

Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak

EHLİYET

Asistan Dr. Bilge UMAR

İÇİNDEKİLER : GİRİŞ. — I - İncelemenin amacı. — II - Usul Hukukunda önem taşıyan ehliyet'in bir tek kavramdan ibaret olmadığı. — § 1 - TARAF EHLİYETİ: I - Kavram. — II - Taraf ehliyetinin kanunlar ihtilâfı halinde hangi kanuna tâbi olacağı. — III - Türk hukukuna göre taraf ehliyetine sahip olanlar: 1 - Hakiki şahısların durumu. a) Hakiki şahıslarda taraf ehliyetinin başlangıcı b) Hakiki şahıslarda taraf ehliyetinin sonu 2 - Hükmi şahısların durumu 3 - Savcılık makamı 4 - Askeri kantininin hükmi şahsiyeti ve taraf ehliyeti olmadığı. — IV - Taraf ehliyetinin önemi ve bunun yokluğunun sonuçları: 1 - Taraf ehliyetinin önemi a) Davanın dinlenme şartı olarak b) Usulî muamelelerin muteberlik şartı olarak 2 - Taraf ehliyetinin yokluğunun sonuçları 3 - Taraf ehliyetinin yokluğuna rağmen verilen hüküm. — § 2 - USULİ MUAMELE EHLİYETİ: I - Kavram. — II - Türk hukukuna göre usulî muamele ehliyetine sahip olan ve olmayan kişiler: 1 - Usulî muamele ehliyetine sahip olanlar 2 - Usulî muamele ehliyetine sahip olmayanlar 3 - Kendisine müşavir tayin edilmiş kimsenin durumu 4 - Borçlunun, malına haciz konmuş kimsenin ve müflisin durumu 5 - Terekenin resmen tasfiyesi veya bir vasiyeti tenfiz memurunun bulunması halinde mirasçının durumu. — III - Taraf ehliyetini haiz olup da usulî muamele ehliyetine sahip olmayanların durumunun özel olarak incelenmesi: 1 - Genel olarak ceninin durumu 2 - Evlilik dışı birleşmeden meydana gelen ceninin durumu 3 - Mirastaki menfaatlerinin korunması için kayyım tayin edilen ceninin durumu 4 - Mümeyyiz olmayanların durumu 5 - Mümeyyiz küçüklerin ve mahcurların durumu. — IV - Usulî muamelelerde temsil yetkisi bakımından veli, vasi ve kayyımın durumu: 1 - Velinin durumu 2 - Vasinin durumu 3 - Kayyımın durumu. — V - Usulî muamele ehliyetinin önemi ve bunun yokluğunun sonuçları: 1 - Usulî muamele ehliyetinin önemi 2 - Usulî muamele ehliyetinin yokluğunun sonucu 3 - Bir kimsenin usulî muamele ehliyetine sahip olup olmadığını tesbit amacı güden prosedürde o kimsenin usulî muamele ehliyetine sahip olduğu 4 - HUMK. m. 445 bent 8 deki iadei muhakeme imkânı. — § 3 - USULİ MUAMELE EHLİYETİ İLE YAKINDAN İLGİLİ BAZI KAVRAMLAR. — I - Usulî yürütme yetkisi. — II - Usulî muameleyi bizzat yapabilmek ehliyeti.

GİRİŞ

I. İncelemenin amacı.

Medenî Hukukta olduğu gibi Medenî Usul Hukukunda da ehliyet, çeşitli yönlerden büyük önem taşır. Buna rağmen ehliyet konusu şimdiye kadar Türk Medenî Usul Hukuku literatüründe herhangi bir özel incelemenin konusunu teşkil etmiş değildir. Konuyu düzenleyen kanun hükümleri yeterli olsa idi veya hal böyle olmasa

bile Türk Temyiz Mahkemesi içtihadlarını sistemleştirerek konuyu aydınlatmak mümkün olsa idi, literatürdeki eksiklik önemli sayılmayabilirdi. Halbuki, incelememiz boyunca görüleceği üzere ehliyet konusundaki Türk Medenî Usul Hukuku mevzu' kaideleri yeterli olmadığı gibi aynı konuyla ilgili temyiz içtihadları da, zannımızca, bir sistem yaratabilmek şöyle dursun, mevcut hükümlerin yorumunu yapmakta dahi başarıya ulaşabilmiş değildir.

