



# Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan

## Editörler

Alparslan ALTAN / Engin YILDIRIM / Erdal TERCAN/ Hikmet TÜLEN / Ali Rıza ÇOBAN

- *Doç. Dr. Yüksel METİN / Öğr. Gör. Veysel DİNLER*
- *Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA*
- *Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE*
- *Dr. Fatih Öztürk*
- *Hasan Tuna GÖKSU*
- *Arş. Gör. Hilal YAZICI*
- *Yrd. Doç. Dr. Mehmet KAHRAMAN*
- *Dr. Özen ÜLGEN*
- *Prof. Dr. Alaeddin YALÇINKAYA*
- *Dr. Musa SAĞLAM*
- *Mustafa ÇAĞATAY*
- *Dr. Hüseyin EKİNCİ / Ali BAHADIR*
- *Dr. Mehmet ÖNCÜ*
- *Dr. Selami ER*
- *Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK*
- *Dr. Tahir ERDEM*
- *Dr. Sedat ÇAL*
- *Dr. Nahit YÜKSEL*
- *Prof. Dr. Zafer GÖREN*
- *Prof. Dr. M. Zafer ÜSKÜL*
- *Doç. Dr. Selda KILIÇ*
- *Dr. Mehmet SAĞLAM*
- *Arş. Gör. İlker KOÇ / Prof. Dr. Cem KARASU*



Anayasa Mahkemesi Yayınları

## *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*

*Editörler*

*Alparslan ALTAN - Engin YILDIRIM - Erdal TERCAN - Hikmet TÜLEN - Ali Rıza ÇOBAN*

© 2012, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Kitapta yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

### **İletişim ve İstem Adresi**

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı  
Yayın İşleri Müdürlüğü

Ahlathıbel Mahallesi İncek Yolu Serpmeleri No: 4  
06805 Çankaya / ANKARA

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

### **Tasarım ve Baskı**



Telefon : (312) 285 14 10

Faks : (312) 285 14 12

[info@tayfunmedya.com.tr](mailto:info@tayfunmedya.com.tr)

[www.tayfunmedya.com.tr](http://www.tayfunmedya.com.tr)

Basım Tarihi - Aralık 2012

### **KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI**

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan,  
Editörler: A. ALTAN / E. YILDIRIM / E. TERCAN / H. TÜLEN / A.R. ÇOBAN

I. Baskı, XII+770: 782 sayfa

ISBN: 978-975-7427-39-1

1. Anayasa Hukuku, 2. Anayasa Yargısı, 3. İnsan Hakları Hukuku, 4. Bireysel Başvuru,  
5. Mali Hukuk, 6. Medeni Usul Hukuku, 7. Tarih

**A**nayasa Mahkemesi, kuruluşunun 50. yılını 25 Nisan 2012 tarihinde kutlamış ve bu vesileyle çeşitli bilimsel etkinlikler gerçekleştirmiştir. Bu etkinliklerden biri olan “50. Yıl Armağanı”na bu “Sunuş”u yazmaktan büyük bir mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim.

Mahkemenin bugüne kadar yerine getirmiş olduğu ve bundan sonra da devam ettireceği anayasaya uygunluk denetimi görevinin yanında, 2012 yılında başladığı bireysel başvuruları karara bağlamak görevinin ve de Mahkemeye Anayasayla verilmiş olan diğer görevlerin lâyıkıyla yerine getirilmesinde sağlam bir akademik/felsefi temele dayanılması şarttır; ayrıca bu işlevin, güncel bilimsel gelişmelerin ve yayınların takip edilmesini de zorunlu kıldığı kuşkusuzdur. Mahkememiz, bir yandan güncel bilimsel gelişme ve yayınları takip etmeye gayret ederken, diğer yandan da 50. Yıl Armağanı’nı yayınlayarak, bilimsel eser üretimine kendince bir katkıda bulunmayı hedeflemiştir.

Armağan’da yer alan yazılar ağırlıklı olarak anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları hukuku alanındaki çalışmalardan oluşmaktadır. Bunun yanında idare hukuku, ceza hukuku, mali hukuk ve medeni usul hukuku alanlarındaki yazılar da direkt ya da dolaylı olarak anayasa hukuku ve anayasa yargısı sorunlarına temas etmektedirler. Bunların yanında Osmanlı Devleti’nin anayasal sisteme geçişine dair bir yazı ile Hititler dönemine ait anayasal değerdeki bir fermana ilişkin özgün bir başka yazı da Armağan’da yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin varlık nedenini “insanlık onurunun” koruyucusu ve güvenesi olarak nitelemek ve Anayasa hukuku adına yazılan her şeyin bu üstün değeri korumaya dönük olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlayışla üretilen her düşünce ve söylenen her söz insanlık onurunu yüceltmek hedefine katkı verecektir. Anayasa Mahkemesinin 50. yılında emeklerini esirgmeden bu Armağanı yayıma hazırlayan değerli bilim adamı ve yargıçlarımızın da bu anlamdaki katkıları unutulmayacaktır.

Armağanın hazırlanması sürecinde editörlük görevini üstlenen Mahkememiz mensuplarına ve Armağan’a yazı göndererek veya hakem incelemesi yaparak katkıda bulunanlara şahsım ve Mahkememiz adına teşekkür eder; kitabın okuyuculara yararlı olmasını dilerim. 10 Aralık 2012

Haşim KILIÇ  
Anayasa Mahkemesi Başkanı



Ülkemizde Anayasallık denetimi yapmak üzere Kelsen modeline uygun olarak bir Anayasa Mahkemesi kurulması 1961 Anayasası'yla gerçekleşmiştir. 25.4.1962 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 25 Nisan 1962 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Mahkeme kurulmuş ve 28.8.1962 tarihinde resmen çalışmaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, içinde bulunduğumuz 2012 yılında ellinci kuruluş yıldönümünü kutlamaktadır.

Mahkeme elli yıllık tarihi boyunca verdiği kararlarla siyasal sistemin en önemli aktörlerinden birisi olmuştur. Türkiye'nin içinden geçtiği siyasal dönüm noktalarında Mahkeme kararları önemli roller oynamıştır. Bu etkin konumu nedeniyle de Mahkeme her zaman eleştirilerin odağında yer almıştır. Bu süreçte Mahkeme, yapısı ve yetkileri itibarıyla çeşitli değişikliklere uğramıştır. 1961 Anayasası döneminde 15 asıl 5 yedek üyeden oluşan Mahkeme, 1982 Anayasasında 11 asıl 4 yedek üyeli bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmiştir. 2010 yılında kabul edilen 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Mahkemenin üye sayısı 17'ye çıkarılmış ve yedek üyelik kaldırılmıştır. Zaman içinde Mahkemenin yetkilerinde de çeşitli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi ise 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Mahkemeye bireysel başvuruları inceleme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Mahkeme ellinci kuruluş yıldönümünde bireysel başvuruları kabul etmeye de başlamıştır.

Bireysel başvuruyu kabul eden ülkelerde anayasa mahkemelerinin temel işlevi bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik ihlal iddialarının incelenmesidir. Böylece anayasa mahkemeleri birer temel hak ve özgürlükler mahkemesine dönüşmektedirler. Anayasa mahkemeleri bu işlevlerini hakkıyla yerine getirdikleri ölçüde toplum nezdinde saygınlıkları artmakta ve demokratik meşruiyetleri konusunda herhangi bir tartışma yaşanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi kuruluşunun ellinci yılında başladığı bireysel başvuruları inceleme görevini layıkıyla yerine getirecektir. Mahkemenin bu konudaki başarısı hem toplum nezdinde saygınlığını artıracak hem de ülkemizin temel hak ve özgürlükler standardını oldukça yükseltecektir. Bunun doğal sonucu olarak da ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan baş-

## VI

vuru sayısında önemli bir azalmaya neden olacaktır. Bu nedenle Mahkemenin ellinci yılı yurttaşlarımız açısından temel hak ve özgürlüklerine yönelik ihlallere karşı başvurabilecekleri bir iç hukuk yoluna kavuşma yılı olmuştur.

Mahkememiz, kuruluşunun ellinci yılı vesilesiyle sempozyum, konferans ve benzeri bir dizi etkinlik gerçekleştirmiştir. Elinizdeki “50. Yıl Armağanı” da Mahkemenin kuruluşunun ellinci yılı vesilesiyle yayınlanmıştır. Armağanın bir taraftan Anayasa Mahkemesinin elli yılda ortaya koyduğu içtihadı irdelerek Mahkemenin kendi performansını değerlendirmesine imkân veren yazıları içermesi diğer taraftan da insan hakları, anayasa hukuku ve anayasa yargısı alanlarında farklı disiplinlerden teorik ve uygulamaya dönük yazılara yer vererek geleceğe yönelik perspektifler sunulması amaçlanmıştır.

Mümkün olduğunca çok yazıya yer verilmesi arzu edilmekle beraber yayınlanacak yazıların belli bir standarda sahip olmasını sağlamak açısından yayınlanacak yazıların hakem denetiminden geçirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Armağanda yayınlanan yazıların çok büyük çoğunluğu hakem denetiminden geçirilmiştir. Ancak bazı yazıların, yazarlarının isteği üzerine hakem değerlendirmesine tabi tutulmaksızın yayınlanması uygun görülmüştür. Hakem değerlendirmesinden geçirilen yazılar “Hakemli Makaleler” başlığı altında yayınlanmaktadır. Hakemli yazılar, “Anayasa Hukuku ve Anayasa Teorisi”, “İnsan Hakları Hukuku” ve “Hukukun Diğer Dalları” başlıkları altında üç tematik bölümde toplanmıştır. Hakem değerlendirmesine tabi tutulmayan yazılar ise “Diğer Makaleler” başlığı altında yayınlanmaktadır.

Armağanda yer alan yazılar çok farklı ilgi alanlarına sahip olan okuyuculara hitap edecek çeşitlilikte ve zenginliktedir. Bu yönüyle armağan temel bir başvuru kaynağı olma niteliği taşımaktadır. Armağanın ortaya çıkmasına katkıda bulunan tüm yazarlara ve gönderilen yazıları titizlikle inceleyerek geliştirilmelerine katkıda bulunan değerli hakemlere ayrı ayrı teşekkür ederiz. Sağladıkları destekle Armağanın yayınlanmasını mümkün kılan Mahkememiz yönetimine minnettar olduğumuzu belirtmek isteriz. Ayrıca dizgi ve basımda emeği geçen herkese teşekkür ederiz.

Editörler Kurulu

## HAKEM LİSTESİ

Aşağıda isimleri ve görev yaptıkları kurumlar yazılı bulunan ve akademik unvanları ve isimlerinin alfabetik sıralanışı dikkate alınarak listelenen kişiler, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan'*ın hazırlanması sürecinde, Armağanda yayınlanması için gönderilen yazıları hakem sıfatıyla inceleyerek minnetle anılan katkılarda bulunmuşlardır.

Prof. Dr. Çiğdem Berna KOCAMAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Engin YILDIRIM	Anayasa Mahkemesi
Prof. Dr. Erdal TERCAN	Anayasa Mahkemesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	İnönü Üni. Hukuk Fakültesi / RTÜK
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK	KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal BAŞLAR	Polis Akademisi
Prof. Dr. M. Merdan HEKİMOĞLU	İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet TURHAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman DOĞRU	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman KAŞIKÇI	Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz KAPLAN	İstanbul Aydın Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN	Anayasa Mahkemesi
Dr. Alparslan ALTAN	Anayasa Mahkemesi
Doç. Dr. Çetin ARSLAN	Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı
Doç. Dr. E. ABDULHAKİMOĞULLARI	19 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hüseyin ÖZCAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Reyhan SUNAY	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üni. Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN	Anayasa Mahkemesi
Yrd. Doç. Dr. Hikmet TÜLEN	Anayasa Mahkemesi
Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	Ankara Üni. Siyasal Bilgiler Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM	Anayasa Mahkemesi





# 15

*Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK*

*Hukuk Yargılama Usûlünde Gider  
Avansının Anayasaya Aykırılığı  
Sorunu*



# Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

**Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK**

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku)  
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

## İNCELEME PLÂNI

### 1. ADALETE ERİŞİM İLE YARGILAMA GİDERLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

- A) Hukuk Yargılama Usûlünde Anayasaya Uygun Yorum İlkesi
- B) Anayasanın Hukuk Yargılama Usûlüne Etkisi ve Adalete Erişim Hakkı

### 2. MEVZUATTA GİDER AVANSININ DÜZENLENİŞİ

- A) Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı
- B) İdarî Yargılama Usûlünde Gider Avansı

### 3. YARGILAMA GİDERLERİYLE HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN KULLANILMASI ARASINDAKİ DENGE

### 4. GİDER AVANSININ ANAYASAL VE YASAL İLKELERE UYGUNLU- ĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

- A) Gider Avansının Dava Şartlarıyla Uyumsuzluğu
- B) Gider Avansının İspat Yüküyle Uyumsuzluğu
- C) Gider Avansının Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerle Uyumsuzluğu
- D) Gider Avansının Davacıya Yüklelediği Malî Külfet
- E) Gider Avansının Hak Arama Hürriyetini Kısıtlaması
- F) Gider Avansının İş ve Tüketici Davalarında Doğurduğu Özel Sorunlar

## SONUÇ

## 1. ADALETE ERİŞİM İLE YARGILAMA GİDERLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

### A) Hukuk Yargılama Usûlünde Anayasaya Uygun Yorum İlkesi

Adalete erişim, en sade ifadesiyle adalet arayanların, adalete ulaşmalarıdır. Adalete erişimin unsurlarından biri de mahkemelere erişimdir. Adalete erişim, “mahkemelere erişim” unsuruyla, Anayasa hukuku ve medenî usûl hukukunun kesişme bölgesinde kalmaktadır.

Hukuk yargılama usûlünün, Anayasalarda güvence altına alınan “sosyal hukuk devleti” ve “hak arama hürriyeti” gibi ilkelerle yakından bağlantısı vardır. Anayasanın hukuk yargılama usûlüne olan etkisi gün geçtikçe daha da önem kazanmakta ve farklı yönleriyle tartışılmaktadır. Bu durum, hukuk yargılama usûlü kanunlarının yapılması, yorumlanması ve uygulanmasında, Anayasaya uygun yorum yönteminin esas alınması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>1</sup>.

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereğince Anayasa, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarını içerir. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz (Anayasa m. 11). Bu kapsamda Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün muhataplarından biri olan yargı organları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler (Anayasa m. 138). Bu sıralamada önceliğin Anayasaya verilmiş olması, yargı organlarının Anayasaya uygun karar vermek zorunda olduğunu vurgulamaktadır. Normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasaya uygun karar vermek, doktrinde şu unsurlara ayrılmıştır<sup>2</sup>:

- 1- Başta Kanunlar olmak üzere tüm hukuk kurallarını (tüzükler, yönetmelikler, yönergeler, genelgeler gibi) yorumlarken Anayasayı gözetmek (*Anayasaya uygun yorum ilkesi*).
- 2- Kanunda boşluk olması durumunda, Anayasanın somut ve tatbik edilebilir hükmünün somut olayda uygulanması ve Anayasa hükmüne göre karar verilmesi (*Anayasanın doğrudan uygulanması*),
- 3- Kanun hükmü ile Anayasa hükmü arasında çelişki olması durumunda, mevcut kanun hükmünün göz ardı edilerek Anayasaya göre karar verilmesi (*Kanununun Anayasa karşısında ihmali*).

1 Alangoya, Yavuz: Anayasa'nın Medenî Usul Hukuku'na Etkisi (MHB 1981/2, s. 1-4), s. 2-3; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 9; Namlı, Mert: Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku'nda Çelişmeli Yargılama İlkesi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği 2010, Yayın No: 04-499, s. 29-30; Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011, s. 71; Sungurtekin-Özkan, Meral: Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, s. 553-574), s. 554.

2 Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 114.

Doktrinde, hukuk yargılama usûlünde anayasaya uygun yorum ilkesinden hareketle, Anayasada yer alan eşitlik, sosyal hukuk devleti ilkeleri, hak arama hürriyeti ve sözleşme serbestisi ilkeleriyle, hukuk yargılaması alanında gerçekleştirilmiş ve gerçekleştirilecek yasal düzenlemelerin uyumlu olmak zorunluluğuna dikkat çekilmiştir. Doktrinde haklı olarak savunulan bu görüşe göre Devletin, özellikle temel haklara ve sosyal hukuk devleti ilkesine dayanan pozitif yükümlülükleri vardır. Yasama organını, yaptığı ve yapacağı, özellikle mahkemeler teşkilâtı ve yargılama hukuku düzenlemelerinde, Anayasadaki temel hak ve ilkeleri dikkate almakla yükümlüdür. Yargı faaliyeti bakımından, özel hukuk alanında faaliyet gösterilse de, Devlet iktidarını kullanan hukuk hâkimleri de, hüküm sürecinde özellikle boşluk doldurur ve yorum yaparken bu Anayasal ilkelere uygun davranmakla yükümlüdürler<sup>3</sup>.

### **B) Anayasanın Hukuk Yargılama Usûlüne Etkisi ve Adalete Erişim Hakkı**

Hukuk yargılama usûlünde adalete erişim hakkı (*right to access-to-justice*), Anayasada vücut bulan “hak arama hürriyeti” ve “sosyal hukuk devleti” ile güvence altına alınmıştır. Adalete erişim hakkı, sosyal hukuk devletinin, herkese eşit olarak sunması gereken “hak arama hürriyeti” ve hakların yargı organları vasıtasıyla etkili şekilde kullanılmasını amaçlayan “etkin hukukî himaye” güvencelerinin<sup>4</sup> olmazsa olmaz bir unsurudur. Doktrinde de “*hak arama özgürlüğü, soyut objektif bir hakkı; hukuki korunma talebi, bu hakkın somut olarak karşılanmasını; adalete erişim ise hakkın etkin kullanılmasını sağlayan mekanizmayı içeren bir bütünün varlığını ifade eder*”<sup>5</sup> denilerek, hak arama hürriyeti, etkin hukukî himaye talebi ve adalete erişim hakkı arasındaki sıkı irtibat ortaya koyulmuştur.

Hukuk devletinde yargı sisteminin kişilere etkin hukukî himaye sağlamak zorunda olduğu, doktrinde şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bireyin hak ve özgürlüklerinin maddî hukuk kuralları ile güvence altına alınması da, hukuk devletinin gerçekleşmesi için yeterli görülmeyecektir. Çünkü o kurallara işlerlik kazandırarak onların etkin hâle gelmesini sağlayacak olan, yargılama faaliyetidir. Gerçekten de yargılama faaliyeti olmaksızın, maddî hukuk kurallarının mevcudiyeti herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. O hâlde, maddî hukuk kuralları bakımından kendisini güvencede hisseden bireyin, haklarını tespit edip özgürlüklerini koruyan mekanizma olan yargılama faaliyetine de aynı şekilde güvenmesi, hukuk devleti açısından vazgeçilmez bir gerekliliktir”<sup>6</sup>.*

3 Sungurtekin-Özkan s. 572, 574.

4 Akkan, Mine : Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (MİHDER 2007/1, s. 29-68), s. 29-30.

5 Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 47.

6 Namlı s. 50.

Kamu hizmetlerinin klasik görünüm biçimlerinden biri olan adalet hizmetlerinin, toplumun tüm kesimlerine eksiksiz ve adil olarak ulaştırılmasını sağlayacak bir sistemin oluşturulması, sosyal hukuk devletinin gereklerinden biridir. Özellikle toplumda adalet hizmetlerine erişemeyen dezavantajlı kesimlerin (örneğin çocuklar, kadınlar, engelliler, yaşlılar ve yoksullar) adalete erişimini kolaylaştıracak önlemler alınmalıdır. Adalet hizmetlerinden yararlanmak, hak arayan kişiler için karşılanamayacak derecede pahalı olduğu takdirde, adalete erişim hakkı kısıtlanmış olur ve masraflar, adalete erişimin önünde bir engel olarak ortaya çıkar<sup>7</sup>.

Çağdaş hukuk yargılama usûlü sosyal bir müessese olarak kabul edildiğinden, özel hukukun sosyal karakteri öne çıkarılmış ve adalete erişim hakkı temel hareket noktası olmuştur. Böylece, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olanı kazandırmak değil, zayıfın bu durumu yüzünden gerçeğe aykırı olarak kaybetmesinin engellenilmesi amaçlanmıştır<sup>8</sup>.

