

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) (**) - İçtihatlar

Uyuşmazlığa konu davanın 1086 sayılı HUMK zamanında açılmış bulunması, dilekçelerin teati aşamasının geçip, tahkikat aşamasına geçilmiş bulunduğu gözetilerek, bu aşamada, sadece HMK'nun 324 maddesi uyarınca delil avansı istenebileceği, gider avansı yatırılmadığı için davanın usulden reddine karar verilemeyeceği-

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılaması sonunda; Ankara 13. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 09.12.2011 gün ve 2011/401 E., 2011/866 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 20.03.2012 gün ve 2012/10140 E., 2012/9240 K. sayılı ilamıyla;

(...Mahkemece 04.10.2011 tarihli celsede "Davacı vekiline gider avansı ile ilgili olarak eksik olarak yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine" şeklinde ara karar ile davacıdan gider avansı talep edilmiştir. Davacının kesin süre içerisinde gider avansını yatırmaması nedeniyle dava şartı yokluğundan dava reddedilmiştir.

Dava 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu(HUMK) döneminde 01.04.2011 tarihinde açılmıştır. Davanın açıldığı tarih itibariyle gider avansı alınmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir.

01.10.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 114/g maddesinde gider avansı dava şartı olarak düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK 448. maddesine göre "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır." 450. maddesinde "(1) 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır." düzenlemesi mevcuttur.

A.an düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere 6100 sayılı HMK hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe girecektir.

1086 sayılı HUMK döneminde açılan davalara ilişkin olarak eski kanun hükümlerinin uygulanması istisnai olarak HMK geçici 1 ve 2.maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, 6100 sayılı HMK'nın yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri ile senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz.

1086 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde usulüne uygun olarak düzenlenmiş bulunan senetler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da geçerliliklerini korur.

Kanun açıkça bir istisna getirmediğine göre dava şartı olarak düzenlenen gider avansının alınması kuralının 1086 sayılı HUMK döneminde açılan derdest davalarda da uygulanması gerekecektir.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

HMK'un 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkemece, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

HMK.'un 120. maddesinde gider avansı düzenlenmiştir.

Buna göre "Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir".

30.09.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 1. maddesinde tarifenin amacının dava açılırken mahkeme veznesine yatırılacak olan gider avansının miktarı ile avansın ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu açıklanmıştır. Tarifenin 6. maddesinde "Bu Tarifenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120. maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir." düzenlemesi getirilmiştir.

A.an düzenlemelerden ve dava şartı müessesesinden gider avansının davanın açılması sırasında alınmasının şart olmadığı, mahkemenin sonradan bu eksikliği kesin süre vererek ikmal ettirebileceği anlaşılmaktadır. Buradan hareketle 1086 sayılı HMK döneminde açılmış olsa da, istisnai hüküm bulunmaması nedeniyle davanın her aşamasında aranan gider avansı dava şartının HMK 114/g, 115/2 ve 120 maddeleri gereği gözetilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Davanın açıldığı tarihte eksik veya hiç gider alınmamış olsa bile gider avansı dava şartı olmakla hüküm verilinceye kadar ikmal ettirilebilir. İster gider avansı isterse tamamlama avansı olarak tanımlansın ikmal edilmesi gereken paranın hukuk yargılamasındaki niteliyesi dava şartı olarak gösterilen gider avansıdır. Gider avansının yatırılmaması veya ikmal edilmemesi halinde dava usulden reddedilecektir.

Ancak kanunun 324. maddesinde delil ikamesi avansı, 325. maddesinde ise re' sen yapılması gereken işlemlerde giderler düzenlenmiştir.

324. madde gereğince "Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır".

325. maddeye göre ise "Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hâzineden ödenmesine hükmedilir".

HMK.'un 120. maddesindeki gider avansı ile ilgili düzenlemenin 324. Maddedeki delil ikamesi için avans kuralı ile birlikte değerlendirilmesi ve dava şartı olan gider avansının delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderleri için dikkate alınması gerekir. Dolayısı İle delil ikamesi için alınacak avans ile dava şartı olan gider avansının birbirinde ayrılması, delillerin ikamesi için alınacak avansın gider avansı içinde yer almaması zorunludur.

Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi olanağı HMK.'un 324. maddesi düzenlemesi karşısında yoktur. Ayrıca delil ikamesi avansının da ispat külfetine göre taraflara yükletilmesi gerekir. Diğer yandan örneğin resen hesap raporu alınacaksa giderin 325. maddesi kapsamında değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Mahkemenin gider avansı alınması tespitine ilişkin yorumu ve uygulaması açıklanan gerekçelerle yerindedir.

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere dava şartı olarak öngörülen düzenlemenin davanın reddine yol açması nedeniyle mahkemece gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının da nelerden ibaret olduğu net olarak belirlemeli ve tarafa da hem gider avansının hem de delil ikamesi avansının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır.

Somut olayda mahkeme eksik gider avansının ikmal edilmesi hususunda davacıya iki haftalık kesin süre vermiş ise de, talep edilen giderlere nelerin dahil olduğu, bu giderler içinde delil ikamesine yönelik gider olup olmadığı ve miktarı belirtilmemiştir. Dolayısı ile talep edilen giderin, gider avansı veya delil ikamesi avansı olup olmadığı denetlenememektedir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı dava şartı iken, delil ikamesi avansı dava şartı olarak nitelendirilemeyecektir. Delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması davanın dava şartı yokluğu ile reddine neden teşkil etmez. Taraf belirtilen sürede delil avansı giderini yatırmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır.

Mahkeme dava şartı olarak belirlediği gider avansına yönelik ara kararında gider avansını oluşturan harç, tebligat gibi gider gerektiren işlemleri kalem kalem açıklamalı, her kalemin miktarını ayrı ayrı göstermeli, dava şartına yönelik gider avansı ile ilgili olarak verilen kesin sürede yatırılmamasının sonuçlarını da duruşma zaptına açıkça yazmalıdır. Ayrıca bu avans dışında delil ikamesine yönelik avans isteniyor ise HMK.'un 115, maddesine göre değil, 324. maddesine göre işlem yapılmalıdır.

