

# Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler

Evren KILIÇOĞLU\*

## Özet

*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun medeni yargılama hukukuna getirdiği en önemli değişikliklerden birisi, HMK m. 120'de davacının dava açarken harçlar yanında diğer yargılama giderleri için de avans ödemesinin öngörülmesi olmuştur. Ancak madde metninde dava açılırken yargılama giderleri için alınacak avansın konusunun yeterince somutlaştırılmamış olduğu, çerçevesinin çizilmediği görülmektedir. Bundan dolayı, anayasal hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasında gerçek anlamda yasayla sınırlama koşulunun yerine getirilip getirilmediği hususunda önemli tereddütler ortaya çıkmaktadır. Madde metnindeki çerçeve eksikliğini takiben, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan Gider Avansı Tarifesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nde, davacının dava açarken delillerin ikamesi için gerekli avansı da ödemesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemeler, HMK'nın bazı hükümlerine ve benimsediği yargılamanın yapısına aykırı olmaları yanında, anayasal ölçülülük ilkesi ile hak arama özgürlüğüne de aykırı sonuçlar doğurmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Gider avansı, yargılama giderleri, avansın iadesi, ispat hakkı, hak arama özgürlüğü, anayasal ölçülülük ilkesi.*

## Abstract

*One of the most important alteration that the Civil Procedure Code (HMK) brought into the Civil Procedure Law is the determination of advance litigation costs as well as the trial fee due by the plaintiff according to Art. 120 of HMK.*

---

\* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ekilicoglu@marmara.edu.tr

*However it's noticable that the advance matter for litigation costs while bringing a law suit hasn't been materialized enough by the article text. Wherefor some important hesitations come up with the restrain of constitutional right to legal apply remedies if restricting by law clause is granted or not in real terms. The necessity of paying required advanced due for the examitination of evidence while bringing a law suit by the plaintiff has been accepted with the Legislation of Cost Tariff As An Advance and The Civil Procedure Code which been enacted by the Ministry of Justice in pursuit of the lack of restrain in the article text. Beside being contrary to HMK's some other articles and the structure of nature of the proceedings that the Act has adopted, these legislations come up with contrary results in the principle of constitutional proportionality and the right to legal apply.*

**Keywords:** *Cost as an advance, costs of proceedings, advance refund, the right to proof, the right to legal apply, the principle of constitutional proportionality.*

### Giriş

1 Ekim 2011 tarihi itibariyle, temyiz ve istinaf kanun yolları hakkındaki hükümleri haricinde<sup>1</sup> yürürlüğe girmiş bulunan 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı<sup>2</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, medeni yargılama hukuku uygulamamıza getirmiş olduğu en önemli değişikliklerden birisi -Kanun'un Genel Gereğesindeki ifadeye göre ise yazılı yargılama usulüne ilişkin en önemli yenilik- davanın açılması sırasında davacının yargılama harçları yanında, diğer yargılama giderleri<sup>3</sup> için de bir miktar gider avansı ödemesini ve dava sırasında bu avansın yetersiz kalması halinde tamamlanmasını 120. maddesinde öngörmüş olmasıdır.

Çalışmamızda, gider avansı ödenmesine ilişkin bu yasal düzenleme yanında, kullanılmayan avansın iadesi hakkındaki HMK m. 297 f. 1 ç bendi ile HMK m. 333 ve taraflardan delil ikamesi için avans alınması hakkındaki HMK m. 324 hükümleri de konuyla ilgisi ölçüsünde incelenerek değerlendirilecektir. Ayrıca HMK m. 120 f. 1'in verdiği yetkiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi<sup>4</sup> ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin<sup>5</sup> gider avansı konusundaki düzenlemeleri de ele alın-

<sup>1</sup> Bkz. 31.03.2011 T. ve 6217 S.lı Kanun'un 30. maddesiyle HMK'ya eklenen Geçici Madde 3.

<sup>2</sup> R.G., 04.02.2011 T., 27836 S..

<sup>3</sup> Yargılama giderlerinin kapsamı için bkz. HMK m. 323. Maddeye göre, yargılama harçları da yargılama giderleri kapsamında yer almaktadır. Yani yargılama giderleri, harçları da kapsayan genel bir kavram olarak kullanılmıştır. Yine bu anlamda bkz. HUMK m. 413, m. 423 f. 3, bkz. **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 415.

<sup>4</sup> R.G. 30.09.2011 T., 28070 S.. Makalenin devamında "Tarife" olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> R.G. 03.04.2012 T., 28252 S.. Makalenin devamında "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

caktır. Tüm bu inceleme ve değerlendirmeler yapılırken, söz konusu hukuki düzenlemelerin özellikle anayasa hukukunun medeni yargılama hukukuna etkisi ekseninde ve medeni yargılama hukukunun yapısı temelinde isabetli görülüp görülemeyeceğinin irdelenmesi de hedeflenmiştir. Bu amaçla, yeni kanunla birlikte mevzuatımıza dahil olan bu düzenlemeler, mukayeseli hukuktaki ve özellikle HMK'nın hazırlanmasında faydalanılan önemli kaynaklardan birisi olarak İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu'ndaki benzer kurumlarla da karşılaştırılacaktır. Böylece, yargılama hukukumuzda bu yeni kurumun değerlendirilmesine ve uygulanmasına ilişkin bazı sonuçlar elde edilmeye çalışılacaktır.

### **A- HUMK Dönemindeki Durum ve Kanun Koyucunun HMK'da Davanın Açılmasında Gider Avansı Ödenmesini Kabuldeki Amacı:**

#### **I- Yargılama Giderleri İçin Avans Ödenmesinin Anlamı ve HUMK Dönemindeki Durum:**

Her yargılamanın ekonomik, parasal bir maliyeti bulunmaktadır. Yargılamanın gerçekleştirilmesinde kamu kaynaklarının kullanılması sebebiyle ortaya çıkan maliyete tarafların da harç ödemek suretiyle kısmen katılması talep edilmektedir<sup>6</sup>. Bundan başka, özellikle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu davalar ve işlemler için, bu ilkenin de bir uzantısı olarak, dava sırasında yapılması gereken yargılama giderlerinin (masraflarının) birçoğu, kural olarak dava sonunda nihai olarak haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere<sup>7</sup>, Kanunda öngörülen kurallar dahilinde taraflardan peşin olarak avans şeklinde alınmaktadır.

Avans, kelime anlamı itibariyle, ileride gerçekleşecek bir alacağa karşılık önceden yapılan peşin ödeme, ön ödeme olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Medeni yargılama hukukunda avans ödenmesi, yargılama giderlerine ilişkindir. Yargılama giderleri, tarafların yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için ödedikleri paraların tümü için kullanılan genel bir kavramdır<sup>9</sup>. Yargılama giderleri için

<sup>6</sup> Tarafların adalet hizmetlerinin yürütülmesindeki masraflara cüz'i katkısının aranmasının, ilgililerin taleplerini adli mercilere taşımaları için tekrar düşünmelerini, bu ihtiyacı hissedip hissetmediklerini gözden geçirmelerini, adli mercileri bu talepler nasılsa bedelsiz tetkik ediliyor diye boşu boşuna meşgul etmemelerini ve hatta mahkeme dışı uyuşmazlık yollarının tercih edilmesini sağlamak gibi faydaları da olduğu; bu nedenle iştirak mecburiyetinin mümkün mertebe en az seviyede olması gerektiği, aksi takdirde insanların sırf bu sebeple bu yola müracaat etmekten imtina edebilecekleri yönünde bkz. **Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 631, 632.

<sup>7</sup> Bkz. HMK m. 326 f. 2; karşı. HUMK m. 417.

<sup>8</sup> Bkz. **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 87.

<sup>9</sup> Harçlar hariç tutularak dar anlamda yargılama giderleri, dava için gerekli olan bir iş veya hizmetin gerektirdiği giderler olarak tanımlanmaktadır, **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s. 729 vd., s. 732. Bir başka tanıma göre, yargılama giderleri, genel olarak bir yargısal korunma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gere-

avans ödenmesinden bahsedildiğinde, özellikle vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin hakim olduğu davalarda, yargılamanın ilerlemesi ve yürütülmesi için gerekli işlemlerin yapılmasında kullanılacak paranın, taraflarca ilgili usuli işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenmesi kastedilmektedir<sup>10</sup>.

HUMK döneminde, yargılama giderlerinin kural olarak ilgili işlemin yapılmasını talep eden kişi tarafından hâkimin kararı üzerine avans şeklinde ödenmesi kabul edilmişti. HMK m. 120’de öngörüldüğü gibi davacı tarafından yargılama masrafları için davanın açılması sırasında gider avansı adı altında bir avans ödenmesine ilişkin düzenleme de mevcut değildi<sup>11</sup>. HUMK döneminde dava açılırken, harçlar dışında, davacı tarafından yargılama gideri olarak sadece posta gideri ödenmesi söz konusu olmaktaydı.

Davacı dava dilekçesinin davalıya tebliği için gerekli olan tebliğ (posta) giderini peşin olarak ödemekle yükümlüydü. Bu yükümlülük, halen yürürlükte olan Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 ve m. 5 f. 1 ile bu son madde paralelinde bir düzenlemeyi ihtiva eden Tebligat Tüzüğü m. 6 f.1’den<sup>12</sup> kaynaklanmaktaydı. Ancak dikkat edilirse buradaki yükümlülük, sadece dava dilekçesinin davalıya tebliği için posta gideri ödemeye ilişkindi. Yoksa bu hükümlere dayanarak davacıdan daha fazla, -HMK m. 120’ye göre çıkarılan Tarife m. 4’de öngörüldüğünün aksine- davalının talep ettiği tebligatlar da dahil olmak üzere sonraki tebligatlar için posta gideri alınabilmesi imkanı hukuken mevcut değildi. Bundan dolayıdır ki, davalı da yine Tebligat Kanunu m. 5 f. 1’e göre, cevap dilekçesinin ve düplik (ikinci cevap) dilekçesinin davacıya tebliği için gerekli olan posta giderini, bu dilekçeleri mahkemeye sunarken ödemekle yükümlüydü.

*Belge delili* bakımından, davacı için HUMK m. 180 ve davalı için bu maddede gönderme yapan HUMK m. 200 f. 2 dolayısıyla taraflar, başka yerlerden (örneğin tapu dairesinden, bankadan) getirtilecek belgeler için gerekli posta giderlerini pul olarak (davacı dava dilekçesini verirken, davalı cevap dilekçesini verirken) vermek zorundaydı.

Ayrıca HUMK m. 414, *hakimin ara kararıyla vereceği sürede*, tarafların her birinin dinlenmesini talep ettiği *tanık*, başvurulmasını istediği *bilirkişi* incelemesi ve icrasını istediği *keşif* için yeterli gideri mahkeme veznesine avans olarak

---

ken ve bu nedenle ortaya çıkan giderler olup, harçlar, masraflar ve vekalet ücreti olarak üçe ayrılabilir, **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 693.

<sup>10</sup> Bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 418.

<sup>11</sup> Bkz. **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanuni Şerhi, Ankara 2011, s. 363, ayrıca s. 903, 904.

<sup>12</sup> 25.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 80. maddesine göre, “Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle, mevzuatta, 20/8/1959 tarihli ve 4/12059 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Tebligat Tüzüğüne yapılan atıflar, bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.” Böylece, Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte Tüzük m. 6 yerine Yönetmeliğin 8. maddesi uygulanacaktır.

peşin yatırmasını öngörmekteydi. Ayrıca bu maddede, “*sair muamelelerin masrafı*” da demek suretiyle, söz konusu delillere başvuru dışındaki usul işlemleri dolayısıyla ihtiyaç duyulabilecek yargılama masrafları için avans yatırma yükümlülüğü de kapsama dahil edilmişti. HMK’da ise HUMK m. 414’e denk düşen 324. maddede, sadece ikamesi talep edilen deliller için avans ödenmesi öngörülmüştür. HUMK m. 414’den farklı olarak sair muameleler veya benzeri bir kavrama yer verilmediği görülmektedir<sup>13</sup>.

## II- Kanun Koyucunun Davanın Açılmasında Davacının Gider Avansı Ödemesini Kabuldeki Amacı:

Kanun koyucunun gider avansı kurumunu kabuldeki amacını tespit için HMK’nın genel gerekçesine ve ilgili maddelerin gerekçelerine bakmak gerekir. Kanunun genel gerekçesine baktığımızda<sup>14</sup>, “**yazılı yargılama usulüne ilişkin en önemli yeniliğin**”<sup>15</sup>, davanın açılmasıyla davacıdan avans alınması olduğu ifade edilmektedir. Devamında gerekçede, “**Böylelikle dava sırasında her işlem için ayrı ayrı masraf alınması sebebiyle zaman kaybı önlenmek istenmiştir.** Davanın başında avans alınması bu gecikmeleri önleyecek niteliktedir. Yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, tek başına davaların gecikme sebebi olmamakla birlikte, önemli etkenlerden biridir. *Gerek kanundan gerekse yerleşmiş yargı uygulamalarından kaynaklanan bu aksaklığın önlenmesi amacıyla*, öncelikle dava açılmasıyla ilgili “Harç ve avans ödenmesi” kenar başlıklı 125 inci madde düzenlenmiştir. Bu hüküm, davacının dilekçesini mahkemeye sunarken, açtığı davadan kaynaklanan mahkeme giderlerinin yaklaşık olarak *mahkemece hesaplanarak kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir.* Yine hangi masrafların yargılama giderleri kapsamına girdiği belirlenmiş, 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 da getirilmiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Davacının gider avansı ödemesini dava şartı olarak kabul eden m. 114’ün gerekçesinde “... maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde **davanın sürünce-**

<sup>13</sup> Umar, s. 903’de bu hususa dikkat çekmektedir.

<sup>14</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi, “V. Tasarı ile Getirilen Yenilikler”, TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. 393, s. 1 vd., bkz. Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s. 13.

<sup>15</sup> Gider avansı uygulamasının Kanun’un getirdiği “en önemli yenilik” olduğu ve ancak dava açılırken davacı tarafa yargılama harçları dışında ek bir maddi külfetin yüklenmesinin, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı açısından ne derece isabetli bir düzenleme olduğunun da tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. Yılmaz, Orhan, Hukuk Muhakemesinde Yeni Bir Usul Müessesesi: Gider Avansı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/6 (Kasım – Aralık), s. 82 vd., s. 82, 84.

**mede kalmasını önlemek** amacıyla davacının yatırması gereken gider avansını yatırmış bulunması da bir dava şartı haline getirilmiştir.” denmektedir.

Dava açılırken davacının gider avansı ödemesi zorunluluğunu öngören 120. maddenin gerekçesinde, “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. ... Maddede yapılan bu düzenlemeyle, **gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi** amaçlanmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanun koyucunun amacının, davaların sürüncemede kalmasının önlenmesi ve gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi olduğunun tespiti mümkündür. Bu kapsamda doktrinde de, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmemesi için her türlü tebligat ücretleri ile bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğunun getirildiği ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca, usul ekonomisini sağlamak ve “dava taktiği” mülahazasıyla yapılan kötüye kullanmaları önlemek bakımından yararlı bir yenilik olarak davacının dava açarken gider avansı ödemesi zorunluluğunun getirildiği belirtilmektedir<sup>17</sup>.

Davanın başında davacıdan gider avansı alınmasını öngören İsviçre hukukuna bakıldığında, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu (İsviçre MUK) m. 98’e göre mahkemenin davacıdan muhtemel mahkeme giderleri (Gerichtskosten) tutarına kadar avans talep edebilme yetkisiyle, kantonların tahsil rizikosunun (Inkassorisiko des Kantons) minimize edilmesinin, düşürülmesinin hedeflendiği ifade edilmiştir<sup>18</sup>. Bu avans uygulamasıyla doğrudan yargılamanın hızlandırıl-

<sup>16</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 296; gider avansına ilişkin düzenlemelerle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçileceği, sırf bu nedenle yargılamanın en az bir oturum ertelenmesinin engellenmiş olacağı yönünde bkz. **Yılmaz**, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre, Dava Açılırken Yargılama Harçları ile Her Türlü Yargılama Giderlerinin Yatırılması Zorunluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 63, Kasım 2011, s. 28 vd., s. 31.

<sup>17</sup> **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler, İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları 4, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 166 vd., s. 178.

<sup>18</sup> **Suter**, Benedikt A./**von Holzen**, Cristina, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 98 Rn. 1. İsviçre hukukunda federal bir usul kanununun kabulünden önce, farklı kanton usul kanunlarında, davanın başında avans alınmasına ilişkin *genel* düzenlemeler veya teminat ödenmesine ilişkin sebeplerde olduğu gibi bir *sebebin varlığı halinde* avans ödenmesi, avansın sadece davacıdan alınması ya da her iki taraftan avans alınması gibi farklı düzenlemeler mevcut olduğu yönünde bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 2.

masının hedeflenmiş olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmediği, yargılamanın hızlandırılması gerekçesinin öne çıkmadığı görülmektedir.

## **B- İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun Gider Avansı Düzenlemesi, HMK'nın Hazırlık Sürecinde İsviçre Hukukunun Etkisi ve Türk Kanun Koyucunun Gider Avansı Düzenlemesindeki Farklı Tercihleri:**

### **1- Gider Avansına İlişkin Düzenlemeler Bakımından HMK'nın Hazırlık Safhasında İsviçre Hukukunun Etkisi:**

HMK'nın hazırlanmasında, hazırlık süreci bir ölçüde HMK'nın hazırlık süreciyle kesişen İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısı<sup>19</sup> da faydalanılan kaynaklar arasında yer almıştır<sup>20</sup>. HMK'daki birçok düzenlemede olduğu gibi dava şartı olan gider avansına ve delil ikamesi için alınacak avansa<sup>21</sup> ilişkin düzenlemelerde de bunun yansımalarını görmek mümkündür.

Dava şartlarının sayıldığı HMK m. 114'ün birinci fıkrasının (g) bendinde, “Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.” da bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. HMK'da dava şartlarının bu şekildeki sayımında İsviçre MUK'dan esinlenilmiştir<sup>22</sup>. Nitekim dava şartlarının sayıldığı İsviçre MUK m. 59 fıkra 2'de de mahkeme giderleri için avans ödenmiş olması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir<sup>23</sup>.

Alman hukuk çevresindeki diğer ülkelerden Alman ve Avusturya hukuklarına bakıldığında, yargılama giderleri için avans ödenmesine dava şartları içerisinde yer verilmediği görülmektedir<sup>24</sup>. Alman hukukunda Alman MUK § 127a

<sup>19</sup> Tasarının 19.12.2008 tarihinde kanunlaşması sonrası İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>20</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gereğesi, “IV. Yararlanılan Kaynaklar”, kaynaklardan faydalanılması konusunda gerekçede şu ifadelere de yer verilmiştir: “... Yabancı ülke düzenlemeleri ile görüşlerden yararlanılırken, ülke ihtiyaçları ve gerçekleri göz önünde tutulmuştur. Cumhuriyetle birlikte 80 yıllık zengin hukuk kültürümüz göz önüne alınarak, hukukçularımızın ciddi bilgi birikimi çalışmalarımızda önemli kaynak oluşturmuştur.... Bu sebeple yabancı hukuktan yararlanma, doğrudan aktarma şeklinde değil, yenilikleri görme, başka ülkelerdeki tartışmalar ile olumlu ve olumsuz yönleri tartma, tecrübe ve bilgiden yararlanma şeklinde gerçekleştirilmiştir...”

<sup>21</sup> Bkz. HMK m. 324, karş. İsv.MUK m. 102.

<sup>22</sup> HMK m. 114'ün gerekçesinden: “Bu düzenleme, büyük ölçüde İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısının 57 nci (kanunlaşan metinde m. 59) maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuştur...”; ayrıca bkz. Umar, s. 317; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 63.

<sup>23</sup> Bkz. Zürcher, Alexander, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 Rn. 53.

<sup>24</sup> Avusturya hukukunda dava şartları (esas hakkında karar verilebilmesinin şartları) hakkında bkz. Rechberger, Walther, H./Simotta, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen

hükmüyle, nafaka davalarında taraflardan birinin talebiyle mahkemenin, yargılama masrafları bakımından o uyuşmazlık için ihtiyati tedbir yoluyla tarafların avans ödeme yükümlülüklerini düzenleyebileceği kabul edilmiştir. Davanın niteliğinden kaynaklanan, zayıf olanı hak arama özgürlüğü bakımından korumayı hedefleyen sosyal yönlü bir düzenlemenin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

HMK'da öngörülen bu yeni dava şartının yerine getirilmesini, davacının dava açarken harçlar yanında Tarife'ye göre gider avansı da ödemesi zorunluluğunu öngörerek düzenleyen HMK m. 120'nin İsviçre MUK m. 98 ile karşılaştırılması mümkündür. Ancak bu noktada, Türk kanun koyucunun belirli hususlarda belirgin şekilde İsviçre'deki gider avansı düzenlemesinden ayrıldığı görülmektedir. Aşağıda, İsviçre hukukundaki gider avansına ilişkin yasal düzenlemeler ve bu düzenlemeler hakkında doktrinde yer verilen görüşler ele alınarak, HMK'daki gider avansı düzenlemesiyle olan temel farkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## 2- İsviçre Federal MUK'un Gider Avansı Düzenlemesi ve HMK'nın Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması:

Türk kanun koyucu HMK'nın yazılı yargılama usulünde davanın açılmasına ilişkin hükümleri arasında m. 120 f. 1'de, davacının İdare (Adalet Bakanlığı) tarafından düzenlenecek Tarifede belirtilecek tutarda gider avansını **dava açarken harçlarla birlikte mahkeme veznesine** yatırmak zorunda olduğunu kabul

---

Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien 2003, Rn. 362 vd., s. 215-217; Alman hukukunda, eksikliği dava dilekçesinin davalıya tebliğine engel olan dar anlamda dava şartları arasında mahkeme gider avansının (Gerichtskostenvorschuss) ödenmesi de sayılmaktadır, bkz. Prütting/Gehrlein-Prütting, Hanns, ZPO Kommentar, 2010, Einleitung Rn. 9; Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, München 2010, Rn. 198, 199, özellikle Rn. 256. Bu hususta GKG (Mahkeme Masrafları Kanunu) § 12'ye atıfta bulunmaktadır. **Karşı** da (s. 365), Alman hukukunda GKG § 12 vd.na işaretlerle, gerekli mahkeme *masrafları ve harçların* yatırılmış olması şartının arandığını, bu bakımdan Alman hukukunun değişik hükümlerle de olsa Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku'na paralel olarak dava şartlarını düzenlediğini belirtmektedir. Yakından bakıldığında, GKG § 12'de medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda davanın ancak yargılama için gerekli harçların (Gebühr für das Verfahren) ödenmesinden sonra tebliğ edileceği belirtilmektedir. Kanun'un 1. maddesine göre masraflar (Kosten), harçlardan ve giderlerden (Gebühren und Auslagen) oluşmaktadır, bu anlamdaki ayırım için ayrıca bkz. Thomas/Putzo-Hüsstege, Zivilprozessordnung, München 2005, § 91 Vorbem. Rn. 3-4. **Kosten**, üst kavram olarak kullanılmıştır. Davanın başında ödenmesi gereken ve bazı yazarlarca dava şartı olarak kabul edilebilen **harçların** (Gebühren) ödenmesidir. Kanunun 3. maddesine göre harçlar kural olarak uyuşmazlık konusunun değerine göre belirlenmektedir. Özellikle deliller bakımından dava açarken bir avans ödenmesi ve bunun dava şartı olarak kabulü söz konusu değildir. GKG § 10'a göre, mahkemelerin faaliyetleri, usul kanununun ve bu kanunun öngördüğü kapsamdan daha geniş olarak masrafların ödenmesine veya bunun için teminat gösterilmesine bağlanamaz. Kanun'un 17. paragrafı, § 12'den farklı olarak, masraflar (Auslagen) için avans ödenmesini düzenlemektedir. Buna göre, masrafı gerektiren bir işlemin yapılması talep edildiyse, işlemin yapılmasını talep eden, masrafın karşılanması için yeterli avansı ödemek zorundadır.



etmişken, İsviçreli kanun koyucu İsviçre Federal MUK'un yargılama giderlerine ilişkin maddeleri arasında yer verdiği ve "Gider avansı" (Kostenvorschuss) başlığını taşıyan tek cümleden oluşan 98. maddesiyle, **mahkemenin** davacı taraf-tan, muhtemel **mahkeme giderleri** miktarına kadar **avans talep edebileceğini** öngörmüştür.

Görüldüğü gibi, İsviçre medeni yargılamasında da gider avansı ödenmesi her iki taraf için değil sadece davacı için bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Yine her iki Kanunda da davacının gider avansı ödemesi bir dava şartıdır. Bu noktalarda İsviçre MUK ile HMK arasında bir ayniyet söz konusudur. Yani hukuki nitelik ve kişi bakımından uygulama alanı yönünden bir paralellik mevcuttur. Buna karşın avansın konusu, ödenme zamanı, ödeme zorunluluğu, içeriğinin belirlenmesi gibi hususlarda ise hemen aşağıda ve yeri geldikçe makalenin bütününde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

HMK'da davacının gider avansı ödemesi dava şartı (yani davanın esasına girilebilmesinin şartı) olmasının yanında, harçlarda olduğu gibi davacı için davanın açılmasında yerine getirilmesi gereken zorunlu bir mali yükümlülük olarak tasarlanmıştır. İsviçre düzenlemesinde ise davacının gider avansı ödemesi bir dava şartı olmakla birlikte, davanın açılmasında yerine getirilmesi gereken bir mali yükümlülük değildir. Dava gider avansı ödenmeden açılmakta ve derdest hale gelmektedir. Halbu ki Türk Hukukunda, gider avansı davanın açılmasında aynen harçlarda olduğu gibi ödenmesi gereken bir mali yükümlülük, adeta davacının davasını açabilmesinin bir şartı olarak öngörülmüştür. Yani dava şartı olmasının yanında, davanın açılmasının da bir şartı olarak kabul edilmiş gözük-mektedir.

İsviçre düzenlemesinde dava açıldıktan sonra hakim davacıya süre vererek belirlediği gider avansının yatırılmasını ondan talep edebilmektedir. HMK'da ise davacı davanın başında hakim kararı olmadan<sup>25</sup> ve kendisine bir süre verilmeden Tarifeye göre gider avansı ödemek durumunda kalmaktadır.

Hukukumuzda HMK m. 120'nin gider avansı konusundaki düzenlemesine yöneltilen başta gelen eleştirilerden birisi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Yani dava açılırken, davanın derdest hale gelmesi ve bütünü itibariyle dava aç-

---

<sup>25</sup> Her ne kadar genel gerekçede "... Bu hüküm, davacının dilekçesini **mahkemeye sunarken**, açtığı davadan kaynaklanan mahkeme giderlerinin yaklaşık olarak **mahkemece hesaplanarak** kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir..." ifadelerine yer verilmişse de, HMK m. 120 ve verdiği yetkiyle çıkarılan Tarife'nin ve ayrıca Yönetmeliğin kabul ettiği sistem, dava açarken ödenen gider avansının hakim tarafından belirlenmesine elverişli değildir. Son olarak HMK Yönetmeliğiyle birlikte davanın açılmasında hakim davanın dilekçesini görmesinin (havalesinin) hukuken de kaldırıldığı anlaşıldığından (bkz. Yönetmelik m. 6 f. 3 b. (d); m. 36 f. 1-3; m. 39), dava açılırken hakim tarafından tespiti de mümkün görünmemektedir.

manın maddi hukuka ve usul hukuka ilişkin sonuçlarından faydalanmak için harçlar yanında önemli bir tutara varabilen gider avansının da ödenmek zorunda kalınması sorun teşkil etmektedir. Bu durum aşağıda<sup>26</sup> anayasa hukuku ve medeni yargılama hukukunun esasları bakımından da irdelenecektir.

İsviçre’de gider avansı her halükarda hakimin kararıyla talep edilmektedir. Davanın açılması sırasında, hakim kararı olmadan ve bu kararda bir ödeme süresi verilmeden avans istenmesi söz konusu değildir. Bir davanın açılması veya talepte bulunulması halinde, mahkeme davacıdan veya talepte bulunandan, **yargılamının yürütülmesine ilişkin ilk kararında** (hukukumuzda tensip uygulamasında olduğu gibi, bkz. Yönetmelik m. 40) gider avansı ödemesini ister ve bunun için ona bir ödeme süresi verir<sup>27</sup>.

Avans talep edilmeden önce dava derdest hale gelmiş olmaktadır (zira ödeme için iki defa süre verilmekte ve ödememe halinde derdest dava usulden reddedilmektedir). Gider avansı ödenmesine ilişkin karar davanın açıldığı mahkeme tarafından verilmektedir. Bu karar mahkemenin yargılamayı yürütmeye ilişkin bir karardır (prozessleitende Verfügung)<sup>28</sup>. Gider avansı kararı, doğrudan davanın açılması sonrası (unmittelbar nach Eingang der Klage), makul bir süre verilerek avansın ödenmesinin talep edilmesi suretiyle gerçekleşir<sup>29</sup>.

Mahkeme, gider avansını re’sen tespit edecektir, tarafın talebine gerek yoktur<sup>30</sup>. İsviçre MUK m. 101, her ikisinin ödenmesi de dava şartı olarak kabul edilmiş bulunan gider avansının ve teminatın ödenmesine ilişkin usulü düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre mahkeme, tespit ettiği gider avansının ödenmesi için davacıya re’sen bir süre tayin eder. Maddede bir süre öngörülmemiştir, süreyi hakim belirleyecektir<sup>31</sup>. Avans nakit para olarak ödenecektir<sup>32</sup>. Avansın verilen bu ilk sürede ödenmemesi halinde mahkeme ödeme için uygun bir ikinci süre (Nachfrist) tayin eder<sup>33, 34</sup>. Bu ikinci süre içinde de istenen

<sup>26</sup> Bkz. aşağıda “Ç-” başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>27</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 5.

<sup>28</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 4.

<sup>29</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 5.

<sup>30</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 95 Rn. 14; **Zürcher**, Art. 59 Rn. 55.

<sup>31</sup> Art. 101 sürenin uzunluğu hakkında bir hüküm içermemektedir. Ancak gerekçeden makul bir süre olması gerektiği anlaşılmaktadır. Federal Kanun öncesi birçok kantonda da avans için sürenin uzunluğu kanunda düzenlenmeyip mahkemeye bırakılmıştır. Basel kantonunda uygulamada gider avansının ödenmesi için kural olarak otuz günlük bir sürenin yerleştiği ifade edilmektedir. Teminat ödenmesi için de yirmi günlük süre uygulandığı belirtilmektedir. Yirmi ila otuz gün arasındaki bu sürelerin mahkemeler bakımından bir çıkış noktası olarak alınabileceği, ancak somut olayın şartlarına göre, *örneğin gider avansının miktarına göre veya davacının yurt dışında oturuyor olması durumunda*, bu durumların da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 6.

<sup>32</sup> **Zürcher**, Art 59 Rn. 53.

<sup>33</sup> İkinci sürenin verilmesi zorunludur. Gerekçede, bu sürenin birinci süreye göre daha kısa olması gerektiği belirtilmiştir, **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 9; Botschaft ZPO, s. 7295. İkinci sürenin

avans ödenmezse, gider avansı ödenmesi bir dava şartı olduğundan, mahkeme davanın veya talebin esasına girmez, davayı usule ilişkin bir kararla reddeder (İsviçre MUK m. 101, fıkra 3)<sup>35</sup>. Süre verilirken, ikinci süreye uyulmamasının, davanın veya talebin usulden reddi yaptırımı ile karşılaşacağı (süresinde işlemi yapmamanın sonuçları (Säumnisfolgen)) hakkında ihtar da yapılmalıdır<sup>36</sup>. Davacıya ikinci süre verilirken, avansın bu defa da ödenmemesi durumunda bunun davanın usulden reddi sonucuna yol açacağı açıkça ihtar edilmesi gerekir. Bu ihtarın yapılmaması durumunda, hakimin, ödememenin sonuçlarını bu kez ihtar ederek bir kez daha (üçüncü defa) re'sen süre vermesi gerekeceği belirtilmektedir<sup>37</sup>.

Türk hukukunda, avansın alınması her dava için zorunludur, bir istisna getirilmemiştir. Hakime de bir takdir alanı tanınmamıştır. İsviçre'de ise hakime hem avansın "tutarının belirlenmesinde" hem de "ödenip ödenmemesi" ve "ödeme şekli ve zamanı" hususlarında bir takdir alanı bırakılmıştır. İstisnai durumlarda da olsa hakimin gider avansı talep etmeyebileceği veya avansın taksitler halinde ödenmesine karar verilebileceği kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda hakimin avans ödenmesi hakkındaki kararlarına karşı kanun yoluna başvuru mümkündür. Türk hukukunda ise böyle bir başvuru imkanı yoktur. Türk Hukukunda alınan gider avansının karar kesinleştiğinde iade edilmesi öngörülmüştür. İsviçre hukukunda ise böyle özel bir düzenleme yoktur, hakimin yargılamayı yürütmeye ilişkin yetkisi çerçevesinde iade hakkında dava sırasında da karar verebileceği ve kullanılmayan avansın en geç nihai kararla iade edileceği kabul edilmektedir. Belki de en önemlisi, Türk hukukunda tebligat ve posta giderleri dışında delillerin ikamesi için de dava açılırken gider avansı ödenmesi zorunluluğu, HMK m. 120 f. 1'in İdareye tanıdığı –çeşitli gerekçelerle Anayasaya aykırı görünen-<sup>38</sup>, geniş takdir yetkisi sonucu Tarifeyle kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda gider avansının konusunu belirleme yetkisi hakime ait olmakla birlikte, deliller için davanın ilerleyen aşamalarında delil ikamesi için avans alınmasının İsviçre

---

kesin, uzatılması mümkün olmayan bir süre olarak verilmesi gerektiği, aksi halde ödeme yükümlüsünün hakimin vermiş olduğu sürelerin uzatılabileceğine ilişkin Art. 144 Abs. 2 ye (karş. HMK m. 90 f. 2) dayanabileceği ifade edilmektedir. Bu noktada 10 günlük bir yasal ikinci süre öngören Aargau Kantonu MUK m. 110'dan faydalanılabileceği, ancak açık bir kanun hükmünün yokluğu nedeniyle burada da mahkemenin belirli bir takdir hakkının olduğu ifade edilmektedir, **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 9.

<sup>34</sup> İsviçre'de kanunun hazırlık safhasında, avansın ödenmesi için ikinci kez süre verilmesi, yargılamanın gecikmesine neden olacağı eleştirilerine neden olmuş, verilen ilk sürede ödeme yapılması halinde eski hale getirme kurumunun yeterli korumayı sağlayacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu eleştiri yasaya yansımamıştır, bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 4.

<sup>35</sup> **Zürcher**, Art. 59 Rn. 55; Botschaft ZPO, s. 7295.

<sup>36</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 1; **Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 101 Rn. 1.

<sup>37</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 14.

<sup>38</sup> Bkz. aşağıda "Ç-" başlığı altındaki açıklamalar.

