyle bir durumda mahkemenin, huzurundaki ihtilafta sadece tarafların ileri sürdüğü hukuk kurallarını uygulaması ve tarafların ihtilafında uygulanması gereken hukuk kuralını uygulayamaması söz konusu olur ki, bu durum mahkemelerin yasalarca öngörülen mevzuatı uygulamakla görevli olduğu ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, mahkemelerin tarafların sunduğu olgu ve şahadetle sınırlı olmasına karşın, ihtilafla ilgili bir karar üretirken sadece tarafların sunacağı hukuki kurallarla sınırlı olmadığını belirtiriz. Belirtilenlerle Davacının Alt Mahkemenin uyguladığı hukuki kural ve prensiplerle ilgili kendilerine söz hakkı verilmediği iddiasına itibar edilmez.

İstinaf işlemleri Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 35'de düzenlenmektedir. Bir istinaf altında hangi ahvalde mukabil istinaf dosyalanması gerektiği Emir 35 n. 10'da belirlenmiştir. İlgili nizam şöyledir:

**"10. Bir davalının karşı istinafta bulunmasına herhangi bir ahvalde gerek yoktur; ancak bir davalı istinafın dinlenmesi sırasında alt mahkemenin kararının değiştirilmesi gerektiğini iddia etmek isterse bu iddia ile etkilenen herhangi bir tarafa veya kişiye ve İstinaf Mahkemesi mukayyidine böyle bir iddiada bulunmak niyetinde olduğuna dair bir ihbarname verir ve ihbarnamede kararın hangi hususlarda değiştirilmesinin gerekli olduğunu belirtir. Bu gibi bir ihbarnamede, davalının kararın istinafta değiştirilmesi isteğinin dayandığı neden ve gerekçeler tüm olarak açıklanır. Mukayyide verilen ihbarname, mukayyit tarafından istinaf dosyasına konur. Bu nizamda öngörülen ihbarname, istinaf edilen hususun herhangi bir hüküm (kesin veya ara hükmü) veya kesin emir olması halinde en az altı gün öncesinden, ve istinaf edilen hususun bir ara emri olması halinde ise en az iki gün öncesinden verilir; Ancak bu süreler İstinaf Mahkemesi Başkanı tarafından verilen bir emir ile değiştirilebilir. İstinaf Mahkemesi Başkanınca verilen bu gibi bir emrin daire sureti yukarıda sözü edilen ihbarname ile birlikte tebliğ edilir. Yukarıda öngörülen ihbarnamenin verilmemesi bu Emrin 8. nizamı ile İstinaf Mahkemesine verilen yetkileri azaltmaz, ancak mahkemenin takdirine göre, istinafın ertelenmesine, veya masraflar konusunda özel bir emrin verilmesine neden olabilir."**

Aleyhine istinaf edilen taraf, Alt Mahkemenin vermiş olduğu karar lehine de olsa, Alt Mahkemenin kararındaki bulguları ile hem fikir olmadığında ve değiştirilmesini talep ettiğinde bu konuda mukabil istinaf dosyalamak durumundadır.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın istinaf işlemlerindeki yetkilerini düzenleyen **Emir 35 n.8** ise istinaf mahkemesi olarak Yargıtay'a çok geniş yetkiler vermektedir. Bu yetkiler ilgili nizamda şöyle belirtilmiştir:

|  |
| --- |
| **"8. Bir istinafın duruşmasında, Fasıl 8 Adalet Mahkemeleri Yasası’nın 28(2).maddesi uyarınca bir Kaza Mahkemesi Başkanı huzurunda şahadet dinlenecekse, şahadet dinleneceğine dair istinaftaki diğer taraflara verilecek ihbar, istinafın dinlenmesi için tayin edilen günden en az on gün önce verilir. Bu süre tek taraflı olarak yapılan bir dilekçe üzerine veya resen sözü edilen Mahkeme Başkanınca verilecek bir emir ile değiştirilebilir. Söz konusu emrin bir daire sureti tayin edilen günü bildiren ihbarname ile birlikte tebliğ edilir.** |
| **İstinaf Mahkemesi, değişiklik yapma hususunda ve diğer konularda İlk Mahkemenin haiz olduğu tüm yetki ve görevleri haizdir ve onlarla ilgili olarak ek şahadet kabul etmekte tam takdir yetkisine sahiptir. Sözkonusu şahadet mahkemede sözlü olarak sorgulama suretiyle veya yemin takriri veya istinabe yolu ile verilir. Sözkonusu ek şahadet, ara dilekçelerin verilmesi üzerine veya istinaf edilen kararın verilmesinden sonra meydana gelen meselelerle ilgili olduğunda, özel izin alınmadan verilebilir. Herhangi bir sebep veya meselede duruşma veya yargılama yapıldıktan sonra ve sebep veya meselenin hakettiği değere göre verilen bir hükmün istinaf edildiği hallerde, söz konusu ek şahadet, (yukarıda sözü edildiği gibi karar sonrası meydana gelen meselelerle ilgili olanlar hariç) yalnız özel nedenlere istinaden ve ilgili mahkemenin özel izni ile kabul edilir. İstinaf Mahkemesi, esasa ilişkin istidlaller yapmaya ve verilmesi gereken herhangi bir hükmü veya herhangi bir emri vermeye ve meselenin gerektirdiği ek veya diğer emirleri vermeye yetkilidir. Yukarıda sözü edilen yetkiler, istinaf ihbarnamesinin kararın yalnız bir kısmının bozulmasına ve değiştirilmesine ilişkin olmasına bakılmaksızın, İstinaf Mahkemesince kullanılabilir. Bu gibi yetkiler ayrıca, kararı istinaf etmeyen veya karara karşı itirazda bulunmayan, tüm davalılar veya taraflar veya bunlardan herhangi biri yararına da kullanılabilir, İstinaf Mahkemesi, istinaf masraflarının tümü veya herhangi bir kısmı ile ilgili olarak adil sayılacak bir emri verme yetkisine sahiptir."** | |