Yazılı şekilde uygulama yapılmadan soyut kesin süre verilerek dava şartı noksanlığından

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) (**) - İctihatlar

davanın reddine karar verilmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; Mahkeme önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı Kurum personeli olduğunu, iş yerinde uygulanan TİS'in 17 maddesinde "işçinin bir üst pozisyona yükseltilmesinde" uyulacak prosedürün açıklandığını aynı TİS' in üst tahsil bitirme hakkını düzenleyen 43 maddesine göre "işyerinde çalışırken bir üst tahsili bitiren işçilerin çalışmakta oldukları iş bitirdikleri üst tahsile uygun değilse bu gibi işçilere üst tahsilleri ile ilgili iş için münhal kadro olması halinde öncelik tanınır ve kendileri 'iç transfer' maddesi hükümlerine uygun olarak üst tahsilleri ile ilgili işlere nakledilir" hükmü yer aldığını, davacının ön şart olarak kabul edilen üst öğrenim bitirme şansını yerine getirdiğini, davalı Kurumda sonradan davacının unvan ve kadrosuna uygun personel açığı oluştuğunu davacının gerek yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümleri gerekse meri hükümler ışığında kapsam dışı personel statüsüne atanmasının yapılması için başvuru yaptığını, başvurusunun TİS' in 43 maddesinde bulunan düzenlemenin kapsam içi başka bir göreve atanmaya ilişkin olduğu gerekçesi ile ret edildiğini ileri sürerek müvekkilinin kapsam içi statüsünün, kapsam dışı olarak değiştirilmesini ve fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ücret alacağı ve fazla mesai ücreti alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir

Davalı vekili, davacının talebinin statü hukukuna ilişkin olması nedeni ile İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle davanın adli yargı dışında kaldığını, esasa ilişkin ise TİS'nin 17 ve 43 maddelerinde belirtilen üst tahsil bitirme ve iç transfer hükümlerinin kapsam içi personel yönünden uygulanabilir olduğunu, sözleşme ekinde yer alan kapsam dışı personel yönünden uygulanamayacağı ve kapsam dışı personel olmadığı açık olan davacının başvurusunun ret edildiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğü giren 6100 sayılı yasanın daha önceden açılmış davalarda da uygulanması gerektiğinden, davacı vekiline, Mahkemenin 04.10.2011 tarihli celsesinde dava şartı olan gider avansını yatırması için 2 haftalık kesin süre verilmiş, davacı vekilinin mazeret talebi 09.12.2011 tarihli celsede reddedilerek, gider avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması nedeniyle açılan davanın, reddine karar verilmiş, verilen bu kararın Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulması üzerine, Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, eksik yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine" şeklinde oluşturulan ara kararın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK' nun) 120/2 maddesine uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle gider avansına ilişkin yasal düzenleme ve ilkelerin ortaya konulmasında yarar vardır:

Dava 01.04.2011 tarihinde açılmıştır. Davanın açıldığı tarih itibarıyla yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK' nda) gider avansı alınmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 114/g maddesinde ise, gider avansı dava şartı olarak düzenlenmiştir.

HMK' nun harç ve avans ödenmesi başlıklı 120. maddesinde;

"(1) Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.

(2)Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir."

Hükmü getirilmiştir.

A.an maddenin gerekçesinde ise: "Madde ile, dava açılırken yargılama harçlarının mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğu düzenlenmiştir.

Maddede ayrıca, 1086 sayılı Kanunda yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu avansın yetmemesi durumunda ise tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Avans miktarının, davanın türü ve özelliklerine göre her yıl Adalet Bakanlığınca ilân edilecek tarifeyle belirleneceği, maddede yer almıştır.

Maddede yapılan bu düzenlemeyle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır" ifadelerine yer verilmek suretiyle, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirildiği vurgulanmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delil ikamesi için avans başlıklı 324 maddesinde ise " (1) Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İctihatlar**

ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler.

(2)Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır.

(3)Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır."

Hükmü getirilmiştir.

A.an madde gerekçesinde de: "Harç ve avans ödenmesi" başlıklı 125 inci maddede davacının dava masraflarının karşılığı olarak avans ödemesi öngörülmüştür. Bu avans, davacının delillerinin toplanması için yapılması gereken harcamaları da kapsar. Bu maddede ise daha çok davalının delillerinin toplanması için ödenmesi gereken avans düzenlenmiştir. Öte yandan davacının avansı yönünden "Dava şartları" başlıklı 119 uncu maddede hüküm getirilmiştir. Davacının avansı yatırmış olması dava şartlarındandır. Şu hâlde davacı avansının yargılamanın devamı sırasında yetersiz kalması hâlinde, uygulanacak hüküm, bu maddeden ziyade 125 inci madde hükmüdür..." ifadelerine yer verilmek suretiyle, gider avansının davacının dava masraflarının karşılanması amacıyla delil avansının ise daha çok davalının delillerinin toplanması amacıyla getirildiği vurgulanmıştır.

03.04.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesinde: "(1) Davacı, yargılama harçları ile her yıl Bakanlıkça çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade eder.

(2)Adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmaz. Kanunlardaki özel hükümler saklıdır.

(3)Gider avansının yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir. Dava şartı olan gider avansının yatırılmaması veya tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir.

(4)Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Delil avansı, tarafların dayandıkları delillerin giderlerini karşılamak üzere mahkemece belirlenen kesin süre içinde ödemeleri gereken meblağı ifade eder. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan biri avans yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, diğer taraf bu avansı da yatırabilir. Delil avansını yatırmayan taraf, o delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılır. Tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerle, kanunlardaki özel hükümler saklıdır..."

