

## YARGITAY KARARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinden:T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A  
Y A R G I T A Y İ L A M I**ESAS NO** : 2019/6552  
**KARAR NO** : 2019/17198**MAHKEMESİ** : BAKIRKÖY 15. İŞ MAHKEMESİ  
**TARİHİ** : 25/04/2012  
**NUMARASI** : 2011/783-2012/197**DAVACI** : ARIF GÖNALP SÖĞÜT ADINA AVUKAT NECİP AKBAŞ  
**DAVALI** : ÖZEL MAYA SAĞLIK HİZMETLERİ VE TİC. A.Ş. ADINA  
AVUKAT HÜSEYİN ATAOL

Davacı Arif Gönalp Sögüt ile davalı Özel Maya Sağlık Hizmetleri ve Tic. A.Ş. arasındaki davada Bakırköy 15. İş Mahkemesi'nce kesin olarak verilen 25.04.2012 tarihli ve 2011/783E., 2012/197 K. sayılı kararın hukuka aykırı olduğu iddiası ile kanun yararına bozulması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21.08.2019 tarihli ve 2019/83943 sayılı yazısı ile istenilmekle, dosyadaki tüm belgeler okunup dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

## YARGITAY KARARI

## A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin 01.10.2005 tarihinden 30.11.2010 tarihine kadar davalıya ait özel İstanbul Şafak Hastanesi'nde tam gün ve sadece davalıya çalışmak üzere hizmet sözleşmesi ile genel cerrah olarak çalıştığını, müvekkiline ücret olarak belirli bir miktarın altında olmamak üzere muayene veya ameliyat ettiği hastalardan elde edilen gelirin % 20 sinin ödediğini, bu oranlamaya göre hakedişine fiiks ücret dendiğini, bunun altına düşse bile kendisine bu fiiks ücret mutlaka ödeneceğini, oranlamaya göre fiiks ücretin üzerinden hak edışı olursa bunun tamamının ödeneceğini, ilk işe başladığında fiiks ücretinin 4.000 TL, daha sonra 6.000 TL, daha sonra 8.000 TL, en son 2009 yılı başından 2010 Ocak ayına kadar 10.000 TL net olarak ödediğini, hastalardan elde edilen gelirin %20 si 10.000 TL.'nin altına düşmesi halinde bile mutlaka en az 10.000 TL ödendiğini, bu pay 10.000 TL.'nin üzerinde olması halinde ise yine o rakamın ödeneceğini, ancak bu ücret ödemelerinin tüm özel hastanelerde olduğu gibi farklı muhasebeleştirildiğini, çalışan tüm doktorların serbest meslek makbuzu kesebilecek şekilde vergi mükellefi olduğunu, böyle bir sistemin uygulanma amacının ödenen ücretin tamamının bordrolarda gösterilmesi halinde işverenin vergi ve sgk prim maliyetlerini yükselteceğinden bu maliyetleri düşürmeye yönelik olduğu kanaatinde olduklarını, 2010 Ocak ayı ücreti dahil müvekkiline gerek bordroda gösterilmek gerekse şirketi adına fatura düzenlemek suretiyle en az 10.000 TL fiiks ücret ödenirken ve işe başladığından 2010 Ocak ayına kadar bu şekilde ödenmesinden dolayı taraflar arasında zımni bir fiiks ücret ödeme anlaşması oluşmuşken davalı işveren 2010 Şubat ayından başlamak üzere müvekkilinin muvafakatının alınmaksızın ve herhangi bir yazılı sözleşme yapılmaksızın tek taraflı olarak fiiks ücret ödenmesinden vazgeçip hastalardan elde edilen gelirin %20 sine tekkabül eden miktarı her ay hesaplayıp her ay değişen miktarlarda ödeme yapmaya başladığını, ancak bu ödeme 2010 Ocak ayına kadar yapılan 110.000 TL lik fiiks

ücretin altına düştüğünü, işverenin tek taraflı iradesi ile böyle bir değişikliğe gitmesi çalışanın rızasını almaksızın çalışma koşullarında yapılmış esas bir değişiklik olup müvekkilini ekonomik anlamda sıkıntıya soktuğunu ve bunun üzerine müvekkilinin iş akdini feshettiği 30.11.2010 tarihi itibarıyla kendisine ödenmemiş 4 aylık ve 53 günlük izin ücretinin olduğunu ve müvekkilinin iş akdini haklı olarak feshettiği için bugüne kadar davalı tarafından müvekkile hak etmiş olduğu işçilik hakları ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, aylık ücretleri, izin ücreti ve fark ücretlerinin tahsilini talep etmiştir.

#### B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Şirket vekili; davacının fiks maaşı 2.000 TL olduğunun ve tüm maaşları eksiksiz olarak ödediğini, davacı ile müvekkilinin 18/11/2009 tarihinde tam gün hizmet sözleşmesi başlıklı iş akdini imza ettiklerini,, sözleşmede davacının sabit maaşının 2.000 TL olacağını, primlerinin ise ek sözleşmede belirlenerek fatura karşılığında ödeneceğinin belirtildiğini, davalı ahde vefa ilkesi uyarınca imza ettiği sözleşmeye sadık kalarak davacıya sözleşmede belirlenen sabit maaşının tamamının ödendiğini, davacının maaş bordrolarının incelendiğinde 2010 yılına aiti tüm maaşlarının ödendiğini, hiç bir eksik maaşın kalmadığını, maaşının yattığı Güneşli Finansbank'taki hesaplarının incelendiğinde bu durumun anlaşılacağını, sabit maaşının 10.000 TL olmasına rağmen 2.000 TL lik bir sözleşmeye imza atması hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, iş sözleşmesi rutin muayene ve tetkikleri kapsamakta olduğunu, çalışma saatlerinde bu nedenle iş kanununda yazılan saatleri aşmamakta ve iş akdi kapsamında fazla mesai yapmasına gerek duyulmadığını, davacının uzmanlık alanının genel cerrahi olması nedeni ile kendisine hastanedeki rutin görevleri dışında da ihtiyaç duyulmakta olduğunu, bu nedenle hastaneye gelen ve operasyona ihtiyacı olan hastalar için gerçekleştirdiği operasyonlardan kendisine her operasyon başına belli oranda bir pay verildiğini, davacının tatil ücretlerinin ödendiğinin, davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