MUK m. 102'ye göre (bkz. HMK m. 324) ayrıca gerçekleşeceği hususuna önemle işaret edilmektedir.

İsviçre hukukuna ilişkin tüm bu hususlar aşağıda yeri geldikçe, HMK'daki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

### C- Giderler İçin Avans Ödenmesinin İşlevi ve Mahkemenin Avans Ödenmesi Hakkındaki Kararının Hukuki Niteliği:

Yargılama masrafları için avans ödenmesi yükümlülüğü, kural olarak avans ödeme yükümlüsünün menfaatine olan bir usul işleminin gerçekleştirilebilmesinin şartı olarak bir miktar paranın geçici olarak ödenmesi yükümlülüğü olup, usuli bir şekil hükmü teşkil eder<sup>39</sup>.

Yargılama giderleri için avans ödenmesi, yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için gerekli bazı usul işlemlerinin gerçekleştirilebilmesini sağlar ve ayrıca yargılamanın vaktinde neticelendirilebilmesi işlevini görür. Bu yönüyle, makul sürede yargılanma gibi anayasal talepleri de karşılar ve kamu yararına da hizmet eder. Ayrıca gider avansı ödenmesi, ölçülülük ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı dikkate alınmak şartıyla, tarafların gelişi güzel usul işlemi yapmalarının, özellikle ispat hakkı dahilinde yer bulmayacak deliller göstererek toplanmasını ve incelenmesini talep etmelerinin önüne geçme işlevi de görmektedir<sup>40</sup>.

Mahkemenin gider avansı ödenmesine ilişkin kararı, İsviçre hukukunda mahkemenin yargılamanın sevkine, yürütülmesine ilişkin bir kararı (prozessleitende Verfügung) olarak nitelendirildiği, hakimin yargılamayı yürütmesine ilişkin araçlardan biri olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>41</sup>.

Hukukumuz bakımından değerlendirildiğinde de HMK m. 32'de yargılamanın sevk ve idaresi başlığı altında, yargılamayı hakimin sevk ve idare edeceği düzenlenmiştir. Hakimin bu yetkisi, *yargılamanın şekli anlamda sevk* olarak ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Davanın makul sürede sonuçlandırılması, bunun için tedbirler alınması, delillerin zamanında getirilmesinin sağlanması ve bununla ilgili tedbirlerin alınması da yargılamanın hakim tarafından yürütülmesiyle ilgilidir<sup>43</sup>. Hakimin, yargılamada gerçekleştirilmesi bir parasal gideri gerektirecek usul

<sup>39</sup> Bu anlamda bkz. **Kofmel**, Sabine, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992, s. 211.

<sup>40</sup> Bu anlamda bkz. **Kofmel**, s. 214 vd.; ayrıca bkz. **Karsh**, s. 38, 632.

<sup>41</sup> **Suter/vonHolzen**, Art. 98 Rn. 4, Art. 101 Rn. 5; **Gasser/Rickli**, Art. 103 Rn. 1.

<sup>42</sup> Maddenin Hükümet Gerekçesi: "...Dava, vakıaların getirilmesi yönünden, tarafların davası olmakla birlikte, yargılama kamu hukuku ile ilgilidir ve dava açılmakla taraflar ve mahkeme arasında "usuli bir ilişki" doğar. Bununla birlikte yargılamayı hakim yürütür. Yargılama terimi kendi içinde duruşmayı ve oturumları içerir. Mukayeseli hukukta sevk yetkisi şekli anlamda ve maddi anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır. Duruşma günü tayini, tebligatların yapılmasına karar verilmesi *gibi* işlemler yargılamanın şekli anlamda yürütülmesine ilişkindir..."

<sup>43</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 260.

işlemleri için kanunda öngörülen şekilde ve miktarlarda taraflardan avans ödenmesini talep etmesi, bu hüküm çerçevesinde yargılamanın şekli anlamda yürütülmesine ilişkin yetkisi kapsamında kabul edilmelidir.

HMK m. 120 f. 1 açısından değerlendirildiğinde, yine İsviçre düzenlemesinden farklı olarak, dava açılırken harçlarla birlikte ödenmesi öngörülen gider avansında hakimin kararı ve takdir yetkisi söz konusu olamamaktadır. Bu itibarla, bu gider avansı uygulaması bakımından, hakimin yargılamanın sevkine ilişkin bir gider avansı kararından bahsedebilme imkanı yoktur. Sadece yatırılan bu avansın yargılama giderleri için harcanmasında hakimin yargılamayı şeklen yürütme yetkisi kendini göstermektedir. Ancak HMK m. 120 f. 2'ye göre yetersiz kalacağı anlaşılan avansın tamamlanması için mahkemece ara kararlarla süre verilmesinde ve m. 324'e göre delil ikamesi için avans yatırılmasında süre verilmesinde, hakimin yargılamayı şeklen yürütme yetkisi öne çıkacaktır.

Mahkemenin avans ödenmesine ilişkin yetkisi ve kararının yargılamanın yürütülmesine ilişkin bir mahkeme tasarrufu olarak kabulü, özellikle hakimin avans ödenmesi hakkındaki kararında yapabileceği değişiklikler ve avansın iadesi hakkındaki kararı bakımından önemli hale gelmektedir. Bu konu aşağıda yeri geldikçe irdelenecek ve özellikle kullanılmayan avansın iadesi hakkındaki HMK m. 333 hükmü bu yönüyle de tartışılacaktır<sup>44</sup>.

Yargılamada tarafların yargılama masrafları için avans yükümlülüğü, tarafların **ispat hakkıyla** (HMK m. 189 f. 1) da ilgilidir ve özellikle tarafların talep ettikleri delilin ikamesinin avans ödenmesine bağlanması **ispat yasakları** içerisinde bir sınırlama olarak da ele alınarak incelenebilmektedir<sup>45</sup>. Ayrıca *delil ikamesi için avans ödenmesi*, tarafların **yargılamaya katılma, teşvik yükümlülüklerinin** de bir görünümüdür (Aspekt der Mitwirkungspflicht) ve bundan dolayıdır ki -sadece davacının gider avansı ödemesinden farklı olarak- her iki taraf için de öngörülmüştür (bkz. HMK m. 324, İsv. MUK m. 102; *karş.* HMK m. 120 f. 1 ve Tarife m. 3, 4.)<sup>46</sup>.

### **Ç- HMK m. 120 İle Tarife Ve Yönetmelik Hükümlerinin, Temel Haklar Ve Sınırlanmasına İlişkin Anayasal Ölçütler Bakımından İrdelenmesi:**

#### **I- Hak Arama Özgürlüğünün Görünümü Olarak Bireyin Yargı Yoluna Başvuru (Erişim) Hakkı:**

Bireyin, hakkının tespiti ve yerine getirilmesi için yargı organlarına başvurarak dava açabilmesi, yargısal temel haklardan olan hak arama hürriyetinin temel görünümlerinden birisidir. Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa m.

<sup>44</sup> Bkz. aşağıda "K-" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>45</sup> Bkz. **Kofmel**, s. 211 vd..

<sup>46</sup> **Gasser/Rickli**, Art. 102 Rn. 1.

36’da, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Hak arama hürriyeti, yargılama hukuku güvencelerinden birisidir ve iki yönü bulunmaktadır<sup>47</sup>. Bunlardan birincisi yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması, diğeri de yargılamada ilgililere hukuki dinlenilme hakkının tanınmasıdır. Yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması, haklarını yargı organları önünde ileri sürmek isteyen herkese, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilme yolunun açık tutulması anlamına gelmektedir<sup>48</sup>. Kişilerin hak aramasını zorlaştıran hukuki ve fiili engellerin kaldırılması, hak arama özgürlüğünün ve bu anlamda gerçek ve etkili hukuki koruma sağlamanın bir gereğidir<sup>49</sup>.

Dava açılırken davacının, harçlar yanında bir de özellikle deliller için yüksek tutarlarda gider avansı ödemek zorunda kalması, onun yargı organına başvurusu (erişimi, ulaşımı) bakımından hak arama özgürlüğünün kullanılmasında ciddi bir engel, bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu sınırlama, hak arama hürriyetinin anayasal temel hak olması dolayısıyla, bir temel hak sınırlamasıdır. Yasayla getirilen temel hak sınırlamalarının anayasaya uygun bir sınırlama olup olmadığının tespitinde en başta, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 13. maddesindeki koşullar belirleyici olacaktır.

Aşağıda, yargısal temel haklar olan hak arama özgürlüğü, hukuki dinlenilme hakkı ve ispat hakkı temelinde, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak sınırlaması ölçütleri bağlamında özellikle “yasayla sınırlama” ve “ölçülülük” esasları üzerinde durulacaktır.

## II- “Yasa ile Sınırlama” Ölçütü Bakımından Değerlendirmeler - İdareye Yasama Yetkisinin Devri Sonucunu Doğuran HMK m. 120 f. 1’in Anayasaya Aykırılığı:

HMK’nın 120. maddesi, Adalet Bakanlığınca gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarın, davacı tarafından dava açarken mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğunu öngörmüştür. Maddede sadece, Adalet Bakanlığınca bir “gider” avansı tarifesi (düzenleyici idari işlem) çıkarılacağı ve bu tarifede dava açılırken davacının yatırması gereken “tutarın” belirleneceği belirtilmiştir.

Maddede, avansın “giderler” için ödeneceği belirtilmekle, bundan kastın “yargılama giderleri” olduğu anlaşılmaktadır. Ancak görüldüğü üzere, gider avansı tarifesinde belirlenecek “tutar”ın içerisine nelerin dahil olabileceği, tutarın neye göre belirleneceği, miktarının ne kadar olabileceği gibi hususlar açık

<sup>47</sup> Budak, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 5 vd..

<sup>48</sup> Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 6.

<sup>49</sup> Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 54.

birakılmıştır. Bu konularda yasal sınırlar belirlenmemiş, yasal çerçeve çizilmemiştir.

Tarifede belirtilecek tutarın, hangi yargılama masrafları için olduğu hususunda madde metninde bir açıklık yoktur. Tutarın “yargılama giderleri” için olduğu hususu, genel gerekçedeki ifadelerden anlaşılabilir. Madde gerekçesi de “her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri *gibi* giderleri karşılayacak tutar”dan bahsetmektedir.

Yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün, Anayasa'nın yasama yetkisi'nin devrini yasaklayan kuralına (m. 7) uygun olabilmesi için, “temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı İdarenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Dolayısıyla, temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren yasal düzenleme, Anayasa'nın söz konusu hükmüne aykırı olacaktır<sup>50, 51</sup>.

Gider avansı ödenmesinin “yargılama giderlerine” ilişkin olduğu ve yargılama giderlerinin neler olduğunun ise zaten HMK m. 323'de açıklanmış olduğu, bu nedenle ilk bakışta gider avansının içeriğini belirlemede “genel çerçevenin çizilmiş olduğu” düşünülebilecektir<sup>52</sup>. Ancak HMK m. 323'deki sayım, davanın sonunda yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkindir. Halbuki gider avansı davanın başında, dava sırasında yapılması, harcanması muhtemel giderler için peşin ve geçici olarak alınmaktadır. İki durum arasında amaç ve nitelik farkı söz konusudur. Bu nedenle, gider avansının içeriğini belirlemek bakımından HMK m. 323'ün gider avansının niteliğine uygun bir çerçeve teşkil etmeye elverişli olduğu söylenemez. Yargılama giderlerine ilişkin HMK m. 323'ün bir çerçeve

<sup>50</sup> **Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, Ankara 2006, s. 116 ve orada anılan Anayasa Mahkemesi'nin 06.07.1993 T., E.1993/5, K. 1993/25 s.lı kararı, (RG: 25.02.1995 T, 22213 S., s. 13 vd.); ayrıca Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun genel kuralları koyup idareye takdir yetkisine göre düzenleyeceği alan bırakırken, idarenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kuralları koyması gerektiğini de bir ölçüt olarak koymuştur, bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 117 ve orada anılan Anayasa Mahkemesi kararı.

<sup>51</sup> “... Anayasa'nın 7. maddesinde “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*” denilmektedir. Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur...”, Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 T., E. 2005/68, K. 2008/102 s.lı kararı, (RG: 20.11.2008 T., 27060 S.), ayrıca bkz. **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Karan**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Okay Tekinsoy**, Özge, İdare Hukuku, İstanbul 2011, s. 596.

<sup>52</sup> Nitekim Genel Gerekçede “Bu hüküm, davacının dilekçesini mahkemeye sunarken, açtığı davadan kaynaklanan yargılama giderlerinin yaklaşık olarak mahkemece hesaplanarak kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir. **Yine hangi masrafların yargılama giderleri kapsamına girdiği belirlenmiş...**” denmiş olması, bunun kastedilmiş olduğunu düşündürmektedir.

çizdiği kabul edilse dahi, bu çerçevenin, bilhassa davanın açılması anına denk düşen ve yargıya fiilen erişime bir sınırlama sonucu da doğuran gider avansı yükümlülüğü bakımından çok geniş, ölçsüz bir çerçeve olduğunu söylemek gerekir. Örneğin HMK m. 120 f. 1'e göre çıkarılacak gider avansı tarifesinin yargılama masraflarından olan avukatlık vekalet ücreti için de bir miktar avans ödenmesini öngörmesi mümkün müdür? sorusuna verilecek cevap olumludur. Zira bu vekalet ücreti de HMK m. 323 f. 1 (ğ) bendine göre yargılama giderlerindedir. **Avansın konusunun sınırlarını çizmeksizin İdareye yetki veren m. 120 f. 1, “yasallık ilkesi itibarıyla” İdarenin böyle bir uygulamasına engel olamayacaktır.** Ya da bunun aksine, çıkarılacak tarifede, deliller için gider avansı alınmasından vazgeçilerek, sadece tebligat giderleri için –ki isabetli olan da bu olacaktır– bir miktar avans alınması öngörülürse, bu durum da İİK m. 120 f. 1 çerçevesinde mümkündür. Verilen bu örnekler, davanın açılmasında potansiyel davacıya mali bir yükümlülük getirilerek hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasında yasallık ilkesinin yerine getirilmediğini, İdareye çok geniş ve belirsiz, denetime elverişli olmayan bir takdir alanı bırakılmış olduğunu somut olarak göstermekte ve HMK m. 120 f. 1'in anayasaya aykırılığına kanıt oluşturmaktadır.

Yine HMK m. 120 f. 1'de İdareye düzenleyici işlem yapma yetkisi verilen yasallık ilkesinin gerçek anlamda yerine getirilmemiş olması ve yasama yetkisinin hukuka aykırı olarak devri dolayısıyla, HMK m. 324'de delil ikamesi için avansın, ancak **“derdest dava sırasında ve hakim tutarı belirleyerek vereceği süre içerisinde taraflardan isteneceğine”** ilişkin açık yasa hükmü, Adalet Bakanlığı tarafından, -genel gerekçedeki ifadelerle rağmen<sup>53</sup>- 120. maddenin gerekçesinden de ilham alınarak Gider Avansı Tarifesiyle kolaylıkla ve fakat hukuka aykırı olarak aşılabilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 45. maddesinin birinci fıkrası da bu hukuka aykırılığı perçinlemiştir.

Ayrıca Anayasanın 142. maddesine göre, mahkemelerin işleyişi ve yargılama usullerinin de kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur. Yargılama giderleri için gider avansı düzenlemesi de mahkemelerin işleyişi ve yargılama usulüne dahil olup, gerçek anlamda kanunla düzenleme zorunluluğu kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir. “Yasa ile yetkilendirme”, Anayasa m. 13'de aranan “yasa ile düzenleme ve sınırlandırmadan” farklıdır. HMK m. 120 f. 1'de söz konusu olan “sadece yasa ile yetkilendirme” olmuştur.

“...Kanuni idare ve yasama yetkisinin devredilemezliği ilkeleri uyarınca, idareye tanınacak olan düzenleme yetkisinin genel çerçevesinin yine yasa koyucu tarafından çizilmesi, konuya ilişkin genel prensiplerin yasada belirlenmesi

<sup>53</sup> “..., 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 da getirilmiştir.”, (Genel Gerekçeden)



gerekmektedir. Başka bir anlatımla, İdarenin bir alanda düzenleme yapabilmesi için, **o konuda bir kanunun varlığı yeterli değildir**. Konunun genel ilke ve çerçevesinin de kanun tarafından düzenlenmiş olması aranmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında idarenin düzenleme yetkisinin çerçevesinin kanun tarafından belirlenmiş olması zorunluluğunun altını çizmekte ve buna aykırı yasal düzenlemeleri yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bularak iptal etmektedir.<sup>54</sup>

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin genelliği ve asliliği söz konusu değildir. Verilen yetki kapsamında, idarenin faaliyet alanı ve doğal olarak düzenleme yetkisinin kapsamı ve içeriği kanunla öngörülmelidir. İdare, kanunla etrafi çizilen, sınırları belirlenen alan içinde kendi görev alanıyla ilgili konularda işlem tesis edebilir<sup>55</sup>.

Dava açılırken davacıdan gider avansı alınmasının, dava harçlarında olduğu gibi, Anayasa m. 73 ve idare hukuku anlamında bir "*mali yükümlülük*" mü olduğu da tartışılabilir. Yargılamada avans ödenmesi bir kamu hukuku yükümlülüğü olmasına rağmen, ödenmesi gereken tutarın muhtemel yargılama giderleri için bir avans olarak nitelendirilmesi ve devletin kendi hesabına tahsil ettiği bir tutar olmaması dolayısıyla bu anlamda bir mali yükümlülük olarak nitelendirilmesi söz konusu olmayabilir. Ancak daha yakından incelendiğinde, gider avansı uygulamasıyla davacının kısmen, yargılamada davalının avans olarak ödemesi gereken bazı giderleri de ödemek zorunda kaldığı<sup>56</sup> ve henüz yargılama sonunda HMK m. 323 vd. hükümlerine göre sorumlu olup olmayacağı belli olmayan yargılama giderleri için avans yatırmakta olduğu da dikkate alındığında, bir mali yükümlülük olarak kabulü söz konusu olabilir. Bu hususta varılacak sonuca göre, Anayasa Mahkemesi'nin mali yükümlülük getiren düzenleyici işlemlere ilişkin içtihatlarının da dikkate alınması gerekebilecektir<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> **Günday**, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 227 (aynen alıntı) ve orada dn. 208 de anılan AYM 14.03.2005 t. ve 2003/70 E., 2005/14 K. sayılı kararına göre: "... yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin anayasa'ya uygun olabilmesi için yasa da temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir....".

<sup>55</sup> **Atay**, E. Erden, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 362, 363.

<sup>56</sup> Davalının yapılmasını istediği işlemlerin posta gideri de davacının HMK m. 120'ye göre ödemiş olduğu avanstaki karşılanabilecektir (karş. Tebligat K. m. 5, m. 34). Ve ayrıca HMK m. 324 f. 1 c. 2'ye göre belki de davalının da aynı delile dayanması dolayısıyla yarısını ödemesi gereken delil avansını, davacı aslında Tarifeye göre davanın başında ödemek zorunda kalmış olabilecektir.

<sup>57</sup> "... **Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz**. Mali yükümler matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönleri vardır. **Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla, yasayla yeterince çerçevesizlenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta, temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yüküm-**

Sonuç olarak, hak arama özgürlüğü gibi Anayasa'da düzenlendiği 36. maddede, Anayasa m. 13'de temel hakkın yasayla sınırlanması için aranan özel sınırlama sebebi içermeyen bir temel hakkın sınırlanmasına yönelik yasal düzenlemenin, İdareye çerçevesi çizilmemiş, belirsiz, takdir yetkisi denetime elverişli olmayacak şekilde bir yetki vermek suretiyle bu temel yargısal hakkı sınırlandırmakta olduğunu, bu yönleriyle Anayasa'nın 7. maddesine, 13. maddesine ve 36. maddesine aykırı olduğunu savunmak mümkündür.

### III- Anayasal Ölçülülük İlkesine Aykırılık:

HMK m. 120 f. 1, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, avansın konusunu gerektiği ölçüde belirlemediği ve İdari düzenleyici işlemin çerçevesini çizmediği için temel hakkın yasa ile sınırlanması gereği yerine gelmiş sayılmaz. Bundan dolayıdır ki m. 120 f.1'in içerik belirsizliği dolayısıyla doğrudan doğruya ve tek başına ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi de mümkün olamamaktadır. Bu durum da yasa ile sınırlama ölçütünün gerçek anlamda yerine getirilmediğinin ve HMK m. 120 f. 1'in bu nedenle anayasaya aykırılığının bir başka belirgin kanıtıdır. Ölçülülük ilkesi bakımından bir değerlendirme, HMK m. 120 f. 1 ve buna dayanarak çıkarılan Tarife'nin ve Yönetmeliğin (m. 45 f. 1) içeriğiyle birlikte söz konusu olabilmektedir.

Ölçülülük ya da bir başka ifadeyle oranlılık ilkesi üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bunlar, elverişlilik (uygunluk), gereklilik (zorunluluk) ve orantılılıktır (dar anlamda ölçülülük, kaçınılmazlık). Bu ilkelerin denetimi, yasa koyucunun amacının ne olduğu ortaya konulmadan gerçekleştirilemez, yani hukuki denetim soyut olarak yapılamaz<sup>58</sup>. Bu durumda, kanun koyucunun dava açılırken gider avansı almadaki yargılamanın sürüncemede kalmaması amacı dikkate alınmalıdır. Elverişlilik (uygunluk) ilkesi, alınan tedbirin, istenilen amaca ulaşılması için uygun olmasını ifade etmektedir. Alınan tedbir (dava açılırken gider avansı alınması) yardımıyla istenilen amaca (davanın sürüncemede kalmasının önüne geçmek) yaklaşıyorsa, araç elverişlidir<sup>59</sup>. Genel olarak bakıldığında, davanın başında gider avansı alınması, yargılamanın hızlandırılması ve davanın sürüncemede kalmasının önlenmesi bakımından elverişli bir araçtır. Ancak ölçülülük denetimi dahilinde ikinci adım olarak aracın gerekli (zorunlu) olup olmadığı denetlenir. Bu denetimin yapılabilmesi, öngörülen amaca erişmek için birden

---

**ler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir...**" Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1987 T., E. 1986/20, K. 1987/9 s.lı kararı (RG: 28.05.1987 T., 19473 S., s. 24), ayrıca bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 121, 122.

<sup>58</sup> **Metin**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, s. 21; bkz. **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 144, 145.

<sup>59</sup> Bkz. **Metin**, s. 26; **Kanadoğlu**, Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2001, s. 163, 164.

çok elverişli aracın bulunması ön şartına bağlıdır. Gereklilik ilkesi, varılmak istenen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Birçok mümkün ve elverişli araç arasından, bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu durumda kullanılan araç gereksizdir<sup>60</sup>. Zorunluluk (gereklilik) ilkesi, amaca ulaşmak için yeterli olan en hafif tedbirin alınmasını, bu yeterli değilse daha ağır tedbirlere doğru aşamalı bir geçişin yapılmasını zorunlu kılar. Bu çerçevede bakıldığında, hemen hemen her türlü delil için dava açarken avans alınması yerine, amaca ulaşmada daha yumuşak bir araç olarak, dava açarken sadece posta ve tebligat giderleri için makul bir başlangıç avansı alınması, deliller için ise derdest davada hakimnin kararıyla gerektiğinde avans talep edilmesi uygun olur. Böylece yargılamanın sürüncemede kalmaması amacına bu yumuşak, temel hakka daha az müdahale eden araçla da ulaşılabilir.

Devletin müdahale ile yarattığı durum (dava açmanın mali yükümlülikle güçleştirilmesi) ile güdülen amaç (yargılamanın hızlandırılması) arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekir<sup>61</sup>. Dava açarken bilirkişi, keşif, tanık delilleri için avans alınması ile yargılamanın hızlandırılması arasındaki bağ –aşağıda<sup>62</sup> yargılamanın yapısı yönünden yapılan incelemede görüldüğü üzere- zayıftır. Dolayısıyla bu deliller bakımından dava açarken avans alınmasının, yargılamanın hızlandırılması amacına ulaşmada zaman bakımından elverişli bir araç olduğu söylenemez.

İsviçre Federal MUK'daki gider avansı düzenlemesi bakımından ölçülülük ilkesini esas alan yasal düzenlemeler ve doktrinde buna işaret eden açıklamalar öne çıkmaktadır. Avans yükümlülüğü bağlamında açıkça, anayasal hak arama garantisi dolayısıyla, bu hakkın kullanımını önleyici, engelleyici (prohibitiv) avanslar istenemeyeceği vurgulanmaktadır<sup>63</sup>. İsviçre'de davacıdan gider avansı alınması davanın açılması sırasında gerçekleşmemekte, avans dava açıldıktan hemen sonra hakimnin vereceği süre içerisinde davacıdan talep edilmektedir. Ayrıca, avansın miktarını hakim belirlemektedir ve bu konuda önemli bir takdir hakkı bulunmaktadır. Hakime takdir alanı bırakılması dolayısıyla mahkeme somut durumda, avans ödenmesinden kısmen veya tamamen vazgeçebilecektir. Tam gider avansı ödenmesine yönelik karar yine kural olacaktır, daha düşük tutarda avans veya avans ödemekten muafiyet yönündeki kararlar ise istisna olarak yer bulacaktır. Yasa hazırlıklarında gerekçelerde, hakkaniyet gereği kabul edilebilecek istisnaya örnek verilmekte ve bu bağlamda, davacının asgari varlığın

<sup>60</sup> Bkz. **Metin**, s. 21 ve orada anılan yazarlar.

<sup>61</sup> **Gören**, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000, s. 105.

<sup>62</sup> Bkz. aşağıda “D-” başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>63</sup> **Zürcher**, Art 59 Rn. 53.

(Existenzminimum) çok az üzerinde bir varlıkla yaşamını sürdürmesi nedeniyle adli yardımdan faydalanmasının şartlarının yerine gelmemiş olması gösterilmektedir. Bu durumda mahkemenin, yargı organlarına erişimi fiilen engellemek için buna uygun olarak düşük bir avans talep etmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

İsviçre’de ön tasarıda, muhtemel mahkeme masrafları tutarının yarısı kadar avans alınması bakımından mutlak bir yükümlülük öngörülmüştür. Sonrasında tasarıda ve yasalaşan metinde, tutarın muhtemel mahkeme masraflarının tamamına kadar olabileceği kabul edilmiş ancak bu konuda ön tasarıdan farklı olarak mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece mahkemenin, yargıya erişimi temin etmek (Zugang zum Gericht zu gewährleisten) üzere, hakkaniyet kuralları icabı (aus Billigkeitsgründen) kuraldan ayrılan farklı uygulamalar yapabilmemesinin yolu açılmıştır<sup>65</sup>.

İsviçre’de MUK m. 98, olası tüm mahkeme masrafları için avans ödenmesini mutlak olarak emretmeyip mahkemeye avansın belirlenmesinde önemli bir takdir yetkisi verdiği için, avans hakim tarafından yargılamanın bulunduğu aşamaya göre kademelendirilebilir; hakim, davacının muhtaç olması halinde avansın taksitler halinde ödenmesine karar verebilir<sup>66</sup>; avans alınması, teminat ödenmesinde olduğu gibi bir sebebe, bir şarta bağlanabilir. Mahkeme, bir şarta bağlı olmaksızın veya sadece somut tehlikenin varlığı halinde avans talep etmek konusunda serbesttir. Avans ödenmesine karar vermektен mahkemenin vazgeçmesi de mümkündür. Buna nafaka davaları ve babalık davaları örnek gösterilmektedir<sup>67</sup>. Tüm bu hususlar, yargısal temel haklar olan yargı organlarına erişim, hukuki dinlenilme ve ispat hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin ifadeleri ve yargılama hukukuna yansımalarıdır.

Olumsuz olduğu ifade edilen bazı yargı uygulamalarının ortadan kaldırmak adına<sup>68</sup>, hak arama özgürlüğünü, bireyin adalete erişimini daha başlangıçta

<sup>64</sup> Suter/von Holzen, Art. 98 Rn. 10; Botschaft ZPO, s. 7293.

<sup>65</sup> Bkz. Botschaft ZPO, s. 7293; Suter/von Holzen, Art. 98 Rn. 3.

<sup>66</sup> Avansın taksitler halinde ödenmesinin yolunun kapalı olmadığı, bunun için davacının ödeme süresinin dolmasından önce mahkemeye başvurması gerektiği, sonuç olarak böyle bir taksitle ödeme talebinin, ödeme süresinin uzatılması talebi niteliğinde olduğu (bkz. HMK m. 90 f. 2), verilen ikinci süre içinde ise taksitle ödeme talebinde bulunulmasının olanaklı olmadığı kabul edilmektedir, Bkz. Suter/von Holzen, Art. 101 Rn. 7.

<sup>67</sup> Gasser/Rickli, Art. 98 Rn. 3.

<sup>68</sup> Bkz. Genel gerekçede, "... Böylelikle dava sırasında her işlem için ayrı ayrı masraf alınması sebebiyle zaman kaybı önlenmek istenmiştir. Davanın başında avans alınması bu gecikmeleri önleyecek niteliktedir. Yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, tek başına davaların gecikme sebebi olmamakla birlikte, önemli etkenlerden biridir. **Gerek kanundan gerekse yerleşmiş yargı uygulamalarından kaynaklanan bu aksaklığın önlenilmesi amacıyla**, öncelikle dava açılmasıyla ilgili ‘Harç ve avans ödenmesi’ kenar başlıklı ... madde düzenlenmiştir..." ifadelerine yer verilmiştir.

önemli ölçüde caydırıcı hale getirecek, dava açılmasının maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sonuçlarını mümkün olan en az külfetle elde etmeyi engelleyecek tedbirlerden kaçınılması, hak aramaya başvurunun önündeki engellerin kaldırılması da hukuk devletinin gereği olarak görülmeli ve burada ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır<sup>69</sup>.

Ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, HMK m. 120 ve buna dayalı olarak çıkarılan tarifenin 3. ve 4. maddeleri, Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlandırmayı içermektedir. Bu nedenle Anayasa m. 36 ve 13 bakımından anayasaya aykırılık söz konusudur. Ayrıca, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri dikkate alındığında Anayasanın 2. ve 5. maddeleri bakımından da getirilen düzenlemelerin anayasaya uygun olduğunu söylemek güçtür.

#### IV- Hukuki Öngörülebilirlik Açısından Değerlendirilmesi:

Bilindiği gibi, m. 120 f. 1'de Adalet Bakanlığınca çıkarılması öngörülen gider avansı tarifesi, Kanun'un yürürlüğe girmesine bir gün kala, 30 Eylül 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Davanın açılmasında önemli ve sürpriz etkisi doğuracak şekilde bir mali yükümlülük getiren bu türden düzenlemelerin, daha öngörülebilir şekilde ve bu bağlamda makul bir süre öncesinde gerçekleştirilmesi gerektiği, bu bakımdan hak arama özgürlüğünü hukuk devletinde bu yönüyle de ihlal etmiş olduğu söylenebilecektir. Örneğin, hak düşürücü sürenin son günü olan 3 Ekim günü gider avansını ödeyemediği için davasını (örneğin iş güvencesi davasını veya 7 günlük hak düşürücü süreye tabi meskeniyet iddiasına dayalı şikayetini) açamamış olan bireye, hukuk devletinde tatmin edici bir cevap verebilmek güç olacaktır.

Yasa hükmü, sadece çıkarılacak Tarifede bir tutarın belirleneceğini ve dava açılırken bunun ödenmesinin zorunlu olduğunu öngörmektedir. Tutarın içine nelerin dahil olabileceği ve tutarın yüksekliği hakkında bir emare içermemektedir. Yasa metnine dahil olmayan gerekçedeki avansın içeriğine ilişkin ifadelerin, hukuki öngörülebilirliği sağlamak ve sürpriz etkisini önlemek bakımından yeterli olmadığı da belirtilmelidir. Zira bu gerekçeye nazaran HMK m. 324 açıkça, deliller için avansın derdest davada mahkeme tarafından süre verilerek isteneceğini öngörmektedir. Bu nedenle, Kanun'un kabul tarihinin yürürlük tarihinden çok daha önce olduğu ve davanın açılmasındaki avans yükümlülüğü ile miktarının öngörülebileceği de söylenemeyecektir. Zaten bu hukuki öngörülemezlik

<sup>69</sup> Karşlı (s. 38), sosyal devlet ilkesi ve kişilerin adaletin gerçekleştirilmesini Devlettten istemesinin bir temel hak olması dolayısıyla, insanların mahkemelerde dava açarken harçlar ve diğer masraflar sebebiyle bu yola gitmekten kaçınmaması gerektiğini belirterek, bundan dolayı yüksek olan yargılama harçları yanında alınacak giderlerin Adalet Bakanlığınca düşük tespit edilmesi gerektiğinin arzu edildiğini ifade etmiştir.

durumunun ortaya çıkışıyla aynı paralelde HMK m. 120 f. 1 hükmü, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Anayasa m. 13’de öngörülen temel hakların yasa ile sınırlanması ve yasama yetkisinin devredilemezliği ölçütleri bakımından da anayasaya uygun görünmemektedir.

#### **D - Düzenlemelerin Yargılamanın Yapısı ve İspat Hukukunun Temel İlkeleri ile Taraflarca Getirme ve Araştırma İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi:**

Davacıdan davasını açarken dayandığı deliller için gider avansı alınması uygulaması, anayasal ilkeler dışında, doğrudan doğruya yeni Kanunun yargılama safhalarına ilişkin olarak öngördüğü yapıyla ve ispat hukukunun temel esaslarıyla da bağdaşmamaktadır.