Hükmü getirilmiştir.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İctihatlar**

Yönetmeliğin 45. maddesinde gider avansı ve delil avansı birlikte düzenlenmiş olup, gider avansının, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade ettiği, davacının, her yıl Bakanlıkça çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu, delil avansının ise tarafların dayandıkları delillerin giderlerini karşılamak üzere mahkemece belirlenen kesin süre içinde ödemeleri gereken meblağı ifade ettiği vurgulanmıştır.

30.09.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 1. maddesinde tarifenin amacının; dava açılırken mahkeme veznesine yatırılacak olan gider avansının miktarı ile avansın ödenmesine ilişkin usul ve esasan belirlemek olduğu açıklanmıştır. Tarifenin 4 maddesinde gider avansı olarak, taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri, dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri, tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve tebligat gideri, dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL ulaşım gideri, dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için

öngörülen bilirkişi ücreti, diğer iş ve işlemler için 50 TL nin davacı tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Tarifenin 6. maddesinde tarifenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış İşlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirileceği açıklanmıştır.

Öte yandan, 6100 sayılı HMK'nun 448. maddesine göre: "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır." düzenlemesi yer almakta olup, anılan düzenlemeye göre; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe girecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Yönetmelikte gider avansının içinde delil avansı İçin gerekli giderler de gösterilmiştir. Gider avansının yatırılmaması halinde açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilir (Yön. m. 45/3); delil avansının yatırılmaması halinde ise, o delilden vazgeçilmiş sayılır(Yön. m. 45/3). Bu durumda; Yönetmeliğin 45. maddesinin 1. fıkrası ile 4 ve 5 fıkraları arasında uyum bulunmadığından, HMK'nun 324. maddesi gözetilerek Yönetmeliğin 45. maddesinin 4. ve 5. fıkralarının öncelikle uygulanması gerekir. (Pekcanitez, H./ A., O./ Özkes, M., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku 13. Bası s. 880)

6100 sayılı HMK'nun basit yargılama usulüne tabi dava ve işler başlıklı 316/g maddesine göre: "Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler." düzenlemesi mevcuttur. A.an madde gereği, İş Mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulü basit yargılama usulüdür.

Basit yargılama usulünde; dava ve cevap dilekçesi dışında cevaba cevap (replik) ve İkinci cevap (dublik) dilekçeleri verilmez (HMK. 317/3). İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı dava açılması ve cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlar (HMK 319), bu

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

yargılama usulünde; dilekçeler aşaması, ön inceleme, tahkikat ve hüküm aşaması dışında, yazılı yargılamada olduğu gibi tahkikatın tamamlanmasından sonra sözlü yargılama için ayrıca bir aşama öngörülmemiştir. (Pekcanitez /A. /Özekes. y.a.g.e, s. 736)

Tüm bu açıklamaların ışığında somut olaya gelince; İş Mahkemesinde açılıp görülmekte olan bu dava, 1086 sayılı HUMK döneminde 01.04.2011 tarihinde açılmıştır. 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihi itibari ile davanın ilk aşaması olan dilekçeler aşamasının tamamlandığı ve "gider avansı ile ilgili olarak eksik yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine" ilişkin ara kararın verildiği, 04.10.2011 tarihi itibari ile tahkikat aşamasına geçildiği, taraflara eksik delillerinin sunulması için süre verildiği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda; gerek 6100 sayılı HMK'nun 120 maddesi, gerekse; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 45. maddesindeki düzenlemelere göre; tarifede sayılan gider avanslarının dava dilekçesi ile davanın açılması sırasında mahkeme veznesine yatırılması gereken gider olması nedeni ile, dilekçeler aşamasının tamamlanmış bulunması ve HMK'nun 448 maddesinin açık hükmü karşısında, dava dilekçesinde tanık ve bilirkişi deliline dayanmış olan davacı yönünden HMK'nun 120. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle; 1086 sayılı HUMK'nun yürürlükte olduğu 01.10.2011 tarihinden önceki dönemde açılan bu dava için yapılacak masraflar nedeniyle istenilecek giderlerin delil avansı kabul edilip, HMK'nun 324. maddesi uygulanmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında; 1086 sayılı HUMK döneminde açılan derdest davalar yönünden de, HMK'nun 120/2 maddesi uyarınca eksik gider avansının istenebileceği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş, Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında; 6100 sayılı HUMK'nun 94 maddesindeki düzenleme karşısında mahkemece ara karar ile ilk defa verilen kesin süre ye uyulmamasının sonuçlarının İhtar edilmesine gerek olmadığı görüşü de ileri sürülmüş ancak bu görüş dahi, Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir.

Mahkemece verilen kesin sürenin usul ve yasaya uygun olup olmadığı konusunun incelenmesinden önce, bu konuda, taraflarca yapılması gereken işlemler, bunlar için yasada öngörülen süreler ile bunların yargılamaya etkisine ilişkin düzenlemelerle yargısal uygulamanın irdelenmesinde yarar görülmüştür.

Bir davanın açılmasıyla başlayan yargılama faaliyetinde, karara ulaşmak bakımından, mahkeme ve taraflarca yapılması gereken belirli işlemler bulunmakta olup, her işlemin belli bir zaman aralığında yapılması gerekmektedir. Usul hükümleri ile normatif bir değer kazanan bu zaman aralıklarına süre denilmektedir. Böylece usul işlemlerinin yapılması zamansal olarak tarafların ya da mahkemenin arzularına, inisiyatifine bırakılmamış olmaktadır.