9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası'nın "İstinaf" yan başlıklı 37.maddesinin (3). fıkrası de bu geniş yetkiyi tanımlamakta-dır:

**"(3) Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının veya diğer bir yasanın veya mahkeme tüzüklerinin kurallarına bakılmaksızın ve o kurallarda gösterilen bir yetkiye ek olarak, Yüksek Mahkeme, Yargıtay sıfatıyla, hukuk veya ceza davasına ilişkin bir istinafı görüp karar verirken, ilk mahkemenin olgularla ilgili bulgu ve kararları ile bağlı değildir; ve bütün tanıklığı gözden geçirmeye, kendi istidlallerini yapmaya, daha fazla tanıklık dinlemeye veya kabule ve davanın ahval ve koşullarının gerektirdiği hallerde, ilk mahkeme tarafından dinlenmiş bulunan bir tanığı tekrar dinlemeye yetkilidir ve davanın ahval ve koşullarının gerektirdiği hale göre hüküm verme veya davanın tekrar görülmesi için kararı veren ilk mahkemeyi veya diğer bir mahkemeyi görevlendirmek yetkilerine de sahiptir."**

Yukarıda belirtilen yasal durumun hukuki sonucu olarak, dosyalanan bir istinafla ilgili, aleyhine istinaf edilen taraf Alt Mahkemenin bulgularının hatalı olduğu görüşündeyse, istinaf dosyalamakla yükümlü olmakla birlikte Alt Mahkemenin kararını dosyalanan istinaf tahtında dinleyen Yargıtay, böyle bir karşı istinaf dosyalanmadan dahi hatalı bulduğu bulguları değiştirme, kararı istinaf etmeyen veya karara karşı itirazda bulunmayan, tüm davalılar veya taraflar veya bunlardan herhangi biri yararına da olsa adil ve uygun gördüğü emirleri verme yetkisine sahiptir.

Bu nedenle tüm meseleyi bu kapsamda inceleyip değerlendireceğiz.

Davalı tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde önce dinlenilmesi hususunda tarafların uzlaşıya vardığı Müdafaa Takririnin 1. a) paragrafındaki ön itiraz aynen aşağıdaki gibidir:

"Davacının Muhterem Mahkemenin 3.11.2017 tarihli emri ile Tafsilatlı Talep Takririnin 3. paragrafının sonuna eklediği retainer iddiasına dayanak teşkil eden ve bu davada yapılan talimat istidasının akabinde sunulan retainerin özel (special) da olsa, hüküm ifade edebilmesi ve/veya böyle bir retainere dayanarak talepte bulunabilmesi ve/veya bir avukat ile müvekkil arasında bağlayıcı olabilmesi için anlaşmaya konu teşkil eden 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat İstidasını ileri götürmek için Davalı tarafından talimatlandırıldığı safhada Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nün 2. Emrinin 14.Nizamı uyarınca dosyalanması gerektiğini, dosyalanması gerekmese bile (ki dosyalanmasının şart olduğu iddia olunur) dava konusu retainerin special da olsa, retainer ile ilgili mevzuat ve/veya kurallara ve bilhassa Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü'nün 2.Emrinin 14.Nizamına ve Advocates Rules'un ilgili hükümlerine ve bilhassa 12.maddesine tabi olduğunu ve dolayısıyla Davacının dava konusu retainerin tax edilmesi için anlaşmaya konu teşkil eden işin görüldüğü Mahkeme'ye sunacağı bir dilekçe ile retainerin öngördüğü anlaşmanın yerine getirilmesini zorlayabileceğini, ezcümle Davacının dava yolu ile (bu dava ile) retainerin öngördüğü anlaşmanın yerine getirilmesini Lefkoşa Kaza Mahkemesi'nde zorlayamayacağı gibi Lefkoşa Kaza Mahkemesi'nin de bu konuda ve/veya bu davada kazai yetkisi bulunmadığını, bir başka ifade ile Davacının davaya retainer ile ilgili taleplerinin yukarıda belirtilen retainer ile ilgili tüzük ahkamına uygun olarak yapılacak bir dilekçe (istida) ve/veya masraf takdiri ile ilgili prosedüre uygun olarak anlaşmaya konu teşkil ettiği iddia olunan 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat istidasının dinlendiği Girne Kaza Mahkemesi'ne müracaat etmesi gerektiğini,

...................................................."