#### C)Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, davacı vekiline bilirkişi ücretini yatırması için 02.12.2011 tarihli celsede 2 haftalık kesin süre verilip kesin süre içerisinde masraf yatırılmadığı takdirde bu delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağı hususu ihtar edildiği, ancak davacı vekilinin verilen kesin süre içerisinde bilirkişi incelemesi için gerekli masrafı yatırmadığı, süresi geçtikten sonra 27.12.2011 tarihinde bu masrafı yatırdığının anlaşıldığı, konuya ilişkin Yargıtay içtihatları gözönüne alındığında, taraflardan herhangi biri bir delile dayanıyor ise onun masrafını karşılaması zorunlu olup , davacının dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayandığından buna ilişkin yargılama giderlerini yatırmakla zorunlu olduğu, tarafların bilirkişi deliline dayanması halinde mahkemenin resen bilirkişi incelemesi yaptıramayacağı, resen bir yargılama giderinin karşılanabilmesi için ancak tarafların dayandıkları delil dışında mahkemece resen toplanması gereken bir delille başvurulması halinde, suç üstü ödeneğinden o masrafın karşılanabileceği, somut olayda bilirkişi incelemesi deliline dayanan davacının yargılamanın diğer aşamalarında da yine bu talebini tekrarlamakla bu delile ilişkin yargılama giderlerini karşılaması gerekirken verilen kesin süre içerisinde bu delil masrafının karşılanmaması nedeniyle bu delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılması gerekeceğinin sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

#### D) Kanun Yararına Bozma Başvurusu:

T.C. Adalet Bakanlığı'nın 02.08.2019 tarihli ve 1159/19357 sayılı yazısı ile, somut uyuşmazlıkta davacının dayandığı bilirkişi delili nedeniyle istenilecek giderin delil avansı kabul edilip verilen kesin süre içerisinde bu delil masrafının karşılanmaması halinde bu delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılması sonucuna varılarak mevcut delil durumuna göre davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken usulden reddi şeklinde hüküm tesisinin usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek kanun yararına bozma isteğinde bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21.08.2019 tarihli ve 2019/83943 sayılı tebliğnamesi ile; Mahkemece bilirkişi delili için istenecek masrafın delil avansı olarak kabul edilip 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324 üncü maddesine göre mevcut delil durumuna göre esastan karar verilmesi gerekirken bu masrafın gider avansı olarak kabul edilerek davanın usulden reddi yönünde hüküm kurulmasının hatalı olduğu açıklanmak suretiyle kanun yararına bozma talep edilmiştir.

E) Gerekçe:

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 114/1-g. maddesinde gider avansı dava şartı olarak düzenlenmiştir.

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

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

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

HMK.'un 120. maddesi ile de gider avansı düzenlenmiş olup, burada "Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir". kuralına yer verilmiştir.

Aynı zamanda mezkûr Kanun'un 324. maddesi ile de delil ikamesi avansı düzenlenmiş ve bu madde de, "Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır". yönünde düzenleme yapılmıştır.

06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Dere Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin "Harç, gider avansı ve delil avansının ödenmesi " başlıklı 205 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, "Gider avansının yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir. Dava şartı olan gider avansının yatırılmaması veya tamamlanmaması hâlinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir." kuralını, takip eden 4 üncü fıkrasında ise, "Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Delil avansı, tarafların dayandıkları delillerin giderlerini karşılamak üzere mahkemece belirlenen kesin süre içinde ödemeleri gereken meblağı ifade eder.

"Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişler gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan biri avans yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, diğer taraf bu

avansı da yatırabilir. Delil avansını yatırmayan taraf, o delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılır.” kuralını havidir.

Zikredilen Kanun ve Yönetmelik hükümlerindeki düzenlemelere göre; 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 alınması zorunludur.

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

Delil avansının yatırılmaması halinde ilgili taraf “o” delilden vazgeçmiş sayılarak mevcut delil durumuna göre işin esası hakkında karar verilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta; Mahkemece davacı vekiline, dayandığı bilirkişi delili için gerekli masrafı yatırması için 2 haftalık kesin süre verdiği, ancak belirlenen süre içerisinde masrafı yatırmadığı ve yatırılması istenilen bu masrafın ise delil avansı niteliğinde olduğu sabittir.

Bu durumda Mahkemece yapılması gereken iş, 6100 sayılı Kanun`un 324. maddesine göre davacının bilirkişi deliline dayanmaktan vazgeçtiği kabul edilip, mevcut delil durumuna göre uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinden ibaret iken, yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 363/2. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeplerle kabulü ile hükmün, "sonuca etkili olmamak üzere" **BOZULMASINA**, kararın bir örneğinin Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere T.C. Adalet Bakanlığı'na gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine 02.10.2019 gününde oybirliği ile karar verildi.