Bu durum dolayısıyla, yaptığımız incelemenin eksiksiz olmasa bile bir dereceye kadar olsun fayda sağlayabileceğini umuyoruz.

II. Usul Hukukunda önem taşıyan «ehliyet» in bir tek kavramdan ibaret olmadığı.

Medenî Usul Hukukunda ehliyet konusunu incelemeye başlamadan önce önemle belirtmek gerekir ki bu hukuk dalında birkaç çeşit ehliyet söz konusu olur. Bu çeşitli ehliyet kavramlarının birbiri ile münasebetine dikkat etmek ve bunları birbirine karıştırmamak hem nazarı hem de pratik bakımdan lüzumludur. Biz bunlardan önce «taraf ehliyeti» kavramını (§ 1) ele alacak; sonra «Usulî muamele ehliyeti» üzerinde duracak (§ 2); nihayet Usulî Muamele ehliyeti ile yakından ilgili bazı kavramları inceliyeceğiz (§ 3)¹.

§ 1. TARAF EHLİYETİ

I. Kavram.

Taraf ehliyeti, bir usulî münasebetin süjesi^{1a} olmak ehliyetidir². Bu ehliyet, medenî hukukun istifade ehliyetinin karşılığıdır ve bu yüzden ona «usulî istifade ehliyeti» (prozessuale Rechtsfähigkeit) denebilir, fakat ikisi arasında ayniyet yoktur³; hattâ taraf ehliyeti,

1) İşaret edelim ki bu kavramlar Alman doktrininde işlenmiştir. Fransız doktrini ise meselâ «incapable» terimi ile küçüğü, mahcuru, müflisi, (cihaza müteallik dâvalarda) evli kadını v.s. kasteder (bkz. *César-Bru*, Précis, s. 69; *Japiot*, s. 68); halbuki bu kimselerin durumu, ileride görüleceği üzere, birbirinden farklıdır.

1a) Meselâ bir dâvada dâvacı veya dâvalı, yahut müdahil; ihtiyati tedbir prosedüründe tedbir isteyen veya hasmı; icra takibinde İHK. nun kastedtiği anlamda alacaklı veya borçlu olmak.

2) *Rosenberg*, § 42 I 1 (s. 175); *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VI (s. 120); *Ansay*, N. 69 (s. 103).

3) *Rosenberg*, aynı yer.

istifade ehliyetinin bir parçasını dahi teşkil etmez⁴. Çünkü herne-kadar istifade ehliyetini haiz olan herkes taraf ehliyetini haiz⁵ ise de, bazan, istifade ehliyetini haiz olmayanlar taraf ehliyetini haiz olabilirler⁶. Nitekim Türk ve Alman hukukunda savcılık makamının hükmî şahsiyeti ve binnetice istifade ehliyeti olmadığı halde bu ma-kam, kanunun gösterdiği belli hukuk dâvalarında taraf ehliyetine sahip bulunduğu gibi (bkz. ileride III 3), Alman ZPO § 50 f. II ye göre «istifade ehliyetini haiz olmayan bir cemiyet dâva edilebilir; hukukî ihtilâfta bu cemiyet istifade ehliyetine sahip bir cemiyet gibidir». Keza, İsviçre hukukunda da kantonların, şahsiyeti ve binaenaleyh istifade ehliyeti olmayan dairelere, makamlara, idare şubelerine taraf ehliyeti tanımak yetkisi vardır⁷. Başka bir örnek için bkz. ileride dn. 47. Halbuki Türk HUMK m. 38. «Dâvaya ehliyet Kanunu Medenî ile tâyin olunmuştur» der. Bu ifade tarzı pek yerinde değildir; çünkü taraf ehliyeti —ve ileride görüleceği üzere, usulî muamele ehliyeti— usulî bir kavramdır⁸ ve taraf ehliyetini usul hukuku düzenler⁹. Bu yüzden HUMK m. 38 in anılan ifadesi, «Usul Kanunları aksine bir hüküm sevk etmedikçe, taraf ehliyeti Medenî Kanunun istifade ehliyeti konusundaki hükümlerine tâbidir» diye anlaşılmalıdır (karş. § 2 I de nakledilen ZPO § 51 in ifadesi).

II. Taraf ehliyetinin kanunlar ihtilâfı hâlinde hangi kanuna tâbi olacağı.

Bilindiği gibi usul mes'eleleri prensip itibariyle lex fori'ye tâbidir. İstifade ehliyeti ise, ahkâmı şahsiye ile ilgili olmak itibariyle millî kanun tarafından tâyin edilir; birçok başka hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da benimsenen çözüm budur.