Adalete erişim hakkının kullanılması ile yargılama giderleri arasında hassas bir denge vardır. Yargılama giderleri, davanın görülmesi ve sonuçlanması için, tamamı taraflarca ödenen masraflardır<sup>9</sup>. Adalete erişim hakkının kullanılması, yargılama giderlerinin miktarından doğrudan etkilenmektedir. Yargılama harç ve giderlerinin yüksek olması dava sayısını azaltırken hak arama hürriyetini kısıtlamakta, adalete erişim hakkının kullanılmasını önlemekte ve ekonomik bakımdan güçlüler ile güçsüzler arasında eşitsizlikler yaratmaktadır<sup>10</sup>. Doktrinde vurgulandığı gibi, "yargıya müraacatın ağır parasal şartlara bağlı tutulması, ekonomik açıdan zayıf olan fertleri, haklarını dava yolu ile aramaktan

7 Alangoya-Anayasa s. 3; Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987, s. 69; Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 125, 141; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 164; Gümüş, A. Tarık: Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul 2010, s. 173-174; Moorhead, Richard: Access to Justice (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Vol. 1, Los Angeles 2007, s. 13-18), s. 13-14; Özbek, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162), s. 123-124; Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927), s. 908-910, 921; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 137-138; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 46-47; Sungurtekin-Özkan s. 565-567; Yılmaz, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti (ABD 1984/2, s. 200-224), s. 224.

8 Alangoya, Yavuz: Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 33-54), s. 35; Atalı, Murat: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları, Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar (HPD 2006/8, 111-113), s. 112.

9 Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s. 729; Yılmaz, Ejder/Yılmaz, Ümit: Hukuk Rehberi, C. 1, Ankara 2002, s. 234-235; Yılmaz, Zekeriya: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri İle Vekâlet Ücreti, Ankara 2011, s. 17.

10 Yılmaz-Yargılama Giderlerinin İşlevi s. 202, 204.

*caydırabilir ki, bunun sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmadığı söylenebilir*"<sup>11</sup>. Diğer yandan yargılama harç ve giderleri yüksek olduğunda, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyenlerin karşılaştığı ekonomik engelin aşılması ve devlet eliyle yürütülen adalet hizmetlerinin erişilebilir olması için, devlet ayrıca masraf yapmak zorunda kalmaktadır. Zira bu hâlde, Adalet Bakanlığı veya adalet hizmetlerini destekleyen diğer devlet kurumlarının, adalete erişimi kolaylaştırıcı tedbirlere yeteri kadar para ve zaman harcaması gerekmektedir<sup>12</sup>.

Kişilerin mahkemelere kolaylıkla erişebilmesi bakımından yargılama harç ve giderlerinin düşük tutulması ise, dava sayısını arttırmakta ve mahkemeleri ağır bir iş yükü altına sokmakta, sonuçta da adalet hizmetlerinin kalitesi düşmektedir<sup>13</sup>. Bu sebeple doktrinde, yargılama harçlarının arttırılmasına ilişkin öneriler getirildiği görülmektedir<sup>14</sup>.

Yargılama harç ve giderlerinin miktarı ayarlanırken, dava yolunda karşılaşılan malî zorlukların aşılması ile adaletin kalitesi arasındaki hassas denge korunmalıdır. Dava açabilmenin masraflı olmadığı sistemlerde, uyuşmazlık çözümünde tek çare dava yolu olmamalı, dava yolu yanında işleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla da sistem desteklenmeli ve dava sayısı azaltılarak adalet sisteminin kalitesinden taviz verilmemelidir<sup>15</sup>.

Hukuk yargılama usûlünde adalete erişim hakkının kullanılmasında usûl ekonomisinin de büyük etkisi vardır. Usûl ekonomisi, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ile, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İHAS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan adalete erişim ve bu hakkın ayrılmaz parçası olan

---

11 Alangoya-Anayasa s. 4.

12 Tunc, Andre: The Quest for Justice (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 315-359), s. 319; Yılmaz/Yılmaz s. 239.

13 Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 170; Gilles, Peter: Alman Hukuk (Medenî) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler (Çev. Ejder Yılmaz) (ABD 1992/5, s. 749-770), s. 762; Pınar, Burak/Meriç, Nedim: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi (TBBD 2009/84, s. 188-211), s. 204.

14 Kuru, Baki: Hukuk Dâvalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-139), s. 127; Pekcanitez, Hakan: Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz.B.D. 1995/2, s. 103-113) s. 108.

15 Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice and the Welfare State: An Introduction (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 1-24), s. 2; Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004, s. 2; Özbek, Mustafa: Türkiye'de Adalete Erişim Projesi (Adalete Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 57-64), s. 59; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s. 164-170; Özbek-Adalete Erişim s. 914-915; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231), s. 198; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 693.

mahkemelere erişim için önemli bir ilkedir. Anayasa m. 141, 5'te, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevi olarak belirtilirken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>16</sup> (HMK) m. 30'da hâkimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Hem anayasal hem yasal dayanağa sahip olan usûl ekonomisi, devlet, mahkemeler ve taraflar açısından her davada gözetilmesi gereken emredici bir ilkedir<sup>17</sup>.

Pek çok ülkede mahkemelere başvurulması için masraf yapılması gerekir. Bazı ülkelerde bu masraflar oldukça yüksektir. Yargılama giderlerinin miktarı, Ortak Hukuk (*Common Law*) sistemi ülkeleriyle Kıta Avrupası (*Civil Law*) hukuk sistemi ülkeleri arasında farklılık göstermektedir. Ortak Hukuk sistemi ülkelerinde yargılama giderleri çok yüksek olup masraflar, dava konusu olan mal veya hakkın değerini ya da alacağın miktarını aşabilmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde ise yargılama giderleri nispeten daha düşüktür. Ancak bazı Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde (örneğin Brezilya ve İtalya'da), davaların uzun sürmesi kronik bir sorun hâline gelmiştir. Böylece Ortak Hukuk sistemi ülkelerinde, dava yoluna başvurmayı engelleyen yargılama giderleri sorun olarak görülürken, Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde gündemde olan asıl sorun, mahkemelerdeki ağır iş yükü ve davaların uzun sürmesidir<sup>18</sup>.

Yargılama harç ve giderlerinin ayarlanması yapılırken bu konudaki hassas dengeler gözetilmeli, yoksulların ve daha genel olarak ekonomik yönden elverişsiz olanların (dar gelirlilerin) korunmasına özen gösterilmelidir<sup>19</sup>. Yargılama harç ve giderlerini ödeyemeyenler için genel anlamda kullanılan "yoksul" terimi, zamanla "ekonomik elverişsizlik" kavramına dönüşmüş ve belli

16 RG 04.02.2011, Sa. 27836.

17 Akkan s. 40; Karşı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 296-297; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 357; Namlı s. 64-65; Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 279-280; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 211-236), s. 218-219; Yılmaz, Ejder: Medenî Yargıda İnsan Hakları (TBBD 1996/2, s. 149-167), s. 161; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76), s. 56-57; Yılmaz, Ejder: Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274), s. 266; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 321-323.

18 European Committee on Legal Co-Operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 32; Gilles s. 751, 756; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 214; Zuckerman, Adrian A.S.: Reforming civil justice systems: trends in industrial countries, The World Bank Notes 2000/46, s. 2.

19 Lord Woolf: Access to Justice, Final Report, Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1996, s. 82; Tunc s. 318.



ölçüde hafifletilmiştir<sup>20</sup>. Böylece davanın taraflarının üstleneceği yargılama harç ve giderleri makul miktarda, öngörülebilir, uyuşmazlık konusu olan ancak, mal veya hakkın miktar veya değeriyle ölçülü (orantılı) olmalı ve ekonomik yönden elverişsiz olan (sabit ve dar gelirli) kişilerin adalet hizmetlerine erişimini engellememelidir<sup>21</sup>.

Adalet hizmetlerine ilişkin masrafların yüksek olması, esasında toplumun her kesiminden bireyler için sorun teşkil etse de, adalete erişimin sağlanmasında göz önünde tutulacak öncelikli kitle, ekonomik yönden elverişsiz olan dar gelirli kişilerdir. Zira hak aramanın pahalılaşması, en çok yoksulları menfi olarak etkilemektedir<sup>22</sup>. Üstelik ekonomik yönden elverişsiz olan dar gelirli kişiler (örneğin işçi ve tüketiciler), çoğu zaman hak arama bilincinden mahrum olduklarından, yapılan haksızlıklara karşı hak aramayı düşünmemekte; düşünseler bile, bu konudaki bilgi eksiklikleri yüzünden adalet hizmetlerine erişmekte, hak arama yöntem ve usûllerini kullanmakta çok yetersiz kalmaktadırlar. Ekonomik yönden elverişsiz olan kişiler, sadece malî açıdan değil, diğer sosyal hizmetlere erişimde de güçlük çekmektedirler ve her iki sorun çoğu zaman iç içe girmiş durumdadır<sup>23</sup>.

Türk hukuk yargılama usûlünde adalete erişim doktrininin son yıllarda güçlendiği ve kanun koyucu tarafından kanun yapma sürecinde, adalete erişimi kolaylaştırıcı düzenlemelerin yapılmasında daha hassas davranıldığı gözlemlenmektedir. Adalete erişimin kolaylaştırılması, Adalet Bakanlığı yargı reformu stratejisinde özel bir başlık altında yer almış ve şu hedef ortaya koyulmuştur<sup>24</sup>:

*“Adalete erişim, toplumun tüm kesimlerinin ihtiyaç duydukları adalete kolaylıkla ulaşabilmesi ve haklarını etkili bir şekilde arayabilmesi için devletin gerekli tüm imkânları sağlaması ve bu imkânların varlığını etkin bir şekilde tanıtması olarak tanımlanmaktadır. Adalete erişim olanaklarının yeterince etkinleştirilmemesi toplumda **adalet sistemine ve dolayısıyla devlete karşı duyulan güvenin sarsılmasına yol açabilir**”.*

Benzer şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun genel gerekçesine bakıldığında, “etkin hukukî koruma” talebinin Kanunda gözetildiği şu şekilde belirtilmektedir:

*“**Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, ‘etkin hukukî koruma’** ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, **bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların et-***

20 Yaşar, İmmihan: Adli Yardım Uygulaması (Adalete Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 93-112), s. 93.

21 Woolf s. 82; Lord Woolf: “Adalete Erişim”, Nihâî Rapor (Çev. Mustafa Özbek) (MİHDER 2006/2, s. 989-1002), s. 996; Yılmaz-Yargılama Giderlerinin İşlevi s. 200; Yılmaz-İnsan Hakları s. 156.

22 Çelebi, Hüsamettin: Hak Aramanın Maliyeti (ABD 1989/2, s. 257-261), s. 259.

23 Tunc s. 317.

24 Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi, Ankara 2009, s. 36.

*kinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur”<sup>25</sup>.*

Kanunlar, yapıldığı dönemde hâkim olan doktrinel akımlardan ve hukuk politikalarından etkilenirler. HMK’nın genel gerekçesindeki bu açıklamadan, adalete erişim doktrininin HMK’ya hâkim olduğu anlaşılmaktadır. HMK’nın dikkat çeken yönlerinden biri de, hukuk yargılamasının sosyal bir müessese olduğu gerçeğinden hareketle, özel hukukun sosyal karakterini ön plânda tutmuş olması<sup>26</sup>, hak arama hürriyeti, adalete erişim hakkı ve etkin hukukî himaye gibi, özellikle sosyal yönden zayıf olan ve bu yüzden adalet hizmetlerine erişemeyen dezavantajlı kitleler başta olmak üzere, kişiyi koruyan hak ve hürriyetlere üstünlük tanınmasıdır. O halde HMK hükümleri uygulanır ve yorumlanırken, temelindeki bu felsefî görüş hep göz önünde tutulmalıdır.

## 2. MEVZUATTA GİDER AVANSININ DÜZENLENİŞİ<sup>27</sup>

### A) Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk yargılama usûlümüze kazandırılan yeni düzenlemelerden biri de, davacının dava açarken gider avansı yattırması zorunluluğudur. Mülga 1086 sayılı HUMK döneminde, dava açılırken yargılama harçları (başvurma harcı ile karar ve ilâm harcı<sup>28</sup>) ile dava dilekçesinin tebliği için gereken posta masrafı (pul olarak) peşin ödenmekte; diğer yargılama giderleri ise, davanın başında peşin olarak değil, yargılama sırasında, ilgili işlemin yapılmasını (örneğin tanık dinletmek, keşif veya bilirkişi incelemesi yaptırmak) isteyen tarafça mahkeme veznesine peşin (avans) olarak yatırılmaktaydı<sup>29</sup>. Hâkim tarafından tâyin olunan müddet içinde gideri peşin olarak vermeyen taraf, talebinden sarfınazar etmiş sayılmaktaydı<sup>30</sup> (HUMK m. 414).

HUMK m. 180’de, başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için gerekli posta giderinin pul olarak verilmesi zorunlu olduğundan, tebligat giderinin peşin olarak alınması gerekmektedir. Ancak uygulamada, sadece dava dilekçesinin da-

25 Budak, Ali Cem: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s. 18.

26 Alangoya-Medenî Usûlün Amacı s. 35; Atalı s. 112.

27 Mevzuat hükümlerinin, makalenin yayıma verildiği 24.09.2012 tarihi itibarıyla yürürlükte olan şekli esas alınmıştır.

28 (1) sayılı tarifede yazılı maktu harçlar ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenir (Harçlar K. m. 27, 1). (1) sayılı tarifede yazılı nispi harçlar kapsamındaki karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir (Harçlar K. m. 28, 1/a).

29 Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, İstanbul 2001, s. 5330-5331.

30 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 418; Postacıoğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 380; Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 363; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 770.

valiya tebliği için, taraf sayısı kadar tebligat gideri pul olarak alınmaktaydı. Dava açarken verilen posta pulu çoğu zaman yetersiz kaldığından, başka yerlerden evrak ve dosya getirtmek için yazılması gereken müzekerelerin gidiş dönüş tebligat masrafını karşılayacak posta gideri, daha sonra mahkeme kaleminde ikmal edilmekteydi. Hatta kimi zaman, dava dosyasının tevzi bürosuna verilmesi sırasında dosyaya eklenen posta pulları, müvezzi veya kalem personelinin özensizliği yüzünden kaybolmakta, tekrar pul teslim edilinceye kadar dava dilekçesi tebliğ edilememekteydi. Bu yüzden ertelenen duruşmalara dahi rastlanmaktaydı.

1947 yılında yürürlüğe giren ve 2012 yılına kadar yürürlükte kalan, Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin (HTMYİY), “Harç ve masraflar için avans olarak para yatırılabilirliği” başlıklı 35. maddesinde gider avansı şu hükümlerle düzenlenmişti:

*“Kolaylık olmak için taraflar dilerse o dâva dolayısıyla ödemeleri icap edecek harç ve masraflara karşılık olmak üzere peşin bir miktar para yatırabilirler”.*

Yönetmeliğin bu hükmü, uygulamada yeterince bilinmediğinden iltifat görmemiştir. Bu sebeple hükmün uygulanması olmamış, fakat bu durum, doktrinde eleştirilmiştir<sup>31</sup>.

HUMK uygulamasında yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, davaların gecikme sebepleri<sup>32</sup> arasında görülmüştür. Bu husus doktrinde şöyle ifade edilmiştir:

31 Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri (ABD 2011/2, s. 213-253), s. 235; Yılmaz/Yılmaz s. 239 vd.; Yılmaz, Ejder: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı” Üzerine Bazı Notlar (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 178-197), s. 190-191.

32 Hukuk yargılamasının etkinliğinin artırılması için alınması gereken tedbirler hakkında ileri sürülen görüş ve öneriler için bkz. Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi, Ankara 2009; Devlet Plânlama Teşkilâtı: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Plânu, Adalet Hizmetlerinde Etkinlik, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000; European Committee on Legal Co-Operation s. 21 vd.; Geciken Adalet Paneli (MBD 1987/20); Manisa Barosu: Adaletin Hızlandırılması (MBD 1988/25, s. 14-17); Konuralp, Halûk: 20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış (Yeni Türkiye 1996/10, s. 537-542); Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 119 vd.; Özbek-Tedbirler s. 232 vd.; Pekcanitez-Yargı Reformu s. 106 vd.; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler (Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s. 115-142), s. 117 vd.; Uyar, Talih: Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hâkim, Taraf ve Avukatların Rolü (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 152-169); Üstündağ, Saim: Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri (İBD 1974/5-8, s.270-289); Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000; Yılmaz, Ejder: Medenî Hukuk ve Usul Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye 1996/10, s. 470-493), s. 473 vd.; Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı s. 56 vd.; Yılmaz, Ejder: Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra ve İflâs Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler (TBBD 1998/3, s. 871-886), s. 877 vd.; Zuckerman s. 2 vd. Ayrıca, yargının hızlandırılmasına ilişkin olarak Avrupa’da yapılan çalışmalar hakkında bkz. Pekcanitez, Hakan: Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 52-74).

*“Hukuk davalarında, bugün için idarî yargıdan farklı olarak masraflar peşinen alınmamakta ve ihtiyaç duyuldukça masraf alınması yoluna gidilmektedir. Bu durum ise, yargılamada gecikmelerle ve hak kayıplarına yol açmaktadır. Bu sebeple, davanın başında, belirli bir miktar masraf avansı alınabileceğini öngören bir düzenlemeye açıkça yer verilmesi; masraf avansının gereğinin yerine getirilmesinin dava şartı olarak araştırılması olanağının yaratılması...”<sup>33</sup>.*

HUMK yürürlükteyken karşılaşılan bu sorun sebebiyle doktrinde, davanın başında gider avansı yatırılması önerisi ileri sürülmüştür:

*“1086 sayılı Kanununun 180. maddesi’nde, yargılama giderlerinden bir kısmını oluşturan dava dilekçesinin tebliği ve başka yerlerden getirilecek belgeler için gereken giderlerin dava açılırken peşin olarak ödenmesi hususu düzenlenmişti. Ancak bu hüküm gereği gibi uygulanmadığı gibi, tanık, davetiye masrafları, keşif veya davanın ileri aşamalarında yapılması muhtemel diğer giderler için gerekli masrafların ödenmesi gerektiğinde, davalar gereksiz şekilde uzamakta idi. Örneğin, bilirkişi giderinin süresi içinde yatırılmaması üzerine ikinci kez kesin süre verilmekte, hatta bu ikinci sürede, bilirkişi giderinin yatırılmamasının sonuçları ihtaren bildirilmediğinde üçüncü kez süre verilmesi gerekmektedir. Davanın başında avans alınması bu gecikmeleri önleyecek niteliktedir. Yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, tek başına davaların gecikme sebebi olmamakla birlikte, önemli etkenlerden biridir”<sup>34</sup>.*

Doktrinde haklı olarak eleştirilen, kanundan veya yerleşmiş yargı uygulamalarından kaynaklanan bu aksaklığın önlenmesi amacıyla, HMK’da davacının dava açarken gider avansı yatırması zorunluluğu getirilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Üçüncü Kısmında, “Yazılı Yargılama Usulü” ile ilgili hükümler yer almaktadır. Burada en önemli yenilik, davanın açılmasıyla davacıdan gider avansı alınmasının zorunlu olmasıdır. Böylelikle, dava sırasında her işlem için ayrı ayrı masraf alınması sebebiyle uğranılabilecek zaman kaybı önlenmek istenmiştir. Davanın başında davacıdan gider (masraf) avansı alınması, bu gecikmeleri önleyecek nitelikte görülmüştür.

Dava açılmasıyla ilgili “Harç ve avans ödenmesi” kenar başlıklı 120. maddede hükmü, davacının dilekçesini mahkemeye sunarken, açtığı davadan kaynaklanan yargılama giderlerinin, yaklaşık olarak mahkemece hesaplanarak kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğine<sup>35</sup> (HMKY) göre dava dilekçesi, tevzi bürosu, ön büro veya tevzi işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline teslim edilir (HMKY

33 Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 165-179), s. 178; Tanrıver-Hukuk Yargısının Temel Sorunları s. 141.

34 Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, 69-78), s. 75; Pekcanitez, Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 3-31), s. 20-21.

35 RG 03.04.2012, Sa. 28253.

m. 36, 1). Uygulamada davacının yatırması gereken gider avansı, adliyedeki hukuk tevzi büroları, ön büro uygulamasına geçen adliyelerde<sup>36</sup> ise, dava dilekçesinin verilmesi, havalesi, harç ve gider avansının yatırılması işlemleri ön büroda toplandıktan, ön büro tarafından tahsil edilmektedir<sup>37</sup>.

Hangi masrafların yargılama giderleri kapsamına girdiği Kanunda belirlenmiş<sup>38</sup> (HMK m. 323), ayrıca davacının davayı açarken ödemek zorunda olduğu giderin peşin olarak tahsilinden sonra, taraflardan her birinin ikamesini talep ettiği delil için belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırma zorunluluğu getirilmiştir<sup>39</sup> (HMK m. 324).