Yer verdiğimiz ön itirazdan da görülebileceği gibi Davalının hukuki iddiaları şunlardır:

1. Davacının retainerle ilgili bir talepte bulunabilmesi için, retainerin Davacı tarafından avukat olarak talimatlandırıldığı safhada Emir 2 n. 14 uyarınca dosyalanması gerekirdi.
2. Böyle bir retainerin o safhada dosyalanması gerekmese bile Emir 2 n. 14 ve Advocates Rules (bilhassa 12.maddesi) uyarınca anlaşmaya konu teşkil eden işin görüldüğü ve retaineri tax etmeye yetkili mahkemeye, Girne Kaza Mahkemesine, sunacağı bir dilekçe ile retainer'in öngördüğü anlaşmanın yerine getirilebilmesi zorlanabilirdi.

Özet olarak Davalı, emare retainer'e konu anlaşmanın yerine getirilebilmesi Lefkoşa Kaza Mahkemesinde zorlanamayacağı gibi Lefkoşa Kaza Mahkemesinin bu davaya bakma yetkisi bulunmamaktadır, iddiasındadır.

Davacı bu ön itiraza cevabında ise yukarıda 1 ve 2.paragraflar altında özetlediğimiz Davalı iddialarını reddederek aşağıdaki iddialarda bulundu:

1. Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğünün Emir 2 n.14 ve bu nizama bağlı kuralları bu davaya uygulanamaz.
2. Advocates Rules, takriben 1955 yılında yürürlükten kaldırılan Fasıl 3 Avukatlar Yasası altında yapılmış olup halen yürürlükte değildir. Yürürlükte olsa bile Anayasaya aykırıdır.

Bu iddialar karşısında öncelikle Advocates Rules'un yürürlükte olup olmadığını daha sonra ise meseleye uygulanacak hukuk kurallarının ne olması gerektiğini belirlememiz gerekir.

Bu aşamada Alt Mahkemenin iki başlık altıda incelemiş olduğu ön itirazı aynı yöntemle inceleyerek Alt Mahkemenin kararı ile ilgili Müstedinin istinafında haklı olup olmadığını belirleyeceğiz.

1. **Advocates Rules'un yürürlükte olup olmadığı;**

Alt Mahkeme, Fasıl 3 Avukatlar Yasası'nın 38/1955 sayılı Yasa ile yürürlüğe giren Fasıl 2 Avukatlar Yasası tahtında ilga edildiğine, bunun doğal ve/veya normatif bir neticesi olarak da ilga edilen Yasa'dan alınan yetkiye istinaden çıkarılan Advocates Rules'un yürürlükten kalktığına bulgu yaptı.

Advocates Rules olarak anılan Avukatlar Tüzüğü, Fasıl 3 Advocates Law olarak adlandırılan Yasa altında 27 Gazette 788 ısdar referansı ile çıkartılan Tüzüktür. Bu Tüzük Fasıl 3'ün 14.maddesinin (3). fıkrası altında çıkarılmıştır.

Fasıl 3 daha sonra 35/1955 sayılı **“A law to consolidate and amend the law relating to advocates and to make provision for the etsablishment of an advocates` pension fund”** (avukatlarla ilgili yasaları konsolide eden ve avukatların emeklilik fonunun kurulmasını oluşturan kurallar koyan yasa) Yasa tahtında oluşturulan Fasıl 2 Avukatlar Yasası'nın 29. maddesi uyarınca ilga (repealed) edildi.

Alt Mahkeme, bir yasa ilga edilmişse, bunun doğal ve normatif sonucu olarak ilga edilen yasa altında çıkarılan tüzük de ilga edilmiştir sonucuna varmıştır.

Gerçekten, ilga edilen bir yasa altında çıkarılan tüzük de yasanın ilga edilmesi ile hukuken ilga edilmiş olur mu?

Tüzükler normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelmekte olup yasaların verdiği yetkiler kapsamında çıkarılarak yürürlüğe girer. Hiçbir tüzük yasaya aykırı olamaz. Tüzükler yasalardan farklı olarak yasama organının bir faaliyeti sonucu olmayıp idari işlem niteliğindeki Bakanlar Kurulu kararları sonucu kabul edilerek yürürlüğe konulur. Bu açıdan bakıldığında her ne kadar da yasanın verdiği yetkiye istinaden yürürlüğe girseler de tüzükler yasalardan ayrı bir mevzuat olup yürürlüğe girişleri yasalardan farklı olarak idari makamlar tarafından gerçekleştirilmektedir.

Tüzüklerin amacı yasanın uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmektir.