4) Aksi fikir : *Egger*, Art. 11 N. 5 (*Çernis* terc., s. 154) ve oradaki atıflar; *Postacıoğlu*, s. 149; FMK 15 Şubat 1951, BGE 77 II 7 ve sonrakiler, bilhassa s. 9 mütalâa 1. Federal Mahkemenin bu görüşünün muhtemel sebebi için bkz. dn. 8 a.

5) Bkz. Alman ZPO § 50 f. I: «İstifade ehliyetine sahip olan, taraf ehliyetine de sahiptir».

6) *Rosenberg*, aynı yer.

7) *Egger*, Art. 52 N. 4 (*Çernis* terc., s. 19) ve Art. 53 N. 13 (*Çernis* terc., s. 33).

8) *Rosenberg*, § 42 I 2 (s. 175). *Japiot*, s. 67 sonunda «l'incapacité procédurale» dan bahsederek bu hususu doğrular görünüyor.

9) Aksi fikir: dn. 4 deki FMK. Federal Mahkeme böylece bu konuyu kendi kontrolüne tâbi tutabilmektedir; anılan karara bkz.

Taraf ehliyeti konusunda Türk mevzuatında açık bir hüküm yoktur. Şu halde taraf ehliyeti mes'elesinin usulî bir mes'ele olduğu gözönünde tutularak, kanunlar ihtilâfı hâlinde lex fori'ye bakmak gerekir⁹.

III. Türk hukukuna göre taraf ehliyetine sahip olanlar.

1. Her hakikî şahıs taraf ehliyetine sahiptir ve bu husus HUMK m. 38 in yaptığı atıf icabı ZGB 11/MK 8 den anlaşılır. Keza aynı atıf icabı, hakikî şahsın taraf ehliyeti MK un istifade ehliyeti konusundaki kaideleri ile aşağıdaki surette düzenlenmiştir:

a) Taraf ehliyeti çocuğun sağ olarak tamamiyle doğduğu andan başlar; hattâ çocuk, sağ doğmak şartı ile, ana rahmine düştüğü andan itibaren taraf ehliyetine sahiptir (ZGB 31/MK 27). Alman hukukundaki telâkkiye göre henüz doğmamış çocuğun taraf ehliyeti bir *infisahî* şarta bağlıdır¹⁰, yâni o doğmadan evvel müstakbel insan adına dâva açılabilir, fakat kayyımın açacağı bu dâvada verilen hüküm, çocuk sağ doğmazsa, etkisiz bir hükümdür¹¹. İsviçre ve Türk hukukunun telâkkisine göre ise, her ne kadar ZGB 311/MK 298 gereğince tâyin edilen kayyım babalık dâvasını doğumdan önce açabilir ise de¹², ceninin şahsiyeti bir *talikî* şarta bağlıdır ve binaenaleyh o doğmadan önce onun adına usulî muamele yapılması prensip itibariyle câiz değildir¹³.

b) Taraf ehliyeti ölümle son bulur, çünkü ölüm hukukî anlamda şahsiyete son verir (ZGB 31/MK 27). Bundan şu sonuç çıkar

9) Bu konuda Almanya ve İsviçre'de öne sürülen farklı görüşler için bkz. *Baumbach/Lauterbach*, § 50 N. 2 A ve burada zikredilen *Pagenstecher*, ZZP 64 249; *Rosenberg*, § 42 I 2 (s. 175); *Leuch*, Art. 35 N. 1 (s. 66). Genève Kanton Mahkemesi millî kanuna bakmaktadır, *Perrot*, Art. 2. Maamafih hakikî şahısların taraf ehliyeti konusunda fikir ihtilâfına yer yoktur ve bunlar bütün medenî milletlerin hukuku nazarında, kendi millî kanunlarının hükmü ne olursa olsun, taraf ehliyetine sahiptirler; çünkü medenî milletlerin hukuku esareti tanımaz ve bu kaide âmme intizamındandır (bkz. *Rosenberg*, aynı yer).

10) *Rosenberg*, § 42 II 1 a (s. 176); *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VI 1 (s. 120). *Ansay*, N. 69 (s. 109) da da bu görüş benimsenmektedir.

11) *Rosenberg*, aynı yer.

12) *Silbernagel*, Art. 308 N. 14; *Egger*, Art. 308 N. 2 (Çağa terc., s. 219); *Ataay*, fasikül 1, s. 19; *Saymen*, Şahsın Hukuku, s. 33.