HMK, yargılamanın safhaları arasına ön inceleme adı verilen yeni bir safhayı dahil etmiştir (m. 137 vd.). Buna göre, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasından sonra ön inceleme aşamasına geçilecektir. HMK m. 137 f. 2’de, “ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği” açıkça ifade edilmiş, aynı maddenin gerekçesinde, ön inceleme safhasında “tanık dinlenmesi, belge incelenmesi, bilirkişi görüşü alınması, keşif yapılması ve yemin teklif edilmesi gibi tahkikat işlemleri yapılamaz...” denmiştir. Dolayısıyla, ön inceleme tamamlanmadan tahkikat safhasına geçilerek delillerin incelenmeyeceği kabul edilmiştir. Yani HUMK döneminden farklı olarak, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması sonrası hemen tahkikata geçilemeyecektir. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında ve bunu takip eden ön inceleme safhasında, tahkikata ilişkin bir işlem ve delil incelemesi işlemleri gerçekleştirilmeyecektir. Davacı dilekçesinde –dava açılırken kendisinden avansı alınmış olan- bir keşif, bilirkişi ve tanık deliline dayanmışsa, avansı alınan bu delillerin incelenmesi kural olarak ilk defa ön incelemeyi takip eden tahkikat safhasında gerçekleşebilecektir. Yargılamanın ilk iki safhası geçilerek tahkikat aşamasına gelmesi uzun bir süreyi alacaktır<sup>70</sup>. Delillerin incelenmesi zamanına ilişkin bu öteleme dikkate alındığında, keşif, bilirkişi ve tanık delilleri için dava açarken avans alınması, HMK m. 324’ün hakimince vereceği süre içinde delil için avans ödenmesini öngören açık düzenlemesine aykırılığı yanında, gerekmediği halde vaktinden önce gerçekleşen bir talep olup, zaman bakımından ölçüsüz bir düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yargılamanın hızlandırılmasını sağlayıcı bir etkisi de söz konusu olmayacaktır. Posta ve tebligat giderleri için avans alınmasının ise ölçülü ve yargılamanın hızlandırılmasını sağlamaya elve-

<sup>70</sup> Yazılı yargılama usulünde, bugünkü verilere göre, karşılıklı dilekçe verme süreleri, cevap dilekçesi için süre uzatımı istenebilmesi, tebliğ süreleri, ön inceleme duruşmasının iki kez yapılabilecek olması gibi hususlar dikkate alındığında, iyimser bir tahminle tanık, keşif, bilirkişi delillerinin incelenmesinin söz konusu olacağı tahkikat duruşması ortalama beş-altı aylık bir süre sonra yapılabilecektir.

rişli olduğunu belirtmek gerekir. Alınan bu avans, özellikle dava açıldıktan sonra tarafların dilekçeler ve davetiyeler ile belge delillerinin toplanması ve karşılıklı tebliğinde önemli bir kolaylık ve zaman tasarrufu sağlayacaktır. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında ve ön inceleme aşamasında belge delillerinin toplanması<sup>71</sup> için, posta ve tebligat giderleri olarak avans alınması yeterli bir araçtır. Bu nedenle İYUK m. 6'da olduğu gibi, davanın açılmasında makul ölçülerde posta gideri alınması<sup>72</sup>, yetmeyeceği anlaşıldığında hakim tarafından tamamlanabilmesi, deliller için avans alınmasının Kanuna uygun olarak sadece HMK m. 324 çerçevesinde gerçekleştirilmesi, yargılamanın yukarıda belirtilen yapısına da uygun, hak aramayı ölçüsüz olarak güçleştirmeyen, dengeli ve yargılamanın hızlandırılması amacını temin için de gerekli ve yeterli bir çözüm olacaktır.

Diğer yandan, kanun koyucu ön inceleme aşamasının kabulüyle birlikte, *tarafların bu aşamada sulhe teşvik edilmesine* de özel bir önem vermiştir<sup>73</sup>. Davasını açarken, neredeyse gösterdiği tüm deliller için onların tahkikat aşamasında incelenmesi için gerekli gideri avans olarak da ödemiş olan davacının, ön incelemede sulhe yaşanması bakımından bu durum ek bir olumsuz psikolojik etki doğurabilir. Tahkikat aşamasında incelenecek deliller için daha dava açılırken makul olmayan bir avans alınması, ön incelemedeki sulhe teşviki gerçekçi olmaktan çıkarır, tarafların ve mahkemenin daha başlangıçta bir sonraki aşama olan tahkikat aşamasına odaklanmasına sebebiyet verir. Halbuki deliller için avans, ön incelemede taraflar sulhe teşvik edildikten ve uyuşmazlık noktaları

<sup>71</sup> Bkz. başka yerlerden getirilecek *belge ve dosyalar* hakkında HMK m. 121; m. 129 f. 2; ön incelemenin kapsamına, mahkemenin tarafların delillerini sunmaları ve *delillerin toplanması* için gereken işlemleri yapmasının da dahil olduğu hususunda m. 137 f. 1; tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgelerin sunulması ve başka yerden getirilecekse gereken açıklamayı yapmaları hususunda m. 140 f. 5.

<sup>72</sup> Bugün İdare Mahkemeleri uygulamasında, davanın yürütmeyi durdurma talepli olup olmadığına da bakılarak, bir tarifeye bağlı olmaksızın yaklaşık 10 ila 20 tebligat gideri tutarında posta gideri avansı alınmaktadır.

<sup>73</sup> Bkz. ön incelemenin kapsamı hakkındaki m. 137 f. 1 “Mahkeme ön incelemede;... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder...”; ön inceleme duruşmasına davete ilişkin m. 139 “... Çıkarılacak davetiyede, ..., taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları ... ayrıca ihtar olunur; ön inceleme duruşması hakkındaki m. 140 f. 2 “Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hakim, tarafları sulhe teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.” “... Bu aşamanın (ön inceleme) önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabulucuya gitmeye teşvik etmek; böylelikle **onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak** suretiyle, uyuşmazlığın **daha ileriki aşamalara gitmeden** çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir...”, m. 137'nin gerekçesinden. “... Ön inceleme oturumu için gün tespiti, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra yapılacaktır. Özellikle, tarafların sulh olmalarını sağlamak; sulh olmayacaklar ise, uyuşmazlık noktalarını tam olarak tespit edebilmek için, böyle bir oturuma ihtiyaç vardır...” m. 139'un gerekçesinden. Ayrıca bkz. m. 140'in gerekçesi.

tespit edildikten sonra taraflardan talep edilecek olursa, sulh olmaması halinde deliller için avans ödemek zorunda kalacaklarını bilen taraflar (hem davacı hem davalı, bkz. HMK m. 324 f. 1 c. 2) için bu durumun, onları sulhe teşvik edecek ölçülü bir *ilave etki* ortaya çıkarabileceğini söylemek de mümkün olur.

Ön incelemenin temel amaçlarından biri de *taraflar arasındaki uyuşmazlık noktalarının tam olarak belirlenmesi*, yargılamanın yol haritasının çizilmesi ve ön inceleme tutanağında tespit edilen uyuşmazlık noktalarının tahkikatın konusunu teşkil etmesidir. Bu anlamda tahkikatın konusu, büyük ölçüde o yargılamaadaki ispatın konusuyla (bkz. m. 187) da örtüşecektir. Tahkikatın konusu olacak ve ispatı için delil incelenecek çekişmeli vakıalar belirlenmeden ve ayrıca tarafların karşılıklı beyanlarına göre davanın açıldığı zamana nazaran (dava dilekçesine nazaran) çekişmesiz hale gelen vakıalar olup olmadığı tespit edilmeden, salt davacının dilekçesinde o delile dayanmış olması sebebiyle avans alınması, yargılamanın bütünlüğüne, canlılığına ve çelişmeli yargılamanın gereklerine de uygun düşmemektedir.

*İspatın konusunu, uyuşmazlığın çözümü bakımından önemli çekişmeli vakıaların teşkil etmesi*, tarafların bu vakıalar hakkında delil göstermesi ve mahkemenin de ancak çekişmeli olan vakıalar hakkında delil incelemesi, medeni yargılama ispat hukukunun temel esaslarından<sup>74</sup>. Nitekim bu hususlar, ispat ve deliller kısmında ilk madde olan HMK m. 187 f. 1’de de bir ölçüde ifade edilmiştir. Hangi vakıaların çekişmeli ve delil incelemesine muhtaç olduğu ancak karşılıklı dilekçelerin verilmesinden ve ardından uyuşmazlık noktalarının taraflar sulhe de teşvik edilerek belirlenmesine yönelik ön inceleme aşamasından, *yani taraf iddia ve savunmaları bu süzgeçlerden geçtikten sonra ortaya çıkacaktır*. Tahkikat aşamasında, bu aşamalarda belirlenen çekişmeli vakıalar hakkında delil incelemesi gerçekleşecektir. Bu aşamalardan henüz dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması dahi gerçekleşmeden, salt davacının dava dilekçesinde o delile dayanmış olmasına bağlı olarak avans alınması, ispat hukukunun belirtilen temel esaslarına da aykırı düşmektedir. Ön inceleme tutanağında belirlenen uyuşmazlık noktalarının (veya uygulamada görüldüğü üzere burada atıf yapılacak taraf dilekçelerinin), bu çekişmeli vakıaların ispatı için ikame edilecek keşif, bilirkişi, tanık delilleri için avans alınmasında da esas alınması uygun olacaktır. Bu nedenle, bilhassa yazılı yargılama usulünde, ön inceleme aşaması biterken tahkikat için duruşma günü tayin eden hakimin, özellikle keşif, bilirkişi ve tanık delillerine ilişkin masraf avansının kapsam ve tutarını da bu aşamada belirlemesi ve

<sup>74</sup> “Prensip itibarıyla delil ikamesi davanın derdestliğinden sonra vukubulur. Delil ayrıca, dava için önemli bulunan bir vakıanın isbata muhtaç bulunmasından sonra ikame edilecektir...”, Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 589.



yatırılması için HMK m. 324'e göre süre vermesi kabul edilebilir ve Kanuna uygun bir çözüm olacaktır<sup>75</sup>.

Ayrıca davacıdan dava dilekçesinde dayandığı deliller için henüz dava açılırken avans alınması, ona dilekçesinde belirli delillere dayanıp dayanmamak konusunda ölçüsüz bir tereddüde sevk edebilmektedir. Delillerin kural olarak dava dilekçesinde hasrını kabul ettiği anlaşılan HMK sisteminde<sup>76</sup>, davacının dava dilekçesinde o delile dayanıp dayanmaması daha da büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle deliller için davanın açılmasında öngörülen avans yükümlülüğü, davacının hak arama özgürlüğüne dahil olan **ispat hakkını da** (HMK m. 189) ihlal etmektedir. Zira ispat hakkının "**kanunda belirtilen**" süre ve usule uygun olarak kullanılması öngörülmüştür. Bu bağlamda HMK m. 324 de Kanunda ispat hakkının kullanılması için öngörülmüş bir süre ve şekil hükmüdür. Maddede, deliller için avansın derdest davada hakim vereceği süre içinde ödenmesi öngörülmüştür. Buna aykırı olarak dava açarken delillerin ikamesi için avans alınmasına ilişkin Tarife ve Yönetmelik hükümleri, HMK m. 189 ve m. 324'e açıkça aykırıdır. Bu yolu gerekli yasal çerçeveyi çizmemek suretiyle İdareye açık bırakan HMK m. 120 f. 1 hükmü de anayasaya aykırıdır.

Ön inceleme aşamasının temel hedeflerinden birisi de dava şartları ve ilk itirazların incelenmesiyle, gerektiğinde davanın bu aşamada, esasa girilmeden usuli bir kararla reddedilmesidir. Bu şekilde, bir yandan ön incelemede usuli şartların öncelikle incelenmesine önem verilirken, diğer yandan ise henüz davanın esasına girilip girilmeyeceği belirli olmayan bir aşamada, dava dilekçesinde davacının davanın esasının tahkiki için gösterdiği tanık, keşif ve bilirkişi delilleri için dava açarken avans talep edilmesi bir çelişki teşkil etmektedir. Davanın, dava şartı eksikliği veya ilk itirazın haklılığı dolayısıyla usulden reddi kararı üzerine, karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda, keşif, bilirkişi ve tanık delilleri için alınmış avans HMK m. 333 hükmü de dikkate alınır ve uygulanırsa, davacıya iade edilemeyecek, hiç gerekmediği halde davanın başında alınmış bu avans kullanılmadan ve nemalandırılmadan bekleyecektir. Yargılamaya ilk derecede devam edilecek olursa, duruma göre bir sonraki yılın Tarifesine göre ek avans ödenmesi de gerekebilecektir. Tüm bu ihtimaller, dava açılmasında tanık, bilirkişi ve keşif delilleri için avans alınmasının ölçüsüz olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, hak arama özgürlüğü ve yargılamanın hızlandırılması arasındaki gerilim, ölçülülük ilkesi ekseninde ve kabul edilen yeni yargılama sistemi-

<sup>75</sup> Yönetmeliğin 45. maddesinin 5. fıkrasında, **delil avansının** ödenmesine, **hakim tarafından** dilekçelerin verilmesi, ön inceleme aşaması veya tahkikatın başında karar verileceği öngörülmüştür. Ancak buna rağmen maddenin birinci fıkrası, Tarife'de olduğu gibi, dava açılırken alınacak gider avansı içerisinde tanık, bilirkişi ve keşif delilleri için alınacak avansı da saymaya devam etmektedir.

<sup>76</sup> Bkz. bu yöndeki tespit için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 295.

nin esasları çerçevesinde değerlendirildiğinde, gider avansının içeriği konusunda ölçülü ve hukuka uygun düzenlemelerin varlığından söz etme imkanı yoktur.

*Delil ikamesi için gider avansı* ödeme yükümlülüğü özellikle ispat hakkı ve ispatın önündeki sınırlar bağlamında ele alınırken, taraflarca getirme ve araştırma ilkeleri açısından ayırım yapılarak değerlendirilmelidir. Taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda, yargılama giderleri için avans ödeme yükümlülüğünün kabulü konusunda bir tereddüt yoktur. Bir usuli işlemin yapılmasının gider avansının ödenmesine bağlanmasıyla gerçekleşen hukuki dinlenme ve ispat hakkına yönelik müdahalenin “ölçülü olup olmadığı”, bu yükümlülüğün anayasaya uygunluğunu belirlemek bakımından kritik noktadır<sup>77</sup>.

Ölçülülük bakımından yapılacak incelemede, ispat hakkına müdahalenin ağırlığı tespit edilirken, avans yükümlülüğünün **miktarmın yüksekliği** ve yükümlülüğün **yerine getirilmemesinin yaptırımının** ne olduğu belirleyici olmaktadır<sup>78</sup>. Gider avansı yükümlülüğü, ispat hakkına ancak miktarı (yüksekliği) ölçüsüz olduğunda aykırılık teşkil edebilecektir. Yani, avans yükümlülüğü tarafı, gelişigüzel (tartmadan, düşüncesizce) delil ikamesini istemekten alı koyabilir; ancak engelleyici (önleyici) şekilde etki göstermemeli, yani tarafı delil göstermek konusunda ürkütmemeli ve caydırmamalıdır<sup>79</sup>.

**Kofmel**, avansın ödenmemesi halinde yaptırımının ne olacağı hususunda deliller bakımından yaptığı değerlendirmede, mahkemenin o delilin ikamesinden kesin olarak vazgeçilmiş olduğuna karar vermeden önce, delil gösterene daima bir ikinci (sonraki) süre (Nachfrist) vermesini, ölçülülük ilkesinin yerine getirildiğinin söylenebilmesi için gerekli görmektedir<sup>80</sup>. Ancak gerek İsviçreli kanun koyucunun gerekse Türk kanun koyucunun, delil ikamesi avansının ödenmesi için süre verilmesinde, bir defa süre verilmesini yeterli kabul ederek farklı görüşte oldukları anlaşılmaktadır<sup>81</sup>. HMK m. 120 f. 2'nin uygulanması bakımından ise davacıya iki kez süre verilmesi gerekip gerekmediği aşağıda<sup>82</sup> ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

Alman kanun koyucu da delil ikamesi için masraf avansı ödenmesi yükümlülüğünü getirirken ölçülü bir düzenleme öngörmüştür. Alman MUK § 379 c. 2'ye göre, tanığın daveti için gider avansı ödemesi verilen süre içinde gerçekleşmezse mahkeme tanığın dinlenmesinden vazgeçilmiş sayar, tanığı dinlemez. Ancak tanık ikamesi için avans, mahkemenin serbest takdirine göre, yargılama-

<sup>77</sup> **Kofmel**, s. 214.

<sup>78</sup> **Kofmel**, s. 214.

<sup>79</sup> **Kofmel**, s. 214, 215.

<sup>80</sup> Bu yönde **Kofmel**, s. 215; karşı İsviçre MUK m. 102, HMK m. 324 ve maddenin Hükümet Gerekeşi.

<sup>81</sup> Bkz. İsviçre MUK m. 102, HMK m. 324 ve maddenin Hükümet Gerekeşi.

<sup>82</sup> Bkz. aşağıda “G-“ başlığı altındaki açıklamalar.

yı geciktirmeksizin tanığın dinlenebileceği bir süre öncesinde yerine getirilmişse, artık bu sonuç ortaya çıkmayacaktır.

*Gider avansı yükümlülüğünün araştırma ilkesini geçerli olduğu yargısal prosedürlerle bağdaşıp bağdaşmadığı* da ayrı bir tartışma konusudur<sup>83</sup>. Bu tartışmaya ayrıntılı olarak girmeksizin şunu söylemek gerekir ki, araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada delilin ikamesini tarafın avans ödemesine bağlama ve ödemediğinde delilden vazgeçmiş sayma sonucu ortaya çıkamayacağından, araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda avans yükümlülüğünün taraflarca getirme ilkesinin yürürlükte olduğu davalarda olduğu gibi geçerli olmayacağını söylemek mümkündür. HMK m. 325 de bunun bir yansımasıdır. İşte bu noktada, HMK m. 120 ile Tarife ve ilgili HMK Yönetmeliği hükümleri, yargısal prosedürde hangi ilkenin geçerli olduğunu gözetmeksizin her türlü yargısal prosedürde, daha davanın başında kapsamlı bir avans yükümlülüğüne kapı aralamış ve öngörmüş olmaları, ayrıca bu hususta hakime bir hareket alanı bırakılmamış olması itibarıyla de eleştiriye açıktır. Aşağıda<sup>84</sup> bu temelde ve HMK m. 325'e de işaretlerle, dava açılırken gider avansı ödeme yükümlülüğünün özellikle kural olarak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işlerinde uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu ele alınacaktır.

#### **E- Gider Avansı Ödenmesinin Dava Şartı Olarak Kabulü Ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar:**

HMK m. 114'ün birinci fıkrasında dava şartlarının neler olduğu oniki bent halinde sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında, diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Birinci fıkrada sayılan dava şartları içerisinde (g) bendinde, "*Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması*" da bir dava şartı olarak açıkça düzenlenmiştir. Böylece davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması bir yandan İsviçre MUK'da da olduğu gibi dava şartı olarak kabul edilmişken (HMK m. 114, f. 1, g; bkz. İsv. MUK m. 59), diğer yandan İsviçre'den farklı olarak aynen harçlarda olduğu gibi davacının davanın açılmasında yerine getirmesi gereken

<sup>83</sup> İsviçre hukukunda hakim görüşün, delil ikamesinin masraf avansı ödenmesi şartına bağlanmasının araştırma ilkesiyle bağdaşmadığı yönünde olduğu hakkında bkz. **Kofmel**, s. 216 vd.; Araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda delil ikamesinin masraf avansı ödenmesine bağlanması, maddi gerçeğin bulunmasındaki kamu yararıyla, örneğin babalık davasında gerçek babanın tespiti amacıyla bağdaşmamaktadır. Tarafların avans ödemesinin hizmet ettiği kamunun finansal menfaatleri ve usul ekonomisine ilişkin menfaatler, bu noktada geride kalmaktadır, bkz. **Kofmel**, s. 217.

<sup>84</sup> Bkz. aşağıda "I-" başlığı, "III-" alt başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>85</sup> *İsviçre Federal MUK'un 59. maddesinde* "dava şartları özellikle şunlardır" ifadesine yer verilerek dava şartları sayılmıştır. HMK m. 114'de "dava şartları şunlardır" ifadesiyle HMK'daki dava şartları sınırlı sayı prensibine göre sayılmıştır. 2. fıkrada ise, *diğer kanunlarda* yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır denmiştir, maddenin düzenleme tarzı hakkındaki eleştiri için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 63.

bir mali yükümlülük (HMK m. 120 f. 1, karş. İsv.MUK m. 98) olarak öngörül-  
müştür.

HUMK döneminde ise dava açılırken davacının harçlar yanında gider avansı niteliğinde bir tutarı ödemesini ve bunun dava şartı olduğunu öngören yasal düzenleme mevcut değildi. Yargı kararları ve öğretide de dava şartları arasında böyle bir dava şartının kabulü söz konusu olmamıştı. Davanın açılmasında davacının harçlar yanında posta gideri ödemesi bakımından Tebligat Kanunu m. 5 ve m. 34 ile HUMK m. 180 uygulama alanı bulmaktaydı. Dava açarken ‘dava dilekçesinin tebliği masrafinin’ yatırılmamasının sonucu, Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 gereğince verilecek sürede de giderin ödenmemesi sonrası HUMK m. 409’un uygulanmasıyla dosyanın işlemde kaldırılması ve sonrasında davanın açılmamış sayılması olabilmekteydi. Delillerin ikamesi için avans ödenmesinde ise HUMK m. 180 ve HUMK m. 414 hükümleri uygulanmaktaydı. Görüldüğü üzere, dava açılırken ‘dava dilekçesinin tebliği için posta ücretinin’ yatırılması bakımından dahi ne dava şartı olma ne de davanın açılmasının bir şartı olma<sup>86</sup> durumu söz konusu değildi.

HMK’ya göre davacının gider avansı ödemesinin bir dava şartı olma niteliği de dikkate alındığında, gider avansı ödenmeden açılmış davanın da açılmış ve derdest bir dava olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir. Zira “*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 dava da açılmış sayılır ve derdesttir.*”<sup>87</sup>. Ancak yukarıda belirtildiği gibi gider avansı ödenmesi, dava şartı olması yanında HMK m. 120’de harçlarla eşdeğer tutularak dava açılmasının da bir şartı olarak tasarlanmış görünmektedir. Doktrinde de gider avansı yatırılmadan dava açılmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Bu durumda akla gelecek ilk soru, bu zorunluluğa rağmen davacıdan gider avansı

<sup>86</sup> Dava açarken dava dilekçesinin tebliğ masrafinin da ödenmesi davanın açılması işlemlerini tamamlayan bir işlem olarak kabul edilse dahi, dava dilekçesinin mahkeme defterine kaydına rağmen tebliğ için posta masrafları ödenmemiş olsa da dava ikame edilmiş sayılacaktır. Bu halde bu masrafların nasıl ve ne zaman ödeneceği Tebligat Kanunu’na göre belirlenir, **Üstündağ**, s. 452.

<sup>87</sup> HGK 10.12.1997 T., 1997/2-803 E., 1997/1045 K., YKD. 1998, S. 11, s. 1605 vd., s1608, bkz. **Üstündağ**, s. 281; Yargıtay 9. H.D.’nin 20.03.2012 T. ve E. 2012/10115, K. 2012/9215 sayılı kararında da, “... 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...” denmektedir; Dava şartlarının bulunmaması, usuli ilişkinin doğumuna engel olmaz, derdest olmuş davanın esası hakkında hüküm verilebilmesine engel olup usule ilişkin bir kararla davanın reddine yol açar, **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 190.

<sup>88</sup> Gider avansı yatırılmadan dava açılmaması gerektiği yönünde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 296.

alınmadan dava açılmış olmasının, -harçların ödenmesinde olduğu gibi- davanın açılma zamanının tespitinde bir etkisinin olup olmayacağıdır. Davacının dava açarken gider avansı ödemesinin dava şartı olma ve tamamlanabilme niteliği de dikkate alınarak, dava açarken gider avansı yatırılmamış olması davanın açılma zamanının tespitinde belirleyici kabul edilmemelidir. Kaldı ki davanın açılması sonrası taraflara yönelik ve gideri gerektiren ilk usul işlemi olan dava dilekçesinin davalıya tebliği için gerekli posta ücretinin ödenmesi ve ödememenin sonuçları Tebligat Kanunu m. 34 f. 2'de özel olarak düzenlenmiştir. Taraflara yönelik ilk usul işleminin masrafına ilişkin bu düzenleme de dikkate alındığında, dava açarken gider avansı ödenmemiş olması davanın açılma tarihinin tespitinde etkili kabul edilemez. Davanın açılma zamanı HMK m. 118 hükmü ile yeni kanun döneminde de uygulama kabiliyeti bulacak olan<sup>89</sup> ve davanın harca tabi olup olmaması temelinde ayırım yapan 06.02.1984 tarihli ve 7/3 s.lı İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>90</sup> gereğince belirlenmeye devam edilmelidir. Son olarak HMK Yönetmeliği m. 36 f. 5 ve 6, davanın açılmış sayılma zamanına ilişkin hükümler getirmiştir. Davanın açıldığı tarihin tespitinde bu düzenlemeler de öncelikli olarak dikkate alınmalıdır.

Bir adım daha öteye gidildiğinde sorulacak soru, davacının HMK m. 120 f. 1 ve Tarifeye göre *hiç gider avansı ödemedi*, Tebligat Kanunu m. 5'e göre sadece dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği için posta ücreti vermek suretiyle dava açıp açamayacağıdır. HMK m. 120 f. 1, dava açılırken harçlarla birlikte Tarifede belirtilen tutarda gider avansı ödenmesini bir zorunluluk olarak kabul ettiğinden bugün için bunun kabulü zor görünmektedir. Ancak bu zorunluluğa rağmen (gerek tarafın yatırmamasıyla, gerekse memurun ihmaliyle) gider avansı ödenmeden veya eksik ödenerek dava açılmışsa, bu durum hemen yukarıda belirtildiği gibi davanın açılma tarihinin tespitine etki etmeyecek, *hiç gider avansı ödenmemişse* (yani dava dilekçesinin tebliği için dahi gider yatırılmamışsa) dava hemen usulden reddedilmeyerek kanımızca öncelikle Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 uygulanacak<sup>91</sup>, *avans eksik yatırılmışsa* HMK m. 120 f. 2 ve delil ikamesi için HMK m. 324 uygulama alanı bulacaktır.

Bilindiği gibi dava şartları, mahkemeye ilişkin, tarafa ilişkin ve dava konusuna ilişkin dava şartları olarak üç ana kategoride ele alınmaktadır<sup>92</sup>. Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması, bu sınıflandırma içerisinde, Türk hukukunda bir görüşe göre *tarafa ilişkin bir dava şartı* teşkil etmekteyken<sup>93</sup>, bir başka görüşe göre *dava konusuna ilişkin dava şartıdır*<sup>94</sup>. İsviçre'de

<sup>89</sup> Bkz. bu yönde **Kuru/Budak**, s. 178.

<sup>90</sup> R.G. 19.03.1984 T., 18346 S..

<sup>91</sup> Bkz. aşağıda "F-" başlığı, "III" alt başlığındaki açıklamalar.

<sup>92</sup> Bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 190 vd..

<sup>93</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 261; **Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 108.

<sup>94</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 296.

avans ödenmesine ilişkin dava şartının, klasik üçlü ayırım dışında tutularak – teminat ödenmesine ilişkin dava şartı ile birlikte-, başvuru prosedürüne ilişkin (mit Bezug auf das eingeschlagene Verfahren) bir dava şartı olarak nitelendirilmekte olduğu da görülmektedir<sup>95</sup>. Gider avansı ödenmesine ilişkin dava şartına klasik üçlü ayırım içinde yer verilmek istendiğinde, gider avansı yatırılmasının dava konusuyla bir ilişkisi bulunmadığı ve davacı tarafın aktif bir usuli yükümlülüğü olduğu dikkate alınarak tarafa ilişkin dava şartı olarak kabulünün isabetli olacağı kanısındayız<sup>96</sup>.

Bir davada gider avansı ödenmesinin dava şartı mertebesinde kabul edilip, dava şartı yokluğuna ilişkin usuli yaptırımların bağlanması uygun olup olmadığı da, olması gereken hukuk bakımından ayrı bir tartışma konusudur. Burada kısaca ifade etmek gerekirse, dava şartı olarak kabulü yerine, -davanın takipsiz bırakılmasıyla eşdeğer tutularak- yerine getirilmemesi halinde dosyanın işlem- den kaldırılmasına ve akabinde davanın açılmamış sayılmasına yol açan bir usuli yükümlülük olarak kabulü kanımızca daha isabetli olurdu.

Davacının yatırması gereken gider avansını yatırmamış olması durumunda bir dava şartı eksikliği söz konusu olduğundan, mahkeme bu dava şartının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracaktır<sup>97</sup>,<sup>98</sup>. Davalı taraf da bu dava şartının eksikliğini her zaman ileri sürebilecektir (HMK m. 115 f. 1). Davalının, gider avansının yatırılmaması sebebiyle davanın usulden reddi gerektiğini ileri sürmesi durumunda, davacının kendisine karşı davayı geri alma yasağını dolanmış olduğunu söylemeye de imkan kalmayacaktır.

Dava şartı eksikliği, gerek davacının m. 120 f. 1'e göre dava açarken gider avansı "yatırmamış olması" durumunda, gerekse maddenin ikinci fıkrasına göre yeterli olmadığı anlaşılan avansın hakim tarafından usulüne uygun olarak verilen süre (kanımızca ikinci sürede<sup>99</sup>) içinde davacı tarafından "tamamlanmaması" halinde ortaya çıkabilecektir<sup>100</sup>. Zira m. 114'de "davacının yatırması ge-

<sup>95</sup> Zürcher, Art. 59 Rn. 3.

<sup>96</sup> Sınıflandırma bakımından varılacak sonuç, duruma göre dava şartlarının incelenme sırası bakımından pratik bir önem taşıyabilecektir, dava şartlarının inceleme sırası hakkında bkz. **Alangoya/Yıldırım, Deren-Yıldırım**, s. 199, 200. Dava şartlarının incelenmesi başlıklı HMK m. 115'in gerekçesinde isabetli olarak, "Genel dava şartlarının inceleme sırasının ne olacağı hususu ise, pozitif bir düzenlemeye elverişli bir nitelik taşımaması sebebiyle, tümüyle doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır." denmektedir.

<sup>97</sup> Gider avansının yatırılmış olmasına ilişkin dava şartının, vakıa durumuna ilişkin bir dava şartı olarak nitelendirilmesi ve bu bağlamda hakimin bir araştırma etkinliğine hiç gerek olmadan dosya eksikliğini görebileceği yönünde bkz. **Umar**, s. 332.

<sup>98</sup> Ayrıca bkz. HMK Yönetmeliği m. 45 f. 2 c. 2.

<sup>99</sup> Ayrıntılı olarak bkz. aşağıda "G-" başlığı altındaki açıklamalarımız.

<sup>100</sup> HMK Yönetmeliği m. 45 f. 3 c. 2'ye göre, dava şartı olan gider avansının "yatırılmaması" veya "tamamlanmaması" halinde dava, dava şartı yokluğundan reddedilir. Kanımızca, ilk ihtimalde, yani hiç (dava dilekçesinin tebliği için dahi) avans yatırılmaması durumunda, öncelikle özel hü-

reken gider avansının yatırılmış olması” dava şartı olarak kabul edilmiş olup, sadece dava açarken yatırılması değil, HMK m. 120 f. 2’ye göre verilen süre içinde yatırılması da bu kapsamda yer alır ve yatırılmamasının yaptırımını davanın usulden reddi şeklinde ortaya çıkar<sup>101</sup>.

Gider avansının ödenmemiş olması dolayısıyla davanın usulden reddi kararının kesinleşmesinden itibaren<sup>102</sup> davacının TBK m. 158 (BK m. 137) hükmündeki ek dava açma süresinden faydalanması mümkündür. Gider avansının ödenmemesiyle ortaya çıkan dava şartı eksikliği, bu madde anlamında “düzeltilebilecek bir yanlışlık (tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan)” olarak kabul edilmelidir<sup>103</sup>. Zira BK m. 137, “tamiri kabil ve şekle müteallik noksanın”, davacının kusurundan kaynaklanmamasını aramamıştır. Bu nedenle, verilen süreye rağmen hareketsiz kalarak gider avansını yatırmayan davacının davası usulden reddedildiğinde, maddede öngörülen munzam süreden bu davacının da yararlanması gerekeceği kanısındayız<sup>104</sup>. Davacıya bu imkan verilmediğinde, davalının hukuki yararı bulunmadığı halde kanun yolu başvurusunda bulunmak suretiyle kararın kesinleşmesini geciktirmesi ve bu arada geçen sürede zamanaşımı süresinin dolmasını sağlaması gibi örneklerle de karşılaştırılması olanaklı hale gelebilir. Kanun koyucunun, gider avansı ödenmesine davanın usulden reddi

---

küm olan Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 uygulanmalı, davanın hemen usulden reddi yoluna gidilmemelidir.

<sup>101</sup> İYUK m. 6’nın 1994 yılında değiştirilmesinden önce, ‘dava sırasında’ istenen posta giderinin ödenmemesi halinde, davanın *açılması sırasında* posta giderinin ödenmemesi veya eksik ödenmesinin sonuçlarını düzenleyen fıkranın uygulanamayacağı hakkındaki Danıştay kararları için bkz. **Gözübüyük, Şeref/Dinçer**, Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2001, s. 313 vd..

<sup>102</sup> Bkz. **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 429.

<sup>103</sup> “Davanın reddinde ek süre” başlıklı TBK m. 158, BK m. 137’ye nazaran bazı farklılıklar içermektedir. BK m. 137’de “tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan” ifadesine yer verilmişken TBK m. 158’de “düzeltilebilecek bir yanlışlık” ifadesine yer verilmiştir. Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikle, zamanaşımı süresi yanında hak düşürücü süreler için de altmış günlük ek dava açma süresi tanınmıştır. Gerekçede, düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olduğu ifade edilmiştir, bkz. **Helvacı, İlhan**, Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 334, 335). Yapılan bu son değişiklikle, altmış günlük ek dava açma süresinin tüm hak düşürücü dava açma süreleri (örneğin İcra ve İflas Kanunu’ndaki yedi günlük bir hak düşürücü dava açma süresi) için uygulama alanı bulacağı kabul edilecek olursa, yapılan değişikliğin bu haliyle isabetli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Bu yeni düzenlemeyle ilgili usul hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Umar**, s. 93, 94.

<sup>104</sup> Yargıtay 13. H.D. 5.7.2005 T., E. 7079, K. 11514 sayılı kararında, davanın takip edilmemesi sebebiyle (bkz. HMK m. 150, HUMK m. 409) ilk açılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilen bir uyuşmazlıkta, “Yasada öngörülen 60 günlük süreden faydalanabilmek için önceki davanın tafisi kabil ve şekle müteallik bir noksandan dolayı reddedilmiş ve arada zamanaşımı süresinin de dolmuş olması gerekir. Somut olayda davanın açılmamış sayılmasına dair karardan sonra 60 günlük sürede yetkili mahkemede dava açıldığından davacı BK. 137. maddesinde öngörülen sürede faydalanır...” şeklinde karar verilmiştir (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sonucunu doğuran dava şartı niteliği vermekle, davacıya bu yolu, yani BK m. 137 (6098 s.lı TBK m. 158)'nin sağladığı haktan faydalanma imkanını da açtığı kabul edilmelidir. Maddede öngörülen ek dava açma süresinden davacının aynı talep için kaç defa faydalanabileceği ise ayrı bir tartışmanın konusudur.

Dava şartının eksikliği halinde esasa girilmeyerek veya esasa girilmişse esas hakkında bir karar verilmeyerek dava, usule ilişkin nihai bir karar olan davanın usulden reddi kararıyla sonuçlandırılacaktır<sup>105</sup>, <sup>106</sup>. Bu nedenle, HMK'nın yürürlüğe girmesi sonrası kimi zaman uygulamada görüldüğü üzere, davanın usulden reddi yerine “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilmesi, yürürlükteki hukuka açık aykırılık teşkil etmektedir<sup>107</sup>. Yeni bir kanunun uygulanmaya başlandığı bu dönemde, davanın usulden reddine karar vermek gerekirken hatalı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmişse ve bu karar temyiz aşamasından geçmeden kesinleşmişse veya verildiğinde kesin olan kararlardansa, olağanüstü temyiz (kanun yararına temyiz) yoluna başvurulur (bkz. HUMK m. 427 f. 6, 7, 8; HMK m. 363) uygulama birliğinin sağlanmasına katkı verilmesi de söz konusu olabilir.