Mülga 1086 sayılı HUMK ile 6100 sayılı HMK'nda öngörülen süreler, nitelikleri bakımından, taraflar için ve mahkemeler için konulmuş süreler olmak üzere ikiye ayrılır:

Mahkemeler için öngörülen sürelerin, taraflar için öngörülen sürelerden farkı; sürenin

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İctihatlar**

geçirilmiş olmasının, o sürede yapılması öngörülen işlemin yapılma olanağını ortadan kaldırmamasıdır. Eş söyleyişle hakim, gecikmeli de olsa süreye bağlanmış olan işlemi yapabilir. Dolayısıyla, gecikmeli de olsa yapılan işlem, oluşturulan karar hukuken geçerli- dir ve süresinde yapılmış gibi hukuki sonuç doğurur.

Sürelerin önemli bir kısmı, taraflar için konulmuş sürelerdir. Taraflar, bu süreler içinde belli işlemleri yapabilirler veya yapmaları gerekir. Bu süre içinde yapılamayan işlemler, tekrar yapılamaz ve süreyi kaçıran taraf aleyhine sonuç doğurur. Taraflar için konulmuş süreler; kanunda belirtilen süreler ve hakim tarafından belirtilen süreler olmak üzere ikiye ayrılır:

Kanunda belirtilen süreler; kanun tarafından öngörülmüş (cevap süresi, temyiz süresi gibi) süreler olup, bu süreler kesindir. Bir işlemin kanuni süresi içinde yapılıp yapılmadığı, mahkemece re'sen gözetilir.

Hakimin tespit ettiği süreler ise, kural olarak kesin değildir (Kuru, B./ A. R./ Y., Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara 2011, s.749).

Hakim, kendi tayin etmiş olduğu süreyi, HMK'nun 90/2. maddesine göre iki tarafı dinledikten sonra haklı nedenlere dayanarak, azaltıp çoğaltabilir ve bu sürenin, kesin olduğuna da karar verebilir (HMK m.94/2, HUMK m. 159).

Yukarıda da belirtildiği üzere, ilke olarak, hakim tarafından verilen süre kesin olmayıp, kesinlik için şu iki koşuldandır birinin varlığı zorunludur:

İlk koşul, hakim tarafından kesin olduğunu belirtmeksizin verdiği ilk sürede işlemin yapılmaması nedeniyle ilgili tarafın yeniden süre talep hakkının varlığı karşısında, bu talep üzerine hakim tarafından verilen ikinci sürenin kesin olması ve bu kesinliğin yasadandır kaynaklanmasıdır (HUMK m.163, c.4, HMK. 94/2); bu halde, ikinci kez verilen sürenin kesin olduğu belirtilmemiş ve ihtar edilmemiş olsa dahi, sonuç değişmez.

İkinci halde ise; yasaya göre hakim tarafından, tayin ettiği ilk sürenin kesin olduğuna da karar verilebilmesidir (HUMK m. 163/3 c.3, HMK m. 94). Ancak, böyle bir durumda kesin sürenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, buna ilişkin ara kararının yasaya ve içtihatlaraya uygun şekilde oluşturulması, hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması ve kesin süreye uyulmamasının sonuçlarının ilgili tarafa ihtar edilmesi gerekir.

Kesin süreye ilişkin ara kararının verilmesiyle karşı taraf lehine usulü kazanılmış hak doğmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu, yargısal kesin süreyle sadece tarafların değil, hakim tarafından da bağli olduğu, dolayısıyla hakim tarafından bu tür bir ara karardan dönmemesinin hukuken geçersiz bulunduğudur.

Kısaca; ister kanun, ister hakim tarafından tayin edilmiş olsun, kesin süre içerisinde

yerine getirilmeyen bir işlemin, bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesi olanaklı değildir.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) (**) - İctihatlar

Öte yandan, mülga 1086 sayılı HUMK'nun 163. maddesi ile 6100 sayılı HMK'nun 94. maddesi uyarınca kesin süreye ilişkin ara kararının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması taraflara yüklenen yükümlülüklerin, yapılması gereken işlerin neler olduğunun ve her iş için yatırılacak ücretin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklanması gerekir. Ayrıca verilen sürenin amaca uygun, yeterli ve elverişli olması, kesin süreye uymamanın doğuracağı hukuki sonuçların açık olarak anlatılması ve anlatılanların tutanağa geçirilmesi, bunlara uyulmaması durumunda mevcut kanıtlara göre karar verilip, gerektiğinde davanın reddedileceğinin açıkça bildirilmesi suretiyle ilgili tarafın uyarılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Bazı hallerde kesin sürenin kaçırılması, o delile veya hakka dayanamamak gibi ağır sonuçları birlikte getirmekte, davanın kaybedilmesine neden olmaktadır. Böyle bir durumda, geciken adaletin adaletsizlik olduğu düşünülerek, davaların uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek üzere getirilen kesin süre kuralı, kanunun amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır. Bu cümleden olarak, kesin sürenin amacına uygun olarak kullanılması ve yeterli uzunlukta olmasının yanı sıra, tarafların yargılamadaki tutumları ile süreye konu işlemin özelliğinin de göz önünde bulundurulması gerekir. (Benzer ilkelere YHGK'nun 18.02.1983 gün 1980/1-1284, 1983/141; 22.11.1972 gün 8/832, 935; 13.10.2010 gün 2010/17-510-485; 28.04.2010 gün 2010/2-221-241 ve 28.03.2012 gün 2012/19-55- 2012-249 sayılı kararlarında da değinilmiştir.).

Bu yasal düzenlemeler göstermektedir ki, taraflar; dinlenmesini istedikleri tanık ve bilirkişinin veya yapılmasını istedikleri keşif ve sair işlemlerin masraflarını, mahkeme veznesine yatırmaya mecbur olup, hakim tarafından verilen sürede gerekli masrafı vermeyen tarafın talebinden sarfınazar ettiği kabul edilir. Hakimin, bu masrafların yatırılması konusunda verdiği sürenin kesin olduğunu usulünce karara bağladığı hallerde, kesin süreye uymayan tarafın bu delile dayanma olanağı kalmaz. Kesin süre tarafların yanında hakimi de bağlayacağından uyulmaması halinde, gereğinin hakim tarafından hemen yerine getirilmesi gerekir.