13) Bkz. ileride § 2 III 1. *Postacıoğlu* s. 150 cenin adına tereke hakkında muhafaza tedbirini almanın mümkün olduğu görüşündedir.

ki bir ölüye karşı dâva açılmaz¹⁴ ve derdest dâvanın taraflarından biri ölürse onun yerine mirasçıları geçtiğinden mirasçılara tebligat yapılarak dâvaya devam gerekir^{15, 16, 17}, meğer ki dâvanın mahiyeti buna engel olsun ve bu sebeple dâvanın reddi gereksin¹⁸. Mirasçılardan birine veya bir kısmına değil, hepsine tebligat yapılmalıdır¹⁹. Bu faraziye dâvanın, mirasçının mirası reddedemeyeceği âna kadar (bkz. ZGB 567/MK 546 ilâ ZGB 571/MK 550) tâlik edilmesi gerekir²⁰. Mirasçının red süresi dolmadan dâvayı takibe başlaması k a i d e t e n mirasın kabulü, daha doğrusu red hakkından feragat anlamına gelir²¹, meğer ki başka bir yorum yerinde olsun. Maama-fih, mirasçılar bilinmediği ve işin gecikmesinde mahzur bulunduğu takdirde, diğer tarafın isteği üzerine hâkim, dâvanın yürütülmesi için kayyım tâyin edebilir (HUMK m. 41)²².

Derdest dâvanın taraflarından birinin ölümü faraziyesinde hüküm yine ölen taraf adına verilir, fakat bu hüküm kendi-

14) I HD 29.9.1953, E: 3945 K: 2641 (*Karaok* m. 38 N. 98); I HD 1.2.1951, E: 2352 K: 5270 (*Karaok* m. 38 N. 3 ve *Öztek-Kazancı* m. 40 N. 347); HUH 10.2.1954, E: 4 K: 4/7 (*Karaok* m. 38 N. 107).

15) IV HD 12.4.1956 E: 2718 K: 2490 (*Karaok* m. 41 N. 6). Temyiz mahkememize göre, ölen taraf hakkında gıyabî muhakeme usulü uygulanıyor olsa bile bunun ölümü üzerine yine mirasçılara tebligat yapılmalıdır ve dâvanın ölenin gıyabında bitirilmesi yolsuzdur, HUH 20.9.1939 (*Öktem*, s. 158).

16) Dâvacılardan veya dâvalılardan sadece birinin ölümü faraziyesi için dâvanın mirasçılara tebligat yapılmak üzere geri bırakılmasına lüzum bulunup bulunmadığı konusunda bkz. § 2 V 1 b'de dn. 77.

17) Muris, vasiyeti tenfiz memuruna dâvayı takip yetkisi verebilir, *Ansay* N. 72 (s. 120). Eğer bu memur istifa ederse, Sulh Mahkemesince başka bir memur tâyin edilmesini dâvaya bakan mahkemenin sağlaması gerekir, bunun yapılmaması hükmün bozulmasına yol açar (II HD 12.11.1931 E: 3589 K: 2819, Tem. Kar. 1931, s. 118 N. 64).

18) Meselâ boşanma dâvası. Bu konuda doğru görüş ve gerekçeleri için bkz. *Postacioğlu* s. 163. Buna karşılık *Saymen*, İHFM 1947, c. XIII, sayı 1, s. 359 ve son., bilhassa s. 365, boşanma dâvasına mirasçılardan devam edebileceği görüşündedir. Halbuki FMK 2 Aralık 1925, BGE 51 II 539 bunun caiz olmadığını açıkça belirtmiştir.

19) Hernekadar mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumlu iseler de, ölen adına verilecek olan hüküm (bkz. dn. 23) bütün mirasçılara karşı hüküm ifade edeceğinden bunların hepsine tebligat yapılması alacak dâvasında dahi gereklidir (aynı sonuç: *Postacioğlu*, s. 150-151).

20) *Ansay*, N. 72 (s. 120).

21) *Ansay*, aynı yer.

22) Madde müstaceliyet şartını aramıyor ise de Temyiz Mahkemesinin yerinde tatbikatı budur, VII HD 4.2.1955 E: 6613 K: 1266 (*Ersoy*, m. 41 N. 1 ve *Öztek-Kazancı*, m. 41 N. 351).

liğinden onun mirasçıları için de lehte veya aleyhte muteber bulunur²³, yâni onlar lehine veya aleyhine de hüküm ifade eder.