Davanın usulden reddi ile davanın açılmamış sayılması arasında sonuçları bakımından da farklılıklar ve tereddütler ortaya çıkabileceğinden, bu noktada verilecek usuli kararın niteliği önemsiz değildir. Davanın açılmamış sayılması şeklindeki usuli sonuç, genellikle Kanunda açıkça öngörülen durumlarda ve yine kanunda öngörülen sürenin geçmesi ile kendiliğinden ortaya çıkmaktadır (örneğin bkz. HMK m. 20 f. 1<sup>108</sup>; m. 54 f. 3; m. 77 f. 1; m. 119 f. 2; m. 150 f. 6; Tebliğat Kanunu m. 34 f. 2; Harçlar Kanunu m. 30). Bu usuli sonucun ortaya çıkmasından sonra hakimin kararı tespit edici niteliktedir<sup>109</sup>. Davanın usulden reddinde

<sup>105</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 296; karş. davanın açılmamış sayılacağı yönünde, **Pekcanitez**, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s. 58. İsviçre hukukunda da, gider avansı ödenmesinin dava şartı olarak kabulünün sonucu olarak, gider avansının mahkemece verilen ikinci sürede de ödenmemesi durumunda, davanın esasına girilmemesine karar verileceği (Nichteintretenscheid), yani usulden reddedileceği kabul edilmektedir. Usulden reddedilen dava tekrar açılmak istendiğinde, usulden red kararı kesin hüküm etkisini haiz olmadığından tekrar açılmasına engel yoktur. Ancak derdestliğin geriye etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle, talebin bu arada zamanaşımına uğraması veya hak düşümüne uğraması söz konusu olabilecektir, **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 15.

<sup>106</sup> Davanın usulden reddi kararıyla birlikte davalı yararına yargılama masraflarına ve vekalet ücretine (bkz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 7) hükmedilecektir.

<sup>107</sup> HMK Yönetmeliği m. 45 f. 3 c. 2 ile de, “Dava şartı olan gider avansının yatırılmaması veya tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir.” hükmüne yer verilerek, HMK'daki açıklığa rağmen davanın usulden reddi gereği vurgulanmıştır.

<sup>108</sup> HUMK m. 193 f. 4 “Aksi halde dava *açılmamış sayılır...*” demektedir. Buna karşın HMK m. 20 f. 1 c. 2 ise “Aksi takdirde, bu mahkemece *davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.*” hükmüne yer vermektedir.

<sup>109</sup> Bkz. **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 143; **Elgün**, Emel Şeyda, Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları, Ankara 2011, s. 171 vd..



ise usulden red sonucu ancak hakimin kararıyla birlikte ortaya çıkmaktadır. Davanın şartı eksikliğinin sonradan, örneğin avansın ödenmesi için verilen süreden sonra tamamlanması halinde davanın yine de usulden reddi gerekip gerekmeyeceği de bu nedenle tartışma konusu olabilmektedir<sup>110</sup>. Bundan başka, davanın açılmamış sayılmasıyla, davanın açılmasıyla ortaya çıkan zamanaşımının kesilmesi ve hak düşürücü sürenin korunması sonuçları kendiliğinden ortadan kalkmaktadır<sup>111</sup>. Davanın usulden reddi halinde de ortaya çıkan sonuçlar benzerse de<sup>112</sup> davanın açılmamış sayılması halinde, davanın usulden reddinden farklı olarak, BK m. 137'de (TBK m. 158) öngörülen munzam (ek) dava açma süresinden faydalanılması hususunda tereddütler ve Yargı kararlarında görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır<sup>113</sup>.

Davanın usulden reddi şeklinde bir karar verilmesi yerine, hatalı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi, davacı bakımından bir zarara yol açmışsa, -özellikle zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin korunması sonuçlarının ortadan kalkmış olması ve BK m. 137'nin de uygulanamamış olması dolayısıyla- bu durumda hakimin hukuki sorumluluğu yoluna başvurulmasının da mümkün olacağı söylenebilir. Zira bu noktada, HMK m. 114 f. 1 (g) ve m. 115 dolayısıyla, HMK m. 46 f. 1 (c) bendi kapsamında, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olduğu söylenebilecektir. Ancak davası usulden red yerine açılmamış sayılan davacının da kanun yolu başvurusunda ve BK m. 137'de öngörülen munzam süreden faydalanma girişiminde bulunması önem taşır. Aksi halde, hakimin fiili dolayısıyla devlete karşı tazminat davası açılabilirse de<sup>114</sup> tazminat hukuku bakımından birlikte kusur veya zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi tartışma konusu olabilecektir.

<sup>110</sup> Bu konuda bkz. aşağıda "Ç-" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>111</sup> Bkz. **Ulukapı**, s. 150.

<sup>112</sup> Örneğin davanın usulden reddi halinde de zamanaşımı kesilmiş olmaz, bkz. **Reisoğlu**, s. 429.

<sup>113</sup> Yargıtay'ın bazı kararlarında, görevsizlik ve yetkisizlik halleri dışında verilmiş olan açılmamış sayılma kararları sonrası davacının BK m. 137'deki ek süreden faydalanmasına imkan olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin 9. H.D.'nin 15.04.2010 T., E. 8170, K. 10776 sayılı kararına göre: "... Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinde hangi hallerde zamanaşımına ilaveten 60 günlük munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı biçimde sayılmış, ayrıca sayılan hususlardan dolayı daha önce davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir..." (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). **Kılıçoğlu**, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012, s. 873), davanın açılmış sayılmasını gerektiren bir koşul eksikse, BK m. 137 (TBK m. 158) hükmünden yararlanmanın mümkün olmadığını belirtmektedir.

<sup>114</sup> Bkz. HMK m. 46 ve karşı. HMK Tasarısında aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Zarara uğrayan kişi, hukuki yollara başvurmak suretiyle zararın doğmasını önleme imkanı bulmasına rağmen bu yola gitmemiş ise tazminat talep edemez." şeklindeki düzenleme ve bu fıkranın değiştirilme gerekçesine ilişkin Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi, **Budak**, Kanun, s. 83.

Yeni bir Kanunun ve dava şartı olarak kabul edilen gider avansı kurumunun uygulanmaya başlandığı bu dönemde, hak kaybını önleyecek bir yorum tarzı tercih edilmelidir. Davası HMK m. 120'ye göre gider avansı ödemediği için usulden red yerine hatalı olarak açılmamış sayılan davacının aynı talep hakkında açtığı ikinci davada, ilk davadaki açılmamış sayılma kararına rağmen, bu kararın davanın usulden reddi kararı gibi işlem görerek, özellikle BK m. 137 bakımından davanın tamamlanabilecek bir usuli eksiklik nedeniyle usulden reddinin hüküm ve sonuçlarına tabi olduğunun kabul edilmesi isabetli olur. Bu çözüm tarzına, gerek davanın açılmamış sayılması kararı gerekse davanın usulden reddi kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için kesin hüküm kurumu da engel değildir<sup>115</sup>.

Gider avansının ödenmemesi sebebiyle davanın usulden reddi kararı henüz kesinleşmeden (derdestlik sona ermeden), davacı aynı davayı tekrar açarsa bu defa yine dava şartı olan derdestlik durumu ortaya çıkar. Bu durumda ikinci açılan davanın normal şartlarda derdestlik sebebiyle re'sen usulden reddi gerekir. Bu noktada, ikinci davanın açıldığı mahkemenin davayı hemen reddetmeyecek, ilk davanın kesinleşmesini ve böylece dava şartı eksikliğinin ortadan kalkıp kalkmayacağı beklemesi de bir seçenektir. Bu seçeneğin bazı durumlarda daha adil olabileceği, davacıyı ikinci davasında da yargılama masraflarına mahkum olmaktan kurtararak davasına devam edilmesini sağlayabileceği ve ilave olarak usul ekonomisine uygun görülebileceği söylenebilir<sup>116</sup>.

Davalının, usulden reddedilen davanın kendisine karşı yeniden açılmasına engel olmak, daha doğrusu bunu geciktirmek için davanın usulden reddi kararına karşı kanun yoluna başvuruda menfaati (örneğin yargılama masraflarına ilişkin bir menfaati) olmamasına rağmen kanun yoluna başvurusu halinde, kötüniyetli kanun yolu başvurusuna ilişkin hükümlerin etkin biçimde uygulanmasından başka bir çare görünmemektedir. Diğer yandan davalının, davacının gider avansını ödemeyerek (tamamlamayıp) bilinçli olarak davanın usulden reddini sağladığı ve böylece davayı geri alma yasağını aştığı savunmasının temyiz aşamasında onun menfaati kapsamında değerlendirilmesine de imkan görünmemektedir. Zira Kanunun avans ödenmesini dava şartı haline getirmiş olması dolayısıyla, bu sonuç zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır. Farklı vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, bu sakıncaları asgariye indirmek için gider avansının tamamlanmasına ilişkin HMK m. 120 f. 2'ye mahkemelerce mümkün olduğunca az başvurulmalı, delil ikamesine yönelik tüm hallerde, delil ikamesi için gerekli tebligat giderleri de dahil olmak üzere m. 324 uygulanmalı, ayrıca m. 120 f. 2'ye

<sup>115</sup> Nitekim, 'davanın açılmamış sayılması' kararı yerine bir başka nihai karar, örneğin 'davanın reddi' kararı verilmesi halinde, yorumla bu kararın davanın açılmamış sayılmasına ilişkin bir nihai karar olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. **Ulukapı**, s. 145 ve orada anılan yazarlar ve Yargıtay kararı.

<sup>116</sup> HMK m. 20'nin uygulanmasında benzer bir yaklaşım için bkz. **Umar**, s. 95.

başvurulan hallerde davalının da ödenmeyen avansı –davacıya verilen ödeme süresi geçtikten sonra da olsa- ödeyerek davaya devam edilmesini sağlamasına imkan tanınmalıdır<sup>117</sup>. Davalıya tanınan bu imkanla, onun rızası olmadan davayı geri alma yasağının (bkz. HMK m. 123) aşılmasının da bir ölçüde önüne geçilmiş olacaktır.

#### **F- Dava Açılırken Gider Avansı Ödenmesi Zorunluluğu (HMK m. 120 f. 1 ile Tarife m. 3 ve 4'ün Uygulanması):**

HMK m. 120 f. 1'de, davacının 'dava açarken' 'mahkeme veznesine' gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı 'yatırmak zorunda' olduğu belirtilmiştir. Yine aynı fıkıyla kanun koyucu, gider avansı tarifesini çıkarma, yani bu konuda bir idari düzenleyici işlem yaparak gider avansının tutarını belirleme yetkisini Adalet Bakanlığı'na vermiştir. HMK m. 120 f. 1 ile idareye düzenleyici işlem yapma konusunda tanınan bu yetkinin Anayasa'ya uygun olmadığı yönündeki kanaatimize yukarıda<sup>118</sup> yer verilmişti. Burada ise bu temeldeki değerlendirme ve eleştiriler bir yana bırakılarak, HMK m. 120 f. 1 ile bu hükme dayanarak çıkarılan Tarife'nin 4. maddesinin mevcut haliyle uygulanmasına ilişkin hususlar ele alınacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, davacının yatırması gereken gider avansını ödemesinin bir dava şartı olmasının yanında, gider avansının dava açılırken ödenmesi adeta dava açılmasının da bir şartı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, gider avansı yatırılmadan dava açılmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Bu kabule göre, harçların ödenmesiyle eşdeğer bir hukuki durum ortaya çıkmaktadır<sup>120</sup>.

HMK m. 120 f. 1, davacının dava açarken ödeyeceği gider avansının tutarının belirlenmesini Adalet Bakanlığı'nın çıkaracağı Tarife'ye bırakmıştır. Tutarın içerisine hangi giderlerin dahil olacağı hususunda madde suskun kalmış, gerekçesinde bazı açıklamalara yer verilmiştir. Madde gerekçesine, "her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutar" avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılmak zorunda olacaktır<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Ayrıntılı olarak bkz. aşağıda "G-" ve "Ç-" başlıkları altındaki açıklamalar.

<sup>118</sup> Bkz. yukarıda "Ç-" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>119</sup> Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 296; ayrıca bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 300.

<sup>120</sup> Harçlar Kanunu m. 32 c. 1: "Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz..."; HMK Yönetmeliği m. 36 f. 2: "Dava dilekçesi, dava harca tabi ise harç ve gider avansı, harca tabi değilse gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilir..."; yürürlükten kalkan Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği m. 14 f. 4 "Harcı verilmeyen dava arzu halleri kabul edilmez...";

<sup>121</sup> Madde gerekçesi ile HMK'nın genel gerekçesi arasında çelişki söz konusudur. Zira genel gerekçede, ... ayrıca davacının davayı açarken ödemek zorunda olduğu giderin peşin olarak tahsi-

Tarife'nin gider avansının kapsamını düzenleyen 3. maddesi de gerekçeye paralel olarak gider avansının "her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri" kapsadığını kabul etmiştir. Yine Tarifenin 4. maddesi de bu sayılan gider kalemleri çerçevesinde gider avansının miktarını belirlemektedir.

*Davalı* bakımından Kanunda bir gider avansı ödeme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Davalının *sadece* HMK m. 324 çerçevesinde, ikamesini istediği deliller için avans ödemesi söz konusu olabilecektir<sup>122</sup>. Bu çerçevede davalının, delillerin ikamesi masrafları dışında kalan, mahkemeye verdiği dilekçelerin (örneğin cevap dilekçesinin, delil listesinin) karşı tarafa tebliği, bazı müzekkere (kendisinin dayandığı deliller için gerekli olanlar dışında) giderleri gibi giderler için bir avans ödeme yükümlülüğü bulunmadığı, bu giderlerin davacının dava açarken ödemek ve sonrasında yetersiz kalırsa tamamlamak zorunda olduğu avanstaki karşılanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mahkemenin Tebligat Kanunu m. 5 ve m. 34 f. 2'ye dayanarak da davalıdan bu masraflar için gerekli posta giderini talep edemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Davalının talep ettiği 'delil ikamesi masrafı kapsamında yer alan posta giderleri' (örneğin davalı tanığının daveti için gerekli posta gideri) ise, HMK m. 324 kapsamında ondan talep edilecek ve ödenmemesi halinde davalı hakkında bu maddede öngörülen sonuçlar uygulanacaktır.

### I- Tebligat Gideri İçin Avans:

Tarifenin 4. maddesinin a) bendi, taraf sayısının beş katı tutarında *tebligat giderinin* avans olarak ödenmesini öngörmektedir. Burada taraf sayısı, gerek davacı gerekse davalı tarafta yer alan kişi (gerçek veya tüzel kişi) sayısının toplamına göre belirlenecek ve bu sayının beş katı tutarında tebligat gideri avans olarak alınacaktır. Tebligat gideri ödenmesi her dava için söz konusu olacaktır ve bir şarta bağlı değildir. Bu konuda dava türlerine göre bir istisna veya posta giderinin miktarı bakımından farklı bir uygulama öngörülmemiştir.

Ayrıca, davalı tarafta birden fazla kişinin yer alması ve ancak daha sonra bu davalıların bir kısmının veya hepsinin aynı vekil ile temsil edilmesi gibi durumların ortaya çıkma ihtimali karşısında, davanın açılması sırasında doğrudan taraf sayısına göre gider avansı alınmasını öngören sistem, -giderin ancak karar kesinleştikten sonra iadesini öngören HMK m. 333 hükmü de dikkate alındığında- somut durumlarda (örneğin çok sayıda paydaşın yer aldığı bir ortaklığın gide-

---

linden sonra, taraflardan her birinin ikamesini talep ettiği delil için belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırma zorunluluğu getirilmiştir...." ifadelerine yer verilerek, deliller için avansın dava açarken değil HMK m. 324'e göre hakimin vereceği süre içerisinde ayrıca ödeneceğine işaret edilmiştir. Buna karşın HMK m. 120'nin gerekçesi talihsiz olarak deliller için avansı da gider avansının kapsamına dahil etmek suretiyle bugünkü uygulamaya sebebiyet vermiş görünmektedir.

<sup>122</sup> İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Gasser/Rickli**, Art. 98 Rn. 4.

rilmesi davasında) gerekli esnekliğe sahip olmayan bir düzenleme halini almaktadır.

Davacı tarafta dava arkadaşlığının, örneğin dört dava arkadaşının söz konusu olduğu ve bunların hepsinin tek bir vekil aracılığıyla temsil edilerek dava açmakta oldukları bir durumda, dava açılırken davacı tarafta tek bir kişinin bulunduğu kabul edilerek posta ücreti alınması amaca uygun olur. Davanın seyrinde, dava arkadaşlarına bizzat davetiye tebliği gereken durumlar ortaya çıkacak olursa (örneğin yemin davetiyesi, isticvap davetiyesi tebliği gibi), yetersiz kalması muhtemel gider avansının duruma göre HMK m. 120 f. 2 veya (verilen örneklerde) HMK m. 324'e göre mahkemece tamamlanması yoluna gidilmesi daha isabetli olacaktır. Ancak tebligat gideri ödenmesinde, Tebligat Kanunu m. 11'in kabul ettiği vekile tebliğ zorunluluğu kuralının aksine, vekili değil tarafı esas alan Tarifenin 4. maddesinin a bendinin sözü itibarıyla bu yoruma müsait olmadığı görülmektedir<sup>123</sup>.

HUMK döneminde, *davalının da* yapılmasını istediği işlem için gerekli posta giderini ödemesi söz konusu olmaktaydı. Örneğin bu kapsamda, davalının cevap dilekçesinin davacıya tebliği için Tebligat Kanunu m. 5 ve 34 f. 2'ye göre tebligat ücretini vermesi gerekiyordu. HMK 120 hükmü dikkate alındığında, kanun koyucunun davalının bu yükümlülüğünü kaldırmak istediğini söylemek mümkündür. Bu durumda, davalı bakımından Tebligat Kanun m. 5'e nazaran HMK m. 120 ve buna dayanarak hazırlanan Tarife öncelikli olarak uygulama alanı bulacak, yani davalının cevap dilekçesinin tebliği gideri, davacının dava açarken posta gideri de dahil olmak üzere yatırmış olduğu ve yetmediğinden m. 120 f. 2'ye göre tamamlayacağı gider avansından karşılanacaktır<sup>124</sup>. Bu durumda, davalının cevap dilekçesinin ve ikinci cevap dilekçesinin tebliği için posta ücretini ödeme yükümlülüğü bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tebligat Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin davalı hakkında uygulanmasının, çerçevesi belirsiz olan HMK m. 120 f. 1 ve bir düzenleyici işlem olan Tarife hükümleriyle daraltılmasının hukuka uygun olup olmadığı, bu düzenlemelerin TK m. 5'de ifade edilen "hilafına bir hüküm bulunmadıkça" ibaresinin kapsamında olduğunun kabul edilip edilemeyeceği, yukarıda HMK m. 120 f. 1 ve Tarife hükümlerinin Anayasaya aykırılığı hakkında yaptığımız değerlendirme ve eleştirilerimiz temelinde<sup>125</sup> ele alınmalıdır.

<sup>123</sup> Hâlbuki bilindiği gibi Tebligat Kanunu m. 11, vekil ile takip edilen işlerde vekile tebliği esas almakta ve zorunlu kılmaktadır. Asile yapılan tebligat geçersizdir, sonuç doğurmaz.

<sup>124</sup> Karş. HMK'nın yürürlüğe girmesi sonrasında da davalının cevap dilekçesinin davacıya tebliği için gerekli posta giderini ödemekle yükümlü olduğu yönünde, **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 365; aynı yönde **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 325.

<sup>125</sup> Bkz. yukarıda "Ç-" başlığı, "II-" altbaşlığı altındaki açıklamalar.

## II- Deliller İçin Gider Avansı:

### 1- Dava Dilekçesinde O Delile Dayanılmış Olması Ölçütü:

Gider Avansı Tarifesi, tebligat giderleri yanında, tanık, keşif ve bilirkişi delilleri için de dava açılırken gider avansı ödenmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bu deliller için gider avansı alınmasında, dava dilekçesinde davacının o delile dayanmış olup olmadığı ölçü alınmıştır.

Gider avansı ödenmesi istenen bu üç delil dışındaki diğer deliller olan belge, yemin, isticvap delilleri bakımından çoğu zaman posta giderleri bu delillerin davada ikamesinin sağlanması için yeterli olacaktır. O açıdan Tarifede bu türden deliller için ayrıca gider avansı alınmadığı anlaşılmaktadır.

Gerek tebligat giderleri için gerekse deliller için gider avansı alınmasında, HMK m. 120'nin ve Tarife'nin, **davanın türü veya dava konusunun miktar ya da değeri bakımından** bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Halbuki HMK m. 120'nin gerekçesine bakıldığında, “Avans miktarının, **davanın türü ve özelliklerine** göre her yıl Adalet Bakanlığınca ilan edilecek tarifeye göre belirleneceği, maddede yer almıştır.” ifadesine yer verildiği görülmektedir.

### 2- Deliller İçin Gider Avansının Hesaplanması:

HMK m. 120 f. 1'de ve Tarife m. 1 ile m. 3'de belirtildiği üzere davacı, gider avansını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gerek m. 120 gerekse Tarife, davacının dava açarken ödemesi gereken gider avansının kimin tarafından hesaplanacağı hususunda bir hüküm içermemektedir. *Harçların* hesaplanması bakımından yürürlükten kalkmış bulunan Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği'nin “Harçların hesabı” başlıklı 14. maddesi bir hüküm ihtiva etmekteydi. Bu hükme göre hesaplamayı, “yazı işleri müdürü veya yardımcısı” yapacaktır. Her ne kadar madde başlığı “Harçların hesabı” ise de madde içeriğinde, harçlar yanında *masrafların* da hesaplanarak dava sahibinden isteneceği düzenlenmişti. HMK Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden önceki dönem için bu düzenlemenin, gider avansının hesaplanması bakımından da bir dayanak olarak kabulü söz konusu olabilirdi. HMK Yönetmeliği'nin m. 36'da gider avansının hesaplanması konusunda “tevzi bürosu, ön büro veya tevzi işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline” bu yetki ve görevi verdiği anlaşılmaktadır.

Ancak, Tarifenin 4. maddesi dikkate alındığında, özellikle deliller için yatırılması gereken gider avansı hesabında, “*davacının dava dilekçesinde o delile dayanıp dayanmadığı*” ölçü alınmıştır (Tarife m. 4, bent b (tanık), c (keşif), ç (bilirkişi)). Bu ölçütün uygulanması, dava dilekçesinin içeriğine ilişkin bir tespiti ve duruma göre hukuki bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Özellikle HMK'nın dava dilekçesinin içeriğine ilişkin yeni düzenlemesine (m. 119) göre,

delillere ilişkin somutlaştırma yükü çerçevesinde davacı dilekçesinde, iddia ettiği her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini belirtmelidir. Bu çerçevede davacı, delillerini dilekçesinin ayrı bir kısmında tek tek saymak yerine, vakialara ilişkin açıklamaları içerisinde de gösterebilecektir. Davacının, salt gider avansının hesabına esas olmak üzere ayrıca hangi delillere dayanmış olduğunu dilekçesine yazma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, yargısal bir faaliyet yürütmeyen yazı işleri personelinin, “dava dilekçesinde hangi delillere dayanıldığını” tespit etmesi her zaman çok kolay olmayabilecektir. Dava dilekçesinde hangi delile dayanıldığının tespitinin yargısal bir faaliyet olduğu ve ancak hakim tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. Bu nedenle, çoğu zaman dilekçede belirtilecek bir değere göre kolaylıkla hesaplanacak harçlarla eşdeğer tutularak, davacının dayandığı deliller için gider avansının davanın açılması sırasında memur tarafından hesaplanarak ödenmesinin zorunlu tutulması bu yönüyle de isabetli olmamıştır.

Belirtilen bu sakıncayı gidermek üzere, ödenecek gider avansının dava açılırken dava dilekçesinin havalesi sırasında hakim tarafından belirlenmesi düşünülebilir. Kanun'un genel gerekçesindeki ifadelerin de bundan yola çıktığı anlaşılmaktadır<sup>126</sup>. Ancak bunun iş yüküne ilişkin bazı gerekçeler dışında, uzun süreden beri uygulamada davanın açılmasında hakim havalesinin bir çok adliyede fiilen uygulanmamakta olması dolayısıyla da sonuç vermeyeceği söylenebilir. Zira uygulamada, birçok adliyede UYAP bilgisayar sisteminin de devreye girmesiyle, fiili olarak dava dilekçesi hakim havalesinden ve denetiminden geçmeden doğrudan doğruya mahkemeler tevzi bürosuna verilmektedir<sup>127</sup>. Ödenmesi gereken harçlar ve gider avansı burada hesab edilerek sonrasında vezneye yatırılmaktadır. Dolayısıyla ne miktar gider avansı ödeneceği tevzi bürosu memuru tarafından hesaplanmaktadır. Memurun olası bir yanlış hesaplamasıyla tahsil ettiği gider avansı ödemesi dolayısıyla, davanın açıldığı mahkemeden avansın kısmen iadesinin istenememesi ve iadenin ancak karar kesinleştiğinde mümkün olabileceğinin kabul edilmiş olduğu (HMK m. 333) dikkate alındığında, bu husustaki sakıncalar daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır.

Kaldı ki HMK m. 159, dava ile ilgili mahkemeye sunulan her türlü dilekçenin hakim veya yazı işleri müdürüne havale ettirilebileceğini öngörmektedir. Buraya, dava dilekçesinin havalesi de dahildir. Dolayısıyla, davanın açılmasında

<sup>126</sup> Kanun'un genel gerekçesinde HMK m. 120'ye işaretlerle, “... Bu hüküm, davacının dilekçesini mahkemeye sunarken, açtığı davadan kaynaklanan yargılama giderlerinin yaklaşık olarak **mahkemece hesaplanarak** kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir...” denmektedir.

<sup>127</sup> Bu durumun gerek hukuki gerekse fiili birçok sakınca doğurabileceği, bu nedenle bilgisayar kullanımına geçilen adliyelerde de dilekçelerin öncelikle hâkim denetiminden ve havalesinden geçtikten sonra gerekli işlemlere tabi tutulmasının uygun olacağı, hâkimin sahip olduğu yetkilere sahip olmayan kalem görevlisinin dilekçeyi kabul etmemesinin ve bazı yanlışları düzeltirmesinin hukuken tartışılmalı olduğu yönünde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 338; benzer yöndeki açıklamalar için bkz. **Karşlı**, s. 411.

usulüne uygun olarak havale uygulaması gerçekleşse dahi bunun her zaman ve belki de çoğu zaman hakim tarafından gerçekleştirilmeyeceğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla dava açılırken harçlarla birlikte vezneye ödenmesi gereken gider avansının her zaman dilekçeyi inceleyen hakim tarafından hesaplanarak istenmesi, fiili uygulamalar ve imkanlar dışında, bugünkü yasal düzenlemeler dolayısıyla da olanaklı görünmemektedir. Son olarak HMK Yönetmeliği'nin, davanın açılmasında hakimin havalesi işlemini tümünden kaldırmış olduğu da anlaşılmaktadır (bkz. m. 6 f. 3 d bendi; m. 36 f. 1 ve 2; m. 39 f. 1). Hakimin dosyaya ile ilk teması tensip kararına çekilmiştir (bkz. m. 40 “*Davanın açılmasından sonra, dilekçeler aşamasının başında...*”).

### 3- Tarife’de Tanık, Keşif ve Bilirkişi İncelemesi İçin Gider Avansı Tutarı:

Tarifenin 4. maddesinin b bendinde, davacının dava dilekçesinde **tanık** deliline dayanmış olması halinde, tanık asgari ücreti<sup>128</sup> ve onlara tebligat için avans ödeyeceği kabul edilmiştir. Bu konuda ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, dava dilekçesinde tanık sayısı belirlenmişse, tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve gerekli tebligat gideri tutarında avans ödenecektir. Tanık deliline dayanılmakla birlikte sayısı belirtilmemişse, en az üç tanık asgari ücreti ve gerekli tebligat gideri toplamının avans olarak ödenmesi gerekmektedir.

Tarifenin 4. maddesinin c bendinde, davacının dava dilekçesinde **keşif** deliline dayanmış olması halinde, keşif harcı<sup>129</sup> avansı ile birlikte 75 TL ulaşım giderini de avans olarak ödeyeceği kabul edilmiştir.

Tarifenin 4. maddesinin ç bendinde, davacının dava dilekçesinde **bilirkişi** deliline dayanmış olması halinde, Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücretinin<sup>130</sup> avans olarak alınması öngörülmektedir.

Tarifenin bu düzenlemeleri, HMK'nın bir çok düzenlemesine aykırıdır. En başta deliller için gider avansı ödenmesini dava sırasında hakimin vereceği karar ve süreye bağlayan kanun hükmü olan HMK m. 324'ün düzenlemesine olmak üzere, ispat hakkına ilişkin HMK m. 189 f. 1'e ve bu bağlamda Anayasa m. 36'ya aykırıdır.

### 4- Tarifede Diğer Giderler İçin Gider Avansı:

Tarife'nin 4. maddesinin d bendinde “diğer iş ve işlemler için” 50 TL'nin avans olarak alınması öngörülmüştür. Bu avansın alınması, deliller için avans

<sup>128</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tanık Ücret Tarifesi (R.G. 30.09.2011 T., 28070 S.).

<sup>129</sup> 2012 yılı için keşif harcı 129,20 TL'dir.

<sup>130</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Ücret Tarifesi (R.G. 30.09.2011 T., 28070 S.).



alınmasından farklı olarak hiçbir ölçüte bağlı değildir. Her davada, taraf durumuna ve dava konusunun değerine bakılmaksızın alınması öngörülmüştür. Diğer giderler adı altında alınan bu giderin hangi giderin avansı olabileceği konusunda gerekçede de bir açıklama yoktur. Bu kalemin, özellikle tebligat ve müzekkere giderlerinin yeterli olmaması halinde bunlar için, belge ve dosya getirtilmesinde ya da bilirkişi ücret tarifesinde öngörülen miktarlardan daha fazla bir bilirkişi ücretinin takdir edilmesi gibi hallerde bunu tamamlamak üzere kullanılması söz konusu olabilmektedir.

Tebliğat Kanunu m. 5 ve 34 ile HMK'da, yargılamada taraflardan hangi giderler için avans alınabileceği düzenlenmiştir. Kanunlarda düzenlenmiş bulunan hususlar dışında, hangi kaleme ait olduğu belirtilmeden taraflardan "diğer giderler için avans" adı altında bir avans alınması Kanun'a dayanmayan keyfi bir uygulama olarak görülebilecektir. HMK m. 120 f. 2'ye göre gider avansını tamamlatacak olan hakimin, Tarifenin bu düzenlemesine dayanarak diğer giderler adı altında, toptan bir avans kalemi yaratması, taraftan bu kapsamda harcanacağı yeri belirtmeden 50 TL avans yatırmasını istemesi de mümkün değildir. Avansın ne için ve hangi tutarda olduğu ara kararda belirtilmek suretiyle talep edilmesi zorunludur. Hakimin HMK m. 120 f. 2 ve HMK m. 324'ü uygularken Tarife'deki tutar ve kalemlerle bağlı olmadığı kabul edilmelidir. Zira Tarife ilk plan- da "dava açılırken" ödenmesi gereken avansı düzenlemektedir.

### III- Dava Açılırken Hiç Avans Yatırılmamış Olması ve Sonuçları:

Dava açılırken, davacının gerektiği halde *hiç gider avansı yatırmaması* halinde, bu durumun davanın açılma zamanı bakımından etkili olup olmayacağı ve ayrıca hiç gider avansı ödenmeden açılmış davada ne şekilde işlem yapılacağı konusunda çeşitli sorunlar gündeme gelebilir.

Burada ilk mesele bakımından, davanın gider avansı yatırılmadan açılmış olmasının, davanın açılma zamanını tespit bakımından etkili olmaması gerektiğine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımıza<sup>131</sup> atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Dava açılırken hiç gider avansı yatırılmadığının anlaşılması ve dosyada tek bir tebligat giderinin dahi bulunmaması durumunda ne şekilde hareket edileceği de bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu faraziyede, gider avansının "yetersiz kalması" değil hiç yatırılmaması söz konusu olduğundan 120 f. 2'nin uygulama alanı bulmayacağı, bu durumda dava şartı eksikliğinin (yatırılması gereken gider avansının yatırılmamış olması) hemen tespit edilmiş olması dola- yısıyla bu eksikliğin tamamlanması için doğrudan doğruya HMK m. 115 f. 2'ye göre süre verilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak davacının, dava açarken tek bir tebligat gideri dahi yatırmamış olması durumunda, bu hükme göre davacıya

<sup>131</sup> Bkz. yukarıda "E-" başlığı altındaki açıklamalar.

tebligat yapılarak bir süre verilmesi de mümkün olmayabilecektir. Bu noktada ilk bakışta, artık 115 f. 2 bakımından “fiilen” tamamlanması mümkün olmayan bir dava şartı eksikliği bulunduğu kabul edilerek davanın hemen usulden reddi yoluna gidilebileceği söylenebilir. Kanımızca öne çıkarılması gereken bir diğer seçenek ise dava dilekçesinin tebliği bakımından özel bir düzenleme içeren Tebligat Kanunu m. 34 f. 2’ye göz atmaktır. Bu hükme göre, tebligat ücretinin ödenmesi için tarafa süre verilir. Verilen süre içinde ödenmeyen tebligat gideri dava dilekçesinin tebliğine ilişkinse HUMK m. 409 uncu (şimdi HMK m. 150) maddesine göre işlem yapılır. Görüldüğü gibi burada da dava dilekçesinin tebliği giderinin ödenmesi için davacıya süre verilmesi bakımından da –davacıya elden tebligat yapılmadıkça- bir tebligat giderine ihtiyaç duyulacaktır. Kanımızca, davanın açılması sonrası tarafa yönelik yapılacak ilk mahkeme usul işlemi dava dilekçesinin tebliği olduğundan ve buna ilişkin olarak Tebligat Kanunu m. 34 f. 2’de özel bir düzenleme yer aldığından, bu düzenlemenin HMK m. 115’e nazaran öncelikle uygulanması gereklidir. Yani dosyada hiç gider avansı yoksa HMK m. 115 değil, özel hüküm olan Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 öncelikle uygulanmalıdır. Dava açarken gider avansı ödenmesinin kabulüyle ve bunun dava şartı haline getirilmesiyle Tebligat Kanunu’nun bu hükmü yürürlükten kalkmamıştır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi bakımından da bir tebligat giderine ihtiyaç olduğundan, tebligat giderinin Hazineден karşılanıp karşılanamayacağı sorusu sorulacaktır. Kanun koyucu, ilk işlem olan dava dilekçesinin tebliği giderinin istenmesi için mahkemece bir süre verilmesini öngördüğüne göre, süre verilmesine ilişkin tebliğ giderinin Hazineден ödenmesi gereğinden yola çıktığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle dosyada tek bir tebliğ gideri dahi yoksa, TK m. 34. f. 2’ye göre işlem yapılmalı ve davacıya dava dilekçesinin tebliği için posta ücreti ödemesi, masrafı Hazineден karşılanarak davacıya tebliğ edilmelidir<sup>132</sup>. Bu bildirim sırasında davacıdan HMK m. 120 f. 2 temelinde dava dilekçesinin tebliği giderlerini aşan bir gider avansı da talep edilebilmelidir. Bu çözümün, medeni yargılama hukukunda re’sen araştırma ilkesinin uygulanmayacağı davalının yapısına uygun olmadığı düşünülebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, davanın açılmasında tek bir tebligat giderinin dahi yatırılmamış olması, davanın açılması sırasında tebliğ gideri için avans almakla yükümlü memurun fiilinden de kaynaklanmış olabilecektir. Çıkış noktasında bu ihtimale yer verilmelidir.