Açıklanan ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde:

Yerel Mahkemece, 04.10.2011 tarihli duruşmada, davacı vekiline, gider avansı ile ilgili olarak eksik olarak yatırılan avansın iki hafta içinde ikmal edilmesi için kesin süre verilmesine karar verilmiştir. Takip eden 19.12.2011 tarihli oturumda da, gider avansının verilen kesin süreye rağmen yatırılmadığından ve gider avansının yatırılmasının 6100 sayılı HMK'na göre, dava şartı olduğundan bu konuda tekrar ek süre verilmesi de mümkün olmadığından açılan davanın reddine karar verilmiştir.

Yukarda açıklandığı üzere, *uyuşmazlığa konu davanın 1086 sayılı HUMK zamanında açılmış bulunması, dilekçelerin teati aşamasının geçip, tahkikat aşamasına geçilmiş bulunduğu gözetilerek, bu aşamada, sadece HMK'nun 324 maddesi uyarınca delil avansı istenebileceği gözden kaçırılarak, kapsamı da belirtilmeden yazılı şekilde gider avansı istenmesi yerinde olmadığı* gibi; mahkemenin davanın reddine dayanak aldığı, davacı vekiline verilen kesin süreye ilişkin ara kararında "alınması gereken avansın ne miktarda ve hangi işlere ilişkin olduğu, hangi iş için ne miktar avans yatırılacağına açıkça belirtilmemesi ve belirtilen sürede

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İctihatlar**

ara karar gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarının da açıklanmaması doğru değildir. Kesin sürenin sonuç doğurabilmesi için usulünce ve eksiksiz olması gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, Yerel Mahkemece bozma kararına uyması gerekirken, önceki kararda direnmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda belirtilen gerekçelerle, 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8/3 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 12.12.2012 tarihinde giderlerin açıkça belirtilmemesi konusunda oybirliği, diğer konularda oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2012 günlü gündeminin 4. ve 5. sırasında kayıtlı olup, Yüksek 9. Hukuk Dairesinin 2012/9-1170 ve 1187. İşler için karşı oyumdur.

Daha önce de ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, sübjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye düşen kimse ortaya çıkan uyuşmazlığı anlaşılarak çözemiyorsa, Devletin yetkili yargı organlarına başvurarak hukuki korunma talep edecektir, bu onun için aynı zamanda bir haktır. Devlet, kişiler arasında özel hukuk alanında çıkan uyuşmazlığı, (eğer taraflar aralarında anlaşamıyorlarsa) kural olarak onların talebi üzerine, yargı organları aracılığıyla çözer.

Dava da, bu çözüm çerçevesinde ortaya çıkan medeni usul hukukunda en geniş uygulama alanı bulan bir yoldur.

Medeni Usul Hukukunda, çekişmeli yargıda en geniş uygulama alanı bulan ve çekişmeli yargının temelini oluşturan bir hukuki koruma olarak davayı şu şekilde tanımlayabiliriz : "Dava, başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir."

Daha önce belirtildiği gibi, hukukumuzda davada iki taraf sistemi kabul edilmiştir. Dava açarak mahkemeden hukuki koruma isteyen kimseye "davacı", kendisine karşı dava açılan kimseye ise "davalı" denir.

Çekişmesiz yargıda ise, davadaki gibi taraf değil, "ilgili" kavramı esastır.

Geçici hukuki korumalar bakımından ise, geçici hukuki koruma asıl korumadan ayrı veya ondan önce talep ediliyorsa, davacı, davalı Ya da ilgili kavramları yerine, "talep eden" ya da talebin "karşı taraf ifadeleri kullanılmalıdır. Zira, mevcut bir dava yoksa davacıdan Ya da davalıdan bahsedilmesi söz konusu olmaz.

Uygulamamızda, mahkemeye yapılan başvuruların neredeyse tümünü davaya benzetme

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İcraatlar**

alışkanlığı oluşmuştur.

Bu sebeple, talepte bulunan kişiler çoğunlukla davacı olarak nitelendirilmekte, çekişmesiz yargıya çok yanlış şekilde hasımsız dava denilmekte (aslında hasım yoksa dava da yoktur), hatta bazen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici hukuki korumalar ya da icra takiplerindeki, şikayet, itiraz gibi prosedürler dahi davaymış gibi incelenebilmektedir.

Bu ise, ister istemez yanlış hukuki değerlendirmelere, yanlış yargılamalara ve yanlış sonuçlara götürmektedir.

Şikayeti, bütün şikayet sebeplerini (m. 16) kapsar şekilde, aşağıdaki gibi tarif etmek de mümkündür. Şikayet icra (ve iflas) dairelerinin, kanuna aykırı olan veya hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesi veya yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesi için başvuru kendine özgü bir kanun yoludur.

Bu kanun yolu, medeni usul hukukunda kanun yollarına (temyiz, karar düzeltme) benzemez. Şikayet, icra- iflas hukukunda (kendine özgü) bir kanun yoludur. Şikayet, dava da değildir.

Şikayet dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK. 114/I-g, m. 120), şikayet için uygulanmaz, fakat Yargıtay 12. H.D. karşı görüştedir. Kanımca, bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır, şikayet eden şikayet dilekçesinin karşı tarafa tebliği giderini şikayetin duruşmalı incelenmesine karar verilirse duruşma davetiyesi giderini) peşin öder ödemezse şikayetinden vazgeçmiş sayılır. (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8)

İtirazın kaldırılması talebi dava değildir. İtirazın kaldırılması, borçlunun borçlu olup olmadığının ilamsız icra prosedürü içinde tespit edilmesine yarayan bir yoldur.

İtirazın kaldırılması talebi dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK. 114/I-g, m. 120), itirazın kaldırılması talebi için uygulanmaz. Kanımca bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.