Alt Mahkemenin yasanın yürürlükten kaldırılmasıyla doğal ve normatif olarak ilga edildiği sonucuna vardığı Tüzüğün, Fasıl 3 Avukatlar Yasası'nın uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek amacıyla çıkarılmış olduğu aşikârdır.

Yürürlükten kaldırılan yasanın kuralları ilga edildiğinde bu kuralların uygulanmasının imkânı olamayacağı durumlarda tüzüğün de doğal olarak uygulanmasının söz konusu olmaması gerekir.

KKTC mevzuatında ilga edilen bir mevzuatın hukuki sonucu konusu, Fasıl 1 Yorum Yasasında düzenleme bulmaktadır.

**Fasıl 1 Yorum Yasası (Interpretation Law)'**nın 11.maddesi yürürlükten kaldırılan yasaların amme enstrümanları üzerindeki etkisini düzenlemektedir:

**"11. Whenever any Law has already been or shall hereafter be repealed and other provisions are substituted by the repealing Law, all public instruments, forms and appointments made or issued under the repealed Law, and in force at the time of such repeal, shall, until revoked or replaced, continue good and valid in so far as the they are not inconsistent with the substituted provisions."**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **"Yasanın Yürürlükten Kaldırıl-**  **masının Amme Enstrümanı ve Atamalara Etkisi** | **11.** |  | **Yürürlükten kaldırılmış veya bundan böyle yürürlükten kaldırılacak ve yerine yürürlükten kaldırma yasası ile yeni kurallar konmuş herhangi bir yasa uyarınca yapılmış veya ısdar edilmiş ve yürürlükten kaldırıldığı zamanda yürürlükte olan tüm amme enstrümanı, forma ve atamalar, iptal edilip yürürlükten kaldırılana ve yerlerine başkaları konana kadar, yeni konan kurallara aykırı olmadıkları ölçüde geçerli ve yürürlükte olmaya devam ederler."** |

Ülkemizde tüzükler Amme Enstrümanı olarak Resmi Gazete'nin Ek 3'ünde yayımlanır ve Amme Enstrümanı olarak kabul edilir (Bkz. Anayasa Mahkemesi 9/1993 D. 5/1995).

Advocates Rules da bir tüzük olduğuna göre tüzüklerin kaldırılması konusunu düzenleyen Fasıl 1 Yorum Yasası'nın (Interpretation Law) 11.maddesi kurallarının bu konuya uygulanması gerekir.

Advocates Rules'u kaldıran veya yerine geçen bir tüzük yapılmadığı bir gerçektir. Bu durumun hukuki sonucu, Advocates Rulesiptal edilip yürürlükten kaldırılana ve yerine başka bir tüzük konulana kadar, Fasıl 2 Advocates Law kurallarına aykırı olmadığı ölçüde geçerli ve yürürlükte olmaya devam etmektedir.

Kıbrıs Yasaları 1949 Edition'da Fasıl 3 Advocates Law'un Kıbrıs Yasaları 1959 Edition'da, yapılan değişikliklerle yürürlükten kaldırıldığı, 38/1955 sayılı Yasa ile Fasıl 2 Avukatlar Yasası'nın ise yürürlüğe girdiği görülür.

İhtilafa konu Yasayı ilga eden 38/1955 sayılı 6.9.1955 tarihli kısa adı Advocates Law olan **“A Law Relating To Consolidate and Amend The Law Relating To Advocates and To Make Provision For the Establishment of an Advocates`** **Pension Fund”** isimli Yasaya bakıldığında ise Fasıl 3 yürürlükten kaldırılmakla birlikte, Fasıl 3'ün düzenlediği konuların Fasıl 2 altında konsolide edilerek tek bir Yasa olarak yürürlükte olması sağlanmıştır. Yürürülükten kaldırılan Fasıl 3 ile halen yürürlükte olan Fasıl 2 Avukatlar Yasası arasında temel kurallarda benzerlik bulunmakta, birçok madde aynı hükümleri içermektedir.

Alt Mahkemenin yürürlükte olmadığına karar verdiği **Subsidary Legislation Vol. 2'**de yer alan **Chapter 3 Advocates Laws** altında ısdar edilen **Advocates Rules** ise avukatların müvekkilleri ile aralarındaki masraf hakları ile ilgili hususları düzenlemektedir. Yasa'nın konsolide edilerek kurallarının Fasıl 2 altında düzenlendiği mezkûr Yasa'nın Fasıl 3'ün yürürlükten kaldırılması amacıyla yapıldığı ve Advocates Rules'un halen yürürlükte olan Fasıl 2'nin kurallarına aykırı olmadığı gözönüne alındığında ilgili Tüzüğün yürürlükten kaldırılmasını gerektirecek hukuki bir durum bulunduğu sonucuna varılamaz.