*Davacı tek bir tebligata yetecek kadar avans yatırmışsa*, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden, öncelikle 120 f. 2’ye göre yeterli olmayan avansın ta-

<sup>132</sup> Tebligat Kanunu’nun 34. maddesinin birinci fıkrası dikkate alındığında bu hüküm idari yargıda da uygulanacaktır. Ancak idari yargıda İYUK m. 6 f. 6’da, posta ücretlerinin ve harçların ödenmesi ve tamamlanması için maddenin 4. ve 5. fıkralarına göre yapılacak tebligatların *re’sen genel bütçeden* yapılacağı 10.06.1994 t. ve 4001 s.lı kanunla kabul edilmiştir. Tebligat Kanunu m. 34 f. 2 hükmü ise 2003 yılında maddeye eklenmiştir.

mamlanması için davacıya tensip ile birlikte süre verilmesi uygun olur<sup>133</sup>. Dava dilekçesini davalı veya davalılara da tebliğ edebilecek kadar gider avansı yatırılmış durumdaysa, aynı anda hem davacıya avansı tamamlaması için süre verilmeli hem de davalı veya davalılara dava dilekçesi tebliğe çıkarılmalıdır. Bu çözüm usul ekonomisi bakımından da uygun görünmektedir.

#### **IV- Deliller İçin Gider Avansı Ödemekten Kaçınmak İçin Bazı Delillerin Dava Dilekçesinde Gösterilmeyip Sonradan Gösterilmesi ve Sonuçları:**

Davacının dava dilekçesinde dayandığı deliller için dava açarken Tarifeye göre avans ödemek zorunda kalmamak uğruna, dava dilekçesinde özellikle bilirkişi, tanık, keşif gibi delilleri göstermekten kaçındığı durumlar ile karşılaşılabilir. Salt dava açarken gider avansı ödememek için bazı delillere sonradan başvurulduğunun anlaşılması halinde, bu durum sonradan delil gösterilmesine ilişkin HMK m. 145 anlamında *başlı başına*, sonradan delil göstermeye engel olacak biçimde davacının yargılamayı geciktirme kastının varlığının kabulü için yeterli görülmemelidir. Özellikle keşif ve bilirkişi delilleri bakımından, bu delillerin hakim in re'sen de başvurabileceği deliller olduğu dikkate alındığında, bu deliller için bu sonucun kabulü daha da güçtür. Hepsinden önce, Kanun'un sisteminde *deliller için avans* HMK m. 324'e göre derdest davada "hakimin vereceği karar üzerine" dava açıldıktan sonra ödenmesi gerektiğinden, davacının davanın başında Kanun'un bu sistemine aykırı Tarifeye göre kendisinden talep edilen avansı ödemekten kaçınması aleyhine sonuç doğurmamalıdır.

#### **G- HMK m. 120 f. 2'ye göre Gider Avansının Tamamlanması: HMK m. 120 f. 2'ye İstisnai Olarak Başvurulması ve Davacıya İki Defa Süre Verilmesi Gereği**

HMK m. 120 f. 2'ye göre, "Avansın **yeterli olmadığı**nın dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık<sup>134</sup> kesin süre verilir."

Bu fıkraya göre mahkemece yeterli olmadığı anlaşılan ve tamamlanmasına karar verilen avans, davacının davanın açılması sırasında maddenin birinci fık-

<sup>133</sup> Gerekli harçlar ve gider avansı yatırılmamışsa dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 336.

<sup>134</sup> Tasarının Meclis Adalet Komisyonu'na sevk edilmeden önceki halinde, fıkra da öngörülen süre *bir hafta* olarak düzenlenmişti. Adalet komisyonu tarafından bu süre iki hafta olarak değiştirilmiş ve bu haliyle kanunlaşmıştır. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesine göre, "Tasarının 125 inci maddesinin ikinci fıkrasında geçen "yedi günlük" süre, mahkemece daha önce tespit edilen avans miktarının yeterli olmadığı dava sırasında anlaşıldığında, hesaplanan *avans farkının temininde kolaylık sağlanması amacıyla* "iki haftalık" olarak değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 126 ncı madde olarak kabul edilmiştir."

rası uyarınca (Tarifeye göre) ödemiş olduğu avanstır<sup>135</sup>. 120. maddenin ikinci fıkrası uygulanırken, mahkemenin avans ödenmesine ilişkin bir ara karar vermesi gerekecektir. Bu ara kararına karşı, ne aynı mahkemede ne de üst derecede bir kanun yoluna başvuru imkanı öngörülmemiştir<sup>136</sup>. Mahkeme ara kararında, ne miktar avansın eksik olup davacı tarafından ödenmesi gerektiğini açıkça, tutarını ve yapılacak hangi masraf için olduğunu belirtmek suretiyle davacıya bildirmelidir<sup>137</sup>.

Kanunda hakimin avansın ödenmesi için davacıya vereceği süre iki hafta olarak öngörülmüştür. Hakimin süre verirken, sürenin uzunluğunu da açıkça belirtmesi gerekir. Yoksa tarafa verilmiş sürenin kanundan dolayı iki hafta olduğu kabul edilemez. Zira, HMK m. 120 f. 2, üçlü usul hukuku ilişkisinde, doğrudan davacıya yönelik değil, doğrudan hakime yönelik bir usul hükmüdür. Davacıya yönelik olan, hüküm kendisine yönelik olan hakimin bu çerçevede vereceği gider avansının ödenmesine ilişkin ara karar olacaktır. Bu ara kararının hakim tarafından m. 120 f. 2'deki şartlara uygun olarak verilmemesi durumunda, mahkeme usul işleminde bir eksiklik ortaya çıkacaktır. Bu durumda ise hükümden beklenen hukuki sonuç doğmayacaktır, davanın dava şartı eksikliğinden usulden reddi hukuki sonucuna gidilemeyecektir. Yani, örneğin ne için olduğu ve miktarı

<sup>135</sup> Ancak m. 120 f. 2'ye göre belirlenecek *gider avansının* kapsamında delillerin ikamesi için gerekli masraflar için avans yer almamalı, deliller için avans artık davacıdan da HMK m. 324'e göre talep edilmelidir, ayrıntılı olarak bkz. aşağıda "J-" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>136</sup> Buna karşın İsviçre MUK'da, gerek davacının ödeyeceği gider avansı hakkındaki (İsv. MUK m. 98, karş. HMK m. 120) gerekse taraflarca delil ikamesi için ödenecek avans hakkındaki (İsv. MUK m. 102, karş. HMK m. 324) mahkeme kararlarına karşı kanun yolu öngörülmüştür. İsv. MUK m. 103'e göre, mahkemenin avans ödenmesi hakkındaki kararlarına karşı şikayet (Beschwerde) kanun yoluna başvurulabilecektir. Bu kapsamda, yargılama sırasında avansın ödenmesine, miktarının artırılmasına (ek avans talebine), azaltılmasına, avans ödenmesi kararının kaldırılmasına, avansın iadesine ilişkin kararların tümüne karşı kanun yoluna başvuru mümkündür. Şikayet kural olarak kararın yerine getirilmesini erteleyici bir etkiye sahip değildir, ancak mahkeme buna karar verebilecektir (İsv. MUK m. 325), bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 103 Rn. 1, 4, 10. Mahkemenin yargılamanın yürütülmesine ilişkin bir tasarrufu niteliğinde olan avans ödenmesine ilişkin kararlar, değişen usuli duruma göre mahkemece değiştirilebilecek kararlardır. Hatta İsviçre hukukunda, mahkemenin avans ödenmesine ilişkin kararlarının şikayet kanun yoluna tabi olmasına rağmen, bunun verilen kararların verildiğinde kesinleşeceği ve böylece mahkemece değiştirilemeyeceği anlamına gelmediği de vurgulanmaktadır, bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 103 Rn. 7.

<sup>137</sup> Yargıtay 9. HD.'nin 20.03.2012 T., E. 10115, K. 9215 sayılı kararı: "... 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 şartlarına yönelik gider avansı ile ilgili olarak verilen kesin sürede yatırılmamasının sonuçlarını da duruşma zaptına açıkça yazmalıdır..."; Yargıtay 3. H.D. 03.04.2012 T., E. 4796, K. 8940 s.lı kararı: "... Mahkemece, 06.12.2011 tarihli celsede, davacı tarafa... gider avansını yatırmak üzere 2 haftalık kesin süre verilmiş ise de; gider avansının kanunda işaret edildiği gibi mahkeme veznesine yatırılacağı belirtilmiş değildir. Kesin süre verilirken, yapılacak işlemlerin açık ve anlaşılır olması gözetilmelidir...".

belirtilmeden, vezneye havaleyle eksik kalan avansın tamamlanması için süre verilmiş olması halinde, bu hatalı mahkeme usul işlemi dolayısıyla, süreye riayetsizlik davacı bakımından usuli hak düşürücü bir etki meydana getirmeyecektir. Yine örneğin, sürenin kesin olduğu belirtilmeksizin ve kesin sürenin sonuçları açıkça açıklanmaksızın süre verilmesi durumunda da, salt m. 120 f. 2'de sürenin kesin olduğunun belirtilmesi dolayısıyla kanundan dolayı kesin olan bir sürenin varlığından ve kesin sürenin sonuçlarının uygulanması gerektiğinden bahsedilemeyecektir<sup>138</sup>.

Hakimin davacıya 120. maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak verdiği süre içerisinde ara kararında belirtilen miktardaki gider avansı yatırılmazsa, bunun sonucunun ne olacağı, davacıya bir kez daha süre verilmesi gerekip gerekmediği bu noktadaki en önemli meselelerden biridir.

Gider avansı ödenmesinin hukuki niteliği itibariyle bir dava şartı olduğuna ve dolayısıyla dava şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerin de uygulama alanı bulacağını dikkate almak suretiyle sonuca varmak gerekir<sup>139</sup>.

Öncelikle, kanun koyucunun HMK m. 120 f. 2'ye göre hakimin vereceği sürenin kesin süre olduğunu öngörmesi dolayısıyla, verilen bu sürede avansın ödenmemesi halinde hemen HMK m. 94 f. 3'ün devreye gireceği ve işlemi süresinde yapmayan davacının usuli işlemi (avansı ödeme) yapma hakkının düştüğü, davacıya ikinci bir süre verilmesinin isabetli olmayacağı düşünülebilir. Gerçekten de kanun koyucu f. 2'de açıkça hakimin kesin süre vereceğini belirtmiş ve ikinci bir süre verilmesini de öngörmemiştir. Ancak bu noktada, avansın ödenmesi bir dava şartı olup ödenmemesi davanın usulden reddini gerektirdiğinden, hemen dava şartlarının incelenmesine ilişkin 115. maddeye göz atmak gerekir. Yani HMK m. 94 f. 3'den önce HMK m. 115'e başvurmak gereklidir. Bu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, "dava şartı noksanlığının" giderilmesi mümkün ise bu noksanlığın tamamlanması için mahkemenin kesin süre vereceği öngörülmüştür.

Bu noktada, avans ödenmesi bakımından "dava şartı noksanlığının" ne zaman ortaya çıkmış olduğu öncelikle tespit edilmelidir. Zira bu fıkraya (m. 115 f. 2) göre hakimin süre vermesi, ancak 'dava şartı noksanlığının ortaya çıkması halinde' söz konusu olacaktır.

<sup>138</sup> Kanunun, hakime kesin süre vermesini emrettiği haller HMK m. 94 f. 1 anlamında kendiliğinden "kesin süre" değildir. Hakim tarafa sürenin kesin olduğunu bildirmemişse kesin sürenin varlığından bahsedilemez ve hakimin verdiği sürelerle ilişkin HMK m. 94 f. 2 uygulama alanı bulur. Hakimin, kural olarak tayin ettiği bir sürenin kesin olup olmadığını takdir yetkisi vardır. Hakimin vereceği sürenin kesin süre olmasını öngören düzenlemeler işte bu kuralın, yani HMK m. 94 f. 2 c. 1'in istisnasıdır. Hakimin, kanunun emrine rağmen usul hatası yaparak (mahkeme usul işleminde hata) tarafa kesin süre vermemesi, kendisine süre verilen taraf aleyhine sonuç doğurmaz.

<sup>139</sup>

Hakimin HMK m. 120 f. 2'ye göre yetersiz olan gider avansının tamamlanması için ara kararıyla süre verdiği anda henüz bir dava şartı eksikliği söz konusu değildir. Sadece avansın eksik kaldığının tespiti söz konusudur, yoksa bu aşamada dava şartı noksanlığı henüz ortaya çıkmamıştır. Davacının, yetersiz kaldığı anlaşılan gider avansını ödeme yükümlülüğü ara kararıyla birlikte doğmaktadır. Tarafa ara kararla ödeme için verilen süre, “dava şartı eksikliğinin tamamlanması” için verilen bir süre olarak nitelendirilemez. Dava şartı eksikliği ilk olarak, verilen ilk sürede avansın yatırılmamasıyla ortaya çıkar. Dava şartı eksikliğinin ortaya çıktığı bu aşamadan sonra, hakimin artık m. 115'e göre inceleme yapması gerekir. İşte bu noktada niteliği itibarıyla tamamlanabilir bir dava şartı eksikliği teşkil eden avans ödenmesi için HMK m. 115 f. 2 c. 2'ye göre hakimin davacıya ikinci bir süre vermesi zorunludur.

HMK'nın 114. maddesinde (g) bendinde, “davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması” bir dava şartı olarak sayılmıştır. Mahkemece m. 120 f. 2'ye göre usulüne uygun olarak verilen iki haftalık kesin süre içerisinde eksik avansın yatırılmaması durumunda, bir dava şartı noksanlığı tespit edilmiş olmaktadır. Dava şartı noksanlığının, hakimin daha önce ödenen gider avansının “yeterli olmadığını anladığı ve ara kararında tespit ettiği” anda değil, verilen sürede ara kararla istenen tutarın süresinde ödenmemesi durumunda ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Zira (g) bendinde, davacının “yatırması gereken” gider avansı denmektedir. Hakimin m. 120 f. 2'ye göre süre vermediği bir aşamada davacı bakımından “yatırması gereken bir avansın varlığından” söz edilemez. Yatırması gerekip de yatırmama durumu ve böylece dava şartı eksikliği ilk olarak m. 120. f. 2'ye göre verilen kesin süre içerisinde eksik tutarın yatırılmaması halinde ortaya çıkar.

Bu şekilde dava şartı noksanlığı ortaya çıktıktan sonra, gider avansı ödenmemiş olması, giderilmesi mümkün olan bir dava şartı noksanlığı olduğundan, mahkemenin HMK m. 115 f. 2 c. 2'ye göre davacıya eksik olan gider avansı tutarının yatırılması için –yani dava şartı noksanlığının tamamlanması için– kesin süre vermesi gerekir. Ancak burada verilecek süre, hakim tarafından artık sürelerle ilişkin genel hükümler olan HMK m. 90 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. Yani hakim burada 120 f. 2'deki iki haftalık süre ile bağlı değildir. HMK m. 115 f. 2'ye göre verilecek sürenin kesin süre olduğu belirtilmelidir. Kesin süre olduğu belirtilmez ise bu durumda HMK m. 94 f.2'ye göre davacı yeniden süre verilmesini isteyebilir ve verilen bu süre artık kesin olduğu belirtilmese bile kanundan dolayı (Kanunun hakimin verdiği karara bağladığı yasal etkiden dolayı, HMK m. 94 f. 2 c. 2) kesindir. Dava şartı eksikliğini tamamlanması için verilecek sürenin 120. maddede öngörülen iki haftalık süreden daha kısa olması ve gün olarak verilmesi de mümkündür.

Bu prosedür yerine getirildikten sonra davacının tutarı belirtilen eksik gider avansını kısmen veya tamamen ödememiş olması halinde, dava şartı noksanlığı-

ni tespit ederek HMK m. 115 f. 2 hükmünü de uygulamış olan hakimin, davanın usulden reddine karar vermesi gerekir.

Varılan bu sonuçtan sonra, gider avansının ödenmesi için iki defa süre verilmesini öngören İdari Yargılama Usulü Kanunu'muzdaki ve ayrıca İsviçre MUK'daki düzenlemelerin incelenmesinde de fayda görüyoruz.

İYUK m. 6'da ilgiliden dava açarken harç yanında *posta ücreti* de alınması öngörülmüştür. Maddenin 4. fıkrasında, her hangi bir sebeple posta ücreti *alınmadan veya eksik alınarak dava açılmış olması halinde*; 5. fıkrasında ise dava açıldıktan sonra posta ücretinin tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde *azalması halinde*, mahkemece dava açandan posta ücretinin verilmesinin veya tamamlanmasının istenmesinin ne şekilde gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Her iki halde de dava açan ilgiliye posta ücretini ödemesi için *iki defa otuzar günlük* süre verileceği kabul edilmiştir. Verilen bu iki otuzar günlük sürede de posta ücretinin ödenmemesi durumunda, ilk halde davanın açılmamış sayılmasına ikinci halde ise dosyanın işlemde kaldırılmamasına karar verilecektir<sup>140</sup>.

İsviçre MUK'da, davacının gider avansını hakim tarafından verilen ilk sürede yatırmaması halinde, *hakimin davacıya ikinci bir süre vermesi gerektiği öngörülmüştür*<sup>141</sup>. Kanun'un 101. maddesine göre, avansın ödenmesi için mahkeme bir süre tayin eder. Avans sonra verilen ikinci sürede de yatırılmazsa, o zaman mahkeme davanın esasına girmeden davayı usulden reddeder. Verilen ikinci sürenin ilk süreye nazaran daha kısa bir süre olabileceği ifade edilmektedir<sup>142</sup>. İsviçre'de dava şartlarının incelenmesine ilişkin HMK m. 115'e denk gelen İsviçre MUK m. 60 tek cümleden ibarettir. Maddede sadece, mahkemenin dava şartlarının yerine gelip gelmediğini re'sen inceleyeceği ifade edilmiştir. Bu durumda, İsviçre hukukunda gider avansının ödenmesi için ikinci süre verilmesiyle, hukukumuzdaki dava şartı eksikliğinin giderilmesi için süre verilmesine

<sup>140</sup> İYUK m. 6 "... 4. (Değişik: 10.6.1994-4001/4) Her hangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve **posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu ... ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır.** Harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur. 5. (Değişik: 10.6.1994-4001-4) Dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde, **otuz gün içinde posta ücretinin tamamlanması ... ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır.** Posta ücreti süresi içinde tamamlanmazsa dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. Bu kararın tebliğ tarihinden başlayarak üç ay içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur. 6. (Değişik: 10.6.1994-4001/4) **4 ve 5 inci fıkralardaki tebligat re'sen genel bütçeden yapılır.**" Bu yasal değişiklikler öncesi durum, yasal değişikliklerin öncesindeki Danıştay kararları ve değişikliklerle ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Gözübüyük/Dinçer**, s. 310 vd..

<sup>141</sup> **Zürcher**, Art. 60 Rn. 17.

<sup>142</sup> **Gasser/Rickli**, Art. 101 Rn. 1.

ilişkin HMK m. 115 f. 2 hükmü, gider avansı dava şartı bakımından *sonuç olarak* aynı işlevi görmüş olmaktadır. Farklılık, HMK m. 115’de bu konuda genel bir hüküm varken, İsviçre’de – dava şartı eksikliğinin tamamlanmasının- teminat ve gider avansı bakımından Art. 101 f. 3’de bir kez daha süre verilmesi ön-görülerek özel olarak düzenlenmiş olması noktasındadır.

Gerek HMK m. 120 f. 2’ye göre verilen sürede gerek m. 115 f. 2 c. 2’ye göre verilen ikinci sürede gerekse bu süreler geçtikten sonra, **davalının da** ara kararla davacıdan istenen gider avansını ödeyerek kendisine karşı açılmış davanın usulden reddini engelleyebilmesi kabul edilmelidir. HMK m. 324 f. 2 c. 1’de delil ikamesi için avans ödenmesi bakımından kabul edilen bu imkan, kıyasen gider avansı için de uygulanmalıdır. Aslında böylelikle, gider avansı ödenmesinin dava şartı olarak kabulünün sakıncalı bir sonucu olarak, davacının gider avansını ödemeyerek davayı karşı tarafın rızası olmaksızın geri alma yasağını (bkz. HMK m. 123, karş. İsv. MUK m. 65) dolanması ihtimalinin de bir ölçüde önüne geçilebilecektir<sup>143</sup>.

#### **Ğ- HMK m. 120 f. 2’ye Göre İstenen Avansın, Verilen (İkinci) Süreden Sonra ve Fakat Davanın Usulden Reddinden Önce Yatırılması Durumu:**

Bir başka sorun da, gider avansının mahkemece usulüne uygun olarak verilmiş (ikinci) süre içinde de yatırılmaması ve ancak mahkemece davanın usulden reddine karar verilmeden önce yatırılmış olması halinde mahkemenin nasıl hareket edileceğidir. Bu noktada, ödeme süreden sonra olduğu için dava usulden red mi edilecektir yoksa dava şartı eksikliği bu noktada artık süresinden sonra da olsa tamamlanmış olduğundan davaya devam mı edilecektir?

Dava şartlarının incelenmesi hakkındaki 115. maddenin 3. fıkrasına bakıldığında, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.”<sup>144</sup>.

Gider avansı ödenmesine ilişkin olarak ele almakta olduğumuz faraziye, lafzı (sözü) itibariyle yorumlandığında bu fıkranın uygulama alanı dışında kalmaktadır. Zira fıkrada, dava şartı noksanlığının, bu noksanlığın giderildiği ana kadar mahkemece fark edilmemiş ve taraflarca ileri sürülmemiş olmasının arandığı anlaşılmaktadır. Halbuki ele aldığımız faraziyede, HMK m. 120 f. 2’ye göre gider avansının ödenmesinin istenmesinde, mahkeme eksikliği fark etmiş –

<sup>143</sup> Nitekim, davalının rızası olmadan davayı geri alma yasağının aşılmasının önüne geçmek amacıyla HMK m. 20’de, görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine davalının da dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep edebileceği kabul edilmiştir.

<sup>144</sup> Bu fıkra hakkındaki eleştirel değerlendirmeler için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 63, 70, 71.



duruma göre davalı tarafından da bu eksiklik ileri sürülmüş olabilir- ve davacıya – fikrimize göre- son olarak m. 115 f. 2'ye göre bir süre daha vermiştir. Buna rağmen eksiklik süresinde tamamlanmamış, ancak karar verme anına gelindiğinde (örneğin sürenin geçmesinden on gün sonra veya duruşma günü itibarıyla) istenen gider avansı süresinden sonra yatırılarak dava şartı eksikliği giderilmiştir.

Söz konusu fıkranın gerekçesine bakıldığında, hükmün konuluş sebebi olarak usul ekonomisi ilkesine uygunluğun sağlanmak istendiği belirtilmektedir. Bu hedeften yola çıkılarak amaçsal yorum tercih edildiğinde ve gider avansı ödenmesine ilişkin dava şartının usul ekonomisi bağlamında yargılamanın sürünce-medede kalmasını önleme amacı da dikkate alındığında, davanın usulden reddi hakkında bir karar verilmeden önce eksiklik tamamlanmışsa ve özellikle yargılamanın gecikmesine sebep olunmamışsa, artık dava şartı eksikliğinin tamamlanmış olduğu kabul edilerek davaya devam edilmesinin uygun olduğu söylenebilir<sup>145</sup>.

Buna karşın, avansın ödenmesi için verilen kesin sürenin geçmesiyle, artık o işlemi yapma hakkının düşmüş olduğu ve ayrıca karşı taraf lehine bir müktesep hak oluştuğu da düşünülebilir. Bu düşünce, kesin süre içinde yapılması gereken işlemi süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağını öngören HMK m. 94 f. 3 ile de desteklenebilir.

Biz, davacıya HMK m. 120 f. 2'ye göre avans ödemesi için süre verilmesi halinde, verilen ilk sürede avansın ödenmemesi üzerine mahkemece bu defa HMK m. 115 f. 2, c. 2'ye göre ikinci ve son kez süre verilmesini ve bunun kanunun sistemine uygun olacağını savduğumuzdan, iki defa süre verilmesinin davacı bakımından gerekli ve yeterli güvenceyi de sağladığını dikkate alarak, verilen ikinci süreden sonra avans ödense de artık davanın usulden reddi gerektiğini kabul ediyoruz.

Ancak tüm bu açıklamalarımız ve görüşümüz, az aşağıda işaret edeceğimiz<sup>146</sup> delil ikamesine ilişkin avans ödenmesini öngören HMK m. 324 ile HMK m. 120'nin uygulama alanları bakımından ortaya çıkan çatışmada varılan sonuçlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Burada kısaca belirtmek gerekirse, HMK m. 120 f. 2 hükmüne, davacının gösterdiği delillerinin ikamesi için gerekli

<sup>145</sup> Bkz. Yargıtay 3. H.D. 03.04.2012 T., 2012/4796 E., 2012/8940 K. s.lı kararı: "... Mahkemece, 06.12.2011 tarihli celsede, davacı tarafa ... gider avansını yatırmak üzere 2 haftalık kesin süre verilmiş se de; gider avansının kanunda işaret edildiği gibi **mahkeme veznesine** yatırılacağı belirtilmiş değildir. Kesin süre verilirken, yapılacak işlemlerin açık ve anlaşılır olması gözetilmelidir. Davacı taraf, kesin süre içinde 20.12.2011 tarihinde **PTT aracılığıyla** talep edilen avansı yatırmıştır. Bir sonraki celse 12.01.2012 tarihli olup, avansın **mahkeme veznesine yatırılmaması** nedeniyle celse kaybı da söz konusu değildir. Bu durumda mahkemenin; iki haftalık sürenin geçtiğinden bahisle, davanın usulden reddi doğru görülmemiştir..."

<sup>146</sup> Ayrıntılı olarak bkz. aşağıda "J-" başlığı altındaki açıklamalar.

avansın ödenmesi ve daha önce dava açarken birinci fıkraya göre deliller için ödenmiş avansın tamamlanması için başvurulmamalıdır. Zira bu durumda HMK m. 120 uygulanacak olursa, avansı ödememenin davacı hakkındaki sonucu onun davasının usulden reddidir. Buna karşın delil ikamesi için avans alınmasında HMK m. 324 uygulandığında, avansı ödememenin yaptırımını delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılma ve duruma göre bu sonucun esasa ilişkin olarak verilecek karara etki etmesidir. Davalı hakkında her zaman uygulanacak olan bu sonucudur. Bu nedenle hem davacıya hem davalıya, eşit muamele yapılmalı, davacının delil ikamesi için avans ödemesinde de HMK m. 324 uygulanmalı, böylece silahların eşitliği temin edilmelidir<sup>147</sup>. Bu sayede aynı zamanda, gider avansı ödenmesine ilişkin dava şartı aracılığıyla, davacının avansı ödemeyerek davayı geri alma yasağını dolanması riski de indirgenmiş olacaktır.

Diğer yandan, davanın avansın ödenmemesi sebebiyle usulden reddi öncesinde *davalı* tarafa ödenmeyen avansı ödeyerek kendisine karşı açılmış davanın usulden reddine engel olma imkanının tanınması, davanın geri alınması yasağının dolanılması ihtimali dikkate alındığında zorunludur. Ayrıca, süresinde avansın yatırılmaması sonucu HMK m. 94 f. 3'e göre sadece gider avansı yükümlüsü davacı bakımından sürelerle ilişkin hak düşürücü etki ortaya çıkmaktadır. Davalı bakımından böyle bir etki söz konusu değildir. Bu durumda, delil ikamesi avansını ödeme yükümlüsü olmayan tarafın avansı ödeyebilmesine ilişkin HMK m. 324 f. 2 c. 1 hükmü gider avansı bakımından burada kıyasen uygulanmalı, davalıya davacının ödemediği gider avansını ödeyerek davanın görülmesini sağlama imkanı tanınmalıdır.

#### **H- HMK m. 120 f. 2'nin Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu: Hükmün HMK'nın Yürürlüğü Öncesi Açılmış Davalarda Uygulanamaması ve Tarifeye Getirilen Zaman Bakımından Uygulama Hükmünün (m. 6) Normlar Düzenine Aykırılığı**

HMK m. 120 f. 1, davacının "davanın açılması sırasında" yerine getirmesi gereken bir mali yükümlülük öngördüğünden, Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren açılacak olan davalarda uygulanabileceği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Maddenin **2. fıkrası** ise birinci fıkraya göre *dava açılırken davacı tarafından yatırılan* (veya yatırılması gereken) gider avansının yeterli olmadığından anlaşılması halinde uygulanacak olan, yani *sadece birinci fıkrayla bağlantılı olarak uygulama alanına sahip bulunan* bir yasal düzenlemeyi içer-

<sup>147</sup> Yargılamanın yürütülmesinin mahkemenin yükümlülüğünde olmasının gerekçelerinden birisi de taraflara eşit olarak iddia ve savunma hakkı verilebilmesi ve taraflara eşit muamele edilmesinin sağlanmasıdır, **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 259.

mektedir<sup>148</sup>. Dolayısıyla bir davada (Kanun'un yürürlüğe girmesi öncesi açılan davada), birinci fıkra uygulama alanı bulmuyorsa, aksine 'yasal' bir düzenleme bulunmadıkça, ikinci fıkranın da uygulama alanı bulunmayacağı sonucuna varmak gerekir<sup>149</sup>.

HMK m. 120 f. 2 anlamında avansın yeterli olmadığı (HMK m. 120 f.1'e göre yatırılmış avansın yeterli olmadığı) dava sırasında anlaşılması, ancak o davanın 01.10.2011 tarihinden sonra açılmış olması halinde söz konusu olabilecektir. Zira bu tarihten önce açılmış davalar bakımından, davanın açıldığı dönemde davacının yürürlükte olan HUMK'a göre HMK'da öngörüldüğü gibi bir gider avansı yatırma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla bu davalarda birinci fıkraya göre yatırılan bir gider avansı veya HUMK'a göre bu nitelikte bir avans yatırılmış olmadığından, bu avansın dava sırasında yeterli olmadığı anlaşılmasından da bahsedilemeyecektir. HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda HMK'nın yürürlüğe girmesi sonrasında, -HMK m. 120 f. 2'ye göre değil- delillerin toplanması ve incelenmesi için HMK m. 324'e göre, delillerin toplanması ve incelenmesi için gerekenin dışındaki tebligat giderleri için ise Tebligat Kanunu m. 5 ve m. 34'e göre avans istenmeli ve bu yasal düzenlemeler kapsamında öngörülen usulî sonuçlar uygulanmalıdır<sup>150</sup>.

Diğer yandan, HMK m. 114'de "davacının **yatırması gereken** gider avansını yatırmış olması"nın dava şartı olarak kabul edilmiş olması dolayısıyla, dava kanunun yürürlüğü öncesinde de açılmış olsa da esas hakkında karar verilmedikçe bu dava şartı noksanlığının tamamlanabileceği ileri sürülebilecektir. İlk bakışta bu düşüncenin isabetli olduğu, zira dava şartlarının davanın açılmasının değil esasına girilip esas hakkında karar verilebilmesinin şartları olduğu söylenebilir<sup>151</sup>. Ancak dikkat edilecek olursa, dava şartı olarak kabul edilen husus, dava-

<sup>148</sup> Gereğede yer alan "... avans olarak davacı tarafından **dava açarken** yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. **Bu avansın** yetmemesi durumunda ise **tamamlanması** için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır..." ifadeleri de varılan bu sonucu desteklemektedir.

<sup>149</sup> Yargıtay **1. Hukuk Dairesi** ve **3. Hukuk Dairesi** de isabetli olarak bu sonuca varmıştır: "... HMK.nun 448. maddesine göre kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır. Davanın açılış tarihi (06.07.2011) gözetildiğinde tarifede yer alan 50 TL'nin ödenmesi davacıdan istenemez...", 3. H.D., 21.05.2012 T., E. 2012/8680, K. 2012/12765 s.lı kararı; "... davanın 6100 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce açılmış bulunması karşısında, davanın açıldığı sırada yatırılması gereken bir avansın söz konusu olamayacağı ve hükmün anılan Yasa'nın yürürlüğünden sonra açılacak davalarda söz konusu olabileceği, esasen 448. madde anlamında dava açılma işleminin tamamlanmış olduğu...", 1. H.D. 03.04.2012 T., E. 2012/1222, K. 2012/3911 s.lı kararı.

<sup>150</sup> HUMK m. 180'den farklı olarak HMK m. 121'de başka yerden getirilecek belge ve dosyalar için gerekli posta giderlerinin verilmesi -davanın açılmasında gider avansı uygulamasının kabulüne dayanarak, bkz. HMK m. 121'in gerekçesi- açıkça anılmamasına rağmen bu konuda bir boşluk doğmayacaktır. Bu kapsamda ortaya çıkacak posta giderlerinin Tebligat Kanunu m. 5 ve 34 kapsamında taraflardan istenmesi mümkün olacaktır.

<sup>151</sup> Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu noktadan hareketle HMK m. 120 f. 2 hükmünün, HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda da uygulanabileceğini kabul etmiştir: "...

cının “yatırması gereken” gider avansını yatırmasıdır. Önceden açılmış bir davada davacının “yatırması gereken” bir gider avansının mevcut olup olmadığı elbetteki bu yükümlülüğü düzenleyen HMK m. 120’ye göre belirlenecek olup, yukarıdaki tespitlerimize göre davacının bu davalarda böyle bir yükümlülüğü yoktur. O halde gider avansı ödenmesinin bir dava şartı olarak kabulüne dayalı olarak, esas hakkında karar verilmeyen her davada, dava kanunun yürürlüğünden önce açılmış olsa dahi uygulanabileceğinin kabulü olanaklı görünmemektedir.