HMK m. 322, 1 uyarınca, HMK ve diğer kanunlarda basit yargılama usûlü hakkında hüküm bulunmayan hâllerde, yazılı yargılama usûlüne ilişkin hükümler uygulanacağından, HMK m. 118 vd. hükümleri basit yargılama usûlüne tâbi dava ve işler (HMK m. 316) için de geçerlidir. Dolayısıyla, davacının yatırması gereken gider avansını düzenleyen HMK m. 120 hükmü, basit yargılama usûlüne tâbi dava ve işlerde de uygulanmaktadır. Buna ilaveten, diğer kanunların sözlü yahut serî yargılama usûlüne atıf yaptığı hâllerde, HMK'nın basit yargılama usûlü ile ilgili hükümleri uygulanacağından, gider avansını düzenleyen HMK m. 120'nin bütün yargılama usûllerinde ve geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

“Harç ve avans ödenmesi” başlıklı HMK m. 120 hükmü şu şekildedir:

“MADDE 120- (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”.

Görüldüğü gibi HMK m. 120'de genel bir düzenlemeyle, davanın türü, tarafların özellikleri, dava konusunun miktar veya değeri, görevli mahkeme ve davada uygulanacak yargılama usûlüne göre bir ayırım yapılmayarak, bütün

36 “Mahkeme Yönetimi Sistemine Destek Projesi” (Project on Support to the Court Management System in Turkey) kapsamında, 05.01.2012 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi (Council of Europe) tarafından Adalet Bakanlığıyla müştereken belirlenen pilot adliyeler, Aydın, Konya, Manavgat, Mardin ve Rize adliyeleridir.

37 Ön büro, davanın açılmasından başlamak üzere yargılama ile ilgili bütün işlemler ile mahkemelere sunulan veya mahkemelerden talep edilen her türlü evraka ilişkin işlemlerin yapıldığı, genellikle adliyelerin giriş kısımlarında bulunan ve tüm hukuk mahkemelerine hizmet veren yazı işleri birimidir (HMKY m. 4, 1/k).

38 Yılmaz-Yargılama Harç ve Giderleri s. 20-21.

39 Budak s. 157; Karşılı, Abdurrahim: Notlu, Gerekeçeli, Karşılaştırmalı ve Emsal Kararlarla 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s. 324; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Notlu-Gerekeçeli-Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2012, s. 172; Yılmaz-Şerh s. 22.

davalarda gider avansı yatırma zorunluluğu getirilmiştir<sup>40</sup> (HMKY m. 45). Yalnız, adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verileinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmamaktadır (HMK m. 335-337; HMKY m. 45, 2).

HMK m. 120'de öngörülen, davacının gider avansı yatırması, mülga Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin, "*Harç ve masraflar için avans olarak para yatırılabilceği*" başlıklı 35. maddesinde öngörülmüş olması sebebiyle yeni bir düzenleme olmasa da, HTMYİ'de gider avansının yatırılması zorunlu tutulmamış, tarafların isteğine bırakılmıştır. Oysa HMK m. 120'de davacının, dava açarken gider avansını mahkeme veznesine yatırması ihtiyarî olmayıp zorunludur. HMK, gider avansının yatırılmasını zorunlu tutması hasebiyle, mülga HTMYİ'den ayrılmaktadır. HMK m. 120'nin gerekçesinde, bu zorunluluğun sebebi şöyle açıklanmıştır:

"Madde 120- 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 tarifeye göre belirleneceği, maddede yer almıştır.

Maddede yapılan bu düzenlemeyle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır"<sup>41</sup>.

HMK m. 114, 1/g ile, "davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması" dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme sebebiyle mahkeme, dava şartı noksanlığı olarak gider avansının yatırılmadığını veya tamamlanmadığını (gider ve tamamlama avansının yatırılmadığını) tespit ederse, dava şartı yokluğundan "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 usûlden reddeder (HMK m. 115, 2; HMKY m. 45, 2).

40 Karşlı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 398; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 300; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 296; Tanrıver, Süha: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBB 2012/99, s. 15-34), s. 24; Tutumlu, Mehmet Akif: Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012, s. 99-100; Yılmaz-Yargılama Harç ve Giderleri s. 22-23; Yılmaz-Şerh s. 800-801.

41 Budak s. 157; Karşlı-Kanun s. 149-150; Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s. 172, dn. 165; Yılmaz-Şerh s. 800, dn. 22.



HMK gereğince dava açılırken mahkeme veznesine yatırılacak olan gider avansının miktarı ile avansın ödenmesine ilişkin usûl ve esasları göstermek üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi (GAT) yayımlanmıştır<sup>42</sup>. Davacı, bu Tarifede gösterilen gider avansını, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri kapsamaktadır (GAT m. 3; HMKY m. 45, 1).

Gider avansının kullanılmayan kısmı, hükmün kesinleşmesinden sonra, yazı işleri müdürü tarafından ilgisine (davacı veya davalıya) iade edilir (GAT m. 5, 1) ve taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, hükümde belirtilir (HMK m. 297, 1/ç; HMKY m. 47, 1). Gider avansının kullanılmayan kısmının hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iadesi için, davacının talepte bulunması gerekmez. Mahkeme, hükmün kesinleşmesinden sonra, atılan avansın kullanılmayan kısmının iadesine kendiliğinden karar verir<sup>43</sup>. Bu kararın tebliğ gideri iade edilecek avanstaki karşılıktır (HMK m. 333). Gider avansının iadesi, davacının bildirdiği banka hesap numarasına elektronik ortamda havale suretiyle yapılır. Davacı banka hesap numarası bildirmemişse artan gider avansı, masrafı avanstaki karşılıktaki suretiyle, PTT merkez ve işyerleri vasıtasıyla adreste ödemeli olarak iade edilir (HMKY m. 47, 1; GAT m. 5, 1).

HMK ile öngörülen, davacının dava açarken gider avansı yatırması zorunluluğuna benzer bir düzenleme, mukayeseli hukukta, 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda (*Schweizerische Zivilprozessordnung*, sZPO) bulunmaktadır. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda yargılama giderleri 95. maddede sayılmış olup, mahkeme, davacıyı, tahmini yargılama giderleri tutarında bir gider avansını ödemeye mecbur tutabilir<sup>44</sup> (sZPO a. 98). İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda da, HMK m. 114, 1/g'ye benzer şekilde, gider avansının yatırılmış olması ve masraflara ilişkin teminatın (sZPO a. 99) gösterilmiş olması, dava şartları arasında sayılmıştır<sup>45</sup> (sZPO a. 59, 2/f). İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu ile HMK arasındaki bu benzerlik, HMK'daki hükümler hazırlanırken İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunundan yararlanıldığını göstermektedir.

42 RG 30.09.2011, Sa. 28070.

43 Doktrinde, gider avansının kullanılmayan kısmının hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iadesini öngören HMK m. 333 ve GAT m. 5, 1 hükümleri eleştirilmekte, avans olarak tahsil edilen ve zaman içerisinde büyük miktarlara ulaşan gider avansının muhafazasının sorun doğuracağına dikkat çekilmektedir (Tanrıver-Düşünceler s. 25).

44 Gehri, Myriam A./Walther, Fridolin: *Swiss Laws on Civil Procedure*, Zürich 2010, s. 53. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı (Çev. Murat Atalı) (MİHDER 2005/1, s. 123-188), s. 141; Atalı, Murat: İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler (MİHDER 2006/3, s. 607-631).

45 Gehri/Walther s. 44.

**B) İdarî Yargılama Usûlünde Gider Avansı**

HMK'da öngörülen, davanın açılmasıyla davacıdan gider avansı alınmasına benzer bir yöntem, idarî yargılama usûlünde uygulanmaktadır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun<sup>46</sup> (İYUK) 60. maddesine göre, "Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu suretle yapılacak **tebliğlere ait ücretler ilgililer tarafından peşin olarak ödenir**". Bu hüküm uyarınca Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına veya buralara gönderilmek üzere İYUK m. 4'te belirtilen yerlere dava dilekçesi verildiğinde, öncelikle harç ve posta ücretleri alınmakta, bundan sonra dava dilekçesinin deftere kaydı yapılmakta ve dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılmaktadır<sup>47</sup> (İYUK m. 6, 1). Ancak idarî yargılama usûlünde davacıdan, masraf avansı kapsamında keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler değil, sadece yargılama harcı ile posta ücreti masraf avansı olarak alınmakta, bu giderleri karşılayacak tutar da düşük kalmaktadır<sup>48</sup>. İdare veya vergi mahkemesince, örneğin bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmesi durumunda, bilirkişi incelemesi için gereken masraf, tarafların birinden veya her iki taraftan birden avans olarak istenilmektedir.

İdarî yargılama usûlünde masraf avansının yatırılmamasının yaptırımı da HMK'dan farklı düzenlenmiş olup, davacının yatırmaması gereken masraf avansını yatırmış olması dava şartı değildir. Davacının, herhangi bir sebeple harcı veya posta ücretini vermeden veya eksik harç veya posta ücreti vererek dava açmış olması hâlinde, otuz gün içinde harcı ve posta ücretini vermesi veya tamamlaması hususu, mahkemece davacıya tebliğ edilir. Bu tebligata rağmen davacı masraf avansını yatırmaz veya ikmal etmezse, söz konusu bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Bu ikinci tebligat da sonuçsuz kalır ve harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa, ancak o zaman mahkemece "davanın açılmamış sayılmasına" karar verilir ve bu karar davacıya tebliğ olunur<sup>49</sup> (İYUK m. 6, 4).

Harç ve posta ücreti dışında kalan yargılama giderleri için ise, dava açılırken davacıdan gider avansı alınmadığından, gerekli gider daha sonra tarafların birinden veya her iki taraftan birden ara kararıyla avans olarak istenilmektedir. Tarafların, masraf avansı yatırılmasına dair ara kararın gereğini yerine getirmemesinin yaptırımı ise, dava dosyasındaki bilgiler davanın çözümü

46 RG 20.01.1982, Sa. 17580.

47 Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010, s. 1023; Umar s. 363.

48 İdare mahkemesinde açılan, yürütmenin durdurulması talepli bir iptal davasında 2011 yılı tarifesine göre alınan masraflar şunlardır: Başvurma harcı 18.40-TL, karar harcı 18.40-TL, vekâlet harcı 2.90-TL, yürütmenin durdurulması harcı 30.30-TL. Böylece harç toplamı 70-TL'dir. Ayrıca, masraf avansı olarak 84-TL posta ücreti alınmakta olup, bununla birlikte iptal davasının maliyeti toplam 154-TL olmaktadır.

49 Gözübüyük/Tan s. 2024-1025.



için yeterli olduğu takdirde, davanın sırf bu eksiklik (istenilen masraf avansının yatırılmaması) yüzünden, dava şartı yokluğundan reddi olmamaktadır<sup>50</sup>.

50 “Dosyanın incelenmesinden, mahkemece 23.6.1997 ve 26.9.1997 tarihli ara kararlarıyla davacıdan bilirkişi ücreti ile defter ve belgelerinin istendiği, defter ve belgelerin ibraz edildiği, **bilirkişi ücretinin ise süresinde yatırılmadığı anlaşılmıştır**. Bu durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 415. maddesi uyarınca bilirkişi ücretinin ilerde haksız çıkardan alınmak üzere devlet hazinesinden (davalı idareden) karşılanması suretiyle vergi mahkemesince bilirkişi incelemesi yaptırılması ve inceleme sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, **salt davacının bilirkişi ücretini yatırmadığı gerekçesiyle davanın reddinde isabet görülmemiştir**. -İdari yargı sisteminde re’sen araştırma ilkesi esas olup, bu ilke, 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinde açıklanmıştır. Bilirkişi incelemesi için ise 2577 sayılı Kanunun 31. maddesiyle gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde, mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebileceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dini enmeyeceği hükmüne yer verildikten sonra, aynı kanunun 415. maddesinde, re’sen icrası emrolunan muamelenin istilzam ettiği masraf iki taraftan birinin veya her ikisinin tetkiye etmesine karar verilerek bunun için takdir olunacak meblağın mahkeme kalemine tevdi olunacağı, tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tetkiye olunmaz ise ilerde icap edenlerden istifa olunmak şartıyla devlet hazinesinden tetkiye olunmasına karar verilebileceği hükmüne bağlanmıştır. -Bu hükümler karşısında, vergi mahkemesince re’sen tarhiyat için ileri sürülen iddiaların yükümlünün defter ve belgeleri üzerinden incelenerek bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle, defter ve belgelerin mahkemece incelenmesi yoluna gidilmesi, bu suretle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmaması halinde ise bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilerek **bu iş için gereken masrafın öncelikle tarafların birinden veya her iki taraftan birden istenilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde ise masrafın ilerde haksız çıkardan alınmak üzere Devlet hazinesinden karşılanması gerekmektedir**. -Bu nedenle, vergi mahkemesince yasaların bu açık hükümlerine rağmen, **bilirkişi incelemesi için gereken masrafın yükümlü tarafından süresinde ödenmediği ana gerekçesiyle iddialarını kanıtlamadığı kabul edilerek davanın reddedilmesinde yasal isabet görülmediğinden** bu hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle yeniden karar verilerek üzere mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir. -213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3 (B) maddesinde, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin esas olduğu belirtilmiş, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri öngörülmüş, buna göre bakılan davalarla ilgili **dosyada mevcut bilgi ve belgelerin gerçeğe ulaşılmasına yeterli görülmemesi hallerinde mahkemelerce madde hükmünde öngörülen her türlü incelemenin yapılacağı vurgulanmıştır**. -...mahkeme tarafından 26.9.1997 tarihinde verilen ara kararı ile bilirkişi incelemesine karar verilerek, bilirkişi ücreti ve yol gideri olarak **belirli bir avansın davacı tarafından kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içinde mahkeme veznesine yatırılması, verilen sürenin kesin süre olduğu, aksi takdirde mevcut bilgi ve belgelere göre karar verileceğinin taraflara tebliğine** karar verildikten sonra hem ara kararının gereğinin yerine getirilmediği ve hem de önerilen süre geçmesine rağmen **bilirkişi ücretinin yatırılmamış olduğu gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmıştır**....-Öte yandan, kaybedilmesi nedeniyle ibraz edilemeyen satış faturalarının, tamamının borsaya kayıtlı satışlara ilişkin olduğu yolundaki yükümlü iddiası inceleme raporuna ekli tutanağın 4’üncü maddesinde yer aldığı gibi ara kararına verilen yanıtta da yinelenmiş olup, bu iddianın da araştırılması gerekirken bu hususta herhangi bir araştırma yapılmaksızın **bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere istenilen avansın öngörülen sürede yatırılmamış olduğu da belirtilerek davanın reddinde yasaya uygunluk görülmemiştir**” (D 11. Daire 06.10.1998, 5035/3169: KBİBB).

Görüldüğü gibi İYUK'ta, yatırılması öngörülen masraf avansının miktarı HMK'dan daha düşüktür ve yatırmamanın yaptırımını daha hafiftir. Bunun sebeplerinden biri de hiç kuşkusuz, İYUK m. 20'de düzenlenen re'sen araştırma ilkesidir. Bu maddeye göre, *"Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir"*.

İYUK m. 20 uyarınca idarî yargı yerleri, önlerine gelen uyuşmazlıklarda her çeşit incelemeyi kendiliklerinden yaparlar. İdarî yargılama usulünde bu ilke, idare karşısında güçsüz durumda olan gerçek veya tüzel kişiyi korumak için kabul edilmiştir<sup>51</sup>. Bu ilke doğrultusunda İYUK m. 20, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü evrakın verilmesini, taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükümünü içermektedir<sup>52</sup>.

51 "Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi **maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak** iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, **tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.** Bu tür inceleme ve araştırmaların re'sen inceleme yetkisinin gereği olarak yapılması, idari yargı yetkisinin kullanımına 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamaya aykırı değildir" (DVDDGK 21.02.1997, 209/124: KBİBB).

52 Gözübüyük/Tan s. 1107. "Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilmektedir. -AİHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak, **mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmeli** (silahların eşitliği), buna bağlı olarak da toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı tanınmalıdır. -2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin olayla ilgili kısımlarında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, **mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri;** taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin mahkemece önceden takdir edileceği ve ara kararında bu hususun ayrıca belirtileceği; ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine .... ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Yasayla 'Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez' hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan 'Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez' tümcesi ise yürürlükten kaldırılmıştır" (DİDDGK 12.06.2008, 3292/1633: KBİBB).

Hukuk yargılama usûlünde ise taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup hâkim, kanunda öngörülen istisnalar dışında, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz (HMK m. 25, 1). Yine bu ilke uyarınca hâkim, Kanunla belirtilen durumlar dışında, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25, 2). Tarafların menfaatlerini en iyi yine tarafların koruyabileceği düşüncesinden hareketle hukuk yargılama usûlünde kabul edilen taraflarca hazırlama ilkesi<sup>53</sup> (taraflarca getirilme ilkesi, dermeyer ilkesi, *Verhandlungsgrundsatz*, *Beibringungsgrundsatz*), idarî yargılama usûlüne uygun değildir. Zira idarî yargılama usûlünde, serbest delil sistemi kabul edilmiştir, idarenin denetlenmesinde sadece şahsî değil kamu yararı vardır, idarî mevzuatta birlik yoktur, idarenin işlem ve eylemlerinin niteliği, özel hukuk işlem ve ilişkilerinden farklıdır<sup>54</sup>.

### 3. YARGILAMA GİDERLERİYLE HAK ARAMA HÜRRİYETİNİN KULLANILMASI ARASINDAKİ DENGE

Anayasanın 36. maddesinin birinci fıkrasında “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” kuralı yer almaktadır. Hak arama hürriyeti, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte, aynı zamanda ferdî ve içtimaî sulhü güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır<sup>55</sup>. Anayasanın 36. maddesi hak arama hürriyetini tanıırken, herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Davaların çabuk sonuçlanması gibi, kamu yararının varlığını gösteren nedenler, Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde ele alındığında tek başına haklı bir sınırlama nedeni olarak gösterilemez. Hak arama hürriyetinin Anayasada yer alması yalnız başına yeterli olmayıp, bu hakkın etkin şekilde, serbestçe, hukukî, usûlî ve ekonomik engellerle karşılaşmadan kullanımının da sağlanması zorunludur. Bu hürriyetin kullanılması olabildiğince kolaylaştırılmalı, müspet ya da menfi sonuç almayı geciktiren ve güçleştiren engeller kaldırılmalı, gerekli sosyal ve ekonomik önlemler alınarak bir denge kurulmalıdır<sup>56</sup>. Hak arama hürriyetinin yargılama hukukundaki somut görümler-

53 Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 11-15, 88; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 184; Karlı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 262-263; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 351; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 251; Üstündağ s. 240-242; Yavaş, Murat: Mevzuat Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 283-335), s. 286; Yılmaz-Şerh s. 261-262.

54 Gözübüyük/Tan s. 25-27, 1073.

55 Anayasa Mahkemesi 14.01.2010, 27/9 (RG 17.03.2010, Sa. 27524).

56 Akkan s. 50; Çelebi s. 259; Gümüş s. 175-176; Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 43-44; Pınar/Meriç s. 197, 200-201; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 95; Yaşar s. 95; Yılmaz-İnsan Hakları s. 156; Yılmaz-Yargılama Giderlerinin İşlevi s. 204; Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı s. 58-59; Yılmaz-Aksak Adaletten İşleyen Adalet s. 475; Yılmaz-Şerh s. 1429; Yılmaz/Yılmaz s. 235.

rinden biri ve belki de en önemlisi, dava açmak yoluyla mahkemeye erişimdir. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, “*dava kavramının, öncelikle hak arama özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hak arama özgürlüğünün kullanım biçimlerinden biri yargı organlarına başvuru; yargı organlarına başvuru yollarından biriyse, dava açmaktır*”<sup>57</sup>.

Yargılama harç ve giderleriyle hak arama hürriyeti (ve bu hürriyetin yargılama hukukundaki kullanım şekli olan dava açmak suretiyle mahkemeye erişim hakkı) arasındaki sıkı ilişki, doktrinde şöyle ifade edilmiştir:

“*Bu hakkın kullanılabilmesinde, ‘yargılama giderlerinin miktarı’ önemli bir yer işgal eder. Mahkemeye başvuru anında, talepte bulunanın büyük harç ve giderleri ödemekle karşılıklı kılması halinde, kişi mahkemeye başvuramayabilir. Bunun ötesinde, ileride davanın kaybı halinde karşı taraf lehine ödenecek olan ağır yargılama giderlerinin bulunması, davayı kayıp riskini de göz önüne aldığımızda hak arama özgürlüğünü engelleyebilir. İşte bu nedenle, yargılama harç ve giderleri, bu açıdan bir engel teşkil etmeyecek tarzda tesbit edilmelidir*”<sup>58</sup>.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, yargılama giderlerinin miktarı, adalete erişim hakkının ve hak arama hürriyetinin kullanılabilmesinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu noktada yargılama giderlerinin sadece miktarı değil, tahsil edilme zamanı ve şekli de kuşkusuz hak arama hürriyetinin kullanımını etkileyecektir. Yargılama giderlerinin yüksekliği nispi bir konudur. Zengin bir kişi için düşük olan yargılama giderleri, fakir bir kişi için yüksek olabilir. O hâlde yargılama giderlerinin yüksek olup olmadığına, tahsil edilme şekli ve zamanına karar verirken, sadece miktarına değil, gideri karşılamakla yükümlü olan kişinin sosyal ve ekonomik durumuna (bilhassa gelir düzeyine) ve dava konusunun miktar veya değerine de bakmak gerekir<sup>59</sup>.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, hak arama hürriyetinin önemini vurgulamaktadır. Örneğin:

“Anayasa’nın 36. maddesinde; ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz’, denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan **dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır.** Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili

57 Hanağası s. 41.

58 Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı s. 58; Yılmaz-Aksak Adaletten İşleyen Adalet s. 475.