Bunun yanında, 38/1955 sayılı Yasa, Fasıl 3 altında kaydolan tüm avukatların 38/1955 sayılı Yasa altında kaydolunduğunun varsayılacağı kuralını içermektedir. Buna göre, mezkûr Yasa Fasıl 3 altındaki kayıtları yeni Yasa altında geçerli saymaktadır. 38/1955 sayılı Yasa Fasıl 3'ün 14.maddesinin (3). fıkrasında belirtildiği şekilde genel tüzük yapma yetkisi tanımakta, önceki düzenlemelerin ortadan kalktığına dair açık bir kural koymamaktadır. Tüm bunlardan anlaşılacağı üzere, her iki Yasanın aynı konularla ilgili olduğu, bu Yasaların Fasıl 2 altında konsolide edildiği, Advocates Rules'un bu konsolide edilen Yasa ile konulan kurallara aykırı hükümler içermediği veya olmadığı ve yürürlüğe konulan yasanın da uygulanmasını gösterdiği değerlendirildiğinde bu Tüzüğün Fasıl 1 Yorum

Yasası'nın 11.maddesine istinaden yürürlükte olmadığı sonucuna varılamazdı.

Tüm bu belirtilenlerle Alt Mahkemenin kararında belirttiği gerekçe ile Advocates Rules'un yürürlükten kalktığı bulgusu hatalıdır.

Bu bulgudan sonra Davalının ön itirazının esası olan Alt Mahkemenin kararındaki 2.başlığın incelenmesi gerekir.

1. **Dava konusu retainerin hüküm ifade edebilmesi için 1/06 sayılı Takdiri Tazminat müracaatı altında dosyalanması gerektiği ve Lefkoşa Kaza Mahkemesinin bu ihtilafı dinlemeye yetkisinin olmadığı**

Alt Mahkeme bu başlık altında; meseledeki ihtilaflı olmayan olgular olarak Davalının Müstedi olduğu 1/2006 sayılı Takdiri Tazminat dosyasında bidayetteki avukatının Avukat Tahir Seroydaş olduğunu, Davacının yeni bir retainer dosyalamaksızın avukat değişikliği dosyaladığını, bilahare Davacı ve Avukat Tahir Seroydaş'ın Davalının avukatlığını birlikte yürüterek duruşma yapıp neticelendirdiklerini, bu süreç içerisinde Davacının hiçbir şekilde retainer dosyalamadığını belirledi. Biz de istinafta ihtilaf konusu yapılmayan bu olguları ihtilaflı olmayan olgular olarak kabul ederiz.

Alt Mahkeme bu olguları belirledikten sonra Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğünün Takdiri Tazminat meselelerinde uygulanıp uygulanamayacağını açıklığa kavuşturmak amacıyla meseleyi incelemiştir.

Bu incelemesi sonucunda Alt Mahkeme; 15/1962 sayılı yasa ile Fasıl 216 Compensation Assessment Tribunal Law'un yürürlükten kalktığına, buna karşın, Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün Yüksek Mahkeme tarafından yeni bir tüzük yapılana kadar yürürlükte kalacağına, Birleştirilmiş Yargıtay/Hukuk 128/2012 ve 130/2012 D. 13/2013 sayılı karara bakıldığında da Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün halen yürürlükte olduğunun kabul edildiğine değinerek Kaza Mahkemelerinin, takdiri tazminat meselelerinde Tazminat Takdir Tüzüğünü uygulamakla yükümlü olduğu sonucuna ulaştı.

Alt Mahkeme yapmış olduğu bu hukuki tespit ışığında, Tazminat Takdir Tüzüğünde, bu tür başvurularda Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğünün uygulanacağına dair bir ibarenin bulunmadığına, mezkûr Tüzüğün 43.maddesindeki düzenlemenin sadece Yüksek Mahkeme için geçerli olacağına ve yorumla bunun Kaza Mahkemelerinde de geçerli olacağı sonucuna ulaşılamayacağına karar vermiştir.

Alt Mahkeme keza **1956 Compensation Assessment Rules**'un **“supplementary powers”** yan başlıklı 49.maddesinin Yasa ve Tüzükte düzenleme bulunmayan hususlarda mahkemeye zaman ve masraf kaybına yol açmayacak ve karşı tarafın haklarını haleldar etmeyecek şekilde direktifler verme yetkisi tanımakta olduğuna atıf yaptıktan sonra düzenleme bulunmayan hususlarda tazminat takdir mahkemesinin direktiflerinin uygulanması gerektiği ve HMUT'un uygulanacağına dair bir düzenlemenin bulunmadığı sonucuna vardı.

Alt Mahkeme Takdiri Tazminat başvurularında verilen kararların icrai nitelikte olmayan tespit kararları olduğunu ve **1956 Compensation Assessment Tribunal Rules'**da avukat ücretlerine dair detaylı ve özel düzenlemelerin yer aldığını, bu tüzüğün 30.maddesinin müvekkil ile avukat arasında anlaşma olmadığı takdirde masrafların Appendix B'ye göre ödeneceğini, Appendix B'nin ise takdir edilen tazminata göre masraf ödeneceğini düzenlediğini ifade etmiştir.