Alacaklı, itirazın kaldırılması dilekçesinin ve duruşma (m.70) davetiyesinin borçluya tebliği giderini peşin öder; ödemezse itirazın kaldırılması talebinden vazgeçmiş sayılır (Teb.K.m.34,II,m.5; Teb.Yön.m.8)

İtirazın kaldırılması talebi bir dava olmadığından, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması sırasında borçlu tahkim itirazında bulunamaz.

Burada, İcra mahkemesinin incelenmesi, itirazın İptali davasına oranla daha basit ve sınırlıdır.

Yargıtay, takibin iptali talebini, bazen şikayet (m. 18), bazen de itiraz olarak nitelendirmektedir. Takibin iptali (ve ertelenmesi) talebi, şikayet (m. 16) veya itiraz (m62) değildir. Takibin iptali (ve ertelenmesi) talebi, dava da değildir; m.71'deki sebeplerin varlığı halinde, takibin iptali veya ertelenmesini sağlayan kendine özgü bir yoldur.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İctihatlar**

Takibin iptali (ve ertelenmesi) talebi dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK. 114/1-g, m. 120), takibin iptali (ve ertelenmesi) talebi için uygulanmaz. Kanımca, bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.

Borçlu, icra mahkemesine verdiği takibin iptali dilekçesinin ve duruşma davetiyesinin alacaklıya tebliği giderini peşin öder; ödemezse takibin iptali talebinden vazgeçmiş sayılır. (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8). Fakat, icra mahkemesinin icra takibinin iptalini talep eden borçluya gider avansı yatırması için iki haftalık kesin süre içinde (HMK m. 120/2) yatırmaları gerekir.

İhalenin feshi talebi dava olmadığından (şikayet olduğundan), yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK. 114/1-g, m. 120), ihalenin feshi talebi için uygulanmaz.

Kanımca, bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır. İhalenin feshini talep eden, ihalenin feshi dilekçesinin karşı tarafa tebliği giderini ve duruşma (m.134,II,c,3) davetiyesi giderini peşin öder; ödemezse ihalenin feshi talebinden vazgeçmiş sayılır. (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8)

Borçlunun, icra mahkemesine yaptığı itiraz dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK. 114/1-g, m. 120), borçlunun icra mahkemesine yaptığı itiraz için uygulanmaz; fakat, Yargıtay 12. H.D. Karşı görüştedir. Kanımca, bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır: Borçlu, icra mahkemesine verdiği itiraz dilekçesinin ve duruşma (m.169/a, m. 170) davetiyesinin alacaklıya tebliği giderini peşin öder; ödemezse borca itirazından vazgeçmiş sayılır (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8).

Fakat, borçlunun icra mahkemesine yaptığı icra emrine itiraz icranın geri bırakılması talebi) bir dava değildir. Buradaki icra emrine itiraz, ilam konusu borcun itfa edilmiş, ertelenmiş (imhal edilmiş) veya zamanaşımına uğramış olması sebeplerinden birine dayanarak, icra mahkemesince ilamın icrasının geri bırakılmasını sağlayan bir yoldur.

Borçlunun İcra mahkemesine yaptığı icra emrine itiraz (icranın geri bırakılması talebi) dava olmadığından, yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK.114/1-g, m. 120), icra emrine itiraz için uygulanmaz. Kanımca, bu konuda Tebligat kanunu hükümleri uygulanır.: Borçlu, icra mahkemesine verdiği itiraz dilekçesinin ve duruşma davetiyesinin alacaklıya tebliği giderini peşin öder; ödemezse itirazından (icranın geri bırakılması talebinden) vazgeçmiş sayılır (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8).

Alacak davası açılmadan önceki ihtiyati haciz talebi bir dava değildir, sadece bir geçici hukuki koruma talebidir (HMK m. 406/2).

Bu nedenle (ihtiyati haciz talebi dava olmadığından), yalnız davalar için düzenlenmiş olan gider avansına ilişkin hükümler (HMK.114/1-g, m. 120), ihtiyati haciz talebi için uygulanmaz.

Kanımca, bu konuda Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır. Alacaklı, ihtiyati haciz

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

dilekçesinin ve duruşma (m.258,II) davetiyesinin borçluya tebliği giderini peşin öder, ödemezse ihtiyati haciz talebinden vazgeçmiş sayılır (Teb. Kan. m. 34,11, m.5; Teb. Yön. m.8).

Alacaklının iflas davası açarken, normal alacak davasında olduğu gibi, gider avansı yatırması gerekir (HMK.114/1-g, m. 120). Bu gider avansı, davacı alacaklının (İİK. m. 160 gereğince) depo kararı üzerine yatırması gereken iflas masraf avansından farklıdır. Gider avansı, iflas davasını açarken yatırılır (HMK m. 120), iflas masraf avansı (İİK. m. 160) ise, depo kararı üzerine yatırılır.

DAVA ŞARTLARI

Dava şartı şöyle tanımlanabilir. "Dava şartı, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır." Dava şartları aynı zamanda dava dışında izlenen diğer yargılama prosedürleri bakımından da, (o yargılamaların özelliği dikkate alınarak) birer yargılama şartı niteliğindedir. Dava şartları esasa ilişkin olmadığından usuli olarak öncelikle dikkate alınmalıdır.

DAVA KONUSU ŞEYE İLİŞKİN DAVA ŞARTLARI**aa. DAVACI TARAFINDAN GİDER AVANSI YATIRILMASI (m. 114/1-g)**

Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.

Önceki Kanunumuzda dava açarken gider avansı yatırılması öngörülmemiştir. Davacı davayı açtıktan sonra yaptırdığı her tebligat için yeniden tebligat ücreti ödemek zorunda idi. Bu durum ise her seferinde yeniden gider yatırılmasına ve zaman zaman kötüniyetle davanın gecikmesine neden olmaktaydı.