59 Çelebi s. 259; Stalev, Zhivko: Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması (Çev. Ejder Yılmaz) (AÜHFD 1976/1-4, s. 151-183), s. 161-162; Yılmaz/Yılmaz s. 236.

ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilmesidir. **Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.** -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s 12, paragraf 37 (b)); **mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği** (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s. 12) belirtilmiştir<sup>60</sup>.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında “sosyal hukuk devleti” ilkesini tanımlamakta ve bu ilkenin unsurlarını sıralamaktadır. Anayasa Mahkemesinin farklı kararlarında yaptığı tanımlar incelendiğinde, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen “sosyal hukuk devleti”, eylem ve işlemleri hukuka uygun ve bağımsız yargı denetimine tâbi olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve hürriyetleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişi hak ve hürriyetleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama hürriyetinin önündeki engelleri kaldıran devlettir<sup>61</sup>.

Görüldüğü gibi Anayasaya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre sosyal hukuk devleti, her şeyden önce adaletli bir hukuk düzeni kurmakla yükümlüdür. Adaletli bir hukuk düzeni ise, alacaklının alacağına kavuşmasını ve hak arayan kişilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması, hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkının önündeki engelleri kaldırmakla mümkündür<sup>62</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, yargılama harç ve giderleriyle hak arama hürriyeti arasında sıkı bir ilişki ve hassas bir denge bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun<sup>63</sup> “nisbi harçlarda ödeme zamanı” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci tümcesinde yer alan, karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâmın verilmeyeceğine dair hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği kararında, yargılama harçlarıyla hak arama hürriyeti arasındaki hassas dengeyi şu şekilde belirtmiştir:

“Başvuru kararlarında, davacı tarafın davayı kazandığı halde ilamı alarak icra takibinde bulunabilmesinin, ilam ile karşı tarafa yüklenen bir ödevin yerine getirilmesi koşuluna bağlandığı, itiraz konusu kuralda, ilgiliye karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilamın verilmeyeceği belirtildiğinden davayı kazanan da-

60 Anayasa Mahkemesi 03.02.2011, 83/29 (RG 14.05.2011, Sa. 27934).

61 Anayasa Mahkemesi 11.06.2009, 56/84 (RG 27.03.2010, Sa. 27534).

62 Hanağası s. 51; Sungurtekin-Özkan s. 568-569.

63 RG 17.07.1964, Sa. 11756.



vacıya da verilmemesinin mahkemeye erişim bağlamında davacının hak arama özgürlüğünü engellediği belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. -Harç, idarece yapılan bir hizmetten yararlananlardan bu hizmet dolayısıyla alınan para, diğer bir deyimle verginin özel ve ayrık bir türüdür. Bu nedenle diğer harçlarda olduğu gibi, yargı harçlarında da kural; harcın, davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi tarafından ödenmesidir. Ancak yargı yoluna başvurmak, başvuran kişiye bir harç yükümlülüğü yüklediği gibi, **başvuranın haklı çıkması halinde bu yükümlülük yer değiştirmekte ve davada haksız çıkan tarafa yükletilmektedir.** Bu nedenle nisbi harca tabi davalarda, yargılama sonunda ödenecek harç miktarıyla birlikte, harcın gerçek sorumlusu da mahkeme kararıyla belirlenmektedir. -Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan **hukuk devleti**, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve **hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran** devlettir. -Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında 'herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' kuralı yer almaktadır. -Hak arama özgürlüğü, **diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan** en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda **toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır.** -Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, **sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır.** Dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nisbi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır. -Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir"<sup>64</sup>.

Dava açan kişilerin sosyal durumları birbirinden farklıdır. Tüm davacıların, sosyal ve ekonomik yönden birbirine eşit olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bu düşünceyle hareket eden kanun koyucu, iş ve tüketici davaları gibi bazı davalarda, nispeten işverene ve satıcıya karşı zayıf olan işçi ve tüketiciyi korumak amacıyla istisnaî hükümlere yer vermiştir. Sosyal Devletin, sosyal kamu düzeni kuralları çerçevesinde çalışanlar ve işçileri koruyucu tedbirler alması zorunludur. İşverenlerin ekonomik yönden güçlü oluşları nedeniyle, iş ilişkisinin bağımlı ve zayıf süjesi olan işçiler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin giderilmesi için, Anayasada belirtilen kurallara dayanılarak, yürürlükteki hukuk kurallarında genel olarak işçi haklarının

korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir<sup>65</sup>. Bu konudaki temel hükümlerden olan Anayasanın 49. maddesinde devlete, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ödevi yüklenmiştir. Bu bağlamda doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere yargılama giderleri, sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olmalı, ekonomik bakımdan güçlüler ile güçsüzlere arasındaki eşitsizliği tamamen ortadan kaldırmalı, hak arayanlar için yük teşkil etmeyecek, onları hak aramaktan vazgeçirtmeyecek ölçüde ılımlı (mutedil) olmalı ve hak arayanlara eşit olanaklar sağlamalıdır<sup>66</sup>.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye davasında, yargılama harçlarıyla hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkı arasındaki dengeye şu şekilde işaret etmiştir:

“Başvuranlar, mahkeme masraflarının imkânlarının ötesinde olması nedeniyle mahkemeye erişim haklarından yoksun bırakıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, adli yardım taleplerini reddeden idare mahkemesi kararının adil olmadığını ifade etmişlerdir. Bu bağlamda, yoksul durumda olduklarını tasdik eden ilgili belgeleri sunmuş olmalarına rağmen İdare Mahkemesi'nin, bir avukat tarafından temsil edildikleri için adli yardım tanımayı reddettiğini ifade etmişlerdir. -Hükümet, bu iddiaya itiraz etmiştir. Yerel mahkemelerin kararlarının yerel mevzuata uygun olarak verildiğini ve başvuranların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir. -AİHM, 'mahkeme hakkı'nun kati olmadığını yinelemiştir. Çıkarımların yol açtığı kısıtlamalara tabi olabilir; **zira erişim hakkı doğası gereği Devlet tarafından düzenleme gerektirir**. 'Medeni hak ve yükümlülükleri' ile ilgili nizalar konusunda karar verilmesi için davacılara mahkemeye erişim hakkını garanti eden AİHS'nin 6 § 1. maddesi, Devlet'e bu amaca yönelik olarak başvurulacak yollara ilişkin seçme özgürlüğü verir; ancak, **Sözleşme'ye taraf olan Devletler bu açıdan belli ölçüde bir takdir hakkına sahip olsalar da AİHS şartlarıyla uyuma ilişkin son karar AİHM tarafından verilir** (bkz. Kreuz - Polonya, no. 28249/95). -Mahkemeye erişime ilişkin getirilen bir kısıtlama, **meşru bir amaç gütmeyeceği ve ulaştırılması istenen**

65 Gümüş s. 175-176; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, Ankara 2011, s. 11-16; Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2, Ankara 2009, s. 60-61; Sungurtekin-Özkan s. 572-573; Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 15-16; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 94-95. Örneğin Alman hukukunda, işçilerin açacağı hukuk davaları yargılama giderlerinden muafır (Yılmaz/Yılmaz s. 240). Almanya'da hukuk sigortasının en azla harcama yaptığı davalar iş davaları olup, sigorta şirketlerinin yıllık harcamalarının %30'dan fazlasını iş kanunu kapsamında görülen davalar oluşturmaktadır (Knopp, J. Günter: Almanya'da Adalete Erişim, Adalete Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 25-28), s. 27.

66 Karşı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 632; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 730; Pınar/Meriç s. 202; Sungurtekin-Özkan s. 569; Yılmaz-Yargılama Giderlerinin İşlevi s. 202, 211; Yılmaz-Aksak Adaletten İşleyen Adalete s. 476; Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı s. 57; Yılmaz-Şerh s. 1429; Yılmaz/Yılmaz s. 236.

**meşru amaçla başvuru yolları arasında makul bir orantı ilişkisi olmadığı sürece, 6 Ş 1. madde ile uyumlu olmayacaktır** (Tolstoy Miloslavsky - İngiltere, 13 Temmuz 1995 tarihli karar). AİHM içtihadına göre, adaletin adil bir şekilde işlemesi menfaatine mali sınırlama getirilebilir. AİHM, geçmişte, hakkında karar vermeleri istenen iddialar ile bağlantılı olarak **hukuk mahkemelerine ücret ödeme şartının, AİHS'nin 6 Ş 1. maddesine aykırı olarak mahkemeye erişim hakkına kısıtlama olarak değerlendirilemeyeceği kararını vermiştir**. Örnek bir davanın özel şartları (başvuranın ödeyebilme kapasitesi de dahil) ışığında değerlendirilen ücret miktarı ve kısıtlamanın getirildiği dava aşaması, bir kişinin erişim hakkına sahip olup olmadığını ve 'bir mahkeme tarafından davasının' görülüp görülmediğini değerlendirmede önemli faktörlerdir (bkz., yukarıda anılan Kreuz). -Bu davada, AİHM, **başvuranlara koşulan mahkeme masraflarını ödeme şartının mahkemeye erişim haklarına aykırı bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığı konusunda karar vermelidir**. -AİHM, başvuranların kızının Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde ameliyat olduğunu ve ameliyat sırasında komaya girdiğini kaydetmiştir. Daha sonra komada çıkmıştır; ancak, kollarını ve bacaklarını hareket ettirememiştir. Bu olayın ardından, başvuranlar Dicle Üniversitesi hakkında tazminat davası açmak istemişlerdir. Bu davayı açmak için, yerel mevzuat uyarınca, 180.000.000 Türk Lirası'na varan mahkeme masraflarını ödemeleri gerekiyordu. Bu noktada, **Aralık 1998'de, bu miktarın, söz konusu dönemde geçerli olan aylık asgari ücretin dört kat fazlası olduğunun altı çizilmelidir**. Ayrıca, olayların olduğu dönemde başvuranların gelirinin olmadığı tartışmasız bir gerçektir. Bu gerçek, başvuranlar tarafından Diyarbakır İdare Mahkemesi'ne sunulan belgelerle desteklenmiştir. Ayrıca, Ekim 1998'de, bu belgelere dayanarak, Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranları, mahkeme masraflarını ödemekten muaf tutmaya karar vermiştir. Yukarıda belirtilenler karşısında, AİHM, **İdare Mahkemesi tarafından şart koşulan mahkeme masrafları miktarının başvuranlar üzerinde aşırı bir yük oluşturduğunu değerlendirmiştir**. - Sonuç olarak, AİHM, gelirleri olmayan başvuranların, **dönemin aylık asgari ücretinin dört kat fazlası olan mahkeme masraflarını ödemesi koşulunun uygun olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir**. -AİHM, söz konusu davada, başvuranların **mahkemeye erişim haklarına uygunsuz bir kısıtlama getirildiği kararına varmıştır**. Dolayısıyla, bu hususta, AİHS'nin 6 Ş 1. maddesi ihlal edilmiştir<sup>67</sup>.

İHAM'ın, Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye davasında, yargılama harçlarıyla hak arama hürriyeti arasındaki denge konusunda koyduğu bu ölçütler doktrinde de desteklenmekte ve tarafın ödemesi gereken harçların, kendisini hak arama yoluna başvurudan caydıracak kadar yüksek olmaması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Yargılama harç ve giderleriyle hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkı arasındaki dengenin korunması için, sosyal devlet karakterini ortaya koyacak bir ölçülülük ilkesi gözetilmelidir. Ölçülülük ilkesi uyarınca yargılama harç ve giderleri, ne mahkemelere başvuruyu engelleyecek (hak arama hürriyetini kısıtlayacak) kadar yüksek olmalı, ne de basit bir

67 Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye Davası, 17.07.2007, 52658/99 (KBİBB).



hak ihlâlinde veya tehdidinde, hemen mahkemelere başvuruyu özendirecek kadar düşük olmalıdır<sup>68</sup>.

Anayasa Mahkemesi de, hak arama hürriyeti kapsamında olan “mahkemeye erişim hakkı”nın kısıtlanmaması için, yargılama harç ve giderleriyle hak arama hürriyetinin kullanılması arasındaki dengenin korunmasına büyük önem vermekte ve konuyla ilgili İHAM kararlarına paralel olarak bu konuda uyulması gereken kıstasları, ölçülülük ilkesinden hareketle şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan ‘sosyal hukuk devleti’, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir. -Anayasa’nın 5. maddesinde, kişilerin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmaya uygun sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır. -Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ hükmüne yer verilmiştir. -Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Ceza yargılamasında re’sen araştırma ilkesi geçerli ve ilgilinin kendi rızası dışında hakkında kamu davası açılması söz konusu ise de, Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen temyiz incelemesi biçimindeki yargı hizmeti, harca tabi olmayan on beş sene ve daha fazla hapis cezalarına hükmedilmesi hâli dışında, temyiz hakkı bulunanın kendi iradesiyle yaptığı temyiz başvurusu üzerine verilmektedir. Söz konusu hizmeti talep edenlerden, bunun karşılığında harç alınması, harçlara ilişkin genel prensiplere aykırı değildir. -**Kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte**, bunun Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, ‘harcın miktarının makul olması’, ‘harcın alınmasında haklı bir amacın olması’, ‘ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması’ ve ‘ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması’ kriterlerine uyulması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.6.1995, No: 18139/91; Kreuz/Polonya, 18.6.2001, No: 28249/95; Bakan/Türkiye, 12.6.2007, No: 50939/99; Ülger/Türkiye, 26.6.2007, No: 25321/02). -Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, **harçlar dâhil ‘yargılama giderlerinden muafiyet’ sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır.** Yine

hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından da uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, **ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir.** -Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir"<sup>69</sup>.

#### 4. GİDER AVANSININ ANAYASAL VE YASAL İLKELERE UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A) Gider Avansının Dava Şartlarıyla Uyumsuzluğu

Yukarıda özetlenen kanun hükümlerinden görüldüğü üzere, davacının dava açarken (yargılama harçlarına ilaveten) yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gereken, taraflara ilişkin müspet (olumlu) dava şartı hâline getirilmiştir.

Davanın esastan incelenip karara bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan, hâkimce davanın her aşamasında re'sen nazara alınabilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen yargılama şartlarına dava şartları denir<sup>70</sup>. Dava şartları, HUMK yürürlükteyken (HUMK m. 188'deki atıf haricinde) açık bir kanunî dayanağa sahip değilken<sup>71</sup>, HMK m. 114, 1'de, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan genel dava şartlarının neler olduğu hususu özel olarak hükme bağlanmıştır.

Dava şartları, davaların daha çabuk ve ekonomik bir şekilde neticelenmesini sağlamaktadır<sup>72</sup>. Davacının yatırması gereken gider avansını yatırmış olması da bu düşünceyle, HMK'nın 114. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, davanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla bir dava şartı hâline getirilmiştir.

Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler<sup>73</sup> (HMK m. 115, 1). Dava şartları, mahkemenin davanın esası

69 Anayasa Mahkemesi 20.10.2011, 54/142 (RG 29.12.2011, Sa. 28157).

70 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 190; Ansay s. 202; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 402; Karşı-Medenî Muhakeme Hukuku s. 394; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 256; Kuru-Usul 2 s. 1343; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 292; Üstündağ s. 281; Yılmaz-Şerh s. 762-763.

71 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 190; Bilge/Önen s. 403; Kuru, Baki: Dâva Şartları (Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188), s. 149; Üstündağ s. 282.

72 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 197; Kuru-Dava Şartları s. 148.

73 "Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları dava şartlarından (6100 s. HMK. m.114/1-d) olup, bu husus **kamu düzeniyle ilgilidir.** Mahkeme, **dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.** (6100 s. HMK. m.115/1) Davada, davacı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki

hakkında incelemede bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır ve noksanlığı, davanın esasına girilmesini engeller<sup>74</sup>. Bu nedenle dava şartlarının bulunmadığı itirazına, “davanın dinlenmeyeceği (kabule şayan olmadığı, mesmu olmadığı) itirazı” da denir<sup>75</sup>. Tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan genel dava şartları, HMK m. 114, 1’de gösterilmiş, mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin dava şartları Kanunda tek tek sayılmıştır. Genel dava şartlarının HMK’da bu şekilde sayılması, bazı mahzurları davet ettiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir<sup>76</sup>.

Kanımcı, HMK m. 114, 1/g’de, davacının yatırması gereken gider avansını yatırmış olmasının genel dava şartları arasında belirlenmesi uygun olmamıştır. Gider avansı, davanın görülmesi sırasında, toplanacak deliller için gereken tahmini yargılamaya giderlerini (delil ikame avansını) karşılamakta olup, dava dilekçesinde belirtilse dahi, bu delillerin HMK çerçevesinde kabul edilebilir olup olmadığı, toplanıp toplanmayacağı, dolayısıyla giderlerin yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa, ispat yükü ve delil ikame yükü uyarınca hangi tarafça karşılanması gerektiği, dava açarken henüz belirli değildir. Davanın başındaki tüm bu belirsizlikler karşısında, davacının yatırması gereken gider ve tamamlama avansının yatırılmış olması, dar ve teknik anlamda dava şartı olarak kabul edilemez.

Gerçekten, HMK m. 114, 1’de sayılan genel dava şartlarının<sup>77</sup> varlığı ve

---

bir kısım delille de doğrulanmış bulunmasına göre, mahkemece yapılacak iş; Türk Medeni Kanununun 405. ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 56/1. maddeleri uyarınca davacının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön sorun sayılması, gerekirse Türk Medeni Kanununun 462/8. maddesi uyarınca işlem yapılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir. Bu yön gözönünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (2. HD 28.09.2010, 21480/21261: yayımlanmamıştır).

74 “Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. O nedenle; dava şartlarından biri olmadan açılan davada açılmış sayılır ve derdesttir” (HGK 10.12.1997, 2-803/1045: KBİBB).

75 Bilge/Önen s. 413; Hanağası s. 286; Postacıoğlu s. 231.

76 Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, s. 70-71; Doğan, Yusuf: Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, İstanbul Barosu Yayını, Yayın No: 129, s. 117-122), s. 120-121.

77 HMK m. 114, 1 uyarınca genel dava şartları şunlardır: Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevli olması, kesin yetki hâllerinde, mahkemenin yetkili bulunması, tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması, yasal temsilin işlerlik kazandığı hâllerde, yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması, davayı takip yetkisine sahip olunması, vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması, aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmemekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunması.

yokluğu, davanın başında belirlenebilir. Tahmini yargılama giderlerini karşılamaya matuf olan, davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olmasını, örneğin Türk mahkemelerinin yargı hakkı, görev, kesin yetki, taraf ve dava ehliyeti, davayı takip yetkisi veya kesin hüküm gibi mahkemeye, taraflara veya dava konusuna ilişkin genel dava şartlarıyla aynı nitelikte saymak mümkün değildir.

Genel dava şartlarından birinin eksik olması, davanın esasına girmeden, dava şartı yokluğundan (usûlden, mesmu olmadığından) reddine yol açmaktadır (HMK m. 115, 2). Bu nedenle, davacının yatırması gereken gider ve tamamlama avansının yatırılmış olması, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gereken müspet dava şartı olmakta ve bu husustaki eksiklik mahkemece kendiliğinden gözetilerek (HMK m. 115, 1) dava usûlden reddedilmektedir<sup>78</sup>. Gider avansının yeterli olmadığına dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir. Dava şartı olan gider avansının yatırılmaması veya tamamlanmaması hâlinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir (HMKY m. 45, 3). Ancak, davacının yatırması gereken gider ve tamamlama avansının yatırılmaması hâlinde öngörülen bu netice, iş ve tüketici mahkemelerinde görülen bazı davaların hususiyetleri nazara alındığında çok ağır bir yaptırımdır. Davacının dava açarken, delil ikame avansını da kapsayan bir gider avansı yatırması zorunluluğu, iş ve tüketici mahkemelerinde dava açan işçileri ve tüketicileri ayrıca bir malî külfet altına sokmakta, ekonomik yönden zayıf olan davacılar yönünden Anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin kullanılmasını zorlaştırmakta ve mahkemeden olumlu ya da olumsuz sonuç almayı güçleştirmektedir. Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin, hak arama hürriyetinin özünü zedeleme tehlikesi görmezden gelinemeyecek boyuttadır. Üstelik gider avansının ispat yükü ve delil ikame yüküyle ortaya çıkardığı tenakuz karşısında, yatırılmış olmasının dava şartı sayılması ayrı bir tehlike teşkil etmektedir.

Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olmasını dava şartı saymak yerine, bu hususun mahkemece kendiliğinden gözetileceğinin belirtilmesi, kanımca daha uygun olur. Mahkemece kendiliğinden gözetilebilecek her hususun dava şartı sayılması gerekli değildir. Nitekim doktrinde de, gider avansının yatırılmış olmasının bir vakıa durumu olduğu, bunun gerçekleşmiş olup olmadığına ise, hâkimin bir araştırma etkinliğine gerek olmadan dosyadan görülebileceği belirtilmektedir<sup>79</sup>.

Bir hususun dava şartı olup olmadığı, onun niteliğinden anlaşılır. Dava şartlarının nirengi noktası, sadece "mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılması" değil<sup>80</sup>, "varlığı veya yokluğunun, mahkemenin davayı esastan

78 Karşılı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 405; Kuru-Dava Şartları s. 185; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 266; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 301; Yılmaz-Şerh s. 770.

79 Umar s. 332.

80 Doktrinde, HUMK hükümleri nazara alınarak, dava şartları bakımından, yargılamada

*inceleyip karara bağlamasına engel olması*”dır<sup>81</sup> (HMK m. 115). Dava şartlarının temel özelliği, davanın esasına girmeye engel olmalarıdır<sup>82</sup>. Örneğin yargı hakkı, yargı yolu, görev, taraf ve dava ehliyeti, davaya vekâlet ehliyeti ve hukukî yarar gibi müspet dava şartlarının hepsinin müşterek özelliği, mahkemenin davayı esastan inceleyebilmesi için noksansız olarak mevcut olmasının zarurî oluşudur. Dar ve teknik anlamda dava şartlarında, taraflar dava şartının noksan olduğu (örneğin mahkemenin görevli olmadığı, taraf ve dava ehliyetinin bulunmadığı) davanın görülmesine (esastan karara bağlanmasına) muvafakat etseler bile, hâkim davayı dinlenebilir olmadığından (usûlden) reddetmek zorundadır. Zira dar ve gerçek anlamda dava şartları kamu düzeninden olup<sup>83</sup>, tarafların, bir dava şartının varlığı hususundaki anlaşmaları,

---

dava malzemesinin toplanması görevi hâkime verilmemişse, re’sen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı, dava şartlarında hâkimin, taraflarca getirilmesine gerek olmadan vakıaları araştırmasının söz konusu olmadığı görüşü ileri sürülmüştür. Hâkim, dava şartlarının gerçekleşmemiş olduğu yönünde şüphe duyarsa, bunu belirtir ve noksan dava şartının gerçekleşmiş olduğunu iddia ve ispat yükünü taşıyan taraf, bu konudaki vakia ve delilleri ikame eder (Alangoya-İlkeler s. 133; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 197). Bu konudaki görüşler için bkz. Hanağası s. 290-294; Üstündağ s. 282-283.

81 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 190, 197; Ansay s. 203; Belgesay, Mustafa Reşit: Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 32; Bilge/Önen s. 402, 413; Hanağası s. 296; Karlı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 394, 405; Kuru-Usul 2 s. 1344; Kuru-Dava Şartları s. 149, 185; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 257; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 299; Üstündağ s. 281; Yılmaz-Şerh s. 762.

82 “Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle; yargılama hukuku açısından ‘dava şartı’ ile ‘kesin hüküm’ kurum ve kavramlarının temel hukuki esasları üzerinde durulmasında yarar vardır. -Dava şartları, **mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır**. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil, **mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır**. -Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında **dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir**. Dava şartları, dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar var olmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığı öğrenilmesi durumunda, **mahkemenin davayı mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir**. -**Dava şartlarından bazıları olumlu (davanın açılması sırasında bulunması gerekir); bazıları ise olumsuz (davanın açılması sırasında bulunmaması gereken) şartlardır**. - Bu bağlamda, olayla sıkı bağlantısı nedeni ile hemen vurgulayalım ki, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması (olumsuz) dava şartıdır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun), dava sebeplerinin (vakıalarının) ve taraflarının aynı olması, maddi anlamda kesin hüküm oluşturur (HUMK m.237). Kesin hüküm, hem bireyler için hem de Devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenlilik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir” (HGK 15.12.2010, 8-627/649: KBİBB). Aynı yönde HGK 05.02.2003, 21-30/57 (KBİBB); HGK 01.10.1997, 14-516/751 (KBİBB).

83 “Türk hukukuna göre, **dava şartı ve temsil kamu düzeni ile ilgilidir**. Bu itibarla mahkemece davanın gerçek hasma yöneltilmiş olup olmadığını aramak zorunluğu vardır” (HGK 10.04.1989, 8-556/69: KBİBB). “Yargılama aşamasında yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun’un 177.maddesi ile: ‘Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında

mahkemeyi bağlamaz<sup>84</sup>.

Oysa davacının yatırması gereken gider ve tamamlama avansının yatırılmamış olması, mahkemenin davayı esastan inceleyebilmesine engel değildir. Zira gider avansı davanın esasıyla değil, yargılama giderlerinin karşılanmasıyla ilgilidir ve bu giderlerin daha sonra, tahkikat aşamasında sırası geldiğinde ödenmesine bir engel yoktur. Haddizatında gider avansına konu olan kalemlerin büyük çoğunluğu delil ikame avansından oluştuğundan, tahkikat aşamasına ilişkindir<sup>85</sup>. Nitekim HMK m. 324, 1’de, taraflardan her birinin, ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorunda olduğu belirtilerek, gider (delil ikame) avansının yatırılması için mahkemece süre verilebileceği ve tarafların bunu daha sonra yatırabileceği, isabetli olarak hüküm altına alınmıştır. Keza aynı maddeye göre, taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir (HMKY m. 45, 4). Böylece davanın sürüncemede kalmaması için, diğer tarafa gider avansı yatırma imkânını Kanun tanımıştır. Bu durumda taraflar, dava şartının noksan olduğu davanın görülmesine (esastan karara bağlanmasına) muvafakat ederek hâkimin davayı görmesini sağlayabilmektedir. Davacının yatırması gereken gider avansını yatırmadan açtığı davada noksan olan dava şartı, davalının muvafakatı ve gerekli giderleri üstlenmesiyle giderilebilmektedir. Bu durum, gider avansının davanın esası hakkında hüküm verilebilme şartı olmadığını göstermekte ve dava şartı sayılmasıyla bağdaşmamaktadır.

Gider avansını yatırmamanın yaptırımı, Kanunda “*davanın usulden reddi*” değil (HMK m. 115, 2), “*talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılması*” olarak benimsenmiştir (HMK m. 324, 2; HMKY m. 45, 4). HMK m. 324’te davacı veya davalı olarak bir ayırım yapılmamış olup, “*Taraflardan her biri*” denilerek, bu madde hem davacı hem davalı bakımından düzenlenmiştir. Oysa HMK m. 120’de, GAT ile belirlenen yargılama giderleri dava şartı sayılmıştır. Bu durum, HMK m. 120 ile 324 arasında bir tezat doğurmaktadır. Zira HMK m. 324’te yer alan gider avansı dava şartı değilken, HMK m. 120’de yer alan gider avansı dava şartı olmaktadır.

HMK m. 324’ün gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmıştır:

“ ‘Harç ve avans ödenmesi’ başlıklı 120 inci maddede davacının dava masraflarının karşılığı olarak avans ödemesi öngörülmüştür. Bu avans, davacı-

---

nafaka alacaklısı (davacı)nın yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.’ hükmü düzenlenerek kesin yetki kuralı konulmuştur. -Kesin yetki hükmü bulunan bir dava yalnız kesin yetkili mahkemede açılabilir. Taraflar yetki sözleşmesi ile, kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin yetkili olduğunu da kararlaştıramazlar. **Kesin yetki kuralı dava şartı olup mahkemece resen gözetilmesi gerekir.** -Ayrıca tarafların iradesine tabi olmayan, resen dikkate alınması gereken ve kamunun genel menfaatine uygun olan bu düzenleme aynı zamanda kamu düzenine ilişkin emredici bir hukuk normudur” (3. HD 28.05.2002, 5515/6086: KBİBB).

84 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 196; Kuru-Dava Şartları s. 150; Üstündağ s. 313; Yılmaz-Şerh s. 770.

85 Tutumlu s. 101.



nın 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 114 üncü maddede hüküm getirilmiştir. **Davacının avansı yatırmış olması dava şartlarındandır.** Şu hâlde davacı avansının yargılamanın devamı sırasında yetersiz kalması hâlinde, uygulanacak hüküm, bu maddeden ziyade 120 inci madde hükmüdür<sup>86</sup>.

HMK m. 324'ün gerekçesindeki esasın benimsenmesi hâlinde de farklı bir çelişki doğmaktadır. Zira bu gerekçeye göre, davacının delillerinin toplanması için ödemesi gereken gider avansı (delil ikame avansı) HMK m. 120'de düzenlenmekte ve davacının sorumlu olduğu gider avansı HMK m. 114, 1/g'de dava şartı sayılmakta; buna karşılık, davalının delillerinin toplanması için ödemesi gereken gider avansı (delil ikame avansı) HMK m. 324'te düzenlenmekte ve fakat, davalının sorumlu olduğu gider avansı dava şartı sayılmamaktadır. Kanun önünde eşitlik (Anayasa m. 10) ve adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşullarından (*conditio sine qua non*) olan silahların eşitliği ilkesine (Anayasa m. 36) aykırı olan böyle bir çözümün benimsenmesi mümkün değildir. Bu görüş benimsenecek olursa davacı, delillerinin toplanması için ödemesi gereken gider avansını (delil ikame avansını) dava şartı olarak yatıracığından, davalının masraf yatırmasına gerek kalmayacaktır. Oysa HMK'ya hâkim olan ilke, taraflardan her birinin ikamesini talep ettiği delil için gereken avansı (delil ikame avansını), kendisinin yatırmasıdır (HMK m. 324, 1). Benzer şekilde, davacının gider avansını yatırması sebebiyle davalının gider avansı yatırmasına lüzum kalmaması da kanuna aykırıdır. Zira davacı ve davalı, müştereken aynı delile dayanmış olabilirler. HMK m. 324, 1'e göre, "*Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler*". Örneğin, mal rejiminin tasfiyesi, katkı payı ve katılma alacağı (TMK m. 225-241) talepli olarak davacı kadının açtığı mal rejiminin tasfiyesi davasına karşı, davalı kocanın da aynı taleplerle açtığı karşı davada (HMK m. 133), davanın her iki tarafı da bilirkişi delilinin ikamesini birlikte talep edeceklerinden, gereken delil ikame avansını yarı yarıya (avans olarak) ödemelidirler (HMKY m. 45, 4). Bu davada, bilirkişi incelemesi için gereken giderin tamamının davacı kadından alınması, menfaatler dengesine ve HMK m. 324, 1 hükmüne aykırıdır. Böylece HMK m. 120 ile 324 arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır.

Görüldüğü gibi HMK m. 324'te, taraflardan her birinin (davacı veya davalının) ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen gider avansını (delil ikame avansını) yatırmak zorunda olduğu hükme bağlanmış ve bu husus bir dava şartı sayılmamıştır. Taraflardan birisi bu kanunî avans yükümlülüğünü yerine getirmese, diğer taraf delil ikame avansını yatırabilir. Aksi hâlde dava, dava şartı yokluğu gerekçesiyle usûlden reddedilmez ve sadece, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. Hiç kuşkusuz, tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerle, kanunlardaki özel hü-

86 Bkz. HMK m. 324'ün gerekçesi (Budak s. 354; Karlı-Kanun s. 323; Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun s. 348, dn. 431; Yılmaz-Şerh s. 1393, dn. 35).

kümler saklı olduğundan (HMKY m. 45, 4), hâkim tarafından re'sen başvuru deliller için gereken gider avansının, taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından süresinde ödenmemesi hâlinde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden karşılanması da mümkündür. Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olmasının, müspet dava şartı sayılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Gider avansının yatırılmış olması, yargılama giderlerini temin etmeye matuf olup, diğer dava şartları gibi mahkemenin davayı esastan inceleyip karara bağlamasına engel değildir ve klasik anlamdaki dava şartları tipolojisine yabancıdır. Bu bağdaşmazlık nedeniyle delil ikame avansı, dava şartı niteliğinde bir gider avansı kalemi olarak mütalâa edilemez ve diğer gider avansı kalemleri gibi dava şartı sayılamaz.

Gider avansının yatırılmış olması dava şartı sayıldığı takdirde, gider avansı yatırılmadan dava dahi açılmamakta ve dava dilekçesi (mahkeme tevzi bürosu, ön büro veya tevzi işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline) kabul edilmemektedir (HMKY m. 36, 1). Zira dava dilekçesi, dava harca tâbi ise harç ve gider avansı, harca tâbi değilse gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilmekte ve tevzi formunun bir örneği başvuru sahibine verilmektedir (HMKY m. 36, 2). Gider avansı yatırılmadan dava açılması durumunda ise, dava şartlarının davanın açılması sırasında noksansız bulunması gerektiğinden<sup>87</sup>, avansın yatırılmış olması, davanın esasına girilmesinden önce (dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra) yapılacak ön inceleme aşamasında (diğer dava şartlarıyla birlikte) incelenmek zorundadır (HMK m. 137, 1; HMKY m. 41, 1/b). Mahkeme ön incelemede, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir ve gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir (HMK m. 138). Hâkim, gider avansı yatırılmadan veya noksan yatırılarak dava açılmış olduğunu tespit ederse, davacıya gider avansını yatırması veya tamamlaması için iki haftalık kesin süre verir<sup>88</sup>. Bu sürede de dava şartı olan gider avansı ve

87 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 197; Yılmaz-Şerh s. 762-764.

88 "Mahkemece, davacı tarafa 6100 sayılı HMK'nun 114/1-g maddesine göre dava şartı kabul edilen ve 120/2 maddesi gereğince hesaplanan gider avansını 2 haftalık kesin sürede yatırması gerektiği aksi takdirde 115/2 ve 320/1 maddeleri gereğince dava şartı noksanlığından davanın usulden reddedileceği ihtar yapılmasına rağmen **davacı tarafından kesin sürede avansın yatırılmaması nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiş**, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. -Davacı vekiline 26.10.2011 tarihli celsede 250,00 TL gider avansını 2 haftalık kesin sürede yatırması gerektiği aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtar edilmiştir. Davacı vekilinin verilen süre içinde 2.11.2011 tarihinde parayı PTT Ankara Adliyesi Şubesine yatırdığı, aynı tarihte ilgili makbuzu, cevaba cevap dilekçesi ve delil listesini Ankara 2. Tüketici Mahkemesi'nin 2011/2660 muhabere numaralı evrakı üzerinden mahkemeye gönderdiği, evrakların duruşma günü mahkemeye ulaştığı yazı işleri müdürünün havalesinden anlaşılmaktadır. Böylece **davacı ara kararı zamanında yerine getirmiştir. Bu durumda ara kararının yerine getirildiği gözetilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken** yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir" (13. HD 14.11.2011, 1581/2539; yayımlanmamıştır).



tamamlama avansı yatırılmazsa mahkeme, davayı esasa girmeden, dava şartı yokluğundan (usûlden) reddeder<sup>89</sup> (HMK m. 115, 2; 120, 2; HMKY m. 45, 3).

Oysa davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması bu aşamada değil, ön inceleme sonunda incelenmelidir. Mahkeme, öncelikle uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemeli, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapmalı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik etmeli ve bu hususları tutanağa geçirmelidir (HMK m. 138; HMKY m. 41). Tüm bu yargılama işlemlerinin tamamlanması ve ispat yükü ile delil ikame yükünün hangi tarafa ait olduğunun tespitinden sonra, hangi tarafın, ikamesini talep ettiği delil için ne miktarda gider avansı yatırması gerektiği mahkemece belirlenmeli, ispat yükünü düzenleyen maddî hukuk kuralları nazara alınarak, ispat yükü davalıya aitse, mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde davalı yatırmak zorunda olmalıdır. Aynı şekilde, taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken delil ikame avansını yarı yarıya (avans olarak) ödemelidirler (HMK m. 324, 1; HMKY m. 45, 4).

### B) Gider Avansının İspat Yüküyle Uyumsuzluğu

Yargılama giderlerinin, ispat ve delil ikame yüküyle yakından bağlantısı vardır. Derdest davada tanık dinleneceği, bilirkişi incelenmesi yapılacağı, keşfe gidileceği, davanın başında kesin olarak belli değildir. Bu delillerin toplanıp toplanmayacağı, ispat ve delil ikame yükünün hangi tarafa ait olduğu, mahkemenin yapacağı tahkikat sırasında vereceği ara kararıyla (HMK m. 189, 4) belli olacaktır. İlk derece yargılamasının, dilekçelerin karşılıklı verilmesi (HMK m. 126-136), ön inceleme (tahkikat hazırlığı, HMK m. 137-142), tahkikat (HMK m. 187-293), sözlü yargılama (HMK m. 184-186) ve hüküm (HMK m. 294-306) şeklinde beliren beş temel aşaması dikkate alındığında, ispat faaliyeti ve yargılama sürecinde incelenecek delillerle ilgili giderler, esas itibarıyla yargılamanın üçüncü aşaması olan tahkikat aşamasına aittir. Doktrinde haklı olarak işaret edildiği gibi, tebligat giderleri (GAT m. 4, 1/a) ile diğer iş ve işlemler için alınması gereken giderler (GAT m. 4, 1/d) bir yana bırakıldığında, tanık, keşif ve bilirkişi giderlerinden müteşekkil olan delil ikame avansının daha davanın başında (tahkikata başlamadan) yatırılması, davacıyı henüz işlemeye başlamamış ve akıbetinin ne olacağı belli olmayan bir yargısal süreçte yükümlülük (malî külfet) altına sokmaktadır. Yargısal faaliyetin ekonomik bir cephesinin bulunmasını doğal karşılamakla birlikte, bu erken yükümlülük olgusunun, hak arama hürriyetinin kullanılmasına ne ölçüde katkı sağlayacağını sorgulamak gerekir. Davacının, yargılama sürecinin üçüncü aşamasında gündeme gelebilecek işlemlere ait giderleri, dava açarken peşin olarak karşılamaya zorlanmasının, davaya nasıl bir hız katacağını anlamak kolay değildir<sup>90</sup>.

89 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 341; Pekcanutez/Atalay/Özekes s. 296, 299-300; Yılmaz-Şerh s. 770.

90 Tanrıver-Düşünceler s. 25; Tutumlu s. 101.

Delil ikamesinde taraflar, kendi vakıa iddialarının hakikat ve hasım tarafın iddialarının hakikat dışı olduğu hususunda hâkimi ikna edebilmek (iddialarını ispatlayabilmek) amacıyla, çekişmeli vakıalar hakkında deliller (ispat araçları) ileri sürerler<sup>91</sup>. İspat yükü altında olan taraf, dayandığı hukuk kuralının unsur vakıalarının gerçekleşmiş olduğuna dair delil ikame ediyorsa, ikamesini talep ettiği delil için gereken masrafları (delil ikame avansını) yatırmalıdır. Doktrinde, yargılama giderleriyle delil ikame yükü arasındaki bağlantı şu şekilde belirtilmiştir:

*“İşlemin giderini yatırmak yükümlülüğü, yine doğaldır ki, işlemin yapılmasını isteyen tarafa düşer. Delilin sunulmasının gerektirdiği gideri yatırmak yükümlülüğü ise, o delille isbat edilecek vakıa bakımından isbat yükünü taşıyan taraf düşer. Örneğin, dâvacının dâva temeli vakıa iddiasının isbatı (doğruluk derecesinin araştırılması ve saptanması) için keşif yapılacaksa, keşif giderini dâvacı yatırmalıdır. Bu keşfin yapılmasına, bir önceki keşfe dâvalının itiraz emesi ve onun itirazının haklı görülmesi üzerine karar verilmiş olması, yeni keşfin giderini dâvalının ödemesini gerektirmez”<sup>92</sup>.*

Kanunda bu mülâhazalarla, taraflardan her birinin, ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorunda olduğu (HMK m. 324, 1) ve delil ikame avansını yatırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın, diğer taraf da bu avansı yatırmadığı takdirde, talep ettiği delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır (HMK m. 324, 2).

İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190, 1). Doktrinde münakaşalı olmakla birlikte, ispat yükü kuraları maddî hukuka, delil ikame yükü kuralları ise usûl hukukuna ait kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Genellikle davacı, kendi lehine hak çıkaran taraf olarak ispat yükü altında olsa da, bazı hâllerde ispat yükünün kime ait olduğunu kanun belirlemiştir. Kanunda özel olarak ispat yükünün belirlendiği hâllerde, ispat yükünün kime düştüğü genel kurala göre değil, kanunda belirtilen şekilde

91 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 309-310; Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 16; Karşı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 490-491; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 377-378; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 449; Postacıoğlu s. 527-528; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 32; Üstündağ s. 613-614; Yıldırım, Mehmet Kâmil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 35; Yıldırım, M. Kamil: Bankacılık Kanunu Gereğince Açılan Şahsi Sorumluluk Davasında İspat Yükü Kuralı Hakkında Düşünceler (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 1297-1315), s. 1301; Yılmaz-Şerh s. 988.

92 Umar s. 903-904.

93 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 310; Ansay s. 253; Atalay-Menfi Vakıaların İspatı s. 14; Karşı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 482; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 445; Umar/Yılmaz s. 7-11; Üstündağ s. 613-615; Yıldırım-Düşünceler s. 1307; Yılmaz-Şerh s. 1006.

belirlenecektir<sup>94</sup>. Bu hâllerde, ispat yükünü taşıyan taraf, soyut delil ikame yükünü de taşı<sup>95</sup> ve iddia ettiği vakıaları ispatlayacak delilerin ikamesi için gereken giderleri üstlenmelidir. Delil ikamesi avansının, taraflara ispat yüküne göre yükletilmesi gerektiğinden, davacının dava açarken gider avansı yatırmaması zorunluluğu getiren HMK m. 120, ispat ve delil ikame yükünün davalıya düştüğü durumlarla bağdaşmayan bir hüküm içermektedir. Zira ispat yükünün kanunda davalıya yüklendiği hâllerde<sup>96</sup> dahi, davacı dava açarken gider avansı kapsamında delil ikame avansı yatırmak zorunda tutulmakta, bu da davalının, ikame etmekle yükümlü olduğu delillerin giderlerini (kendisine düşen delil ikame avansını) ödemekten kurtulmasına yol açmaktadır. Bu netice, delil ikame avansının gider avansından ayrılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna<sup>97</sup> (TBK) göre, tazminat davalarında kusurun ispatı davacıya aitken, kusursuz sorumluluk hâllerinde davalı, kusursuzluğunu ispatlamalıdır. Bu kapsamda adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında üçüncü kişilere verdiği zararı, kusuru olmasa bile gidermekle yükümlüdür (TBK m. 66, 1). Adam çalıştırının kusursuz sorumluluktan kurtulabilmesi için, kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekir. Kurtuluş kanıtını ispat yükü, davalı adam çalıştırana aittir. Kurtuluş kanıtı, adam çalıştırının çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini (TBK m. 66, 2) ve işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu (TBK m. 66, 3) veya illiyet bağının kesildiğini ispatlaması suretiyle ileri sürülür<sup>98</sup>.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa<sup>99</sup> (KTK) göre motorlu araç işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, motorlu aracın işletilmesi sebebiyle doğan zarardan, kusursuz dahi olsa sorumludur. Araç işletenin kusursuz sorumluluğu mevcut olup, ispat yükü davalı işletene aittir. Araç işleten, sorumluluktan kurtulabilmek için şu vakıaları ispatlamalıdır<sup>100</sup> (KTK m. 86, 1):

---

94 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 314; Bilge/Önen s. 502; Karşı-Medeni Muhakeme Hukuku s. 482-483; Kuru-Usul 2 s. 2001; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 373; Umar/Yılmaz s. 45; Üstündağ s. 624-625; Yılmaz-Şerh s. 1006-1007.

95 Atalay-Menfi Vakıaların İspatı s. 18-19.

96 İspat yükünün dağılımı, kanun koyucunun hukuk politikası ile yakından ilgilidir. Müdahalede bulunana karşı mevcut durumun korunması, delile yakın olma, menfi vakıanın ispatından kaçınma, dava malzemesine ulaşılabilir olma ve ispat güçlüğü, tehlike alanına hâkimiyet gibi mülâhazalarla, kanunlarda ispat yükünün dağılımı konusunda farklı düzenlemeler yapılabilmekte ve ispat yükü kuralı yer değiştirebilmektedir (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 310; Yıldırım-Düşünceler s. 1306, 1312-1314).

97 RG 04.02.2011, Sa. 27836.

98 Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 316-317; Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 2010, s. 117-121.

99 RG 18.10.1983, Sa. 18195.

100 Kılıçoğlu s. 357, 385-391; Kuru-Usul 2 s. 2003; Tandoğan s. 235-236.

1- Zararın doğumunda, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmadığını ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemediğini;

2- kaza bir mücbir sebepten veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiği için illiyet bağının kesildiğini.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırı davranan borçlu, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlulukta ispat yükü ters çevrilmiş olup, davalı borçlu kendi kursosuzluğunu ispatlamak zorundadır<sup>101</sup>. Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, alacaklının bundan doğan zararını gidermekten kurtulmak için, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmelidir (TBK m. 112).

Bu konuda örnek verilebilecek diğer bir alan olan iş yargılaması hukukunda, işe iade ve sendikal tazminat talep edilmesi gibi bazı davalarda ispat yükü davalı işverende olup, delil ikamesi için gereken yargılama giderlerini davalı işveren ödemektedir<sup>102</sup>. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu<sup>103</sup> m. 20, 2'ye göre, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu hüküm uyarınca, feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkarsa, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işverene karşı, "fesih bildirimine itiraz davası" açar. Bu davada işçinin, "fesih bildiriminde sebep gösterilmediği" veya "gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı" iddiaları karşısında işveren, feshin geçerli bir sebebe dayandığına ilişkin ispat yükünün gereğini yerine getirmek için<sup>104</sup>, ileri sürdüğü delillerin masrafını karşılamak zorundadır. Benzer şekilde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu<sup>105</sup> m. 31, 7'ye göre, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin<sup>106</sup>, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdininin

101 Kılıçoğlu s. 622; Kuru-Usul 2 s. 2003; Postacıoğlu s. 535; Umar/Yılmaz s. 264.

102 "Yıllık izinlerin kullanıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullanıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir" (9. HD 14.12.2010, 33078/37756: KBİBB).

103 RG 10.06.2003, Sa. 25134.

104 Günay, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara 2009, s. 1145; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 933; Mollamahmutoğlu/Astarlı s. 914-915; Süzek s. 477-478.

105 RG 07.05.1983, Sa. 18040.

106 "2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinde 4773 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. -4773 sayılı yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak

feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olup, ikame edilecek delillerin giderlerini karşılamak, işverene ait bir yükümlülüktür<sup>107</sup>.

Görüldüğü gibi, yukarıda sayılan ve sayısı çoğaltılabilecek örnek davalarda<sup>108</sup> kanun, ispat yükünü davacıya değil davalıya yüklemiştir. HMK m. 120'de yer alan davacının dava açarken gider avansı yatırması zorunluluğu, kanunda ispat yükünün özel olarak belirlendiği ve davalıya (örneğin işverene) yüklendiği hâllerde, mevcut uygulamayı davacı (örneğin işçi) aleyhine değiştirmiştir. Zira ispat ve delil ikame yükünün davalıya (örneğin işverene) ait olduğu bu davalarda, davacı dava açarken yargılama harçlarıyla birlikte gider avansı (ve bu kapsamda delil ikame avansı) da yatırmak zorunda kalmakta, bu da davalı lehine sonuç doğururken, hak arayan davacıya ilave bir malî külfet yüklemektedir. Bu nedenle, davanın başında, yapılacağı kesin olmayan işlemler ile inceleneceği henüz belli olmayan delillerin masrafları, davacıdan peşin olarak istenmemelidir. Aksine bir uygulama, hak aramayı güçleştirecektir. Özellikle doktrinde, tarafların yargılama gideri ödememesi veya belli davalarda bilirkişi, keşif ve tanık giderlerinin devletçe karşılanması yönünde savunulan görüşler<sup>109</sup> nazara alındığında, konunun önemi daha da açık görülmekte ve bu sorun, iş davaları gibi davacı tarafta ekonomik ve sosyal yönden elverişsiz olan bir kişinin (dar gelirli işçinin) bulunduğu davalarda daha da ciddiyet kazanmaktadır. Gider avansının delil ikame avansını kapsamadığı, doktrinde şu şekilde vurgulanmaktadır:

*“Tarifenin 3. maddesinin ikinci cümlesinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesinde yer alan delil ikame avansı ile ilgili düzenleme, tümüyle göz ardı edilerek; gider avansının kapsamı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleriyle diğer iş ve işlemler için alınacak giderler olarak belirlenmiş ve 4. maddede de alınacak tutara işaret edilmiştir. Bu yaklaşım karşısında, daha işin başında, hak aramak, malî açıdan, ilgililer için ciddi bir külfete dönüşmüştür. Hâlbuki, Kanun’un 120. maddesinde yer alan yasal düzenlemenin temel esprisi, idarî yargıda olduğu gibi, mahkemeye, yargılamanın sürünce mede kalmasını önlemek için, üzerinde sürekli tasarruf edebileceği, tebligat ve posta ücretleri ile sınırlı bir meblağı temin etmektir. Davacının, dava dilekçesinde, somutlaştırma yükünün (HMK m. 194) gereği olarak, tanık beyanı, bilirkişi ve keşiften söz etmiş olması, bu delillerle ilgili olarak yapılacak olan giderlerin, daha işin başında, peşinen, mahkeme tarafından yatırılmak suretiyle temin edileceği anlamına, asa gelmez. Çünkü, Kanun’un 324. maddesinde, taraflardan her birinin, ikamesini talep ettiği delil için, mahkemece belirlenecek avansı,*

---

üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaya bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir” (9. HD 11.10.2010, 27693/28547: KBİBB).

107 Günay s. 1405.

108 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 314; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 373-374.

109 Yılmaz/Yılmaz s. 238-242.

kendisine verilen kesin süre içerisinde yatırmak zorunda olduğu; aksi takdirde, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, anayasal bir özgürlük olan hak arama özgürlüğünün (AY m. 36, I) kullanılması bağlamında, uygulamada ciddî sıkıntılar yaratan gider avansı tarifesi- nin 3. ve 4. maddelerinde yer alan düzenlemelerin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesindeki delil ikamesi avansı ile ilgili düzenleme de gözetile- rek, gözden geçirilmesinde ve bir düzeltme tâbi tutulmasında büyük yarar vardır"<sup>110</sup>.

### C) Gider Avansının Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerle Uyumsuzluğu

Taraflarca getirilme ilkesinin (HMK m. 25) uygulandığı işçilik alacakları talepli davalara benzer şekilde, hizmet tespit davası gibi re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ve kamu düzenine yönelik davalarda<sup>111</sup> gider avansının öngörülmesi de HMK ve Anayasa ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Zira tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından re'sen başvuru 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 Hazine'den ödenmesine hükmedilir (HMK m. 325). O hâlde, örneğin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler kapsamında olan hizmet tespit davalarında, tanık, keşif ve bilirkişi delilleri için gereken gider avansının (delil ikamesi avansının) davacı işçiden dava şartı olarak istenmesi, HMK m. 325 ile bağdaşmamaktadır. Davanın başında, belki de hiç incelenmeyecek ve başvurulmayacak bir delil için gereken masrafin (delil ikamesi avansının) davacıdan peşin olarak istenmesi, bunun davanın dinlenebilirlik (mesmuiyet) şartı yapılması ve davanın usûlden reddi gibi ağır bir müeyyideye bağlanması, davacı işçinin hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır. Bu hükümler ışığında gider avansının, sadece delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderlerini kapsadığı ve delil ikamesi avansının, dava şartı olan gider avansına dâhil olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay, konuyla ilgili aşağıdaki kararında, gider avansı ile delil ikamesi avansını birbirinden ayırarak, sadece gider avansının dava şartı

110 Tanrıver-Düşünceler s. 25.

111 "Hizmet tespitine ilişkin davanın yasal dayanağı, 506 sayılı Kanun'un 79 uncu maddesinin onuncu fıkrasıdır. Bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına ilişkin davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bakımdan; davalı işverene ait apartmanda hangi tarihten itibaren oturulmaya başlandığı ve kapıcılık hizmetlerine gereksinim duyulduğu araştırılmalı, apartman yönetim kurulunca yapılan toplantıları ve bu toplantılarda alınan kararları gösterir karar defteri ile işletme hesabı defteri getirilmeli, **davacıya ait tüm bilgi ve belgeler davalı işvereniden istenilmeli**, dava konusu dönemde aynı çevrede faaliyet yürüten başka işverenler ve bunların çalıştırdığı sigortalılar ile davalıya ait apartmanda ve farklı apartmanlarda oturan kişiler yöntemince saptanarak bilgi ve görgülerine başvurulmalı, belirttiği takdirde tanık anlatımları arasındaki çelişkiler giderilmeli, çalışmanın niteliği ve süresi konusu aydınlatılmalı, toplanan tüm kanıtlar değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir" (10. HD 12.02.2009, 21784/1436: KBİBB).



olduğunu, buna karşılık delil ikamesi avansının dava şartı olarak nitelendirilemeyeceğini, fevkalâde isabetli olarak şu şekilde belirtmiştir:

“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 itibarıyla 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. -Anılan 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 esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. -HMK.’un 115/2 maddedeki kurala göre ise ‘Mahkeme, 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 veri-



lir'. -30.09.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 1. maddesinde tarifinin amacının dava açılırken mahkeme veznesine yatırılacak olan gider avansının miktarı ile avansın ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu açıklanmıştır. Tarifinin 6. maddesinde 'Bu Tarifinin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120. maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir.' düzenlemesi getirilmiştir. -Anılan 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 verinceye kadar ikmal ettirilebilir. İster gider avansı isterse tamamlama avansı olarak tanımlansın ikmal edilmesi gereken paranın hukuk yargılamasındaki nitelemesi **dava şartı olarak gösterilen gider avansıdır.** Gider avansının yatırılmaması veya ikmal edilmemesi halinde dava usulden reddedilecektir. -Ancak kanununun 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 edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır'. -325. maddeye göre ise 'Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvuru 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 Hazine 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 ile **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 ge-

rekçelerle yerindedir. -Ancak, yukarda açıklandığı üzere **dava şartı olarak öngörülen düzenlemenin davanın reddine yol açması nedeniyle mahkemeye 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 yukarda 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 süre de 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 davanın reddine karar verilmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir<sup>112</sup>.

#### D) Gider Avansının Davacıya Yüklediği Malî Külfet

HMK'da düzenlenen, davacının dava açarken gider avansı yatırması zorunluluğu ile, aslında yargılama giderlerinin miktarında bir artış olmamış; sadece dava sırasında yapılması tahmin edilen yargılama giderlerinin yaklaşık olarak hesaplanacak miktarı toplanarak, davacıdan peşin tahsil edilmeye başlanmıştır. Ancak, peşin ödenen yargılama harçlarıyla birleştiğinde, harç, gider ve delil avansı tutarı, davacının dava açarken ödediği para miktarının toplamında (kümülatif olarak) bir artışa yol açmış; davacı mülga HUMK döneminde sonradan, tahkikat aşamasında sırası geldiğinde (örneğin keşfe gidilmeden, bilirkişiye başvurulmadan veya tanık dilenmeden önce) ödeyeceği yargılama (delil ikame) giderlerini karşılayacak tahmini bir avans tutarını, bu kez dava açarken toptan ödemek zorunda kalmıştır. Davacının dava açarken yatırması gereken bu gider avansı tutarı harçlarla birleştiğinde, davacıya ek bir malî külfet getirmiş, bu da gelir dağılımında adaletsizliğin bulunduğu ülkemizde, işçiler ve tüketiciler gibi ekonomik yönden elverişsiz (sabit ve dar gelirli) olan zayıf kitlelerin adalete erişim sorunuyla karşılaşmasına yol açmıştır<sup>113</sup>.

112 9. HD 09.12.2011, 10115/9215 (yayımlanmamıştır).

113 Tanrıver-Düşünceler s. 25; Tutumlu s. 101.

Davacının dava açarken ödemesi zorunlu olan harç, gider ve delil avansının miktarı hesaplanırken, şu masraf kalemleri toplanmaktadır (GAT m. 4):

- 1- Taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri,
- 2- 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,
- 3- Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75,00-TL ulaşım gideri,
- 4- Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti,
- 5- Diğer iş ve işlemler için 50,00-TL.

Bu hesap şekli nazara alındığında, davacının iş mahkemesinde işçilik alacaklarının tahsili talebiyle açtığı alacak davasında, dava açarken ödemesi zorunlu olan gider avansının miktarı tahmini olarak şu şekildedir:

- 1) Taraf sayısı: Bir davacı (30-TL tebligat) ve bir davalı (30-TL tebligat),
- 2) Dava dilekçesinde dayanılan deliller: 4 tanık (84-TL tebligat ve tanık ücreti), keşif (205-TL) ve bilirkişi incelemesi (200-TL),
- 3) Diğer masraf: 50-TL.

Bu örnek hesaba göre davacının iş mahkemesinde dava açarken ödemesi zorunlu olan gider avansının miktarı, toplam 599,00-TL'dir. Bu tutara, başvurma harcı ile nispî karar ve ilâm harcı eklendiğinde, davacının ödemesi gereken toplam yargılama harç ve gideri (harç, gider ve delil avansı), uygulamada dava konusunun miktarına bağlı olarak 1.000 ilâ 2.000-TL arasında değişmektedir.

Yargılama giderleri ve harç miktarlarının yüksek olup olmadığı belirlenirken, asgari ücret miktarı da dikkate alınmalıdır. İAHM, kararlarında bu hususa dikkat etmektedir. Örneğin İHAM, Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye Davasında<sup>114</sup>, gelirleri olmayan başvuranların, dönemin aylık asgari ücretinin dört kat fazlası tutarında olan mahkeme harçlarını ödemesi koşulunun, başvuranların mahkemeye erişim hakkını orantısız olarak kısıtladığına ve adil yargılanma hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir<sup>115</sup>.

İş davalarında, çoğunlukla asgari ücretle geçinen sabit ve dar gelirli işçilerin davacı olduğu ve ülkemiz koşullarında asgari ücret tutarının, 01.01.2012-30.06.2012 döneminde, 16 yaşından büyükler için net 701,14-TL, 16 yaşından küçükler için net 610,00-TL düzeyinde bulunduğu düşünüldüğünde<sup>116</sup>, iş

114 Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye Davası, 17.07.2007, 52658/99 (KBİBB).

115 Pınar/Meriç s. 191.

116 RG 30.12.2011, Sa. 28158.

yargılaması hukukunda yargılama harç ve giderinin halihazırda ulaştığı kümülatif miktar, asgari ücretin iki katını aşmakta olup, bu miktarın ödenmesi kolay değildir. Bu durumda, yargılama harçları ve gider avansı miktarı ile, ulaşılmak istenen amaç arasındaki orantı bozulmaktadır.

Nitekim uygulamada, iş ve tüketici mahkemelerinde yeni açılan davalarda, davacıların yatırması gereken gider avansını yatırmakta zorlandıkları görülmekte ve bu hususta ciddi yakınmalar bulunmaktadır. Keza HMK hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulandığından (HMK m. 448), derdest davalarda da tahkikatın bulunduğu aşamaya göre, davacı ve davalının gider avansını, iki haftalık kesin sürede yatırması için ara kararı verilmektedir. Gerek HMK hükümleri gerek uygulamada karşılaşılan sorunlar, konuyla ilgili HMK hükümlerinin Anayasaya uygunluğunun tartışılması gerektiğini ortaya koymuştur.

Esasında, HMK m. 120 ile davacıdan dava açarken alınması öngörülen gider avansının miktarı da, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılamakta çoğu zaman kifayetsiz kalacaktır. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Ücret Tarifesine<sup>117</sup> (BÜT) göre davada ödenecek bilirkişi ücreti (HMK m. 283), GAT'ta öngörülen miktardan fazla tayin edilebileceği gibi<sup>118</sup>, bilirkişi heyeti atanması veya birden fazla kez bilirkişiye başvurulması hâlinde de bu ücret yetmeyebilecektir. Nitekim HMK m. 324'e göre, "*taraf-lardan 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*". Bu hükümle masraf avansının, delile dayanan tarafça yatırılacağı hükme bağlanmıştır. Buna uyulmamasının yaptırımı ise, davanın reddi değildir. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde dava usûlden reddedilmez, sadece talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 324, 2).