Alt Mahkeme avukat vasıtasıyla dosyalanan müracaatlarda avukat tutma varakasının bulunması gerektiğine dair bir düzenlemenin de bulunmadığına, Tüzüğün 3.maddesinin müracaat ihbarının Appendix A Form 1'e uygun olarak dosyalanması gerektiğine ve bunun dışında bir şekil şartının bulunmadığına bulgu yapmıştır.

Alt Mahkeme avukat müvekkil arasında bir anlaşma olmadığında masrafların Appendix B'ye göre tespit edilmesi gerektiğine, müvekkilin avukatın düzenleyeceği masraflara itiraz etmesi veya bunu ödemeyi reddetmesi halinde avukatın masrafının tax edilmesi için mukayyide müracaat edebileceğine ve taxation işlemini yapacak olan mukayyidin de hiç şüphesiz Takdiri Tazminatın dosyalanacağı mahkemenin mukayyidi olacağına bulgu yaptı.

Alt Mahkeme bu hukuki düzenlemeleri inceledikten sonra avukat tutma varakasının dosyalanmasının gerekli olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak bu yöndeki talebin 1/2006 sayılı Takdiri Tazminatın dinlendiği yer mahkemesine yapılması gerektiği sonucuna vardı. Bunun sonucu olarak da Alt Mahkeme, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin huzurundaki davada yargı yetkisinin bulunmadığına bulgu yaptı. Sonuç olarak Alt Mahkeme Davalının itirazını kabul ederek Lefkoşa Kaza Mahkemesinin bu davayı dinlemeye yetkisinin olmadığına karar verdi ve davayı iptal etti.

Alt Mahkemenin bulgularını sırasıyla inceleyelim:

1. **Takdiri Tazminat başvurularında HMUT'un uygulanamayacağı**

Alt Mahkeme **Fasıl 216 Compensation Assessment Tribunal Law'**un **15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasası'nın** yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırıldığını belirtmiştir. 15/1962 sayılı Yasa'nın 24.maddesinin (1). fıkrasında bu ilga yer almaktadır. Aynı fıkra içerisinde, ilga edilen Yasa altında çıkarılan 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün Yüksek Mahkeme tarafından mahkeme tüzüğü yapılana kadar yürürlükte kalacağı ve ancak bu tüzüğün yapılması ile Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün yürürlükten kaldırılmış addolunacağı düzenlemesi bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme tarafından, AE 1151/1956 (29.11.1956) referanslı 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün yerini alacak bir tüzük yapılmadığından daha önce yer verdiğimiz yasal durum ışığında mezkûr Tüzüğün yürürlükte olduğu aşikârdır.

Bu Tüzüğün yürürlükte olması Takdiri Tazminat başvurula-rında HMUT'un uygulanamayacağı anlamına mı gelmektedir?

**1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğü,** takdiri tazminat başvurularında uygulanacak prosedürlerle ilgili özel kurallar içermektedir. Bu kuralların bu tür başvuruların kendine has özelliklerini dikkate alarak uygulamaya dahil olduğu aşikârdır. Tüzüğün 49.maddesi ilgili Yasa ve Tüzükte herhangi bir kural konmamış hususlarda zaman ve masraftan tasarruf etmek amacıyla uygulama ve prosedürle ilgili gerekli direktifleri verme yetkisi tanımıştır.

Bu safhada Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünde HMUT uygulanmasını men eden açık bir düzenleme yer almadığını belirtiriz. Tüzüğün 43.maddesinde, uygulanabilir olduğu ve açıkça Tüzüğe aykırı olmadığı müddetçe bu tür başvurularda Yüksek Mahkemenin istinaflardaki olağan uygulamasının uygulanabileceği kuralı bulunmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü (HMUT)'nün başlangıç ve tefsir başlıklı 1. Emrinin 2. nizamı herhangi bir yasa veya mahkeme tüzüğü ile belirlenmiş başka bir biçimde başlatılan tüm hukuk işlemlerini, aşağıda görüldüğü gibi, dava olarak kabul etmektedir.

**"dava" bir celpname ile veya herhangi bir yasa veya mahkeme tüzüğü ile belirlenmiş başka bir biçimde, başlatılan hukuk işlemini anlatır.**