Davanın açılmasından sonra her seferinde gerekli tebligat giderinin taraftan istenerek davanın gecikmesini önlemek amacıyla bu giderin makul/bir kısmının avans olarak yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Davanın başında bu ayansın yatırılması dava şartı olarak kabul edilmiştir, (m. 120)

Gider avansı (m. 120) ile delil avansı (m. 324) aynı şeyler değildir ve birbirinden farklıdır. Gider avansı taraf sayısının beş katı tutarında tebligat ücreti ile diğer işlemler için alınan avansı içerir. Ancak gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 4. maddesi gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesinde gider avansı, delil avansını da kapsayacak şekilde hatalı biçimde düzenlenmiştir.

Normlar Hiyerarşisi

Kelsen'in teorisidir. Buna göre, normlar arasında bir hiyerarşi vardır.

Birinci sırada Anayasa gelir.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

İkinci sırada Kanunlar gelir.

Üçüncü sırada Tüzükler gelir.

Dördüncü sırada Yönetmelikler gelir.

Beşinci sırada da Hükümet'in çıkarttığı genelgeler vs. gelir.

Bunlar sırasıyla birbirine aykırı olamaz. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Tüzükler kanuna aykırı olamaz. Bu nedenle, tüzüklerin Danıştay denetiminden geçmesi zorunlu olup, Yönetmelikler tüzüklere aykırı olamaz.

Anayasamızın 7. maddesi uyarınca, devredilemez niteliği haiz yasama yetkisine sahip bulunan Yasa Koyucu, düzenleyeceği konularda genel prensipleri, kuralları belirler ve bunun uygulanmasını Yürütmeye bir başka ifadeyle idareye bırakır. Bu, devlet idaresinin işleyişine ilişkin asli düzenleme yetkisinin Yasama organına ait olmasının doğal bir sonucudur.

İdarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisi ise yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleşebilir.

Normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelen yönetmelikler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve yasa hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisinde ki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir.

Öğretide de türevsel bir yetki olarak kabul edilen İdarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin, Yasalarla getirilen hükümleri aşacak, bu kuralları değiştirecek şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel prensiplerindendir. Bu husus hukuk devleti ilkesinin görünümülerinden olan kanuna saygılı idare (kanuni idare) olgusunun gerçekleşmesinin de bir gereğidir.

İdare hukuku, tedvin edilmemiş, pozitif hukukumuzda henüz bir usul yasası bulunmayan bir hukuk dalı ise de, bir bütün olarak idarenin kamu yararı saiki ile hareket edip kamu gücünü kullanmak suretiyle edimde bulunması ve kişilerin hukuk alanında doğrudan etki yaratması dikkate alındığında bir prensipler hukukudur (Danıştay 8. Daire 2011/2560).

Nitekim Yönetmeliğin 45. maddesine göre gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade eder denilmektedir.

Bu avansın dava açarken mahkeme veznesine, hakim tarafından dilekçelerin verilmesi, ön inceleme aşaması veya tahkikatın başında karar verilir denilmektedir. (Yön. m. 46/5). Böyle olunca Yönetmeliğin 45. maddesinin bir ve beşinci fıkraları birbiriyle çelişkili şekilde görülmektedir.

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

Gider avansının davanın başında alınması zorunlu ise de, delil avansının davanın başında alınmasından hiçbir zorunluluk bulunmamaktadır.

Zira, delil avansının hangi deliller için ne kadar alınması gerektiği, en erken dilekçelerin verilmesi, ancak daha çok ön incelemede, bazen de tahkikatın başında belirlenecek ve bundan sonra tarafların avans yatırımları istenecektir.

Delil avansı, daha dava açılırken davanın başında alınırsa, ön inceleme aşamasında taraflar arasında uyuşmazlık konusu oluşturmayan, taraflar arasında tartışmasız olan hususlar hakkında da gereksiz olarak delil avansı yatırılmış olacaktır.

Zira davacı henüz dava dilekçesinde delillerini bildirirken, davalının hangi hususlara itiraz edeceğini, hangi hususlar hakkında itirazının olmayacağını bilemeyecektir.

Davanın başında yatırılan delil avansının ön incelemede gereksiz olduğu ortaya çıkınca iadesi için hükmün kesinleşmesi bekleneciktir. Çünkü, Tarifeye göre gider avansının kullanılmayan kısmı hükmün kesinleşmesinden sonra iade edilir. (Tarife m 5/1)

Buna karşılık delil avansının gider avansı içinde değerlendirirsek, bunun süresi içinde yatırılmaması nedeniyle dava açılmamış sayılacaktır.

Halbuki delil avansının yatıramamasının sonucu davanın açılmamış sayılması değil; sadece avansı yatırılmayan delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasıdır.

SONUÇ: Bu nedenlerle bir an önce kanunun amacına uygun olarak Yönetmelik ve Tarifenin değiştirilmesi isabetli olacaktır. Ancak, uygulamanın yine de bu söylediğimiz biçimde yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, gider avansını düzenleyen 120. madde ve delil avansını düzenleyen 324. madde hükmünden hareketle zaten sorun çözülebilecektir.

Özellikle mahkeme aynı anda hem gider avansına hem delil avansına karar veriyorsa (örneğin, gider avansı dava içinde eksilmiştir, bu arada da delil avansına da karar vermek gerekmiştir), bu durumda hangi kalemlerin delil avansı olduğuna açıkça belirtmelidir.

Ayrıca bir avans yatırılmasından bahsedildiğinde de, yine bunun gider avansı mı, delil avansı mı olduğunun belirtilmesi gerekir. Çünkü, her ikisini yatırmamanın sonuçları farklıdır.

Bu bağlamda,

1-1086 sayılı HUMK'nun yürürlükte bulunduğu sırada açılmış davanın 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra devam ediyor ise karar tebliği gibi gider avansının yatırılması gereklidir. Zira, 6100 sayılı Yasanın 448. maddesi ile "tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır." hükmünün varlığı tartışmaya açılmayacak derecede açıktır.