### E) Gider Avansının Hak Arama Hürriyetini Kısıtlaması

Her ne kadar HMK m. 120, 1 ile, gerekli masrafların zamanında yatırılmasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amacıyla davacının gider avansı yatırma zorunluluğu getirilmişse de, yapılan düzenlemenin tüm davalarda amaca uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Kanunda, gider avansı yatırılma zorunluluğu getirilirken, davanın türü, tarafların özellikleri, dava konusunun miktar veya değeri ve davada uygulanacak yargılama usûlüne göre bir ayırım yapılmayarak, bütün davalarda gider avansı yatırma zorunluluğu getirilmiştir ki bu durum, söz konusu hükmü Anayasasının kanun önünde eşitlik ilkesine, mülkiyet hakkına, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkına aykırı hâle getirmiştir.

117 RG 30.09.2011, Sa. 28070.

118 Hâkim, Bilirkişi Ücret Tarifesinde yazılı bilirkişi ücretlerini işin mahiyetine göre artırabilir ve indirebilir (BÜT m. 7).

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Aynı şekilde Anayasanın 5. maddesinde, Devletin temel amaç ve görevleri arasında, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak sayılmıştır<sup>119</sup>.

Doktrinde isabetli olarak vurgulandığı üzere, “sosyal devlet ilkesi, devleti sosyal adaletle yükümlendirir. Devlet sosyal eşitsizlikleri dengelemeli, sosyal adaletin hâkim olduğu bir düzen sağlamalıdır. Sosyal devlet ilkesi, insan onurunun korunmasına ve güvence altına alınmasına hizmet eder. Bir taraftan salt şekilsel olan eşitlik yerine gerçek özgürlüğün eşitliği; diğer taraftan insan onurunun dokunulmazlığı ile olan bağlantı sosyal hukuk devleti ilkesi ile netleştirilmiş olmaktadır”<sup>120</sup>.

Konuya iş mahkemelerinde işçilik alacaklarının tahsili talebiyle açılan iş davaları açısından bakıldığında, yukarıdaki mücerret tespitler daha da somutlaşmaktadır. İş mahkemesinde dava açan işçi, çoğu zaman iş sözleşmesi haksız olarak fesh edilmiş olan kişidir ve bu nedenle geçimini sürdürmesi için gereken asgari gelirini dahi yitirmiştir. Üstelik işçi, çoğu zaman işsizlik ödeneğini bile alamamaktadır. Zira işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun<sup>121</sup> 51. maddesinde belirtilen hâllerde, iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmiş olması gerekmektedir. Uygulamada ise kimi zaman iş sözleşmesi işçi tarafından fesh edilmiş gibi gösterildiğinden, işsizlik ödeneği ancak feshin haksız olduğu mahkeme kararıyla saptandığı takdirde alınabilmektedir. İş mahkemeleri daha çok, iş ilişkisinin zayıf süjesi olan işçilerin korunması, haklarına çabuk, ucuz ve basit bir şekilde kavuşabilmeleri için kurulmuştur. Çoğunlukla işçilerin dava açtığı iş mahkemeleri, işçilerin himaye vasıtalarından biridir. İş mahkemelerinde uygulanan yargılama usûlü, bu amaçlara hizmet edecek şekilde düzenlenmelidir. Yargılama usûlüne, basitlik, uzlaştırma, dava açma ve kararların icrasında kolaylık, ucuzluk ve çabukluk ilkeleri hâkim olmalıdır<sup>122</sup>.

HMK m. 120, 1 hükmü ile, güç koşullar altında olan işçinin, henüz yapılmamış ve yapılacağı dahi belli olmayan masrafları kapsayan gider avansını

119 Gözler s. 164-165; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 98.

120 Sungurtekin-Özkan s. 567.

121 RG 08.09.1999, Sa. 23810.

122 Günay-İş Kanunu Şerhi s. 62-64; Kuru, Baki: “İş Mahkemeleri” (Birinci Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler, Ankara, 1972, s. 3-39), s. 4, 12-14, 29; Mollamahmutoglu/Astarlı s. 15-16; Sarıözen, İsmet: İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme (Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 201-250), s. 205; Süzek s. 22-24.

yatırması emredilmektedir. Üstelik bununla da yetinilmeyerek, HMK m. 114, 1/g ile davacı işçinin gider avansını yatırması dava şartı hâline getirilerek, avansın yatırılmaması davanın usûlden reddine sebep olmaktadır (HMKY m. 45, 3). Gider avansını yatırmadığı gerekçesiyle davanın reddi, davacı işçinin hak arama hürriyetini sınırlamaktadır. Ayrıca iş ilişkisinin zayıf süjesi olan işçiden, henüz yapılmamış ve belki de yapılmayacak olan masrafları peşin vermesinin istenmesi, yargılamanın makul süre içinde, düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını ifade eden usûl ekonomisi (HMK m. 30) ilkesinin unsurlarından olan ucuzluk<sup>123</sup> karşısında da tartışılmayı hak etmektedir. Hiç kuşkusuz davacı işçiye karşı, adli yardımdan yararlanma imkânı (HMK m. 334-340) açık olduğu gerekçesiyle böyle bir hükmün varlığı savunulamaz. Adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmamaktadır (HMKY m. 45, 2). Ancak doktrinde adli yardımın, "hakkılık" koşuluna bağlı olması (HMK m. 334) ve yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyet sağlaması (HMK m. 335) sebebiyle, yeterince etkin olamadığı yönünde uzun zamandır süren haklı eleştiriler vardır<sup>124</sup>.

Davacının dava açabilmesinin, henüz yapılmamış ve yapılacağı belli dahi olmayan masrafları karşılamak üzere öngörülmüş gider avansını yatırma şartına bağlanması, bu tutarın yargılama harçlarıyla birleştiğinde ulaştığı miktar da nazara alındığında, adalete erişim hakkının bir unsuru olan "mahkemeye erişim" bağlamında, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyetine aykırıdır. Hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında usûlî anlamda silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için<sup>125</sup>, ekonomik yönden elverişsiz olan kişilere, her türlü malî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir<sup>126</sup>. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise, başta işçiler olmak üzere, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan sabit ve dar gelirli kişileri, yüksek miktarda yargılama gideri ödemek zorunda bırakmamak ve gerektiğinde adli yardım gibi imkânlar sağlamakla mümkün olacaktır<sup>127</sup>. Doktrinde bu husus şu şekilde belirtilmiştir:

123 Yılmaz-Usul Ekonomisi s. 265-266.

124 Çelebi s. 260; Namlı s. 155-156; Yaşar s. 97-111; Yılmaz/Yılmaz s. 245.

125 Pekcanitez, Hakan: Medenî Yargıda Adil Yargılama (İz.B.D. 1997/2, s. 35-55), s. 46.

126 Sungurtekin-Özkan s. 570-571. Örneğin, sosyal hukuk devleti ilkesinin ideal boyutlarda uygulandığı İsveç'te, taraflardan alınacak yargılama giderleri, tarafların yıllık gelirlerine göre hazırlanan bir tarife esas alınarak hesaplanmakta, belli miktarın üstündeki giderler ise devletçe karşılanmaktadır (Yılmaz/Yılmaz s. 243). Benzer şekilde sosyalist hukuk sistemlerinde, iş hukuku ilişkilerinden doğan emekçilerin davalarında harç alınmamaktadır (Stalev s. 162). İş davalarında, çoğunlukla asgari ücretle geçinen işçilerin davacı olduğu ve ülkemiz koşullarında asgari ücret tutarının ne kadar düşük olduğu düşünüldüğünde, iş yargılaması hukukunda böyle bir modelin benimsenmesi fevkalâde yararlı olacaktır.

127 Çelebi s. 259; Gümüş s. 186-188; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 62-64; Sungurtekin-Özkan s. 571.



*“Demokratik ve sosyal hukuk devleti, bireyi merkeze alan, onun haklarına ulaşması için etkili bir yargılama sistemini içeren ve bunu yaparken de, bunun için yeterli maddî imkânâ sâhip olmayan bireylere de yararlanabilecekleri imkânlar sunan devlettir. O hâlde bir demokratik ve sosyal hukuk devletinde, bir bireyin, yeterli maddî imkânâ sâhip olmadığı için hakkına kavuşamayacağı gibi bir düşünceye kapılması kabul edilemez. Bununla birlikte, yargılamada çeşitli giderlerin yapılmasının kaçınılmaz olması ve avukatla temsil imkânından dolayı bireyler arasında maddî imkânlarına dayanan bir eşitsizliğin ister istemez ortaya çıkması, böyle bir hukuk sisteminde adli yardım kurumuna vazgeçilemez bir önem kazandırmaktadır”<sup>128</sup>.*

Bunun gibi, gider avansını ödeyemeyen davacının işçilik veya tazminat alacaklarını dava yoluyla talep edememesi, buna dair hüküm alamaması ve icraya konu edememesi, Anayasanın mülkiyet hakkını koruyan 35. maddesine de aykırı bulunmaktadır.

### F) Gider Avansının İş ve Tüketici Davalarında Doğurduğu Özel Sorunlar

Genel olarak hukuk yargılama usûlünde, özel olarak iş yargılaması hukukunda işçilerin, iş mahkemelerinde kolaylıkla dava açmalarına olanak sağlayan hükümlere yer verilmesi gerekirken, bunu daha da zorlaştıracak bir gider avansı yatırılmasının dava şartı hâline getirilmesi, Anayasanın sosyal hukuk devleti, hak arama hürriyeti ve kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırıdır. Gider avansının peşin istenmesi, dava açarken yatırılan yargılama giderlerinin miktarını yükseltmekte, bu da adalete erişim hakkının kullanılmasında, ekonomik bakımdan güçlü olan işverenler ile ekonomik bakımdan güçsüz olan işçiler arasında, Anayasanın 10. maddesindeki “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırı bir eşitsizlik yaratmaktadır<sup>129</sup>. Oysa tam tersine düzenlemelerle ve işçileri korumak amacıyla, onların haklarını kolaylıkla arayabilmelerine olanak sağlanmalıdır. Ekonomik elverişsizlik içinde bulunan kişilere, hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkının kullanılmasında sağlanan eşitlik, nispeten zayıf kabul edilen bu kişilerin güçlendirilmesini gerektirir<sup>130</sup>. O hâlde, işçilerin ve tüketicilerin sosyal ve hukukî durumu, malî imkânları, ihtiyaçları ve hukukî himaye ihtiyacı nazara alındığında, iş ve tüketici mahkemelerinde açılan davalarla, asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemelerinde açılan davalar bir tutulamaz.

HMK m. 120’de, gider avansı yatırılma zorunluluğu getirilirken, davanın türü, tarafların ve dava konusunun özellikleri ve davada uygulanacak yargılama usûlüne göre bir ayırım yapılmayarak, genel olarak bütün davalar-

128 Namlı s. 154-155.

129 Eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içerir (Gören s. 131; Gözler s. 182-183; Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 141; Özbudun s. 151).

130 Sungurtekin-Özkan s. 572; Yaşar s. 95.



da davacı için gider avansı yatırma zorunluluğunun getirilmesi, işçiler ve tüketiciler gibi zayıf kitleler için hak arama hürriyetinin ve adalete erişim hakkının kısıtlanması anlamına gelir ki, bu da işçiler ve tüketiciler gibi zayıf kesimlerin haklarını korumayı hedefleyen Anayasa hükümlerinin amacına aykırıdır. HMK m. 120'de getirilen gider avansı yatırılma zorunluluğunun, asliye hukuk, asliye ticaret, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri gibi, davanın taraflarının birbirine eşit güçte olduğu ve davaların genelde özel hukuk alacaklarından kaynaklandığı mahkemeler için düşünülmüş bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından Kanunda, iş ve tüketici davalarının dava konusunun hususiyetleri, tarafların ihtiyaçları ve hukukî himaye talepleri nazara alınarak iş ve tüketici mahkemeleri için bir ayırım yapılması ve istisnaya yer verilmesi zorunludur<sup>131</sup>.

Mevzuatımızda bu tür istisnaî hükümlere rastlamak mümkündür. Örneğin, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 123. maddesinde, İş Kanununa tâbi işçilerin ve çırakların iş mahkemelerindeki dava ve bu mahkemelerden almış oldukları ilâmların takiplerinde harçtan muafiyet öngörülmüş ve bu muafiyetin, "gündelikleri veya aylık ücretleri 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenen asgari ücreti geçmeyen" işçiler ve çıraklar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Benzer şekilde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>132</sup> 23. maddesinin ikinci fıkrasında, yukarıda izah edilen mülâhazalarla, yargılama harç ve giderleriyle ilgili bir muafiyete yer verilmiş ve tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davaların, her türlü resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir. Tüketiciler ile üreticiler arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle eleştirilen bu hüküm, doktrinde haklı olarak isabetli bulunmaktadır. Doktrindeki bu görüşe göre, satın almış olduğu bir mal veya hizmetten dolayı herhangi bir zarara uğrayan tüketicinin zararı süratle tazmin edilmediği takdirde, tüketicilerin korunduğundan söz edilemez. Tüketici zararlarının üretici veya satıcı tarafından karşılanmadığı hâllerde, çok kısa süreli ve az masraflı yargı yollarına başvurulabilmelidir. Bu hüküm, kamu yararı amacıyla konulmuş olup, günümüz toplumunun ekonomik ve sosyal zaruretlerinden kaynaklanmaktadır<sup>133</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu muafiyetin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi haklı olarak bu itirazı reddetmiş ve tüketiciler gibi zayıf konumda olan kitlelerin adalete erişim hakkını güvence altına almak, sosyal adaleti korumak ve hukukî himaye ihtiyacını karşılamak maksadıyla bu tür düzenlemelerin yapılabileceğini şu şekilde belirtmiştir:

131 Doktrinde de, iş mahkemelerinde açılan davalarda, yargılama harç ve giderleri yönünden muafiyet tanınması gerektiği uzun zamandır belirtilmektedir (Yılmaz/Yılmaz s. 241).

132 RG 08.03.1995, Sa. 22221.

133 Ulukapı, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri) (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 77-101), s. 95, dn. 71.

“Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen ‘yasa önünde eşitlik ilkesi’, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. **Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir.** Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmez. Anayasa’nın 172. maddesinde, ‘Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder’ kuralı ile tüketicilerin haklarının korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin korunması, ‘tüketici toplumu’ diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde çıkmakla birlikte, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de toplumsal bir problem olduğunun sonradan görüldüğü ve bu konuda getirilecek tedbirlerin tüketicileri koruyacağı, tüketicinin korunması bir serbest piyasa ekonomisi tedbiri olmakla birlikte, herşeyden önce tüketicilerde ‘tüketici bilincinin’ oluşturulması gerektiği ve **Devletin tüketicileri koruyucu başka tedbirler de alabileceği belirtilmiştir. Üreticilerin ekonomik yönden güçlü oluşları ve her yönüyle örgütlenmeleri nedeniyle, tüketiciler ile aralarında doğal olarak bulunan dengesizliğin giderilmesi için, Anayasa’da belirtilen kurallara dayanılarak yürürlükteki hukuk kurallarında genel olarak tüketici haklarının korunmasına ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı, bunlardan birisinin de tüketicilerin, tüketici mahkemelerinde kolaylıkla dava açmalarına olanak sağlayan harçtan muafiyet olduğu görülmektedir.** Mahkemelerin yargı faaliyetlerine karşılık olmak üzere bu hizmetten yararlanacak taraflardan harç alınması hukuk sistemimizde kabul edilmekle birlikte, kimi özel durumlar karşısında veya haklı nedenlere dayanarak harçların indirilmesi veya kimi kişilerin harçtan muaf tutulması yönüne gidilmektedir. Kuralda öngörülen **harçtan muafiyet, Anayasa’nın 172. maddesi çerçevesinde tüketicileri korumak amacıyla onların haklarını kolaylıkla arayabilmelerine olanak sağlamaktadır.** Yasa’dan yararlanan tüketicilerin kapsamının genişlemesi ise hak arama özgürlüğünün alanına sahip olanların artması anlamına gelir ki, bu da tüketicilerin haklarını korumayı hedefleyen ilgili Anayasa hükmünün amacına uygundur. Bu nedenle yasa koyucunun takdirini, tüketicilerin dava açarken harçtan muaf tutulmaları yönünde kullanması Anayasa’nın 172. maddesine uygun bir düzenlemedir. -Öte yandan, **Anayasa’da özel olarak korunan tüketici konumundaki davacılarla diğer davacılar aynı durumda olmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz**”<sup>134</sup>.

Bu hususların HMK m. 120’de göz ardı edilerek, iş ve tüketici mahkemelerinde açılan davalarda davacının gider avansı yatırma zorunluluğu yönünden

istisnaî bir hükme yer verilmemiş olması, üstelik gider avansının kullanılmayan kısmının iadesi için, davacının hükmün kesinleşmesine kadar (HMK m. 333; GAT m. 5, 1) beklemek zorunda bırakılması, HMK m. 120 hükmünü Anayasaya aykırı hâle getirmiştir.

HMK m. 120 hükmü, mevcut düzenlemesiyle, iş ve tüketici davalarında hak arama hürriyetini kısıtlamakta, bu hürriyetin kullanılabilmesi için “*davacının gider avansını önceden mahkeme veznesine ödemesini*” bir dava şartı olarak belirlemektedir. Kanundaki düzenlemenin amacı, menfaat dengesi çerçevesinde irdelendiğinde, bir tarafta iş ve tüketici davalarının zayıf tarafı olan davacı statüsündeki işçi ve tüketicilerin hukukî himaye ihtiyacı bulunmakta; diğer tarafta, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önlenmesindeki kamu menfaati yer almaktadır. Her iki menfaat mukayese edildiğinde, işçi ve tüketicilerin adalete erişim hakkı ve hak arama hürriyetinin, davaların gecikmesinin önlenmesi şeklindeki bir amaçla kısıtlanmasının haklı görülemeyeceği kolaylıkla anlaşılmaktadır. İş ve tüketici davaları açısından hak arama hürriyetine böyle bir sınırlama getirilmesini haklı gösterecek, üstün tutulması gereken hiçbir kamu yararı yoktur. İşsiz kalmış çalışanların veya üretici ya da satıcı karşısında mağdur olmuş tüketicilerin hak aradığı iş ve tüketici mahkemelerinde, işverenlere ve üreticilere karşı zayıf durumda olan işçiler ile tüketicilerin dava açmasını zorlaştıracak böyle bir hükmün, “kamu yararı ve sosyal adalet” açısından yaratacağı ciddi sakıncalar, izahı gerektirmeyecek kadar açıktır. Nitekim bu husus, doktrinde isabetli şekilde şöyle ifade edilmiştir:

*“UYAP verilerine göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden itibaren Ankara İş Mahkemelerinde açılan dava sayısı geçen yıl aynı dönemine göre %30 oranında azalmıştır. Bu tarihten itibaren uyuşmazlıkların dava dışı yollarla çözümü noktasında bir gelişme olmadığına göre dava sayısındaki azalmanın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanmasındaki belirsizlik ve bazı sorunlardan kaynaklandığı söylenebilir. Yargılama hukukunu ilgilendiren bir yasanın hak arama önünde engel oluşturması da beklenen ve istenen bir durum değildir”<sup>135</sup>.*

01.10.2011-01.01.2012 döneminde, iş davalarının sayısındaki bu belirgin azalmanın en büyük sebebi, kanımca davacının dava açarken gider avansı yatırmak zorunda kalmasıdır. Bilhassa serî davalarda gider avansı, iş davalarının açılmasını önemli ölçüde zorlaştırmış ve hak arama hürriyetini kısıtlamıştır.

Anayasanın 13. maddesinde, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denilerek, temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği öngörülmüştür<sup>136</sup>. Anayasa

135 Çil, Şahin/Kar, Bektaş: 6100 Sayılı HMK’ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, s. 7.

136 Gören s. 403; Gözler s. 235, 248-250; Özbudun s. 115-116; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 140-141.

Mahkemesinin isabetli olarak işaret ettiği gibi, “çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. **Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur.** Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler”<sup>137</sup>.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiği kıstaslar ışığında, gider avansı ilişkin HMK m. 120 hükmü ile hak arama hürriyetine getirilen sınırlama, Anayasanın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Zira gider avansı düzenlemesi, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama hürriyeti önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyetinin kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını şu şekilde belirtmiştir:

“Anayasa’nın ‘hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, **hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa’nın 36. maddesine aykırılık oluşturur....-** Anayasa’nın 13. maddesinde, ‘Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir’ denilmekte, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacağı belirtilmektedir. -Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için **hakkın özüne dokunmaması, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir.** Başka bir anlatımla, **temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır.** -İtiraz konusu kural, **davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından** Anayasa’nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez”<sup>138</sup>.