Bu kural açıkça dava olarak başlatılan bu başvurulara da HMUT'un uygulamasının mümkün olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, bu kurala göre takdiri tazminat amacıyla yapılan bir başvurunun dava olarak kabul edilmesi gerekir. Bu noktada belirtilmesi gereken Takdiri Tazminat başvurularında 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünde belirtilen özel kuralların uygulanacağıdır. Bunun haricindeki konularda ise bu başvurular bir dava olarak kabul edildiğinden, HMUT'un uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Nitekim, 15/1962 sayılı Zorla Mal İktisabı Yasası'nın 20.maddesinde, Yüksek Mahkeme tarafından tüzük yapılana kadar 1956 Tazminat Takdir Mahkemeleri Tüzüğü kurallarının uygulanacağı, bu Tüzükte muamele veya harç ile ilgili hüküm olmaması halinde ise bu gibi konu, mahkeme muamelesi veya harçla ilgili uygulanabildikleri nispette Hukuk Mahkeme Muameleleri Usulü Tüzüğü düzenlemelerinin uygulanacağı düzenlemesi yer almaktadır:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **"Mahkeme Tüzüğü, usul ve harçlar.**  **A.E.**  **1151/56**  **Munzam mevzuat. Cilt II S. 120 ve müteakip aynı S.323** | **20.** | **(1)** | **Yüksek Mahkeme, bu Yasa gereğince mahkemelerin tatbikat ve usul kaidelerini düzenleyen Mahkeme Tüzüğü yapar ve bunun üzerine bu Yasa gereğince yapılacak her hangi bir mahkeme muamelesinde takip edilecek usul ve bu muamele ile ilgili olarak alınacak harçlar, bu gibi Tüzüğe uygun olur ;**  **Ancak, bu gibi Tüzük yapılıncaya kadar, bütün konular, mahkeme muameleleri ve harçlar, teferruatta gerekli tebdilât yapıldığı halde, 1956, Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünde konduğu üzere düzenlenir ve alınır, veya, bu Tüzükte her hangi bir konu, mahkeme muamelesi veya harç ile ilgili hüküm olmaması halinde, bu gibi konu, mahkeme muamelesi veya harç, teferruatta gerekli tebdilât yapıldığı halde, uygulanabildikleri nispette Hukuk Mahkeme Muameleleri Usulü Tüzüğü ve Mahkeme Harçları Emrinde konduğu üzere düzenlenir ve alınır."** |

Bu nedenle takdiri tazminat başvurularında HMUT'un uygulanabileceği bir yana, Yasa'ya bakıldığında, Yasa açıkça Takdiri Tazminat başvurularında 1956 Tazminat Takdir Mahkemeleri Tüzüğü'nde muamele ve harçlarla ilgili hüküm bulunmaması halinde Hukuk Mahkeme Muameleleri Usul Tüzüğü'nün uygulanacağı düzenlendiğinden Alt Mahkemenin bu husustaki bulgusu hatalıdır.

Alt Mahkemenin kararında yer verdiği 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğü'nün 49.maddesinde öngörülen Mahkemenin ek yetkileri **(suplementary powers),** başvurunun yürütülmesinde zaman ve masraflardan tasarruf etmek amacıyla uygulama ve prosedürle ilgili mahkemeye verilmiş direktif verme yetkisidir. Mahkemeye verilmiş bu yetki 1956 Tazminat Takdir Mahkemeleri Tüzüğünde düzenlenmeyen herhangi bir husus ile ilgili HMUT'u hiç uygulamadan kendi kurallarını koyma yetkisi değildir. Bu yetki, mahkemenin zaman ve masraftan tasarruf edilmesini sağlamak gayesi ile gerekli tedbirleri almak amacıyla direktif verme yetkisi olup HMUT kurallarının ikamesi olduğu söylenemez.

Sonuç olarak, Alt Mahkeme takdiri tazminat başvurularında HMUT'un uygulanamayacağına karar vermekle hata etmiştir.

1. **Avukat masrafları ile ilgili uygulanacak mevzuat**

Alt Mahkeme HMUT'un uygulanamayacağına karar verdikten sonra 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün 30(1) maddesine atıfla, herhangi bir müracaattan neşet eden masrafların takdirinin, müracaatın dosyalandığı yer mahkemesinde olduğuna ve bu nedenle avukat tutma varakasının dosyalanmasının gerekli olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak huzurundaki ihtilafı çözümlemeye yetkili mahkemenin Lefkoşa Kaza Mahkemesinin olmadığına karar vermiştir.

Alt Mahkeme kararında Tüzüğün 30(1) maddesinde yargılama masraf ve harcamaları ile ilgili takdir yetkisinin, tazminat takdir mahkemesinde olduğunu belirtmiştir.

Davacı, Tüzüğün 30.maddesinin ve bilhassa (4). ve (6). fıkralarının müvekkil ve avukat arasında herhangi bir anlaşma olmadığı hallerde uygulanabilir olduğunu ve takdiri tazminat ihtilafını gören mahkemenin masraflarla ilgili karar vermeye yetkisinin olacağını, halbuki bu meselede Davacı ile Davalı arasında akdolunan retainer neticesinde bir anlaşma bulunduğunu, bu nedenle Tüzüğün 30.maddesinin uygulanabilir olmadığını, Davacının anlaşmaya istinaden ayrı bir dava açabileceğine ve dolayısıyla bu davayı görmeye yetkili mahkemenin Lefkoşa Kaza Mahkemesi olduğuna yönelik iddiada bulundu.

Davalı ise bu Tüzüğe göre yapılacak bir başvurunun müvekkil ile avukat arasında anlaşma olsun veya olmasın, ihtilafı gören mahkemeye yapılması, bu mahkemenin masraflarla ilgili ihtilafı neticelendirmeye yetkili olduğu, böyle bir başvuruda anlaşma olduğuna karar verse dahi o anlaşmayı uygun ve makul bulması halinde veya bulduğu oranda emir vermesi gerektiğini ileri sürdü.