HMK m. 120 f. 1’in verdiği yetkiyle, düzenleyici idari işlem olan Tarifeyle gider avansını düzenleyen İdare, bu zaman bakımından uygulanamazlık sonucunu öngörmüş olacak ki, Tarife’nin 6. maddesiyle bir “zaman bakımından uygulama” hükmü getirmek istemiştir. Söz konusu 6. maddeye göre, “Bu tarifenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120’nci maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir.”. Hali hazırda yargı uygulamamızda, HMK m. 120 f. 2 hükmü, Tarife’nin bu düzenlemesine dayanarak HMK’nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak Tarifenin söz konusu maddesi ve mahkemelerin uygulamaları, yasal bir dayanağa sahip olmadığından, HMK’nın bizzat 120. maddesine aykırıdır. Bir an için, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla Kanun hükümlerinin derhal uygulanacağını öngören HMK m. 448 dolayısıyla, HMK m. 120 f. 2’nin de önceden açılmış davalarda hemen uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. Ancak bu düşünce de isabetli olmayacaktır. Zira HMK m. 448’e göre derhal uygulanacak olan HMK hükümleri, bizzat kendi içinde, niteliği itibarıyla derhal uygulanmaya elverişli olan hükümlerdir. HMK m. 120 f. 2, birinci fıkrayla bağlılığı dolayısıyla kendi içerisinden zaman bakımından uygulama hükmü barındıran bir düzenlemedir. Dolayısıyla, HMK m. 448 hükmü, 120 f. 2’nin Kanun’un yürürlüğünden önce açılmış davalarda derhal uygulanmasını sağlayacak bir sonucu desteklemez. Davanın açılması tamamlanmış bir usul işlemi teşkil ettiğinden, İdari

---

Kanun açıkça bir istisna öngörmediğine 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... Anılan düzenlemelerden (HMK m. 120, Tarife m. 1 ve 6) ve dava şartı düzenlemesinden gider avansının davanın açılması sırasında alınmasının şart olmadığı, mahkemenin sonradan bu eksikliği kesin süre vererek ikmal ettirebileceği anlaşılmaktadır. Buradan hareketle 1086 sayılı HUMK döneminde açılmış olsa da, istisnai hüküm bulunmaması nedeniyle davanın her aşamasında aranan gider avansı dava şartının HMK 114/g, 115/2 ve 120 maddeleri gereği gözetilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Davanın açıldığı tarihte eksik veya hiç gider alınmamış olsa bile gider avansı dava şartı olmakla hüküm verilinceye kadar ikmal ettirilebilir. İster gider avansı isterse tamamlama avansı olarak tanımlansın ikmal edilmesi gereken paranın hukuk yargılamasındaki niteliği dava şartı olarak gösterilen gider avansıdır...” 9. H.D. 20.03.2012 T., E. 10115, K. 9215 s.lı kararı.

düzenleyici işlem olan Tarifeyle, HMK m. 120'de öngörülme ve m. 448'e de aykırı düşen bir düzenleme getirilemez. Getirilmesi durumunda, normlar hiyerarşisinde öncelikle kanunun dikkate alınması ve uygulanması, Tarife hükmünün dikkate alınmaması gerekir. Zira Tarife, üst norm olan HMK m. 120'nin vermiş olduğu yetkinin dışına çıkarak bir zaman bakımından uygulama hükmü getirmiştir.

### **I - Dava, Çekişmesiz Yargı İş, Geçici Hukuki Koruma Talebi ve Yargılama Usulleri Bakımından HMK m. 120'nin Uygulama Alanının Tartışılması:**

Bu başlık altında, gider avansı ödeme yükümlülüğünün, hukuki himaye talebinde bulunan birey tarafından başvuru yargısal prosedür ile bu prosedürde uygulanacak yargılama usulü bakımından uygulama alanının tartışılması amaçlanmaktadır. Yargı organları önünde başlatılan hukuki korunma prosedürleri olarak çekişmeli yargıda "dava", çekişmesiz yargıda "iş" ve geçici hukuki korumadaki "talep" için ayrı ayrı değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca gider avansı ödeme yükümlülüğünün adli yardımla ilişkisi de bu kısımda ele alınacaktır. Uygulama alanının belirlenmesinde yine İsviçre hukukundaki kabul-ler üzerinde de durulacak ve hukukumuzdaki düzenlemelerle karşılaştırılması yoluyla bazı çıkarımlarda bulunulmaya çalışılacaktır.

#### **I- Çekişmeli Yargıda "Dava":**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu asıl olarak çekişmeli yargılama usulünü düzenlemektedir. Çekişmeli yargıda taraflar arasında mevcut uyuşmazlık mahkeme tarafından davacının harekete geçirdiği dava prosedüründe görülmektedir. Davaların görülmesinde yazılı ve basit yargılama usulü olmak üzere iki yargılama usulü kabul edilmiştir.

#### **1- Yazılı Yargılama Usulünün Uygulandığı "Davalar"**

HMK m. 120, yazılı yargılama usulü hakkındaki hükümler kısmında (Üçüncü Kısım) ve davanın açılmasına ilişkin bölümde (Birinci Bölüm) yer almaktadır. Maddede, "davacının" gider avansı ödeme yükümlülüğü "davalarda" bakımından öngörülmüş bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda HMK m. 120 hükmü doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır. HMK'nın genel gerekçesinde, davanın açılmasıyla davacıdan avans alınmasının yazılı yargılamaya ilişkin hükümler bakımından en önemli yenilik olduğu ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında "davanın türü ve özelliklerine göre" avans miktarının Tarifede belirleneceği ifade edilmişse de, Tarifenin dava türleri bakımından bir ayırım yapmadan düzenleme getirdiği görülmektedir.

## 2- Basit Yargılama Usulünün Uygulandığı “Davalar”

HMK’da asıl yargılama usulü olarak benimsenen yazılı yargılama usulü dışındaki tek yargılama usulü, HMK m. 316 – 322 arasında düzenlenmiş olan basit yargılama usulüdür. Bu maddelerde, davanın açılmasında davacının harç ve avans ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Davanın açılmasına ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilmemiş, sadece dilekçelerin verilmesi başlıklı m. 317 f. 1’de, davanın açılmasının dilekçeyle olacağı kuralı ifade edilmiştir. “Uygulanacak hükümler” başlıklı HMK m. 322 f. 1’de, “Bu Kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, HMK’da basit yargılama usulüne ilişkin hükümler arasında, HMK m. 120’ye denk düşen, davanın açılmasındaki davacı yükümlülükleri hakkında bir düzenleme bulunmadığından HMK m. 120, basit yargılama usulünün uygulandığı (HMK m. 316’da öngörülen) “davalarda”, HMK m. 322’nin göndermesi dolayısıyla uygulama alanı bulacaktır.

## II- İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu’ndaki Durum:

İsviçre’de, davanın açılması sonrası davanın başında davacının hakim kararlarıyla gider avansı ödemesi yükümlülüğünün, mahkemeye yönelen her türlü talep için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu kabulün dayanağının büyük ölçüde dava şartlarına ilişkin İsv.MUK m. 59 olduğu anlaşılmaktadır. Zira dava şartlarının sayıldığı bu maddede, mahkemenin *bir davanın (Klage) veya talebin (Gesuch)* esasına ancak yargılama şartları (Prozessvoraussetzungen) yerine geldiğinde girebileceği ifade edilmektedir. Maddede yargılama masrafları için avans ödenmesi de bir dava şartı olarak sayılmış olduğundan, maddede sayılan yargılama şartlarının dava dışındaki diğer her türlü talebe ilişkin yargısal prosedürde bulunması gerektiğinden yola çıkarak<sup>152</sup>, gider avansı ödeme yükümlülüğünün de her türlü yargısal prosedürde geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

HMK m. 114’ün gerekçesinde açıkça, maddede düzenleme yapılırken büyük ölçüde İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısının 57 nci (Kanunlaşan metinde m. 59) maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuş olduğu ifade edilmiştir. Ancak HMK m. 114’de İsviçre’den farklı olarak dava dışında diğer talepler ile açılacak yargısal prosedürlerde de geçerli olacağı hususu açıkça kapsama dahil edilmemiştir. Ancak buna rağmen, dava şartlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde dava dışındaki talepler bakımından, çekişmesiz yargıda<sup>153</sup> ve ihtiyati tedbir talebi gibi geçici hukuki korunma taleplerinde<sup>154</sup> de

<sup>152</sup> Bkz. Gasser/Rickli, Art. 59 Rn. 2.

<sup>153</sup> Örneğin çekişmeli yargıda dava konusuna ilişkin dava şartları olan derdestlik ve kesin hüküm hakkında bkz. Atalı, Murat, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 50 vd., s. 85, 101.

aranacağı kabul edilebilir. Ancak gider avansı ödenmesine ilişkin dava şartı bakımından farklı değerlendirmeler söz konusu olabilir. Bu noktada, İsviçre ve Türk hukukunun, davacıdan gider avansı talep edilmesi “zamanına” ve avansın “içeriğine” ilişkin farklılaşan düzenlemeleri dikkate alınmalıdır. Yukarıda da tespit ettiğimiz üzere HMK m. 120, İsviçre’den farklı olarak gider avansı ödenmesini, HMK m. 114’de dava şartı olarak kabulünün yanında dava açılmasının da bir şartı haline getirmiş görünmektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda HMK m. 120’nin ve bu maddenin İdareye çerçevesini çizmeksizin verdiği yetkiyle çıkarılan Tarife’nin hak arma özgürlüğünün sınırlanması bakımından arz ettiği bu özellik dolayısıyla, söz konusu dava şartının çekişmesiz yargı işleri ve geçici hukuki korunma talepleri bakımından yürürlük alanının belirlenmesinde dar bir yorumun tercih edilmelidir.

İsviçre’de, davacıdan veya talepte bulunandan avans alınıp alınmayacağına ve alınacaksa miktarına hakimin bir gider avansı tarifesine bağlı *olmaksızın işin niteliğine göre karar verebilmesi mümkün olduğundan*, avans hükmü çekişmesiz yargı işlerinin ve geçici hukuki koruma taleplerinin bünyesine de hakimin kararıyla uyarlanabilmektedir.

Ancak hukukumuzda davanın açılmasında gider avansı yükümlülüğü hakimin kararı olmadan bir Tarifeye bağlı olarak öngörülmüş olduğundan, İsviçre’deki aksine davalar dışındaki talepler için de uygulanabileceği gösteren açık bir düzenleme bulunmadığından ve buna paralel olarak Gider Avansı Tarifesi çekişmeli yargının yapısına göre tanzim edilmiş olduğundan, HMK m. 120 hükmünün uygulama alanının hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı yönde ve dar yorumlanması isabetli olacaktır.

Aşağıda bu hükmün çekişmesiz yargı işlerinde ve geçici hukuki korunma taleplerinde uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin görüşümüz bu temele ve çıkış noktasına dayanmaktadır.

### III- Çekişmesiz Yargı “İşi”:

HMK m. 120’nin, basit yargılama usulünün uygulanacağı öngörülen m. 316’da belirtilen “davalarda”, HMK m. 322 dolayısıyla uygulanacağı kolaylıkla söylenebilse de aynı durum basit yargılama usulünün (veya yazılı yargılama usulünün, bkz. m. 385) uygulanacağı “çekişmesiz yargı işleri” için söz konusu değildir<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> Örneğin tarafa ilişkin dava şartlarından olan dava takip yetkisi ve kesin hüküm ile derdestlik bakımından bkz. **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002, s. 27, 120 vd..

<sup>155</sup> Ayrıca basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören HMK m. 322 f. 1’de, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin *niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacağına* ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş

Bu noktada, yargı organları önünde harekete geçirilen prosedürde hangi yargılama usulünün uygulandığından bağımsız olarak, bir davanın mı yoksa bundan farklı bir usuli prosedürün mü var olduğu önem taşımaktadır. HMK m. 120, “dava açılırken” ve “davacının” gider avansı ödemesini, yani gider avansının bir “dava” söz konusu olduğunda ödenmesini öngörmektedir. Diğer yandan HMK, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırıp özel olarak düzenleyerek (HMK m. 382 vd.), bu alanda yargı organlarını harekete geçiren prosedürü açıkça, dava değil “çekişmesiz yargı işi” olarak nitelendirmiş, davacı veya davalı değil “talepte bulunan” ve “ilgili” kavramlarına yer vermiş.

Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir (HMK m. 385 f. 1)<sup>156</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından, deliller için avans ödenmesinde de farklı bazı düzenlemeler öngörülmüştür. “Resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler” başlıklı HMK m. 325’e göre, hakim tarafından resen başvuru deliller için gereken gider belirlenen süre içinde ödenmezse, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineye ödenmesine hükmedilir. Örneğin HMK m. 382 f. 2 b 17’de çekişmesiz yargı işlerinden olarak sayılmış 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a göre verilecek tedbir kararları için delil ikamesi gerektiğinde bu madde uygulama alanı bulacaktır<sup>157</sup>. Ancak HMK m. 120 f. 1 ve Gider Avansı Tarifesinin çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanması kabul edilecek olursa, talepte bulunandan dilekçesinde belirttiği deliller için gider avansı alınması yoluna gidilecektir<sup>158</sup>. Bu durum ise re’sen araştırma ilkesine ve bu bağlamda HMK m. 325’in yargılama masrafları için avansın ödenmesine ilişkin kabul ettiği kuralın temelinde yatan düşünceye aykırı düşecektir. Yani bu durumlarda HMK m. 120 f. 1 ile HMK m. 325 çatışma halinde olacaktır. Bu örnek, HMK m. 120 f. 1’in ve Tarifesinin uygulama alanı kapsamında çekişmesiz yargı

---

olması isabetli olmamıştır. İsviçre MUK m. 219’da, olağan yargılama usulüne ilişkin hükümlerin, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça **uygun olduğu ölçüde (sinngemäß)** diğer yargılama usullerinde de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin çekişmesiz yargı bakımından da önemli olabilecek bir düzenleme olduğu yönünde bkz. **Alangoya**, Yavuz, İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 110 vd., s. 116.

<sup>156</sup> Çekişmesiz yargıya dahil olan işlerin çok çeşitli ve dağınık olması nedeniyle bütün çekişmesiz yargı işlerinin aynı usul kurallarına tabi tutulmasının yerinde olmayacağı yönünde bkz. **Budak**, Ali Cem, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 128 vd., s. 186, 187.

<sup>157</sup> Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un uygulanmasında re’sen araştırma ilkesi geçerlidir, bkz. **Budak**, Çekişmesiz Yargı, s. 168, 171.

<sup>158</sup> Ayrıca 4320 s.lı Kanun’un 1. maddesinin son fıkrasına göre, bu kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararın icrası için yapılan icrai işlemler harca tabi değildir.



işlerinin yer almaması gerektiğini, uygulanmasının çekişmesiz yargı işlerinin niteliğine aykırı düşebileceğini göstermektedir<sup>159</sup>.

4320 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırarak 20.03.2012 tarihinde yürürlüğe giren Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasında “*Bu Kanun kapsamındaki başvurular ile verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden yargılama giderleri, harç, posta gideri ve benzeri hiçbir ad altında masraf alınmaz....*” hükmü getirilmiştir. Böylece bu Kanun'dan kaynaklanan ve çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan işlerde gider avansı alınmasının önüne bu yolla geçilebilmiştir.

Ayrıca, çekişmesiz yargı işlerinde yargı organına ilk başvuruda delilleri de kapsayacak biçimde gider avansı ödeme yükümlülüğünün getirilmesi, çekişmeli yargı alanındaki birçok davaya nazaran hak arama özgürlüğünün önünde çok daha önemli bir engel teşkil etmektedir.

Tek tip tarifenin daha ziyade çekişmeli yargının dava tipi için hazırlandığı ve çekişmesiz yargı işlerinin niteliğine uygun düşmediği de dikkate alındığında, burada dar bir yorum tercih edilerek çekişmesiz yargı işlerinde HMK m. 120'nin ve Tarife'nin uygulama alanı bulmayacağı kabulü isabetli olur. Bu alanda, yargı yoluna başvuruda veya işin hemen başında bir avans yükümlülüğü olması isteniyorsa, çekişmesiz yargının karakterini ve amacını dikkate alan<sup>160</sup> ve hak arama özgürlüğünü ölçsüz olarak sınırlamayan bir düzenleme getirilmeli veya İsviçre hukukunda olduğu gibi işin özelliklerini dikkate alabilecek şekilde hakime yetki verilmelidir. Böylece, çekişmesiz yargının, özellikle koruyucu, önleyici ve ivedi koruma sağlama işlevine yönelik olduğu durumlarda elzem olan etkin hukuki korunma talebinin önüne set çekilmesi de önlenmiş olur. Ayrıca, re'sen araştırma ilkesinin yargılama giderleri konusundaki yansımaları (bkz. HMK m. 325) avans yükümlülüğü bakımından da dikkate alınabilir.

<sup>159</sup> Çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemeler bakımından *elastikiyet unsuru* öne çıkmaktadır. Örneğin Alman hukukunda çekişmesiz yargı Kanunu'nun, Medeni Usul Kanunu'na nazaran üstünlüğünün onun özel bir elastikiyete, mevcut duruma rahatlıkla uygulanabilecek bir yapıya sahip olması olduğu yönünde ve elastikiyeti sağlayan hususlar hakkında bkz. **Yıldırım**, M. Kamil, Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 18 vd., s. 44, 45; **Çekişmesiz yargının hakime geniş yetki verilmesi gereken elastiki bir faaliyet olarak düzenlenmesi gerektiği**, ancak diğer yandan bu faaliyetin hukuk devleti gereklerine uygun olması ve bunun da hakimin yasal kurallara bağlılığı sayesinde sağlanacağı, karşıtlık gösteren bu iki hususun en iyi şekilde telif edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Alangoya**, s. 112, ayrıca bkz. s. 120, 121.

<sup>160</sup> Çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan birçok temel konuda tamamen farklı ve ondan bağımsız bir yargılama hukuku olduğunu göz önünde tutan Avusturya kanun koyucusunun, yeni çekişmesiz yargı kanununda *çekişmeli yargı usul kanununa genel bir tali atıf yoluna gitmeyerek belli bazı somut hususlarda usul kanununun hükümlerinin kıyasen uygulanmasını öngördüğü yönünde bkz. Atalı*, s. 58.

#### IV- Geçici Hukuki Koruma Talebi:

Mahkemelere yönelen geçici hukuki koruma talepleriyle açılan yargısal prosedür bir dava olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin ihtiyati tedbir bir dava değildir. Bundan dolayıdır ki özellikle dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep edildiğinde, taraflar ihtiyati tedbir talep eden ve karşı taraf olarak adlandırılmaktadır<sup>161</sup>.

Çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi, geçici hukuki koruma talepleri hakkındaki yargılamada da salt basit yargılama usulünün uygulanacak olması (bkz. HMK m. 316 f. 1 c bendi) ve HMK m. 322'nin göndermesi dolayısıyla HMK m. 120'nin uygulama alanı bulacağı kolaylıkla söylenemez. Tarifenin gider avansının iadesine ilişkin 5. maddesinin ikinci fıkrası, "Geçici hukuki koruma talebi için alınan gider avansının kullanılmayan kısmı verilen karardan sonra talep üzerine iade edilir" hükmüne yer vermekle, HMK m. 120 f. 1'in geçici hukuki korunma talepleri için de gider avansı alınmasını kapsadığı şeklindeki kabulden yola çıkmıştır. Buna karşın gider avansının alınması yönünden Tarifenin diğer düzenlemelerine bakıldığında, m. 120'de olduğu gibi sadece davadan ve davacıdan söz edildiği, çekişmeli yargının dava tipine odaklı olarak hazırlanmış olduğu, bu bağlamda örneğin alınması gereken tebligat giderinin miktarının hesaplanması yöntemi bakımından dahi, mevcut tarifenin geçici hukuki himaye tedbir talebinin niteliğine uygun düşmediği görülmektedir.

Geçici hukuki himaye talebinde bulunandan HMK m. 120'ye ve Tarifeye göre gider avansı alınmasına ilişkin açık bir yasal dayanağa ihtiyaç vardır. Bugün için böyle bir dayanağın bulunduğunu söylemek güçtür. Geçici hukuki koruma taleplerinde Tebligat Kanun m. 5 ve HMK m. 324'e göre avans talep edilebilmesi mümkündür. Yasal dayanağı bulunmadığından, salt Tarifenin 5. maddesinin ikinci fıkrasından çıkarılacak sonuca göre, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi bir geçici hukuki himaye talebinde bulunandan HMK m. 120'ye ve Tarifeye göre gider avansı alınması uygun görünmemektedir.

İsviçre hukukunda bu konuda farklı bir tartışma daha gündeme gelmektedir. Her ikisi de dava şartı olan avans ödenmesi ve teminatın ödenmesine ilişkin olarak İsv.MUK m. 101'in birinci fıkrasında, mahkemenin avansın ve teminatın ödenmesi için bir süre belirleyeceği ifade edilirken, maddenin ikinci fıkrası "teminatın" ödenmesinden önce de tedbir kararı verilebileceğini belirtmektedir. Bir görüşe göre, maddenin ikinci fıkrasında sadece teminat anıldığından, teminat ödenmeden ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkünse de aynı sonuç - hükmün ters anlamından yola çıkıldığında (e contrario)-, avansın henüz ödenmemiş olduğu durumda söz konusu olmayacaktır. Yani avans ödenmeden bir tedbir kara-

<sup>161</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 720.

rının verilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir<sup>162</sup>. Buna karşın **Gasser/Rickli**'nin<sup>163</sup>, açık olmamakla birlikte, etkili hukuki korunmanın sağlanabilmesi için gerektiğinde henüz avans ödenmeden de ihtiyati tedbir kararı verilebileceği görüşünde oldukları anlaşılmaktadır.

#### **V - Adli Yardım Kararı Bulunan Haller ile Adli Yardım Talepli Açılan Dava ve Taleplerdeki Durum:**

Bir davanın açılmasından önce HMK m. 336 f. 1'e göre asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeden adli yardım talebinde bulunulmuş ve mahkemece adli yardım kararı verilmişse, adli yardım kararı kural olarak<sup>164</sup> HMK m. 335 f. 1'e göre yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyeti (bent a) ve ayrıca yargılama sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesini (bent c) kapsayacaktır. Bu durumda, adli yardımdan faydalananın, hakkında adli yardım kararı aldığı yargısal başvuruda gider avansı ödenmesine ilişkin HMK m. 120 f. 1 uygulama alanı bulmayacaktır<sup>165</sup>. Aynı durum, HMK m. 335 f. 2 çerçevesinde adli yardımın kapsamını sınırlayan bir karar verilmiş olmadıkça, davanın açılmasından sonra HMK m. 120 f. 2 ve HMK m. 324 için de geçerlidir. Yani, adli yardım kararı varlığını koruduğu müddetçe bu hükümlere göre de avans talep edilmeyecektir.

Adli yardım kararı davadan önce alınmayıp, adli yardım talebi ile davanın açılması aynı anda gerçekleştirildiğinde, yani dava adli yardım talepli olarak açılmak istendiğinde, davanın açılması anında henüz mahkemenin bir adli yardım kararı mevcut olmadığından, dava açılırken gider avansı yatırılması yükümlülüğünün bu durumda da devam ettiği düşünülebilir. Ancak bu düşünce, adli yardım talebinin ve kurumunun niteliği ile amacına aykırıdır. Zira dava açarken aynı zamanda adli yardım talebinde bulunan kişi, o davadaki –gider avansının da konusu olan- yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını bildirmekte ve buna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmaktadır (HMK m. 336 f. 2)<sup>166</sup>. Kurumun amacı yanında bu hüküm de adli yardım talepli açılan bir davada

<sup>162</sup> Bu anlamda bkz. **Zürcher**, Art. 59 Rn. 55; **Suter/von Holzen**, Art. 101 Rn. 12.

<sup>163</sup> Bkz. Art. 102 Rn. 2.

<sup>164</sup> HMK m. 335 f. 2'ye göre, adli yardıma karar veren mahkeme, talepte bulunanın m. 335 f. 1'de düzenlenen hususlardan sadece bir kısmından yararlanmasına da karar verebilecektir. Bu ihtimalde, kapsam dışında bırakılan hususlarda davacının gider avansı ve delil ikamesi avansı yatırması söz konusu olacaktır.

<sup>165</sup> “Adli yardımdan yararlanan davacının gider avansı ödeme zorunluluğu da olmayacağından, bu dava şartı adli yardım kararının varlığı halinde uygulanmayacaktır.”, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 296; İsviçre hukukunda da adli yardımdan faydalanan kimsenin, avans ödeme yükümlülüğünden de kurtulacağı yönünde bkz. **Zürcher**, Art. 59 Rn. 54; **Gasser/Rickli**, Art. 98 Rn. 2.

<sup>166</sup> Ayrıca, “Adli yardım talebinin incelenmesi” başlıklı m. 337 f. 3'e göre, adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz. Yani bu hükme göre, daha önce yapılmış olan giderlerin

HMK m. 120 f. 1'deki gider avansı ödeme yükümlülüğünün uygulanmaması gerektiğinin kabulü için bir dayanak teşkil edebilir. Dolayısıyla adli yardım talepli dava açan davacıdan, dava açarken Tarifede öngörülen yargılama giderleri için gider avansı ödemesi beklenmemelidir. Adli yardım talepli olarak açılan davada adli yardım talebinin reddi halinde, 120. maddenin ikinci fıkrası ve m. 324 uyarınca işlem yapılması mümkün ve gerekli hale gelecektir.

Bu çözüm tarzının, dava açarken gider avansı ödememek için kötüye kullanmaları davet edeceği düşünülebilir. Örneğin, davacı salt dava açarken gider avansı ödememek için, davasını adli yardım talepli olarak açmakta olduğunu bildirerek mahkemeye mali durumuna ilişkin gerçeği yansıtmayan veya ispata elverişli olmayan, zayıf belgeler sunabilir. Bu durumlarda, adli yardım talebi reddedilmiş olsa dahi çıkış noktasında hak arama özgürlüğüne öncelik verilmeli ve dava açarken gider avansının ödenmemiş olması, davanın açılma zamanının tespiti bakımından da farklı bir sonuca varılmasına neden olmamalıdır<sup>167</sup>. Dava sırasında HMK m. 120 f. 2 ve m. 324 yoluyla avans istenebilecek olması, yargılamanın yürütülmesi bakımından mahkemeye yeterli olanakları temin etmekte ve duruma göre dava şartı eksikliğinin tamamlanabilmesini de sağlamaktadır<sup>168</sup>.

İsviçre hukukunda, davacıdan gider avansı ödemesi dava açıldıktan sonra hakimin kararıyla talep edildiğinden benzer sorunlarla karşılaşılması ihtimali azdır. Davanın adli yardım talepli olarak açılması halinde öncelikle davacının adli yardım talebi hakkında karar verilerek, talebin kısmen veya tamamen reddi halinde gider avansı hakkındaki hükümler hakim tarafından dikkate alınabilecektir. Hukukumuzda ise dava açılırken harçlarla eşdeğer tutularak gider avansı alınmasının sakıncaları, sosyal devlette hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesinin önemli araçlarından birisi olan adli yardım talepleri bakımından da kendini göstermiştir. Bu sakıncaları aşmak için yukarıda belirtildiği üzere, kötüye kullanma ihtimalleri dahi göze alınarak, adli yardım talepli davalarda –Avukatlık Kanunu'nun adli yardım hükümlerine göre Baro tarafından atanmış bir avukat

---

ve verilmiş avansların adli yardım kararı verildiğinde geri iadesi söz konusu olmayacaktır. Adli yardım kararı geriye yürümeyecektir.

<sup>167</sup> Adli yardım talepli açılan davalarda, adli yardım talebinin reddi halinde davanın açılma tarihinin tespiti konusunda yargı kararlarındaki durum ve doktrindeki görüşler için ayrıntılı olarak bkz. **Pınar**, Burak, *Yargı ve İcra Harçları*, Ankara 2009, s. 180 vd.; **Aldemir**, Hüsnü, *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, Ankara 2009, s. 362.

<sup>168</sup> Nitekim harçlar bakımından da aynı yol benimsenmektedir. Davacı dava açarken adli yardım talebinde bulunmuşsa, dava açarken davacıdan harç alınmamaktadır. Mahkeme adli yardım talebini öncelikle karara bağlamalıdır. Adli yardım talebini reddederse, başvurma harcı ile peşin nisbi (veya duruma göre maktu) karar ve ilam harcını tamamlattırılmalı, Harçlar Kanunu m. 30'a göre işlem yapılmalıdır. "... mahkemece yapılacak iş öncelikle davacının adli müzaheret talebi yönünden sonuca varılmalıdır. Adli müzaheret talebi kabul edilmediği takdirde başvurma ile ¼ peşin karar harcı tamamlattırılmalı, yargılamaya bu işlemler yerine getirildikten sonra devam edilmelidir..." 13. H.D., 20.04.1992, E. 2930, K. 3663 s.lı kararı, bkz. **Aldemir**, s. 362.

vasıtasıyla dava açılmayan haller de dahil olmak üzere<sup>169</sup> - dava açılırken HMK m. 120 f. 1'e göre gider avansı talep edilmemelidir<sup>170</sup>.

Bu bağlamda ortaya çıkan sorunları gidermek için HMK Yönetmeliği'nin 45. maddesinin ikinci fıkrasında “Adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde, adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmaz. Kanundaki özel hükümler saklıdır.” şeklinde bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olmuştur.

### İ- HMK m. 120'nin Kişi Bakımından Uygulama Alanı:

Gerek dava açarken gider avansı ödenmesini öngören HMK m. 120'de gerekse gider avansı ödenmesini dava şartı olarak kabul eden HMK m. 114'de (dava şartı olarak kabulünün zorunlu sonucu olarak) sadece “davacının” gider avansı ödemek zorunda olduğu öngörülmüştür. İsviçre medeni yargılama hukukunda da davanın başında hakim kararıyla alınacak gider avansı sadece davacıya yönelik olabilecektir. Davalı için böyle bir yükümlülük İsv.MUK'da da mevcut değildir<sup>171</sup>. Davalıdan sadece onun ikamesini talep ettiği deliller için (bkz. İsv.MUK m. 102; karş. HMK m. 324) avans alınması söz konusudur<sup>172</sup>. Ancak davalı karşı dava açmak suretiyle karşı davacı konumunda yer almışsa, bu sıfatıyla HMK m. 120'ye göre gider avansı ödemesi söz konusu olabilir<sup>173</sup>. HMK m. 135'in, dava ile ilgili hükümlerin, aksine özel düzenleme bulunmayan hallerde karşı dava hakkında da uygulanacağını kabul etmiş olması, bu sonucu desteklemektedir<sup>174</sup>.

İsviçre'de davanın başında gider avansı ödeme yükümlülüğüne ilişkin İsv.MUK m. 98'in, kanun yolu davacısı için kanun yoluna başvuruda geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>175</sup>. HMK m. 120'yi bu yönüyle değerlendirdiğimizde ise dava açan davacının bu maddeye dayalı gider avansı ödeme yükümlülüğünün, kanun yoluna başvuran (kanun yolu davacısı) hakkında uygulanması ola-

<sup>169</sup> Kanun'un ve Tarifenin yürürlüğe girmesi sonrası, Barolar tarafından (Avukatlık Kanunu'na göre) adli yardım kapsamında görevlendirilen avukatların adli yardım talepli dava açmalarında karşılaşılan sorunlar ve çözüm girişimleri hakkında bkz. BARO, İstanbul Barosu Aylık Bülteni, Eylül-Ekim 2011, s. 18.

<sup>170</sup> “... Mahkemece yapılan ihtaratta gider avansı ve delil avansının birlikte talep edilmesi ve ayrıca adli yardım talebi konusunda bir karar verilinceye dek masrafın suçüstü ödeneğinden karşılanmasına karar verildiği halde, bu taleple ilgili bir karar verilmeksizin davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddi doğru görülmemiştir...”, Yargıtay 3. H.D. 21.05.2012 T., E. 8680, K. 12765 s.lı kararı.

<sup>171</sup> Suter/von Holzen, Art. 98 Rn 6; Botschaft ZPO, s. 7293.

<sup>172</sup> Gasser/Rickli, Art. 98 Rn. 1, 4.

<sup>173</sup> İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Zürcher, Art. 59 Rn. 51; Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 16 Rz. 21.

<sup>174</sup> HMK m. 135'e de işaretlerle bu anlamda bkz. Karşlı, s. 381.

<sup>175</sup> Zürcher, Art. 59 Rn. 55; Botschaft ZPO, s. 7295.

naklı görünmemektedir. Madde sadece ilk derece yargılamasında uygulama alanı bulacaktır. Zira gerek istinaf gerekse temyiz hükümleri arasında, kanun yoluna başvurandan harç, posta giderleri ve diğer giderler için avans alınmasına ve istenen avansın ödenmemesinin sonuçlarına ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır<sup>176</sup>.

Fer'i müdahilin HMK m. 120'ye göre gider avansı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Asli müdahilin ise aynen davacı gibi avans ödeme yükümlülüğü vardır<sup>177</sup>.

İsviçre hukukunda, davacı tarafta ihtiyari dava arkadaşlığı halinde mahkemenin, ödenecek gider avansında her bir dava arkadaşına düşen payı belirlemesi gerektiği ve bununla birlikte yargılama masraflarından sorumluluğa ilişkin İsv.MUK m. 106 fıkra 3'ü (bkz. HMK m. 326 f. 3) kıyasen uygulayarak, ödenmesi gereken tüm avanstaki dava arkadaşlarının müteselsilen sorumlu olmalarına karar verebileceği belirtilmektedir. İhtiyari dava arkadaşları için müteselsil sorumluluğa karar verilmesinin, bir dava arkadaşının tek başına dava açsa idi sorumlu olacağı mahkeme masraflarından daha fazla avanstaki sorumlu olması sonucuna yol açmaması gerektiği de ilave edilmektedir<sup>178</sup>. Zorunlu dava arkadaşlığında da avansın ödenmesi bakımından aynı şekilde müteselsil sorumluluğu içeren bir kararın verilmesi gerektiği, bu durumda mahkemenin iç ilişkideki dağılımla ilgilenmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir<sup>179</sup>.

Davacı taraftaki dava arkadaşlığı hallerine ilişkin İsviçre hukukundaki bu görüşlerin, hukukumuz bakımından HMK m. 120 f. 2'ye ve m. 324'e göre avans istenmesinde dikkate alınarak HMK m. 326 f. 3'ün kıyasen uygulanması düşünülebilir. Davanın açılmasında HMK m. 120 f. 1'e göre avans yatırılmasında ise hakim kararını değil Tarife belirleyici olduğundan, miktarın belirlenmesinde ve ödenmesinde müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

*Karşı davanın davacısından* gider avansı alınırken, daha önce asıl davanın davacısının posta giderleri ve özellikle deliller için ödemiş olduğu avans dikkate alınarak, aynı gider kalemleri için farklı taraflardan da olsa kullanılmayacağı anlaşılan mükerrer gider avansı talep edilmemesi uygun olur. Ancak karşı dava açılırken, asıl davaya bakan mahkemenin kalemi tarafından Tarifeye bağlı olarak avans hesaplanacağı düşünülürse, bu hususun dikkate alınmasında güçlüklerle karşılaşılabilir. Bu noktada, asıl davaya bakan ve cevap dilekçesini havale edecek hakim karşı davanın davacısının ödeyeceği avans miktarını asıl davadaki durumu da nazara alarak takdir etmesi uygun olur. En azından mahkeme tarafından sonradan HMK m. 120 f.2'nin ve m. 324'ün uygulanmasına yönelik

<sup>176</sup> Bkz. aşağıda "K-" başlığı, "II-" altbaşlığı altındaki açıklamalar.