Zaman itibariyle uygulanması, usul hükümlerinin müktesep hak kavramı yoktur.

Usul kurallarının zaman itibariyle uygulanması, yeni yürürlüğe giren hükümlerin mevcut

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) (**) - İctihatlar

uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap vermektedir.

Yeni yürürlüğe giren kanun, hükümlerinin ne zaman yürürlüğe gireceğini açıkça düzenlemişse, yani zaman itibariyle hükümlerin uygulanması hakkında bir hüküm içeriyorsa, ayrıca bir inceleme yapılmaz; bu hükme göre yeni hükümlerin uygulanması belirlenir. Buna karşılık yeni kanun, yeni hükümlerin ne zaman yürürlüğe gireceği konusunda bir hüküm içermiyorsa, bu durumda zaman itibariyle uygulama sorunu ortaya çıkacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yeni hükümlerin zaman itibariyle uygulanması hakkındaki 448. maddede genel bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre,

"Bu kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır."

Bu hükme göre, yeni kanun hükümleri kanunda aksine bir düzenleme getirilmediği takdirde, tamamlanmış usul işlemlerine bir etkisi olmayacak, önceki kanuna göre yapılmış ve tamamlanmış olan işlemler geçerliliğini muhafaza edecektir. Buna karşılık tamamlanmamış usul işlemleri yeni Kanun hükümlerine tabi olacaktır. Bir işlem tamamlanmış ise, artık bu işlem yeni Kanun'a göre yeniden yapılmaz; aksini düşünmek gereksiz yere bu işlemin bozularak tekrarlanması yanında zaman ve emek kaybına neden olacaktır. Yine gereksiz yere masraf yapılmış olacaktır. Örneğin, yazılı yargılama usulünde cevap verme süresi, yeni düzenleme ile on günden, iki haftaya çıkarılmıştır (HUMK. m. 196; HMK m. 127). Davalı taraf yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce cevap vermiş ve on günlük süre dolmuşsa, yeni kanuna göre cevap süresi uzamışsa, davalı için cevap süresi iki hafta olacaktır. Burada önemli olan işlemin tamamlanmış olup olmaması, eski kanuna göre sürenin sona ermiş olup olmamasıdır.

Eski Kanuna göre dava açılmış olsa bile, yeni yapılacak olan işlemler yeni Kanun hükümlerine göre yapılmak zorundadır. Çünkü yeni kanun hükümleri derhal uygulanır. Henüz tamamlanmamış veya yapılmamış usul işlemleri yeni Kanun'a göre yapılacak, yeni Kanuna tabi olacaktır.

Bir dava, yeni bir usul hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra açılırsa, bu davaya (aksine hüküm yoksa) yeni usul kuralları uygulanacaktır; dava konusu işlemin daha önce yapıldığı ileri sürülerek o sırada geçerli usul kurallarının uygulanması istenemez. Buna "derhal uygulanırlık" kuralı denilmektedir. Temel olarak yargılama hukukunda bu ilke geçerlidir. Yani bir dava, davanın temeli olan uyuşmazlık konusu olayın meydana geldiği değil, uyuşmazlığın yargı önüne getirildiği tarihteki yargılama kurallarına tabidir. Keza, yargılama sırasında yargılama kuralları değişirse, o noktadan itibaren kural olarak yeni kurallar uygulanacaktır. Ancak, yeni usul hükümlerinin ne zaman yürürlüğe gireceği kanunda açık olarak düzenlenmişse, bu düzenlemeye göre yeni usul kuralları zaman bakımından uygulanacaktır. Örneğin, yeni kuralın kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılacak davalarda uygulanacağı belirtilmişse, bu yeni kural daha önce açılmış davalarda geçerli olmayacaktır.

Usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasında derhal uygulanırlık kuralı ile birlikte

HMK.120 - Harç ve gider avansının ödenmesi (*) () - İçtihatlar**

dikkate alınması gereken bir husus da, yeni usul kuralı yürürlüğe girdiğinde, ilgili usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Dava, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayan ve bir kararla sonuçlanıncaya kadar devam eden çeşitli usul işlemlerinden ve aşamalarından oluşmaktadır. Her usul işlemi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bir davayı tüm olarak değerlendirip bu konuda yeni kanunun etkili olup olmayacağı söylenemez. Dava içinde yapılan usul işlemi ve kesiti tamamlanmış ise, artık yeni kanun o usul işlemi hakkında etkili olmayacaktır. Eğer bir usul işlemi tamamlandıktan sonra, yeni kural yürürlüğe girerse, söz konusu işlem geçerli olarak kalır. Başka bir ifade ile tamamlanmış usul işlemleri yeni yürürlüğe giren kuraldan etkilenmez. Buna karşılık bir usul işlemi henüz tamamlanmamış veya başlamamış ise, yeni kanun hemen uygulanacaktır. Çünkü, kanunlar genel olarak hemen etkili olur ve uygulanırlar.

1 Ekim 2011 tarihinden önce açılan bir dava sonunda verilen ilk derece mahkemesi hükmü Yargıtay incelemesi sonunda bozulur ve bu bozma kararına uyularak yeniden tahkikata geçilirse, yeni yapılacak işlemler artık Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabi olacaktır.

Bu nedenlerle gider avansının 1086 sayılı yasayı uygularken gibi düşünmek 6100 sayılı yasanın 114/9, 119 ve 120. maddelerine açıkça aykırıdır.

2-Dava dışındaki talepler için, de geçici koruma tedbiri gibi hallerde gider avansının uygulandığı HMK. 114/9-1 ve 120. maddelerin İstisna olunmaması suretiyle tümü için değerlendirmede bizce hatalı olmuştur.

3-Dava şartı ile delil ikamesi avansı ve gider avansının birlikte değerlendirilmesi suretiyle oluşturulan çoğunluk kararına muhalifim.

HGK. 12.12.2012 T. E:9-1187, K:1203