1956 Tazminat Takdir Mahkemeleri Tüzüğü'nün masraf yan başlıklı 30.maddesinin (1). fıkrasında Alt Mahkemenin kararında belirttiği gibi takdiri tazminat başvurusunda masraf ve harcamalarla ilgili takdir hakkı Tazminat Takdir Mahkemesinin yetkisindedir. Tüzüğün 30.maddesi masraflarla ilgili tarafların masraf hak ve yükümlülükleri ile ilgili düzenlemeler koymakla birlikte, (4). ve (6). fıkraları avukat ve müvekkil arasında masraflar konusunda bir anlaşmanın yokluğunda uygulanacak kuralları içermektedir. Tüzük avukat ve müvekkil arasında anlaşma olmadığı durumu düzenlemesine rağmen Takdiri Tazminat başvurusu yapan müvekkil ve avukatı arasında anlaşma olması halinde uygulanacak kurallara ilişkin bir düzenlemeyi içermemektedir. Böyle bir durumda müvekkil ve avukat arasında bir anlaşma bulunması halinde o anlaşmanın uygulanması ve ödenecek masrafın belirlenmesinde 30.madde kurallarının uygulanabilir olup olmadığı sorusunu sorduğumuzda ise avukat ve müvekkil arasında böyle bir anlaşmanın varlığı halinde hangi kuralların uygulanacağının Tüzük'te açıkça düzenlenmediği gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Bunun hukuki sonucu, müvekkil ve avukat arasındaki anlaşmayla ilgili masraf konusundaki ihtilafın çözümünde 30.maddenin uygulama alanı olmadığıdır.

Davalının Müdafaa Takririnde müvekkil ve avukat arasındaki bu anlaşmanın geçersiz olduğunu ileri sürmüş olduğuna ve bu hususun ihtilaf konusu yapıldığına yer vermenin bu safhada gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Alt Mahkemenin retainere konu bu anlaşmanın HMUT Emir 2 n. 14 tahtında dosyalanması gerekip gerekmediği ve bu nedenle geçerli olup olmadığına yönelik bir bulgusu yoktur.

Daha önce 1956 Tazminat Takdir Mahkemesi Tüzüğünün düzenlemediği konularda HMUT kurallarının uygulanabileceğine karar vermiştik. HMUT Emir 59 n.19, bir avukatın ödenmesi gereken avukatlık ücretleri konusunda müvekkili ile bir anlaşma yapabilmesine imkân tanımaktadır. Bu nizama göre böyle bir anlaşma HMUT masraf tüzüğünden bağımsız olarak ödenir. Yürürlükte olduğuna karar verdiğimiz Advocates Rules ise bu konuda birçok hukuki düzenleme içermektedir. Dolayısıyla, böyle bir anlaşma ile ilgili ihtilaf konusu olduğunda ayrı bir dava altında talep yapılabilir.

Yukarıda belirttiklerimizden sonra bu önitirazın nihai bir karara vardırılması için Davacı ile Davalı arasında bir anlaşmanın olup olmadığı önem arz ettiğinden öncelikle buna karar verilmesi gerekir. Bu anlaşmanın geçersiz olduğuna karar verilmesi halinde Müdafaa Takririnin 1 a) paragrafında yer alan istinafa konu ön itiraz tahtında, yetkili olmayan bir mahkemede talep yapıldığından davanın reddedilmesi gerekeceği aşikârdır. Eğer böyle bir anlaşma var ise o takdirde Lefkoşa Kaza Mahkemesi ilgili retainer tahtında meseleyi inceleyip bir karar vermeye yetkili olacaktır.

Bu nedenle bu ön itirazın neticelendirilebilmesi için böyle bir anlaşmanın HMUT tahtında mevcut olup olmadığına karar verilmesi kaçınılmazdır. Buna karar verilmeden mahkemenin bölgesel yetkisizliği ile ilgili ön itiraz hakkında bir karar verilemez.

Tüm belirttiklerimiz ışığında Alt Mahkemenin davayı ret ve iptal hükmünün iptal edilmesi ve dosyanın Alt Mahkemeye Davacı ile Davalı arasındaki retainere konu bu anlaşmanın E. 2 n. 14 tahtında dosyalanmasının gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak takdiri tazminat istidasında Davacı ile Davalı arasında avukatiye anlaşmasının olup olmadığı hakkında bir karar vermesi için iadesine emir verilmesi gerekir.

SONUÇ

İstinaf kabul edilir. Alt Mahkemenin davayı ret ve iptal eden kararı iptal edilir. Dosya kaldığı yerden devam etmek üzere Alt Mahkemeye iade edilir. İstinaf masrafları Davalı tarafından ödenecektir.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

Yargıç Yargıç Yargıç

14 Temmuz 2020