<sup>177</sup> İsviçre'de bu yönde bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn 6.

<sup>178</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn 6.

<sup>179</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn 6.

ara kararlarda, asıl dava ve karşı davadaki durum birlikte dikkate alınmalıdır. Taraf konumlarının farklı olduğu *birleştirilen davalar* için de karşı davaya ilişkin hususlar büyük ölçüde geçerlidir.

İsviçre hukukunda, eşlerin evlilik birliğindeki karşılıklı destek olma (yardım) ve nafaka yükümlülükleri dolayısıyla, ödeme gücü bulunan eşin, muhtaç olan eşin mahkeme gider avansını ödeme yükümlülüğü bulunduğu ve ayrıca bu yükümlülüğün adli yardım talebine nazaran önceliği olduğu ifade edilmektedir<sup>180</sup>. Yine İsviçre'de, Devletin yargılama masraflardan nihai sorumluluktan başışık olmamasına rağmen, gider avansı ödeme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>181</sup>. Hukukumuzda ise, devletin taraf olduğu davalarda yargılama giderleri için avans ödemekten muafiyetine ilişkin bir düzenleme sözkonusu değildir.

#### **J- “Gider Avansı” ve “Delil İkamesi İçin Avans” Arasındaki İlişki, Uygulama Alanları ve Hukuki Düzenlemelerin Ortaya Çıkardığı Çelişkiler:**

HMK m. 120'ye dayalı olarak Tarife ile kabul edilen, davacının dava açarken dayanmış olduğu deliller için de avans ödeme yükümlülüğü dışında, HMK m. 324'de doğrudan doğruya delil ikamesi için avans ödenmesi düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme arasındaki ilişki, özellikle uygulama alanları bakımından irdelenmelidir. Ayrıca 324. maddenin bilhassa birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle getirdiği, HUMK'a nazaran yeni düzenlemenin, HMK m. 120'nin uygulanması bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı ve ortaya çıkaracağı çelişkili durumlar üzerinde durulmalıdır.

Ancak öncelikle belirtmek ve burada bir kez daha kısaca tekrar etmek<sup>182</sup> gerekir ki, kanımızca, HMK m. 324 hükmünün varlığı, Kanun'un 120. maddesinin birinci fıkrasının anayasaya aykırılığını ve çerçevesi çizilmeden İdareye yetki devri suretiyle ortaya çıkan Tarifenin hukuka aykırılığını açıkça göstermektedir. Zira m. 324 f. 1, bir davada deliller için alınacak avansın derdest davada “mahkemece belirleneceği ve ödenmesi için kesin süre verileceği” hükmünü içermektedir. Durum böyleyken, HMK m. 120 f. 1, davanın açılmasında, hakim kararı olmaksızın ve ödeme süresi verilmeksizin deliller için avans ödenmesi hususunda çerçevesi belirsiz (bu nedenle yargılama masrafı olan deliller için de avans alınmasını göze alır biçimde) bir yetkiyi İdareye devretmiş, buna kapı aralamıştır. İdare de HMK m. 324'ün açık düzenlemesine rağmen, hakim kararıyla belirlenerek süre verilmek suretiyle talep edilmesine imkan

<sup>180</sup> Suter/von Holzen, Art. 98 Rn 7.

<sup>181</sup> Suter/von Holzen, Art. 98 Rn. 9 ve orada anılan Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 57 N 2d; Alman hukukunda devletin yargılama masraflarını ödemekten muafiyeti hakkında bkz. Mahkeme Masrafları Hakkındaki Kanun (GKG) § 2.

<sup>182</sup> Bkz. yukarıda “Ç-“ başlığı altındaki açıklamalar.

bulunmayan bir biçimde dava açarken delil için avans alınması şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Yine İdare tarafından çıkarılan HMK Yönetmeliği'nin 45. maddesinde bu hukuka aykırılık tekrarlanmıştır.

### **I- Uygulama Alanı Bakımından HMK m. 120 ile HMK m. 324 Arasındaki İlişki:**

“Delil ikamesi<sup>183</sup> için avans” ödenmesini düzenleyen HMK m. 324, farklı bazı yönleri bulunmakla birlikte büyük ölçüde HUMK m. 414'ün karşılığı olarak yeni kanunda yer almıştır. Maddenin gerekçesine bakıldığında, uygulama alanları bakımından HMK m. 120 ile ilişkisi hakkında bazı ifadeler yer verildiği görülmektedir. Gerekçenin ilk paragrafına göre, “ *‘Harç ve avans ödenmesi’ başlıklı 125 (120) inci maddede davacının dava masraflarının karşılığı olarak avans ödemesi öngörülmüştür. Bu avans, davacının delillerinin toplanması için yapılması gereken harcamaları da kapsar. Bu maddede ise daha çok davalının delillerini toplanması için ödenmesi gereken avans düzenlenmiştir. Öte yandan davacının avansı yönünden ‘Dava şartları’ başlıklı 119 (114) uncu maddede hüküm getirilmiştir. Davacının avansı yatırmış olması dava şartlarından. Şu halde davacı avansının yargılamanın devamı sırasında yetersiz kalması halinde, uygulanacak hüküm, bu maddeden ziyade 125 (120) inci madde hükmüdür....*”<sup>184</sup>

Gerekçe takip edilecek olursa, yargılamanın bulunduğu aşamaya bakılmaksızın, davacının delillerinin ikamesi için 120. maddeye göre avans ödenmesi talep edilecek ve avansın ödenmemesi halinde dava şartı noksanlığına bağlanan hukuki sonuçlar uygulanacaktır. Buna karşın, davalının ikamesini istediği deliller için HMK m. 324. madde uygulama alanı bulacaktır.

<sup>183</sup> “Delil ikamesi” kavramı, medeni yargılama hukuku literatürümüzde daha ziyade tarafların delil gösterme usul işlemini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ancak kanımızca daha isabetli olan kullanıma göre delil ikamesi kavramı aslında mahkemenin usul işlemleriyle gerçekleşen delilin incelenmesini, ortaya konulmasını ifade etmektedir. HUMK bu kavramı genellikle taraf usul işlemi anlamında kullanmıştır (örneğin bkz. HUMK m. 239). HMK ise delil ikamesi kavramını ispat ve delillere ilişkin hükümlerinde kullanılmaktan kaçınmış, bunun yerine delil gösterme ve delilin incelenmesi kavramlarını tercih etmiştir. Ancak ilk olarak basit yargılama usulüne ilişkin hükümler arasında yer alan m. 318'e gelindiğinde delil ikamesi kavramına tarafın delil gösterme usul işlemi anlamında yer vermiştir. Sonrasında ise m. 324 bu kavramı, bu defa farklı olarak, mahkemenin delilleri incelemesi (delillerin ortaya konulması, bkz. CMK m. 206 vd.) anlamında kullanmıştır. Yani madde, taraflarca gösterilen delillerin mahkeme usul işlemleriyle incelenmesi (delil incelemesi kavramı için bkz. HMK m. 197) için gerekli avansın ödenmesini düzenlemektedir.

<sup>184</sup> Buna karşın, gerekçenin ikinci paragrafında, sadece delil gösteren davalıdan değil, “*ilgili taraf*” ve “*taraflardan biri*” gibi ifadeler de kullanılmak suretiyle, bir ayırım yapılmaksızın davacıyı da kapsayacak şekilde avans için taraflara süre verilmesi ve avansı yatırmamanın yaptırım hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca, maddenin uygulama alanının açıklandığı birinci paragrafta, “daha çok” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden yola çıkılarak davacı bakımından da madde uygulama alanı bulmalıdır. Ancak, bu uygulama bir istisnadan da ibaret olmamalı, davacı ve davalıya bu noktada eşit usuli muamele yapılmalı, silahların eşitliği temin edilmelidir.



Gerekçedeki bu ayrımın takip edilmesi, davacı ve davalı bakımından haklı görülmesi ve izahı mümkün olmayan farklı hukuki sonuçların doğmasına sebep olabilecektir. Zira her iki maddenin uygulanması da sonucu itibariyle bir delilin incelenmesi için önceden gereken avansın ödenmesine odaklanmış görüne de, avansın ödenmemesi halinde öngörülen hukuki sonuçlar itibariyle aralarında önemli farklar söz konusudur. *Davacıdan* 120. maddeye göre delil ikamesi için avans istenir ve istenen avansı ödenmezse, bir dava şartı eksikliği söz konusu olacağından m. 114 ve 115 gereğince davanın usulden reddi sonucu ortaya çıkacaktır. Davası böylece usulden reddedilen davacı, aynı davayı yeniden açma imkanını bulacaktır. Ayrıca, kabul ettiğimiz görüşe göre<sup>185</sup>, davacıya eksik olan avansı ödemesi için hem 120 f. 2'ye göre hem de m. 115 f. 2 c. 2'ye göre, yani iki kez süre verilmeden davanın usulden reddi söz konusu olmayacaktır.

Buna karşın, *davalıya* göstermiş olduğu bir delilin ikamesi için HMK m. 324'e göre süre verildiğinde, avansın süresinde yatırılmamasının yaptırımı, davalının talep ettiği delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılmasıdır. Eğer davalı bir vakianın ispat yükünü taşıyorsa ve vazgeçmiş sayıldığı delil ikame edilmeden mevcut duruma göre ispat yükünü yerine getirememişse, davada onun hakkında usule ilişkin değil, varsa diğer delillerin de durumuna göre esasa ilişkin bir karar verilecektir<sup>186</sup>. Ayrıca, -yine HMK m. 324'ün gerekçesinin ikinci paragrafındaki açıklamalar takip edilecek olursa<sup>187</sup>- davalıya delil ikamesi için avans yatırmak üzere sadece bir defa ve kesin olmak üzere süre verilebilecektir.

<sup>185</sup> Bkz. yukarıda "G-" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>186</sup> Örnek olarak bkz. "...İspat yüküne ilişkin kesin süreye aykırılık nedeniyle davanın reddi kararı, usule ilişkin bir karar değildir. Kesin süre içerisinde giderlerin ödenmemesi halinde taraf, talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m.414/c. 2). Bu durumda verilen ret kararı, iddianın kanıtlanmadığı anlamı taşır ve esasa ilişkin bir karardır. Kesin hüküm sonucunu doğurur. Şu durumda mahkemece yapılacak iş, mevcut kanıtlara göre davanın esası hakkında bir karar vermekten ibarettir..."", Yargıtay 4. H.D. 06.11.2002 T., E. 7810, K. 12411 s.lı kararı, karar için bkz. **Tutumlu**, M. Akif, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre, Ankara 2008, s. 186, 187.

<sup>187</sup> "... 1086 sayılı Kanunun 414 üncü maddesi hükmüne göre hakimin, gösterdiği her hangi bir delil için ilk duruşma gününe kadar masraf yatırması yönünde ilgili tarafa süre verebilmesi, bu sürenin sonuna kadar masrafın yatırılmaması durumunda ise ikinci kez süre vermesi mümkündür. İkinci süre, 1086 sayılı Kanunun 163 üncü maddesi uyarınca kesindir. Kanundaki bu hükümler dolayısıyla, ilgili tarafın dosyayı yeterince takip etmemesi veya yargılamayı uzatma niyetinde olması gibi sebeplerle, davada başkaca işlem yapılmaksızın yargılama en az bir oturum ertelenmektedir. Yapılan yeni düzenlemeye göre, 'Kesin süre' kenar başlıklı 100 (94) üncü madde uyarınca hakimin genel olarak ikinci kez süre verebilme imkanı var ise de bu maddede bu hususun istisnası düzenlenmiştir. Yani, sunulan delilin getirilmesi amacıyla masraf yatırılması için, mahkemece ilgili tarafa verilecek süre kesindir. Bu hüküm gereğince, taraflardan birinin mahkemeye sunacağı delille ilgili masrafı, verilen kesin süre içinde yatırmaması durumunda diğer tarafın bu masrafı yatırması mümkündür. Aksi takdirde verilen süre içinde masrafı yatırmayan taraf delilden vazgeçmiş sayılacak ve kesin sürenin istisnasının bulunmamasından dolayı yargılamanın bir oturum ertelenmesi engellenmiş olacaktır..."

Görüldüğü üzere, gerekçede öngörüldüğü gibi davacının delilleri bakımından HMK m. 120, davalının delilleri bakımından HMK m. 324 uygulandığında önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bir delilin ikamesi için avans yatırmak üzere süre verilmesi ve bu sürede avansın yatırılmamasının ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından, davacı ve davalı arasında farklı hukuki sonuçlar doğuran bir ayırım yapmayı haklı gösterecek bir sebep yoktur. Bu nedenle, davacının ikamesini talep ettiği deliller bakımından, gerekçedeki ifadelerle rağmen, davacı hakkında da HMK m. 324 uygulama alanı bulmalıdır<sup>188</sup>. HMK m. 120. f. 2, dava sırasında sadece delil ikamesi için gerekli masraflar dışında kalan masraflar için avans alınmasında uygulanmalıdır. Dava açılırken Tarife dolayısıyla deliller için yatırılmış olan avansın yetersiz kalması veya dava açılırken deliller için avans yatırılmamış olması hallerinde tamamlanması için de davacıya artık HMK m. 120 f. 2'ye göre değil, m. 324'e göre süre verilmeli ve bu maddede öngörülen hukuki sonuçlar tarafa hatırlanmalı ve uygulanmalıdır.

Davacıya, delil ikamesi için ödenmesi gereken avans bakımından HMK m. 120 f. 2'ye göre süre verilmesi ve ancak sonrasında HMK m. 324'de öngörülen davanın esas bakımından etkili olacak yaptırımın uygulanması da isabetli olmaz. Zira bu durum, davacı bakımından hukuki dinlenilme hakkına ve özellikle sürpriz karar verme yasağına<sup>189</sup> da aykırılık teşkil edebilecektir. Bu nedenle tarafın, süre verilirken açıkça süresinde işlemin yapılmamasının sonuçları hakkında bilgilendirilmesi, sonuçların kendisine açık olarak ihtar edilmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasının isabetli olarak, gider avansı ile delil ikamesi için avansı birbirinden ayırmakta olduğu ve delil ikamesi için istenecek avansın davacıdan da HMK m. 120 f. 2'ye göre değil HMK m. 324'e göre talep edilmesi gerektiğini vurgulamakta olduğu görülmektedir<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> HMK m. 324'ün daha çok davalı için veya muhakeme esnasında yatırılan avansın bitmesi halinde belki davacı için de uygulama alanı bulacağı yönünde **Karşı**, s. 636.

<sup>189</sup> Sürpriz karar verme yasağı hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 185 vd..

<sup>190</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.03.2012 tarih ve 10115 E., 9215 K. sayılı kararı: "...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 birbirinden ayrılması, **delillerin ikamesi için alınacak avansın gider avansı içinde yer almaması zorunludur**. Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif giderleri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi olanağı HMK.'un 324. maddesi düzenlemesi karşısında yoktur.... Dava şartı olarak öngörülen düzenlemenin davanın reddine yol açması nedeniyle mahkemece gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının da nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli 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**. Dola-

İsviçre hukukunda da davanın açılması sonrası avans alınmasını öngören düzenleme ile delillerin ikamesi için avans alınmasını öngören madde arasındaki gerilim ilişkisine doktrinde dikkat çekilmiştir. İsviçre'de, ilk avans talebinden sonra talep edilen avans için İsv.MUK m. 98'in (karş. HMK m. 120 f. 2) uygulanmasında çekingen davranmak gerektiği belirtilmektedir. Zira bu hüküm uygulandığında, davacıya haklı görülemeyecek avantajlar, opsiyonlar sağlanmış olur. Çünkü, m. 98'e göre istenen avansın ödenmemesi durumunda, davanın usulden reddine ilişkin bir nihai karar verilecek ve davacıya böylece yeniden dava açılması imkanı sağlanarak, belki de onun mevcut davaya göre daha iyi hazırlanmış bir davayla tekrar başlaması söz konusu olabilecektir<sup>191</sup>. Böylece aslında, avans yatırılmasının dava şartı olarak kabulünün, davalının rızası olmadan davanın geri alınması yasağının aşılması şeklinde ortaya çıkarabileceği sakıncalara da işaret edilmiş olmaktadır.

Yine İsviçre'de, gider avansı kararı verilirken, davanın açılması sonrası tipik olarak olası görünen tüm mahkeme masraflarının dikkate alınması gerektiği, ancak delillerin toplanmasına ilişkin masraflardan, taraflardan İsv.MUK m. 102'ye (HMK m. 324) göre delil ikamesine ilişkin ara kararlar daha sonraki bir zamanda ayrıca istenecek avansın ayırık tutulması, dikkate alınmaması gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>192</sup>. Böylece, m. 98'e (HMK m. 120 f. 1) göre gider avansının hesabı için geriye özellikle tebligat giderleri ile öngörülebilir tercüman masrafları ve o davada gerekliyse çocuğun temsiline ilişkin masrafların kaldığı belirtilmektedir<sup>193</sup>.

## **II - HMK m. 120 ile HMK m. 324 arasındaki Çelişki ve Tarifinin 4. Maddesi ile HMK Yönetmeliği m. 45 f. 1'in HMK m. 324 f. 1 c. 2'ye Aykırılığı:**

HUMK döneminde m. 414'de, bir tarafın göstererek ikamesini istediği delil için avans yatırması gerektiği belirtilmekle birlikte, her iki tarafın da aynı delilin ikamesini istemiş olmaları halinde avansın ne şekilde ödeneceği hususunda bir düzenleme yoktu. Bu durumlarda uygulamada genellikle, ispat yükünü taşıyan taraftan delil ikamesi için avans yatırması talep ediliyordu.

HMK m. 324 f. 1. c. 1, HUMK m. 414'de olduğu gibi, taraflardan her birinin ikamesini talep ettiği delil için avans ödemesi gerektiğini öngörmüştür. Bu-

---

yısı ile talep edilen giderin, gider avansı veya delil ikamesi avansı olup olmadığı denetlenememektedir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı dava şartı iken, delil ikamesi avansı dava şartı olarak nitelendirilemeyecektir. Delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması davanın dava şartı yokluğu ile reddine neden teşkil etmez. Taraf belirtilen sürede delil avansı giderini yatırmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır....”.

<sup>191</sup> Bu anlamda bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 95 Rn. 26.

<sup>192</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 12.

<sup>193</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 12.

nun yanında, tarafların birlikte aynı delilin ikamesini talep etmeleri durumunda, gereken gideri yarı yarıya avans olarak ödeyecekleri kabul edilmiştir. Birinci fıkranın ikinci cümlesine göre, “*Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler.*”. Kanunun ifadesi, hakime bir takdir yetkisi de vermemektedir. Eğer her iki taraf da aynı delili göstermişse, hakim avansı taraflardan yarı yarıya talep etmek zorundadır. “*Birlikte aynı delilin ikamesini talep etmekten*” kastın, sadece aynı delili göstermek olduğu, yoksa eş zamanlı (birlikte) talepte bulunmanın aranmadığı anlaşılmaktadır<sup>194</sup>. “Birlikte” kelimesi gereksiz kullanılmıştır. Bu yeni düzenlemeye ilişkin olarak madde gerekçesinde hiçbir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir<sup>195</sup>.

Hükmün mehzazının, İsviçre MUK’un “Delil İkamesi İçin Avans” başlıklı 102. maddenin 2. fıkrası olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, taraflar aynı delilin ikamesini talep ederlerse, her bir taraf masrafın yarısını avans olarak yatırmak zorundadır<sup>196</sup>. Bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı, hakime takdir yetkisi tanınmamasının sonuçları, ne şekilde uygulanacağı ve doğru uygulanmamasının sonuçları ayrı bir incelemenin konusu olabilir. Burada sadece, dava açılırken davacıdan deliller için de avans alınması uygulamasıyla, HMK m. 324’ün bu yeni düzenlemesi arasındaki çelişki ve bunun sonuçları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu delilleri, davalının da cevap dilekçesinde veya davanın sonraki safhalarında delil olarak göstermesi mümkündür. Bu durum özellikle, ikamesi diğer delillere nazaran daha fazla masrafı gerektirebilecek olan bilirkişi ve keşif delilleri bakımından da ortaya çıkabilecektir. HMK m. 120 f. 1’de verilen yetkiyle İdare tarafından çıkarılan Tarife’de, davacının dava açarken göstermiş olduğu deliller için de avans ödemesi yükümlülüğü getirilmiştir. Davanın açılması sırasında, davacının dava dilekçesinde dayanmış olduğu delillere, davanın ilerleyen aşamalarında davalının da dayanıp dayanmayacağı, yani tarafların aynı delile dayanıp dayanmayacakları henüz bilinmemektedir. Davacının göstermiş olduğu deliller için Tarifede öngörülen avans daha dava açarken ondan alınmaktadır. Davanın ilerleyen aşamalarında davalının da özellikle aynı vakıanın ispatı için (asıl ispat veya karşı ispat için) davacının gösterdiği aynı delile dayanması durumunda, söz konusu delil için gerekli avans HMK m. 120 f. 1’e (daha doğrusu Tarife’ye) göre zaten davacıdan

<sup>194</sup> İsviçre MUK m. 102 Abs. 2’de “*Beantragen die Parteien dasselbe Beweismittel,...*” (taraflar aynı delile başvurursa...) ifadesi yer almaktadır. Dasselbe ile “aynı” delile başvurulması kastedilmiştir. “Birlikte” ifadesine denk gelen bir kelimeye yer verilmemiştir.

<sup>195</sup> Buna karşın 9. Hukuk Dairesi yukarıda sözü edilen 20.03.2012 tarih ve 10115 E., 9215 K. sayılı kararında, HMK m. 324 f. 1 c. 2 hükmünden söz etmeksizin, delil ikamesi avansının ispat yüküne göre taraflara yükletilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>196</sup> **Gasser/Rickli**, Art. 102 Rn. 1, her iki tarafın da bilirkişi incelemesi istemesi örnek olarak verilmektedir.

çoğu zaman tamamen alınmış olacağından, bu durumlarda HMK m. 324 f. 1 c. 2 hükmü zorunlu olarak sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır. Daha doğrusu bu hükmün uygulama alanı Kanun ile değil, Tarife hükmüyle sınırlanmış olmaktadır. Bu nedenle 324. maddenin sözü edilen yeni düzenlemesi bir ölçüde anlamsız kalmaktadır. Her iki tarafın da dayandığı ve ancak davacının dava açarken ödediği avansın ikamesi için yetersiz kaldığı deliller için ya da davacının sonradan delil gösterdiği veya dava açarken delil göstermiş olmasına rağmen avansın alınmamış olduğu hallerde uygulama alanı bulabilecektir. HMK m. 324 f. 1 c. 2'nin uygulama alanının bu şekilde Tarife hükmüyle sınırlanması hukuka uygun bir sınırlama değildir. Bu sınırlama için HMK m. 120, gider avansı tarifesinin kapsamı konusunda bir çerçeve çizmeksizin İdareye yetki verdiği için, HMK m. 324 f. 1 c. 2'nin sınırlanması bakımından yeterli bir yasal dayanak da yoktur. Dolayısıyla, tarafların her ikisinin de aynı delile dayanıp dayanmadıklarını ortaya koyacak şekilde en azından ilk dilekçeler mahkemeye sunulmadan veya sunulması için gerekli süre geçmeden, dava açarken davacıdan delil ikamesi için peşinen avans alınmasını öngören Tarifinin 4. maddesi ve HMK Yönetmeliği'nin 45. maddesinin 1. fıkrası, bu yönleriyle de HMK m. 324 f. 1 c. 2'ye aykırıdır.

#### **K- Kullanılmayan Avansın İadesi:**

##### **I- Avansın İadesi Hakkındaki HMK m. 333'ün Uygulama Alanı:**

HMK m. 333 "Avansın iadesi" başlığını taşımaktadır. Bu hükmü göre, "Hükmün **kesinleşmesinden sonra** mahkeme **kendiliğinden**, yatırılan avansın kullanılmayan kısmının iadesine karar verir. Bu kararın tebliğ gideri iade edilecek avanstaki karşılardır."

Öncelikle, söz konusu maddenin "uygulama alanı"nın belirlenmesine ihtiyaç vardır. Kullanılmayan avansın iadesine ilişkin bu maddenin, davacının 120. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre yatırmış olduğu gider avansının kullanılmayan kısmının yanı sıra, 324. maddeye göre (davacı ve/veya davalı tarafından) yatırılmış olan delil ikamesi avansının kullanılmamış kısmının iadesi hakkında da uygulama alanı bulup bulmayacağı belirlenmelidir.

333. maddenin gerekçesine bakıldığında, "...Yeni kabul edilen sisteme göre, davanın açılması aşamasında dosyada muhtemel olarak yapılacak yargılama giderlerinin tamamı peşin olarak depo edileceğinden, avansın kullanılmayan kısmının iadesinin nasıl olacağı hususunun düzenlenmesi gerekmiştir. Bu hükmü göre, karar kesinleştikten sonra dosyada *kullanılmamış olan avans* kalmış ise, mahkeme, avansın iadesine karar verecek ve kararın tebliğ giderini depo edilen paradan karşılayacaktır. Artan avansın ilgisine nasıl iade edileceği hususu, uygulamada yerleşmiş olan mali mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir." ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçedeki bu ifadeler bizi, avansın iadesine ilişkin

bu hükmün sadece davanın açılması sırasında 120. maddenin 1. fıkrasına göre yatırılmış olan gider avansının iadesi için uygulama alanı bulacağı yönünde bir sonuca yaklaştırmaktadır.

Buna karşın, hükmün sözü itibariyle ve sistematik açıdan yorumlanması durumunda ise farklı sonuca varılması düşünülebilir. Gerçekten de hükmün sözü itibariyle yorumlanması durumunda, madde metninde “yatırılan avans” ve “iade edilecek avans” ifadelerinin kullanılmış olması dolayısıyla, gerek HMK m. 120’ye gerekse HMK m. 324’e göre yatırılmış olan avanslardan artan kısımların iadesi hakkında HMK m. 333’ün uygulama alanı bulacağı sonucuna varmak mümkündür. Sistematik açıdan incelendiğinde de HMK m. 333 hükmü, yargılama giderlerinin düzenlendiği Kanun’un yedinci kısmının birinci bölümünde yer almaktadır. Bu bölüm içerisinde, “Delil ikamesi için avans” başlıklı 324. madde de bulunmaktadır. Dolayısıyla aynı bölümde düzenlenen delil ikamesi için yatırılan avansın iadesinde de m. 333 hükmünün uygulanacağı kabul edilebilir.

Aksinin kabulü halinde, yani HMK m. 333’ün HMK m. 324’e göre yatırılmış olan avansın iadesinde uygulanmayacağı kabulü halinde ise HMK m. 324’e göre yatırılmış delil ikamesi avansının iadesi hususunda her hangi bir yasal düzenleme bulunmadığı sonucuna varılması gerekecektir. Bu durumda, m. 324’e göre alınmış olan avansın iadesi hakkında, değişen usuli duruma göre hakimin her zaman karar verilebileceği ve en geç HMK m. 297 f. 1 ç bendine göre nihai kararda iadeye karar vermesi gerektiği söylenebilir.

Ancak HMK m. 120 ve daha açık biçimde bu maddeye göre çıkarılan Tarih, delil ikamesi için avansın hem m. 120’ye göre (sadece davacıdan) hem de 324’e göre (her iki taraftan da olabilir) alınabilmesini öngören bir sistem benimsenmiş olduğundan, taraflar arasında deliller bakımından eşit uygulama yapılması ve bu nedenle, özellikle deliller için her iki maddeye göre yatırılmış avansların iadesi bakımından aynı rejimin benimsenmesi yerinde olur. Bu noktada, HMK m. 297 f. 1 ç bendi ile HMK m. 333 arasındaki çatışmanın çözümünde, aşağıda m. 297 f. 1 ç bendinin öncelikli olarak uygulanması yönünde vardığımız sonuç, bu konuda yeknesak uygulamayı sağlamaya da elverişlidir.

## **II- Mahkemenin İade Hakkındaki Kararı: HMK m. 297 f. 1 ç bendinin HMK m. 333’e Nazaran Öncelikle Uygulanması Gereği**

HMK m. 297’de “Hükmün kapsamı” düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendine göre, hüküm “taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi” hususunu da kapsayacaktır. Buradaki avans, HMK m. 120’ye göre davacıdan ve 324’e göre taraflardan alınmış olan avanstır.

333. maddenin, avansın iadesi hususunda “karar kesinleştiğinde karar verilmesini” öngörmesi karşısında, bu iki hüküm arasında bir çelişkinin ortaya çıkıp çıkmadığı sorusu sorulacaktır.

İlk bakışta HMK m. 333 ve m. 297 f. 1 ç bendinin birbirleriyle uyumlu ve çelişki yaratmayacak biçimde yorumlamasının mümkün olduğu düşünülebilir. Bu düşünceye göre, ilk derece yargılamasında (usule veya esasa ilişkin) nihai karar verilirken, karar aşamasında artan bir avans mevcutsa, bu avansın tarafların muhtemel kanun yoluna başvuru masrafları için de, örneğin istinaf (bugün için temyiz) giderleri için de kullanılması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin hükmünü verildiği aşamada, hüküm kesinleştiğinde artan bir avansın olup olmayacağı ve olacaksa miktarının ne olacağı tam olarak hesaplanamayacaktır, kestirilemeyecektir. O nedenle m. 297 f. 1 ç'ye göre hükümde, tutar belirtilmeksizin harcanmayan avansın iadesine şeklinde hüküm kurulması yeterli olacak, hüküm kesinleştiğinde ise varsa artan miktar belirtilerek HMK m. 333'e göre iadesine karar verilebilecektir. Hükmün verildiğinde kesinleşen bir hüküm olması ihtimalindeyse, gerekçeli kararlar birlikte artan avans varsa iadesi hakkında miktarı da belirtilerek karar tesisi mümkün olacaktır.

Ancak biraz yakından incelendiğinde bu düşüncenin ve bu düşünceden hareketle varılan yukarıdaki sonuçların haklı ve isabetli olmadığı görülmektedir. Zira, ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvuruda, istinaf dilekçesi verilirken, “tebliğ giderleri de dahil olmak üzere, tüm giderlerin” ödeneceği öngörülmüş ve ödenmemesi ile eksik ödenmesinin sonuçları HMK m. 344'de ayrıca düzenlenmiştir<sup>197</sup>. Bunun yanında, HMK m. 358'de, istinafta tahkikatla ilgili giderlerin avans olarak yatırılması ve yatırılmamasının sonuçları yer almaktadır<sup>198</sup>. Bugün HMK Geçici Madde 3 uyarınca uygulanmaya devam eden HUMK'un temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinden m. 434 f. 3'e göre de, temyiz başvurusunda giderlerin ödenmesi ile hiç veya kısmen ödenmemesinin sonuç ve yaptırımları düzenlenmektedir.

Bu durumda, tarafların HMK m. 120 ve HMK m. 324 kapsamında ödemekle yükümlü oldukları avanslar, sadece ilk derece yargılamasında kullanılmak üzere alınmakta olan avanslardır. İlk derece yargılamasında ödenmiş avansın, örneğin tebligat giderinin ve kullanılmayan (veya artan) bilirkişi incelemesi

<sup>197</sup> Bu hüküm, HMK m. 366'nın göndermesiyle, bölge adliye mahkemesinin verdiği kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması halinde de kıyasen uygulanacaktır.

<sup>198</sup> HMK m. 358'in Hükümet Gerekçesi: “1086 sayılı Kanuna 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/S maddesi gerekçesi ile birlikte aynen benimsenmiştir.”. 426/S maddesinin gerekçesi: “... Bölge adliye mahkemesine başvuran tarafa gönderilecek çağrı kağıdında, yapılacak tahkikatla ilgili olarak belirlenen gideri duruşma gününe kadar yatırması istenir. Bu giderler, daha sonra yapılacak tebligatlar da düşünülerek yeteri kadar avans olarak alınmalıdır. Bunun amacı tahkikatın, gerekli olan giderler sebebiyle gecikmesini önlemek ve olabildiğince çabuk sonuçlanmasını sağlamaktır...” bzk. **Budak**, Kanun, s. 392.

avansının, doğrudan istinaf başvurusunda ve yargılmasında kullanılması söz konusu olmayacaktır. Örneğin davacının talebi doğrultusunda hüküm elde ettiği ve istinafa (bugün için temyize) başvurmadığı bir davada, onun (davacının) dava açarken veya dava sırasında yatırmış olduğu avanstın (örneğin artan tebligat giderinden, kullanılmayan keşif giderinden), istinaf yoluna başvuran davalının istinaf giderlerinin karşılanmasına katlanma yükümlülüğü yoktur. Bu örnekte, istinaf kanun yoluna başvuran davalı, HMK m. 344’de ve duruma göre HMK m. 358’de (bugün için HUMK m. 434 f. 3’de) öngörüldüğü üzere giderleri kendisi karşılayacak ve ödenmemesinin sonuçları (kanun yolundan vazgeçmiş sayılma) onun hakkında doğacaktır.

Öyleyse, ilk derece yargılmasında alınmış olan ve ancak bu derecedeki yargılamada kullanılabilecek olan artan avansın iadesi bakımından asıl olan, avansın iadesi hakkında HMK m. 297 f. 1 ç bendinin uygulanması ve nihai kararda, ilk derece yargılmasında artan avansın iadesine karar verilmesidir. Bu durumda, HMK m. 297 f. 1 ç ile HMK m. 333 çatıştığından ve ancak 297. maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinin öncelikle uygulanması gerektiği sonucuna varıldığından, HMK m. 333 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. HMK m. 297 f. 1 ç bendine göre kendisine iadesine karar verilen artan avansı, kendi kanun yoluna başvurusu için gerekli giderlere mahsup etmek –kullanmak- bu durumda kanun yoluna başvuranın –lehine iadeye karar verilenin- ihtiyarındadır. Bu çözüm, hem ilk derece yargılmasında avans alınmasını öngören HMK m. 120 ve 324 ile kanun yollarına başvuruda avans ödenmesini öngören HMK m. 344 ve 358’in işlev ve amacına hem bu hükümlerin belirlenen uygulama alanlarına hem de anayasal mülkiyet hakkı ile ölçülülük ilkesine uygun olan çözümdür.

Yukarıdaki tespitler sonrasında, kanun yolu başvurusunda kullanılması öngörülmeyen ilk derece mahkemesinde alınmış avansın kullanılmayan kısmının, kanun koyucu tarafından neden kararın kesinleşmesine kadar iade edilmeyeceğinin öngörüldüğü, yani bunun temelinde yatan düşünce ve amacın ne olduğu sorgulanmalıdır. Bu noktada akla gelen ilk husus, kanun yolu yargılaması sonrası –örneğin temyizde bozma sonrası- davanın tekrar ilk derece mahkemesinde görülmeye başlanmasıyla ortaya çıkacak muhtemel masraflar için avansın hazır bekletilmesidir. Ancak bu düşünce, makul bir düşünce olmayıp, adeta çıkış noktasında ilk derece mahkemesi kararının hatalı olduğu karinesinin kabul edildiği anlamına da gelmektedir. Bu nedenle kabulü olanaklı değildir. Kabul edilebilir bir dayanak bulunmadığından, HMK m. 297 f. 1 ç bendinin öncelikle uygulanması suretiyle, ilk derecede en geç nihai karar verilirken, hükmün tebliği için gerekli gider düşülerek kullanılmayan avansın iadesine karar verilmelidir.