137 Anayasa Mahkemesi 18.05.2011, 1/82 (RG 18.02.2012, Sa. 28208).

138 Anayasa Mahkemesi 20.07.1999, 1/33 (RG 04.11.2000, Sa. 24220).

## SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinde, davaların, yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması yüzünden gecikmesini önlemek maksadıyla öngörülen gider avansının, çıkış noktası ve maksadı itibarıyla isabetli bir hüküm olduğunu inkâr etmek mümkün değildir. Ancak hüküm maksadı hâsıl etmemiştir ve bu düzenlemedeki sorun, tüm mahkemelerde aynen uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

Davacının, yargılama harçları ile birlikte gider avansı tutarını, dava açarken mahkeme veznesine yatırmasını zorunlu tutan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin birinci fıkrası, avansın yeterli olmadığından dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilmesini ve bu süre sonunda eksiklik tamamlanmazsa, davanın dava şartı yokluğundan usûlden reddedilmesini öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi ve 120. maddesinin ikinci fıkraları hükümleri, iş ve tüketici mahkemelerinde görülen davaların hususiyetleri nazara alındığında, aşağıda sıralanan sebeplerle Anayasanın sosyal hukuk devleti ilkesi (Anayasa m. 2), devletin ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma ödevi (Anayasa m. 5), kanun önünde eşitlik ilkesi (Anayasa m. 10), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıyla (Anayasa m. 36; 90; İHAS m. 6) bağdaşmamaktadır:

1. Davacının dava açarken gider avansı yatırması zorunluluğu getirilirken, davanın türü, tarafların özellikleri, dava konusunun miktar veya değeri, davada uygulanacak yargılama usûlü ve ispat yükünün hangi tarafa ait olduğuna göre bir ayırım yapılmayarak, bütün davalarda genel bir dava şartı şeklinde gider avansı yatırma zorunluluğunun öngörülmesi, gider avansının alınmasındaki haklı amacı ortadan kaldırmıştır.
2. Peşin ödenmesi gereken gider avansının yargılama giderlerini yükseltmesi yüzünden, ekonomik bakımdan güçlü olan işverenler ve üreticiler ile ekonomik bakımdan güçsüz olan işçiler ve tüketiciler arasında, Anayasanın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir eşitsizlik doğmuştur.
3. Davacının delillerinin toplanması için ödemesi gereken gider avansının (delil ikame avansının) HMK m. 114, 1/g'de dava şartı sayılması; buna karşılık, davalının delillerinin toplanması için ödemesi gereken gider avansının (delil ikame avansının) HMK m. 324'te dava şartı olarak sayılmaması, Anayasanın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ve 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık doğurmuştur.
4. Derdest davada tahkikat aşamasında inceleneceği henüz kesin olarak belli olmayan deliller için, tarifeye öngörülen delil ikame avansının davanın başında davacıdan peşin olarak istenmesi, üstelik de bunun dava şartı hâline getirilmesi, hak arayan ve ekonomik yönden elverişsiz olan işçi ve tüketiciler gibi kitleler için ilave bir malî külfet doğurmuştur.

5. Küçük miktarda alacaklarda, gider avansı ve harç toplamının talep konusuna yakın olması, yargılama harç ve giderlerinin makul miktarda olmasını önlemekte, ulaşılmak istenen amaç ile yargılama harç ve giderlerinin miktarı arasındaki orantıyı bozmakta ve ölçülülük ilkesini zedelemektedir.
6. Gider avansı, iş davaları ve tüketici davaları gibi zayıf kitleleri koruyan Anayasa hükümleri ile sosyal devlet ilkesine aykırılık taşımakta ve Anayasanın 36. maddesi kapsamında yer alan adalete erişim hakkının vazgeçilmez unsurlarından mahkemeye erişim hakkını tahdit etmektedir.
7. İş yargılaması hukuku bakımından gider avansı, ekonomik yönden elverişsiz olan işçilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ekonomik bir engel ortaya koymuş, dava açarken işverenler karşısında malî yönden zayıf olan işçilerin hak arama hürriyetini, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlamıştır.
8. Gider avansının yargılama harçlarıyla birleştiğinde ödenecek toplam miktar, iş davalarında, büyük ihtimalle işsiz kalmış olan davacının dava açmasını zorlaştırdığından hak arama hürriyetini kısıtlamakta, işçiyi işveren karşısında zor duruma sokmaktadır.

HMK'nın yukarıda belirtilen hükümleri hakkında somut norm denetimi (itiraz) yoluyla<sup>139</sup> Anayasa Mahkemesine başvurulması durumunda, söz konusu kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Bunun gibi, gider avansı yüzünden davası usûlden reddedilen bir davacı, yukarıda zikredilen temel hak ve hürriyetlerinin ihlâl edildiği iddiasıyla, bireysel başvuru hakkını kullanarak Anayasa Mahkemesine başvurabilir<sup>140</sup> (AMKYUHK m. 45). Bu sebeple, yapılacak bir Kanun değişikliği çalışmasında, söz konusu hükümlerin tekrar gözden geçirilmesi ve bazı istisnalara yer verilmesi yararlı olacaktır.

Yapılacak düzenlemede, davacı tarafından dava açarken, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tahmini bir avans tutarının yatırılması şeklinde bir zorunluluğa yer verilmesi

139 Anayasanın 152 ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (AMKYUHK, RG 03.04.2011, Sa. 27894) 40. maddesinde, Anayasa aykırılığın itiraz yoluyla mahkemelerce ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Buna göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı ile, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi Başkanlığına başvurmaya yetkilidir.

140 Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru hakkı, 23.09.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir (AMKYUHK m. 76).



şart değildir. Zira uygulamada, özellikle tebligat giderlerinin yatırılmaması hâlinde, tebligatta gecikmeler olabilmekte ve bu durum davaların uzamasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple, idarî yargılama usûlünde olduğu gibi, tüm yargılama giderleri yerine sadece tebligat gideri için masraf avansı alınması yolu tercih edilebilir. Esasında, 7201 sayılı Tebligat Kanununa<sup>141</sup> göre de davacı, bütün davalarda, dava dilekçesinin davalıya tebliği için gerekli posta ücretlerini, posta pulu şeklinde peşin olarak ödemek zorundadır. Davacı gerekli posta giderini peşin ödemezse, tebliği çıkaracak merci (mahkeme) tarafından davacıya süre verilir. Davacı, zarurî sebeplerden dolayı bu süreye uyamazsa, mahkeme yeni bir süre verebilir. Bu süreler içinde davacı gerekli masrafı vermezse, davanın açılmamış sayılmasını düzenleyen HMK m. 150 çerçevesinde işlem yapılır<sup>142</sup>. Dava dilekçesinin tebliği dışındaki hâllerde ise, tebligat konusu talebinden sarfınazar etmiş sayılır (Teb.K. m. 5; Teb.Tüz. m. 6). Tebligat Kanunundaki bu hükmün, sadece dava dilekçesinin tebliği için gereken masrafların değil, her türlü tebligat masrafının avans olarak alınması suretiyle genişletilerek uygulanması mümkündür.

İdarî yargılama usûlündeki uzun yılların tecrübesinden yararlanarak benimsenebilecek olan bu uygulama, gider avansının miktarının düşük kalmasını sağlayacak, hak arama hürriyetini kısıtlamayacak, tebligat giderinin tam yatırılması konusunda ortaya çıkan ihtiyacı karşılayacak, davalarda bu sebepten kaynaklanan gecikmeyi önleyecek ve ispat yükünün davalıya ait olması gibi istisnâî durumlarda nâhak uygulamalara yol açmayacaktır, Nitekim doktrinde de haklı olarak, davaların sürüncemede kalma sebepleri arasında, tebligat giderlerinin taraflarca peşin verilmemesinin olduğu şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Bugün hakimin dâvayı yürütmek için yetkileri kısıtlıdır. Taraflar talep edip masrafını peşin vermedikçe, hakim re’sen hiçbir tebligat yaptıramamaktadır. Bu ise, dâvanın sürüncemede kalmasını, tarafların veya bir tarafın iradesine tabi kılmaktadır. Buna engel olmak ve hakime dâvanın görülmesinde daha aktif bir rol tanınması için, hakim bütün kararlarını re’sen tebliğ ettirebilmelidir. Bunun için gerekli posta masrafı ve harcin yatırılması beklenmemeli, posta masrafı, (Danıştay ve HUMK m. 180, I, m. 434 ve m. 442/A hükümlerinde olduğu gibi) daha önce davacıdan alınacak bir avansttan ödenmeli, sonradan davada haksız çıkan tarafa yükletilen yargılama giderlerine eklenmelidir”<sup>143</sup>.*

Görüldüğü gibi doktrinde gider avansı alınması usûlü önerilirken, genellikle idarî yargılama usûlündeki uygulama örnek verilerek, tebligat ücretlerini karşılayacak bir giderin avans olarak alınması önerilmekte ve bu avans tutarının, keşif, bilirkişi, tanık giderlerini karşılayacak tahmini bir tutarda olması önerilmemektedir<sup>144</sup>.

141 RG 19.02.1959, Sa. 10139.

142 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 301.

143 Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması s. 135-136; Kuru, Baki: Hukuk Dâvalarının Uzaması Sebepleri (Makaleler, İstanbul 2006, s. 99-116), s. 108.

144 Tanrıver-Düşünceler s. 25.



Yapılacak kanun değişikliğinde böyle bir usûlün benimsenmemesi hâlinde ise, davacı tarafından dava açarken gider avansı yatırılma zorunluluğu olan davalara, davanın türü ve özelliklerine göre istisnalar koyulmalı, iş ve tüketici mahkemeleri de kuşkusuz bu istisnalar arasında yer almalıdır.

Davacının yatırması gereken gider avansını yatırmış olması dava şartı olmaktan çıkarılmalıdır. Zira dar ve teknik anlamda dava şartlarının temel özelliği, davanın esastan incelenip karara bağlanmasına engel olması ve tarafların davanın görülmesine rıza göstermelerinin, mahkemeyi bağlamamasıdır. Gider avansının yatırılmış olması ise, yargılama giderlerinin peşin ödenmesini temin etmeye matuf bir düzenleme olup, bu giderlerin taraflardan herhangi birisince sonradan, ihtiyaç oldukça ödenmesi veya ikmalî mümkün olduğundan, mahkemenin davayı esastan inceleyip karara bağlamasına engel değildir. Dolayısıyla gider avansı, davanın esası hakkında hüküm verilebilme şartı sayılamaz.

Gerekli yargılama giderlerinin zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi için, Kanundaki alternatif hükümlerden yararlanılması mümkündür. Doktrinde belirtildiği gibi, Kanunda düzenlenen kesin süre kurumu ve bunun yaptırımı (HMK m. 94), gider avansı ile amaçlanan hedefe ulaşmakta yeterli olabilecektir<sup>145</sup>. Bu nedenle, gider avansının yatırılması dava açarken zorunlu tutulmamalı; bunun yerine ön inceleme sonunda, uyuşmazlık konuları tam olarak belirlendikten, taraflar delillerini sunduktan, ispat yükü ile delil ikame yükünün hangi tarafa ait olduğu ve tarafların aynı delilin ikamesini birlikte talep edip etmedikleri gibi hususlar tespit edildikten sonra, hangi tarafın, ikamesini talep ettiği delil için ne miktarda gider avansı yatırması gerektiği mahkemece belirlenmelidir. Yargıtayın, yukarıda zikredilen kararında, gider avansı konusunda yaptığı yorum ve ayırım, HMK'nın sözüne ve ruhuna uygun olduğundan üstün tutulmalı, delil ikamesi avansı, dava şartı olan gider avansı içinde kabul edilmemelidir. Delil ikame avansı ile dava şartı olan ve tebligat giderlerinden oluşan gider avansının birbirinden tefriki zorunludur. Yargıtayın bu istikametteki isabetli yorumu karşısında, HMKY m. 45'te, her türlü tebligat ve posta ücretlerine ilave olarak, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi delil ikamesi giderlerinin de gider avansına dâhil edilmesi doğru olmamıştır. HMK m. 324 hükmü karşısında, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi delil ikame avansına giren giderler, dava şartı sayılan gider avansı içinde değerlendirilemez. Delil ikame avansının, HMK m. 114, 1/g ve 120 ile dava şartı sayılan gider avansı dışında tutulması, davacı ve davalı bakımından usûlî anlamda eşit sonuç doğuracak, HMK m. 120 ile 324 arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldıracak bir uygulama olacaktır.

### KISALTMALAR CETVELİ

a.	: article (madde)
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AMKYUHK	: 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
BÜT	: Bilirkişi Ücret Tarifesi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D	: Danıştay
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
dn.	: dipnot
DVDDGK	: Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
GAT	: Gider Avansı Tarifesi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMKY	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HTMYİY	: mülga Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
İz.B.D.	: İzmir Barosu Dergisi
Karş.	: Karşılaştırınız
KBİBB	: Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası
KTK	: Karayolları Trafik Kanununa

<b>m.</b>	: madde
<b>MBD</b>	: Manisa Barosu Dergisi
<b>MHB</b>	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
<b>MİHDER</b>	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
<b>RG</b>	: Resmî Gazete
<b>s.</b>	: sayfa
<b>Sa.</b>	: Sayı
<b>s.K.</b>	: sayılı Kanun
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>sZPO</b>	: Schweizerische Zivilprozeßordnung (İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu)
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>Teb.K.</b>	: 7201 sayılı Tebligat Kanunu
<b>Teb.Tüz.</b>	: Tebligat Tüzüğü
<b>TMK</b>	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volume (Cilt)
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi

### BİBLİYOGRAFYA\*

- Adalet Bakanlığı : Yargı Reformu Stratejisi, Ankara 2009.
- Akkan, Mine : Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (MİHDER 2007/1, s. 29-68).
- Alangoya, Yavuz : Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (Alangoya-İlkeler).
- Alangoya, Yavuz : Anayasa'nın Medenî Usul Hukuku'na Etkisi (MHB 1981/2, s. 1-4) (Alangoya-Anayasa).
- Alangoya, Yavuz : Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 33-54) (Alangoya-Medenî Usûlün Amacı).
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Öneriler).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Ansay, Sabri Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Atalay, Oğuz : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001 (Atalay-Menfi Vakıaların İspatı).
- Atalı, Murat : İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları, Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar (HPD 2006/8, 111-113).
- Bilge, Necip/Önen, Ergun : Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
- Budak, Ali Cem : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011.
- Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant : International Encyclopedia of Comparati-

---

\* Dipnotlardaki atıflar, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yapılmıştır. Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar parantez içinde ayrıca gösterilmiştir. Metinde, ilgili olduğu konu hakkında okuyucuya kaynak göstermek amacıyla atıf yapılan eserler bibliyografyaya alınmamıştır.

ve Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987.

Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant : Access to Justice and the Welfare State: An Introduction (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 1-24).

Çelebi, Hüsametdin : Hak Aramanın Maliyeti (ABD 1989/2, s. 257-261).

Doğan, Yusuf : Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, İstanbul Barosu Yayını, Yayın No: 129, s. 117-122).

European Committee on Legal Co-Operation : 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000.

Gehri, Myriam A./Walther, Fridolin : Swiss Laws on Civil Procedure, Zürich 2010.

Gilles, Peter : Alman Hukuk (Medenî) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İş Yükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler (Çev. Ejder Yılmaz) (ABD 1992/5, s. 749-770).

Gören, Zafer : Anayasa Hukuku, Ankara 2011.

Gözler, Kemal : Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.

Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut : İdare Hukuku, C. II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2010.

Gümüş, A. Tarık : Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul 2010.

Günay, Cevdet İlhan : İş Davaları, Ankara 2009.

Günay, Cevdet İlhan : İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2, Ankara 2009 (Günay-İş Kanunu Şerhi).

Hanağası, Emel : Davada Menfaat, Ankara 2009.

Karlı, Abdurrahim : Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011 (Karlı-Medeni Muhakeme Hukuku).

Karlı, Abdurrahim : Notlu, Gerekçeli, Karşılaştırmalı ve Emsal Kararlarla 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011 (Karlı-Kanun).

- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Knopp, J. Günter : Almanya’da Adalete Erişim (Adalete Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 25-28).
- Kuru, Baki : “İş Mahkemeleri” (Birinci Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler, Ankara, 1972, s. 3-39).
- Kuru, Baki : Hukuk Dâvalarının Uzaması Sebepleri (Makaleler, İstanbul 2006, s. 99-116).
- Kuru, Baki : Dâva Şartları (Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188) (Kuru-Dava Şartları).
- Kuru, Baki : Hukuk Dâvalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-139) (Kuru-Yargılamanın Çabuklaştırılması).
- Kuru, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 5, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder : Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2012 (Kuru/Arslan/Yılmaz-Kanun).
- Lord Woolf : Access to Justice, Final Report, Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, London 1996.
- Lord Woolf : “Adalete Erişim”, Nihaî Rapor (Çev. Mustafa Özbek) (MİHDER 2006/2, s. 989-1002).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin : İş Hukuku, Ankara 2011.
- Moorhead, Richard : Access to Justice (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Vol. 1, Los Angeles 2007, s. 13-18).
- Namlı, Mert : Medeni Usul Hukuku’nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku’nda Çelişmeli Yargılama İlkesi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği 2010, Yayın No: 04-499.
- Öden, Merih : Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.
- Özbek, Mustafa : Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162).

- Özbek, Mustafa : Türkiye’de Adalet Erişim Projesi (Adalet Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 57-64).
- Özbek, Mustafa : Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927) (Özbek-Adalet Erişim).
- Özbek, Mustafa : Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292).
- Özbudun, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan : Medenî Yargıda Adil Yargılama (İz.B.D. 1997/2, s. 35-55).
- Pekcanitez, Hakan : Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz.B.D. 1995/2, s. 103-113).
- Pekcanitez, Hakan : Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, 69-78).
- Pekcanitez, Hakan : Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 3-31).
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özokes, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011.
- Pınar, Burak / Meriç, Nedim : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi (TBBD 2009/84, s. 188-211).
- Postacıoğlu, İlhan E. : Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Sariözen, İsmet : İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme (Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 201-250).
- Stalev, Zhivko : Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması (Çev. Ejder Yılmaz) (AÜHFD 1976/1-4, s. 151-183).
- Sungurtekin-Özkan, Meral: Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, 2009/Özel Sayı, s. 553-574).
- Süzek, Sarper : İş Hukuku, İstanbul 2005.
- Tandoğan, Halûk : Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 2010.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.



- Tanrıver, Süha : Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 165-179).
- Tanrıver, Süha : Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 211-236).
- Tanrıver, Süha : Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler (Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s. 115-142) (Tanrıver-Hukuk Yargısının Temel Sorunları).
- Tanrıver, Süha : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBBĐ 2012/99, s. 15-34) (Tanrıver-Düşünceler).
- Tunc, Andre : The Quest for Justice (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 315-359).
- Tutumlu, Mehmet Akif: Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012.
- Ulukapı, Ömer : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri) (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 77-101).
- Umar, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Umar, Bilge / Yılmaz, Ejder : İspat Yükü, İstanbul 1980.
- Üstündağ, Saim : Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000. .
- Yaşar, İmmihan : Adli Yardım Uygulaması (Adalet Erişim, Uluslararası Sempozyum Notları, İstanbul Barosu 2006, s. 93-112).
- Yıldırım, M. Kamil : Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yıldırım, M. Kamil : Bankacılık Kanunu Gereğince Açılan Şahsi Sorumluluk Davasında İspat Yükü Kuralı Hakkında Düşünceler (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 1297-1315) (Yıldırım-Düşünceler).
- Yılmaz, Ejder : Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti (ABĐ 1984/2, s. 200-224) (Yılmaz-Yargılama Giderlerinin İşlevi).
- Yılmaz, Ejder : Medenî Yargıda İnsan Hakları (TBBĐ 1996/2, s. 149-167) (Yılmaz-İnsan Hakları).

- Yılmaz, Ejder : Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76) (Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı).
- Yılmaz, Ejder : Medenî Hukuk ve Usul Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye 1996/10, s. 470-493) (Yılmaz-Aksak Adaletten İşleyen Adalet).
- Yılmaz, Ejder : "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı" Üzerine Bazı Notlar (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 178-197).
- Yılmaz, Ejder : Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274) (Yılmaz-Usul Ekonomisi)
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri (ABD 2011/2, s. 213-253).
- Yılmaz, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 (Yılmaz-Şerh).
- Yılmaz, Zekeriya : Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri İle Vekâlet Ücreti, Ankara 2011 (Yılmaz-Yargılama Harç ve Giderleri).
- Yılmaz, Ejder / Yılmaz, Ümit : Hukuk Rehberi, C. 1, Ankara 2002.
- Zuckerman, Adrian A.S.: Reforming civil justice systems: trends in industrial countries, The World Bank Notes 2000/46.