Bu görüş kabul edilmeyerek HMK m. 333’ün uygulanmasının kabul edilmesi haline ilişkin bazı sorunlara burada yer vermekte de fayda vardır.



333. maddenin düzenlemesi karşısında, hüküm verilirken HMK m. 297 f. 1 (ç)'ye aykırı olarak, hükümde harcanmayan gider avansının iadesi hakkında (miktar belirtmeden de olsa) her hangi bir fıkraya yer verilmese dahi, eğer hüküm kesinleştiğinde artan bir gider avansı mevcutsa, doğrudan doğruya 333. maddeye göre mahkemece iadesi hakkında karar verilmesi mümkün olmalıdır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 6'da posta gideri alınmasına ilişkin düzenleme mevcuttur. İdare mahkemeleri verdikleri hükümlerde, "*posta giderinden artan kısmın istemi halinde davacıya iadesine*" şeklinde hüküm tesis etmektedir. Burada miktar belirtilmemesi isabetlidir. Ancak HMK bakımından, İdare Mahkemelerinin İYUK'u uygulamalarından farklı olarak, hükümde "istem halinde" ifadesi yer almamalıdır. Zira madde, mahkemenin kendiliğinden karar verip avansı iade edeceğini öngörmektedir. "*Gider avansından artan kısmın hüküm kesinleştiğinde davacıya iadesi hakkında (HMK m. 333'e göre) karar verilmesine*" şeklinde hüküm tesisi mümkündür.

Tarifenin "Gider avansının iadesi başlıklı 5. maddesine göre, "(1) Gider avansının kullanılmayan kısmı hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iade edilir. Davacı tarafından hesap numarası bildirilmiş ise iade elektronik ortamda hesaba aktarmak suretiyle yapılır. Hesap numarası bildirilmemiş ise masrafı avanstaki karşılanmak suretiyle PTT merkez ve işyerleri vasıtasıyla adreste ödemesi olarak gönderilir.

(2) Geçici hukuki koruma talebi için alınan gider avansının kullanılmayan kısmı verilen karardan sonra talep üzerine iade edilir."

Görüldüğü gibi, Tarifede m. 5 f. 1'de, 333. maddeden farklı olarak mahkemenin kendiliğinden karar vereceği hususu yer almamıştır. 333. maddenin açık hükmü dolayısıyla, Tarife'nin bu maddesinde yer alması da mahkemece bu hususta kendiliğinden karar verilmesi zorunludur. HMK m. 297 f. 1 ç bendi kapsamında, istek halinde iadesine şeklinde karar verilmesi doğru olmayacaktır.

Tarifenin aynı maddesinin ikinci fıkrasında, geçici hukuki koruma talebi için alınmış avansın kullanılmayan kısmının iadesi bakımından istek halinde iadenin öngörülmüş olması da 333. maddeye aykırıdır. Bu durumda, geçici hukuki koruma talebi için yatırılan avansın kullanılmayan kısmının iadesi hususunda da mahkemece kendiliğinden karar verilmesi zorunludur. Ancak burada, geçici hukuki koruma talebinin ve bu talep konusunda verilecek kararın niteliği gereği kesinleşmesi söz konusu olmayacağından, Tarife m. 5 f. 2'de öngörüldüğü üzere, geçici hukuki himaye talebi hakkında verilen karardan sonra (veya kararlarla birlikte) mahkemenin kendiliğinden iade hususunda karar vermesi uygun olur.

İade, 333. madde hükmüne uygun olarak, kararın kesinleşmesi sonrası, mahkeme dosyadan el çekmiş olmasına rağmen, mahkemenin kendiliğinden

karar vermesi suretiyle olacaktır. İade için bildirilen hesap numarası, tarafın veya davada geçerli şekilde vekalet ilişkisinin devam ettiği dosya içeriğinden anlaşılan vekilinin hesap numarası olabilir. Bu noktada HMK m. 74'ün<sup>199</sup>, yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihten itibaren kurulan vekalet ilişkileri bakımından hükmolunan şeyi teslim alma yetkisini özel yetkiyi gerektiren bir iş olmaktan çıkardığına da dikkat çekmek gerekir. Kaldı ki davaya vekaletin kanuni kapsamı içerisinde (m. 73) yargılama giderlerinin tahsili de yer almaktadır. Kullanılmayan avansın vekil tarafından iade alınması da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

İade için hesap numarası bildirilmemişse, adreste ödemeli olarak gönderileceği belirtilmiştir. Vekil ile temsil söz konusuysa öncelikle vekilin adresine gönderilmesi uygun olur. Artan gider avansı, kararın kesinleşmesi sonrası elden de alınabilir. Tarifenin 5. maddesinin düzenlemesi emredici değildir. Tarafın tebliğat giderinden kurtulma imkanı olması dolayısıyla ve usul ekonomisine uygun olarak elden alınabilmesi de kabul edilmelidir. Önceden bir hesap numarası verilmiş olsa da bunu kabul etmek gerekir.

Davaya bakmış olan mahkeme, kararın kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden gider avansının iadesi hususunda da karar verecektir. Mahkemenin, en geç kesinleşme şerhi verirken bu hususta gerekli kararı vermesi yerinde olur. Ancak kesinleşme şerhi verilmesi sonrasında da karar verilmesi mümkündür. Mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gerekmesine rağmen bunu yapmaması halinde, tarafların karar vermesi için mahkemeden her zaman talepte bulunmaları mümkündür. Burada bir azami sürenin kabulüne de ihtiyaç vardır. Aksine bir düzenleme bulunmadıkça, genel zamanaşımı süresinin uygulanması düşünülebilir.

Yargılamanın devam ettiği süreçte olduğu gibi, kararın kesinleşmesinden sonraki dönem için de artan avans tutarının nemalandırılması söz konusu değildir. Bu nedenle artan tutarın aynı miktarda iadesi söz konusu olacaktır.

HMK m. 333 hükmü dikkate alındığında, avansın iadesi hakkındaki kararı kesin hükümle neticelenen davaya bakmış mahkeme vereceğinden, artan avansın iadesi talebinin bir başka mahkeme önünde ayrı bir davaya konu edilmesi de olanaklı değildir. Mahkemenin davadan el çektikten sonra vereceği artan avansın iadesi hakkındaki kararın, artık bir ara karar değil –dava konusu talep hakkında kesinleşmiş nihai karardan bağımsız- bir nihai karar olduğu kabul edilmelidir.

Kullanılmayan avansın iadesi hakkındaki mahkeme kararının isabetli olmadığını, iadesi kararlaştırılan miktarın mahkemece yanlış hesaplanmış olduğunu iddia eden -eksik iade halinde- *tarafın* veya -fazla iade halinde- *hazinenin*, bu iade kararına karşı bir başvuru yoluna sahip olup olmadığı sorusu sorulacaktır.

---

<sup>199</sup> Karş. HMK m. 73 f. 1.

Kanunda bu konuda bir düzenleme yoktur<sup>200</sup>. Aynı veya bir üst mahkemeye bir itiraz yolu da düzenlenmemiştir. Birçok durumda istinafa başvuru sınırının – bugün için temyiz sınırı- da altında bir tutar uyuşmazlık konusu olacaktır. Asıl davanın tutar veya değerine bakılarak kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı da belirlenemez. Asıl karar kesinleştiğinden, birlikte kanun yoluna başvurulması da söz konusu olmaz. Bu noktada, “hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir.” hükmünü ihtiva eden HMK m. 304’in kıyasen uygulanması bir ölçüde çare olabilir.

### III- Mahkemenin Yargılamayı Yürütme Yetkisi Kapsamında Değişen Usuli Durumlara Göre Avans Hakkındaki Ara Kararın Değiştirilebilirliği:

İsviçre hukukunda, kullanılmayan avansın iadesini zaman bakımından açıkça belirleyen HMK m. 333 benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargılama masraflarının tasfiyesine ilişkin İsv.MUK m.111 çerçevesinde, nihai kararda tespit edilen (ve davanın sonucuna göre taraflara yükletilen) mahkeme masraflarını aşan bir avansın ödenmiş olması durumunda, bunun iadesinin gerçekleşeceği ifade edilmekte<sup>201</sup>, böylece en geç ilk derece mahkemesinin nihai kararıyla birlikte –kesinleşmeyi beklemeden- artan avansın iade edileceği anlaşılmaktadır.

Ayrıca İsviçre’de, mahkemenin yargılamanın yürütülmesine ilişkin bir tasarrufu (kararı) niteliğinde olan avans ödenmesi hakkındaki kararların, değişen usuli duruma göre mahkemece değiştirilebilecek kararlar olduğu kabul edilmektedir. Hatta İsviçre hukukunda, mahkemenin avans ödenmesine ilişkin kararlarının şikayet kanun yoluna tabi olmasına (bkz. İsv.MUK m. 103) rağmen, bu durumun avans hakkında verilen kararların verildiğinde kesinleşeceği ve böylece mahkemece değiştirilemeyeceği anlamına gelmediği de vurgulanmaktadır<sup>202</sup>.

Mahkemenin, taraflara yönelik giderler için avans ödenmesine ilişkin kararları, mahkemenin yargılamayı şekli anlamda sevkine yönelik ara kararlarıdır. HMK m. 333 düzenlemesinin doğuracağı sakıncaları uygulamada gidermek için, kullanılmayan avansın iadesi hakkında hakimin yargılamayı şeklen yürütmesine ilişkin HMK m. 32 hükmü öne çıkarılmalıdır. Ayrıca bunun yanında, HMK m. 333’ün gerekçesi dikkate alınarak yorumlanması halinde, en azından deliller için alınan avans bakımından uygulama alanı bulmadığı kabul edilerek uygulanması yoluna gidilmeli ve böylece en azından delil ikamesi için alınmış ve kullanılmayacağı anlaşılan avansın –gerek davacıdan gerekse davalıdan ve ister m. 120’ye

<sup>200</sup> İsviçre’de MUK m. 103’e göre, mahkemenin her türlü avans ödemesi hakkındaki yargılamanın yürütülmesine ilişkin kararları (tasarrufları), şikayet kanun yoluna tabi olup bu yolda iptal edilebilecektir, bkz. **Suter/von Holzen**, Art. 103 Rn. 4, 5; **Zürcher**, Art. 60 Rn. 26.

<sup>201</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 98 Rn. 1.

<sup>202</sup> **Suter/von Holzen**, Art. 103 Rn. 7.

göre isterse m. 324'e göre alınmış olsun- iadesi hakkında nihai kararlar birlikte veya duruma göre nihai karar öncesinde de ara kararı verilebilmelidir. Yorum yoluyla varılan bu sonuç, ilkeler içerisinde bulunan yargılamanın hakim tarafından yürütülmesine ilişkin hükümden kaynaklanır. İlkelerin kanunda düzenlenmiş olması böylece bir yönüyle hayat bulmuş olacaktır.

#### **IV- “Hükümün Kesinleşmesinden Sonra İade”nin Öngörülmesinin Mahkemenin Yargılamayı Yürütme Yetkisi ile Anayasal Mülkiyet Hakkı ve Ölçülülük İlkesi Açısından İrdelenmesi:**

İlk derece yargılamasında alınmış ve hüküm verildiği an itibarıyla kullanılmamış olan avansın iadesi bakımından, mutlak olarak davanın kesinleşmesinden sonra iadeyi öngören bir düzenleme getirilmiş olmasının anayasa hukuku açısından isabetli olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Daha ölçülü bir düzenleme olarak, hiç veya uzun bir süre kullanılmayacağı anlaşılan ya da özellikle dava açılırken gereksiz veya fazla alındığı anlaşılan (örneğin dilekçelerin teatisi veya ön inceleme sonrası bazı hususlarda delil ikamesine gerek kalmaması sonucu, dava açılırken yanlış hesaplaması sonucu) avansın iadesi hususunda, ilk derecede yargılama devam ederken hakimince vereceği ara kararlar veya en azından hakimince nihai kararında kullanılmayan avansın iade edilebileceğini öngören bir düzenleme getirilmesi, yani karar kesinleşmeden iade yolunun açık tutulması ölçülü bir düzenleme olurdu. Böyle bir düzenleme, yargılamada avans alınmasının mahkemenin yargılamanın yürütülmesine ilişkin tasarrufu olma niteliğiyle de uyumlu olur ve aynı zamanda bireyin mülkiyet hakkına daha ölçülü bir müdahale olarak değerlendirilebilirdi. Değişen usuli durum ve şartlara göre avansın muhafazası veya iadesi hususunda bir karar verilebilmesi yetkisi saklı tutulmalıydı. Daha da isabetlisi, açık bir yasal düzenleme getirmeksizin, iadenin zamanı konusunda HMK'da bir düzenleme yapılmasından kaçınılmalı ve bu alan mahkemenin yargılamayı yürütme yetkisi alanına bırakılmalıydı. Hüküm içeriği bakımından ise HMK m. 297 f. 1 (ç) bendi yeterli bir düzenleme teşkil etmektedir. Nitekim HUMK döneminde de deliller için alınmış avansın iadesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kullanılmayacağı anlaşılan avansın karar kesinleşmeden ve ilk derecede yargılama devam ederken iadesine de bir engel yoktu.

Kullanılmayan avansın karar kesinleştikten sonra iade edilecek olmasının başlı başına mülkiyet hakkının ihlali teşkil edecek derecede ölçülülük ilkesine aykırı görülemeyeceği düşünülse dahi, daha başlangıçta dava açılırken özellikle deliller için ölçüsüz olarak erken bir zamanda avans alındığında (HMK m. 120, Tarife m. 4), süreç uzamakta, avansın erken alınması ve artanın gerekmediği halde geç iadesi nedeniyle makas açılmakta ve bu iki husus birleştiğinde HMK m. 333'deki düzenleme de daha kuvvetli biçimde ölçüsüz hale gelmektedir.

Tarifenin 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki “Gider avansının kullanılmayan kısmı hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iade edilir.” şeklindeki düzenlemenin, HMK m. 333’e uygun olduğunu, yasal düzenlemeyi aynen tekrarladığını, bu nedenle en azından normlar hiyerarşisinde bir yasaya uygunluğun söz konusu olduğunu belirtmek gerekir<sup>203</sup>. Tarifenin bu ilgili maddesinin bir idari dava yoluyla iptal edilebileceğini söylemek güç olduğu gibi, iptal edilse dahi doğrudan Kanun hükmünün uygulama alanı bulacağını söylemek de mümkündür. Bu noktada tartışılabilir olan, bizzat HMK m. 333 c. 1 hükmünün anayasaya ve özellikle mülkiyet temel hakkına aykırı olup olmadığıdır. Bu tartışmada, hak arama hürriyetinden ziyade, mülkiyet hakkının ölçülülük ilkesine ve özellikle bunun alt ilkesi olan gereklilik ilkesine aykırı olarak sınırlandırmakta olup olmadığı tartışmanın odağında yer bulacaktır<sup>204</sup>.

Gerek yargılama hukukunda hakimin yargılamayı yürütme yetkisi çerçevesinde değişen usuli şartlara göre avans hakkındaki kararında değişiklik yapabilme yetkisinin korunması açısından, gerekse anayasal mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, HMK m. 333 hükmünün anayasaya uygunluğu şüpheli bir düzenleme olduğu söylenebilir.

#### V- Kullanılmayan Avans Tutarının Mahsup ve Hacze Konu Olması:

Kullanılmayan avans tutarını ‘iade borçlusu’, avansı tahsil eden Devlettir. Kullanılmayan avans tutarını iade alacak kimseden, avansın yatırıldığı dava dolayısıyla Devletin bir ‘bakiye harç’ alacağını bulunması durumunda, bu harç alacağını iadesi gereken avanstan mahsup edilmesi mümkün olabilir.

HMK m. 333 hükmü dikkate alınacak olursa, davacı artan avansın iadesi talebini ancak kararın kesinleşmesinden sonra<sup>205</sup> ileri sürebileceğinden, dava sıra-

<sup>203</sup> Ayrıca bkz. ve karşı. HMK Yönetmeliği’nin “Yargılama giderlerinin iadesi” başlıklı 47. maddesi. Maddenin birinci fıkrası, tahsil edilen paranın kullanılmayan kısmının hükmün kesinleşmesinden sonra yazı işleri müdürü tarafından ilgisine iade edileceğini öngörmüş, HMK m. 333’den farklı olarak mahkemenin iade hakkında vereceği karardan bahsedilmemiştir.

<sup>204</sup> Para, taşınır ve taşınmazlar kapsamında; *alacak hakkı* da gayri maddi nesnelere kapsamında mülkiyet hakkına dahildir, **Gemalmaz**, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 242, 243, 390 vd.; Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında, ölçülülük ilkesi bağlamında, kullanılan sınırlama araçlarının seçilmesinde devletin kuvvetli takdir marjı olduğu ifade edilmektedir, **Gemalmaz**, s. 522 vd.; Mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitindeki ölçütlerden birisi de müdahale ile uğranılan zararın miktarıdır. Ancak bu göstergenin sağlam bir gösterge olmadığı, malvarlığındaki ne ölçüde eksilmenin mülkiyet hakkı ihlaline yol açacağını kestirmenin mümkün olmadığı, bu göstergenin genellikle diğer göstergelerle etkileşim içinde olduğu, yine de sonuç olarak İHAM içtihatları incelendiğinde söz konusu kaybın “kayda değer” olması gerektiğinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Ayrıca, bu kapsamda mağdurun ekonomik durumunun dikkate alınıp alınmayacağı da önemli bir mesele olarak tartışılmaktadır, ayrıntılı olarak ve diğer sınırlama ölçütleri, özellikle sınırlama süresi hakkında bkz. **Gemalmaz**, s. 590 vd. s. 599.

<sup>205</sup> HMK m. 297 f. 1 (ç) bendi dikkate alındığında ise nihai kararlarla birlikte.

sında ödeme yükümlülüğü doğan harçların<sup>206</sup>, gider avansından karşılanmasını - kullanılmayacağı anlaşılan avans mevcut olsa bile- talep edemeyecektir. Ayrıca, gider avansının ve delil ikamesi için avansın kapsamında yargılama giderleri yer bulsa da yargılama harçlarının karşılanması yer almamaktadır. Ancak mahkemenin avans hakkındaki (ödeme ve iade) hususundaki kararlarının mahkemenin yargılamanın yürütülmesine ilişkin tasarrufu olduğu kabul edilecek olursa (bkz. HMK m. 32), yargılama devam ederken mahkemenin vereceği bir kararla, kullanılmayacağı anlaşılan avansın iadesiyle bu tutarı davacının harç tutarı için kullanmasının yolunun açılması söz konusu olabilecektir. Her halükarda, kararın kesinleşmesi sonrasında<sup>207</sup>, karara göre devlete karşı bakiye harç borçlusu olan taraf, devletten avans iadesi alacağı varsa, bunun harç borcuna mahsubunu talep edebilmelidir.

Kararın kesinleşmesinden sonra veya henüz kararın kesinleşmediği aşamada, mahkeme veznesindeki –kullanılmaması sebebiyle iadesi söz konusu olabilecek- avansın, davanın karşı tarafınca veya avansı ödeyen tarafın alacaklılarıncaya haczi girişiminde de bulunulabilecektir. Bu ihtimalde çoğu durumda bir müstakbel alacak haczinden bahsedilecektir. Belirli bir usuli ilişkiden ortaya çıkabilecek müstakbel alacak hakkı söz konusu olduğundan, karar kesinleştiğinde icra dairesine gönderilmek üzere kullanılmayacak avansın haczi mümkündür. Haciz konusu tutar, karar kesinleştikten sonra (bkz. HMK m. 333)<sup>208</sup> haczi uygulayan icra dairesine gönderilecektir. Davanın karşı tarafının, kullanılmayan avans tutarı üzerinde bir öncelik (rüçhan) hakkı yoktur. Avans yargılama giderlerini karşılamak için yatırılmış olsa da, bu hususta özel bir düzenleme bulunmadıkça, karşı tarafın lehine hükmedilen vekalet ücreti ve diğer yargılama giderleri bakımından artan avans tutarı üzerinde bir öncelik hakkı bulunduğu söylenemez.

#### **L- Tahkim Yargılamasında Yargılama Giderleri İçin Avans Ödenmesi:**

HMK'da tahkim hükümlerine, m. 407 – m. 444 arasında yer verilmiştir. Tahkim hükümleri düzenlenirken çok büyük ölçüde, Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. Az sayıdaki hükümde, bu Kanunun düzenlemelerinden sapma söz konusudur. Bu hükümlerden birisi de avansın yatırılması ve giderlerin ödenmesi hakkındaki 442. maddedir. HMK m. 441, yargılama giderlerinin neleri kapsadığını saymış, hemen akabinde m. 442'de avans yatırılması ve giderlerin ödenmesi düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, "Hakem veya hakem kurulu, *tafların her birinden* yargılama giderleri için gereken hallerde avans yatırılmasını *isteyebilir*. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu avans ta-

<sup>206</sup> Örneğin, Harçlar Kanunu m. 30'a göre yargılama devam ederken tamamlanması istenen veya talep sonucunun usulüne uygun olarak artırılması sebebiyle ödenmesi gereken.

<sup>207</sup> HMK m. 297 f. 1 (ç) bendi dikkate alındığında ise nihai kararla birlikte.

<sup>208</sup> HMK m. 297 f. 1 (ç) bendi dikkate alındığında ise nihai karar sonrası.

raflarca eşit miktarda ödenir.”<sup>209</sup>. Görüldüğü üzere, devlet yargılamasında uygulama alanı bulacak HMK m. 120'den farklı olarak, tahkim yargılamasında yargısal sürecin başlatılabilmesi (davanın açılması, bkz. HMK m. 426) için bir avans ödenmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Avans yatırılması, yargılama başladıktan sonrası için ve hakem veya hakem heyetinin takdirine bırakılmak suretiyle düzenlenmiştir. Avansın miktarı bakımından da bir Tarife söz konusu olmayacak, miktarı hakem veya hakem heyeti m. 441'de kapsamı belirtilen yargılama masrafları çerçevesinde belirleyecektir<sup>210</sup>. Yine HMK m. 120'den farklı olarak, avans yatırma yükümlülüğü sadece davacı için değil, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, her iki taraf için ve eşit miktarda olmak üzere öngörülmüştür.<sup>211</sup>

İsviçre MUK'da m. 378'de hakem yargılamasında yargılama masrafları için avans ödenmesi düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, hakem mahkemesinin muhtemel yargılama giderleri için avans talep edebileceği ve yargılamanın devamını, yürütülmesini (Durchführung) avansın ödenmesine bağlayabileceği kabul edilmiştir. Taraflar farklı şekilde kararlaştırmamışlarsa, hakem mahkemesi taraflardan her birinin ödeyeceği avansın miktarını belirleyecektir. Yani İsviçre'de de, HMK m. 442 f. 1'de öngörüldüğü gibi, devlet yargısında uygulama alanı bulan İsv.MUK m. 98'den farklı olarak, hakem yargılamasında hem davacıdan hem de davalıdan avans talep edilebilecektir<sup>212</sup>. Ancak HMK m. 442 f. 1'den farklı olarak, avansın taraflardan eşit miktarda alınması kuralı yoktur.

HMK'nın 442. maddesinin ikinci fıkrasında, gider avansının süresinde ödenmemesinin sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre, hakem veya hakem kurulunun belirleyerek ödenmesini istediği avans, kararda öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur; aksi halde tahkim yargılaması sona erer.

Avansın ödenmemesi sebebiyle durdurulmasına karar verilen yargılamanın devamı için, ödenmeyen avansı ödeme yükümlüsü olmayan (örneğin kendisinden istenen avansı ödemiş olan davalı) tarafın da karşı tarafın ödemediği bu

<sup>209</sup> Karş. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 16, C “Hakem veya hakem kurulu, **davacı** taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir...”.

<sup>210</sup> Kurumsal tahkim söz konusu olduğunda yargılama masraflarına ilişkin Tarifeler gündeme gelebilir, İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Gasser/Rickli**, Art. 378 Rn. 1.

<sup>211</sup> 442. maddenin birinci fıkrası TBMM Adalet Komisyonunda değiştirilmeden önce Tasarıda, HMK m. 120'de olduğu gibi sadece *davacıdan* yargılama giderleri için avans yatırmasının istenebileceği kabul edilmişti. Komisyon, “yargılama giderlerini karşılayacak olan avansın davacı tarafından ödenmesi yerine, aksi kararlaştırılmadığı takdirde taraflardan eşit olarak tahsil edilmesi amacıyla” birinci fıkrayı değiştirmiştir, bkz. Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi. Değişiklik öncesi Tasarıdaki hüküm “Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir.” şeklindeydi, bkz. **Budak**, Kanun, s. 505, 506.

<sup>212</sup> **Gasser/Rickli**, Art. 378 Rn. 1.

avansı ödeyerek yargılamanın devamını sağlayabileceği kabul edilmelidir. Böylece, özellikle davalının kendisine karşı başlatılmış tahkim yargılamasının geri alınmasını ve sona erdirilerek tahkim sözleşmesinin geçersiz kılınmasını engellemesi mümkün olabilecektir.

İsviçre hukukunda tahkim yargılamasında avansın ödenmemesinin sonuçları daha farklı düzenlenmiştir. İsv.MUK m. 378 fıkra 2'ye göre, taraflardan biri kendisinden talep edilen avansı ödemezse, diğer taraf tüm masrafı avans olarak ödeyebilir veya hakem yargılamasından vazgeçebilir (Verzicht). Eğer hakem yargılamasından vazgeçmişse, aynı uyuşmazlık konusu için yeni bir hakem yargılamasını başlatabilir veya devlet mahkemelerinde dava açabilir. Bu düzenlemeyle, bir tarafın avansı ödemeyerek tahkim sözleşmesinin düşmesini sağlamanın engellenmesi hedeflenmiştir<sup>213</sup>.

HMK m. 442 f. 3 artan avansın iadesi hakkındadır. Buna göre, hakem veya hakem kurulu kararını verdikten sonra taraflara, yatırılmış olan avansların harcamaya yerlerini ve miktarlarını gösterir bir belge verir ve varsa kalan avansı ödeyene iade eder. Yani HMK m. 333'den farklı olarak, kullanılmayan avansın iadesi için hakem kararının kesinleşmesine ihtiyaç yoktur.

Gerek avansın ödenmesi gerek avansın ödenmemesinin sonuçları gerekse iadesi bakımından değerlendirildiğinde, devlet yargısında uygulama alanı bulan HMK m. 120'ye ve m. 333'e nazaran çok daha ölçülü ve hak arama hürriyetine haklı görülemeyecek bir sınırlama getirmeyen düzenlemelerin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Devlet yargısındaki gider avansı hükümlerine ilişkin olası bir kanun değişikliğinde, tahkime ilişkin bu düzenlemeden ilham alınması da mümkündür. Tahkim yargılamasının bu esnek ve ölçülü düzenlemeleri, salt tahkim yargılamasının niteliğiyle açıklanamaz. Bu ölçülülük, hepsinden önce, hak arama özgürlüğünün ve etkili hukuki korunma talebinin bir gereğidir.

### **M- Sonuç ve Yasal Değişiklik Önerisi:**

Kanun'un genel gerekçesinde yazılı yargılama usulüne ilişkin en önemli yenilik olarak gösterilen davanın açılmasında gider avansı ödenmesi uygulaması, HMK m. 120'nin metnindeki avansın kapsamına ilişkin çerçeve eksikliği ve hükmün gerekçesindeki maksadı aştığı anlaşılan ifadeleri takip eden İdarenin çıkarmış olduğu Gider Avansı Tarifesi dolayısıyla, HMK'nin getirdiği en önemli sorunlardan birisi haline dönüşmüştür.

Bu sorunun giderilmesi bağlamında, yasama faaliyetleri kapsamında, gider avansı alınmasına ilişkin HMK m. 120'nin değiştirilmesi için yasa teklifleri

---

<sup>213</sup> Gasser/Rickli, Art. 378 Rn. 2.



verildiği görülmektedir<sup>214</sup>, <sup>215</sup>. Yine Danıştay'da Tarife'nin bazı maddelerinin iptali için çok sayıda dava açılmış olduğu da bilinmektedir.

Yapılacak bir Kanun değişikliğiyle HMK m. 120'nin değiştirilmesi kanımızca isabetli olacaktır. İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleri ile davanın takipsiz bırakılması hakkındaki HMK hükümlerinden de ilham alan bir değişiklik önerisinde bulunmamız mümkündür:

**Değişiklik Önerisi - HMK m. 120** – “*Davacı, yargılama harçlarıyla birlikte posta gideri avansını da dava açarken mahkeme veznesine ödemek zorundadır. Aynı yükümlülük çekişmesiz yargı işlerinde ve geçici hukuki korumalarda talepte bulunan için de geçerlidir. Posta gideri avansının tutarı, her yıl Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak Posta Gideri Avansı Tarifesinde, başvuru hukuki korunmanın türü ve özelliklerine göre belirlenir.*

*Posta gideri avansının ödenmemiş olması veya ödenmiş avansın yetersiz kalacağı yargılama sırasında anlaşılması halinde mahkeme, 324. maddede göre delillerin ikamesi için gerekli posta giderleri hariç olmak üzere belirleyeceği tutardaki posta gideri avansının vereceği süre içinde davacı veya talepte bulunan tarafından ödenmesine karar verir. Kararın tebliği için posta giderinin mevcut olmaması halinde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine karara verilir.*

*Verilen süre içinde istenen avansın ödenmemesi halinde, dosya işlemde kalker. İşlemden kalktığı tarihten itibaren üç ay içinde daha önce karar verilmiş posta avansı ödenerek yeniden işleme konulması istenmeyen dava açılmaması sayılır. 150. maddenin altıncı fıkrası kıyasen uygulanır.*

*Re'sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler hakkındaki HMK m. 325 hükmü<sup>216</sup> ve diğer kanunlardaki hükümler saklıdır.*”.

<sup>214</sup> 19.01.2012 tarihinde Denizli Milletvekili İlhan Cihaner ve İstanbul Milletvekili Dr. Celal Dinçer tarafından TBMM Başkanlığına sunulmuş bulunan “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nde, 120. maddenin şu şekilde değiştirilmesi teklif edilmiştir: “*Harç ve diğer giderlerin ödenmesi MADDE 120- (1) Davacı, yargılama harçları ile gerekli tebligat giderlerini dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.*

*(2) Mahkeme; keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi diğer giderlerin ödenmesini dava sırasında davacı tarafa bildirir. Bu ödemelerin tutarları her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak giderler tarifesinde belirlenir. Bu ödemelerin yeterli olmadığı sonradan anlaşılması halinde, mahkemece, eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir.*”. Teklif metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0317.pdf>

<sup>215</sup> 23.01.2012 tarihinde Bursa Milletvekili Turhan Tayan tarafından TBMM Başkanlığına sunulmuş bulunan “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Teklifi”nde, HMK'nın 114. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinin yürürlükten kaldırılması ve 120. maddenin “*Harç Ödenmesi Madde 120- Davacı yargılama harçlarını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.*” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir. Teklif metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0359.pdf>

Bu çerçevede, gider avansı ödenmesini dava şartı olarak kabul eden HMK m. 114 f. 1 (g) bendi yürürlükten kaldırılmalıdır. Ayrıca, avansın iadesi hakkındaki HMK m. 333 hükmünün de yürürlükten kaldırılması isabetli olur. Avansın iadesi bakımından, HMK m. 297 f. 1 ç bendindeki düzenlemenin varlığı ile hakimın yargılamayı şeklen yürütme yetkisinin (bkz. HMK m. 32) tanınması yeterlidir.

Yasal değişiklik yapılmadığı takdirde, Adalet Bakanlığı tarafından Gider Avansı Tarifesi'nin en kısa sürede değiştirilmesi ve Tarifeye sadece dava açılırken, çekişmesiz yargı prosedürü başlatılırken ve geçici hukuki himaye tedbiri talep edilirken ödenmesi gereken başlangıç tebligat giderlerinin, bu prosedürlerin özelliklerine göre belirlenmesi yerinde olacaktır.

#### KAYNAKLAR:

**Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.

**Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım**, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006. (Kısaltma: Değerlendirme ve Öneriler).

**Alangoya, Yavuz**, İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 110 vd.

**Aldemir**, Hüsni, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2009.

**Atalı, Murat**, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 50 vd.

**Atay, E. Erden**, İdare Hukuku, Ankara 2006.

Botschaft zur Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28 Juni 2006. (Kısaltma Botschaft ZPO).

**Budak, Ali Cem**, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011. (Kısaltma: Kanun).

**Budak, Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

**Budak, Ali Cem**, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 128 vd. (Kısaltma: Çekişmesiz Yargı).

**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002.

---

<sup>216</sup> HMK m. 325, başlığı itibariyle re'sen yapılacak işlemler için posta giderinin ödenmesini de içermekteyse de, içeriği itibariyle sadece delillerin ikamesi kapsamındaki posta giderleri buraya dahil edilebilecektir. Bu nedenle içerik başlık ile uyumlu hale getirilmelidir.

- Elgün**, Emel Şeyda, Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları, Ankara 2011.
- Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010.
- Gemalmaz**, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.
- Gören**, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000.
- Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2006.
- Günday**, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011.
- Helvacı**, İlhan, Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.
- Kanadoğlu**, Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2001.
- Karşlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012.
- Kofmel**, Sabine, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler, İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları 4, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 166 vd.
- Metin**, Yüksel, Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002.
- Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Pekcanitez**, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011.
- Pınar**, Burak, Yargı ve İcra Harçları, Ankara 2009.
- Rechberger**, Walther, H./**Simotta**, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien 2003.
- Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Schilken**, Eberhard, Zivilprozessrecht, München 2010.
- Stahelin**, Adrian/**Stahelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008.

**Suter**, Benedikt A./**von Holzen**, Cristina, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, Zürich/Basel/Genf 2010.

**Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.

**Thomas/Putzo**, Zivilprozessordnung, München 2005.

**Tutumlu**, M. Akif, Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre, Ankara 2008.

**Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997.

**Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanuni Şerhi, Ankara 2011.

**Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

**Yıldırım**, M. Kamil, Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül – 1 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 18 vd.

**Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Karan**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Okay Tekinsoy**, Özge, İdare Hukuku, İstanbul 2011.

**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996.

**Yılmaz**, Orhan, Hukuk Muhakemesinde Yeni Bir Usul Müessesesi: Gider Avansı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/6 (Kasım – Aralık), s. 82 vd.

**Yılmaz**, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanunua Göre, Dava Açılırken Yargılama Harçları ile Her Türlü Yargılama Giderlerinin Yatırılması Zorunluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 63, Kasım 2011, s. 28 vd.

**Zürcher**, Alexander, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Herausgeber: Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, Zürich/Basel/Genf 2010.