Ölüye karşı açılan dâva zamanasını kesmez ve hattâ dâvacı alacaklı OR 139/BK 137 deki altmış günlük munzam müddetten yararlanamaz²⁴.

Eğer miras resmî tasfiyeye tâbi (ZGB 593/MK 572) tutulmakta ise, tereke mahkemesince²⁵ tâyin edilen tasfiye memuru (ZGB 595/MK 574 f. I cümle 2); eğer miras reddedilmişse iflâs hükümlerine göre alacaklılar tarafından seçilecek tasfiye memuru²⁶ ölenin yerine dâvayı yürütür.

2. Her hükmi şahıs taraf ehliyetine sahiptir (HUMK m. 38 deki atfa uyularak ZGB 53/MK 46)²⁷, ^{27a}. Fakat bir hükmi şahsın şubesi taraf ehliyetine sahip değildir, çünkü onun hükmi şahsiyeti

23) *Rosenberg*, § 42 II 1 a (s. 176) ve orada da atıf yapılan Alman Temyiz Mahkemesinin 19 Şubat 1929 tarihli kararı (RGE 124 150).

24) Alman hukukunun çözümü aksinedir, *Rosenberg*, aynı yer. Halbuki OR 139/BK 137 metni başka çözüme elverişli değildir, zira ölmüş kimseye karşı dâva açılması Türk hukukunda bu maddenin söylediği «tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan» değildir. Gerçekten HUMK, hasmın yanlış gösterilmesi hâlinde bu yanlışlığın tâmir edilebilmesi için dâvacıya bir imkân tanımamıştır (*Postacioğlu*, s. 159 - 160). Nitekim İsviçre'de de OR 139/BK 137 nin yanlış hasım göstermiş alacaklı lehine uygulanamayacağı kabul edilmektedir (*Schneider/Fick*, art. 139 N. 6; *Becker*, Art. 139 N. 2 ve FMK 2 Şubat 1906, BGE 32 II 186).

25) Vazifeli mahkeme MK 575 gereğince sulh mahkemesidir (İsviçre'de bu mahkemeyi tesbit yetkisi ZGB 595 ve Titre Final art. 54 gereğince kantonlara bırakılmıştır); salâhiyetli mahkeme ise ZGB 551/MK 531 gereğince ölenin son ikametgâhı mahkemesidir.

26) *Postacioğlu*, s. 151. Bu hususu belirten ZGB 573 ün tercümesinde bir yanlışlık yapılmıştır, maamafih bu tercüme yanlış sonunda ortaya çıkan boğluğa rağmen Türkiye'de de İsviçre'deki çözüm uygulanmalıdır (bkz. *Kocayusufoğlu*, MHAD 1957, sayı 1, s. 36 ve sonrakiler ve orada incelenen II HD 13.3.1956, E: 1625, K: 1540).

27) Adi Şirketin (OR 530/BK 520) hükmi şahsiyeti olmadığından ne istifade ehliyeti ne de taraf ehliyeti vardır. Keza aynı sebeple, münferit tüccarın firma'sı da taraf ehliyetine sahip değildir (*Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VI 5, s. 121; *Baumbach/Lauterbach*, § 50 N. 2 F).

27a) Fransız Hukukunda durum nazari olarak böyle değildir ve orada savunulan telâkkiye göre bir teşekkülün hükmi şahsiyete sahip olması, onun taraf ehliyetine sahip olmasını mutlaka gerektirmez; teşekkülün taraf ehliyetine sahip olup olmadığını tâyin kanunkoyucuya kalmıştır (*Garçonnet/Ch. César-Bru*, s. 575). Maamafih *Japiof*'nun kaydettiğine göre (s. 69) kaide ehliyet olup ehliyetsizlik istisnadır.

yoktur²⁸. Hükmi şahsın organları onun kanunî mümessili durumunda dırlar²⁹; bunların kendileri taraf olmayıp hükmi şahıs taraf olduğundan organların dâva sırasında değişmesi dâvaya etki etmez³⁰. Bu durum dolayısıyla, yâni kendileri taraf olmadığından, hükmi şahsın organı olan kimseler aynı dâvada müdahil olabilir, şahitlik edebilir ve hükmi şahsa karşı alınmış olan ilâm organ sıfatını taşıyan kimseye karşı kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi, hükmi şahsın dâvası dolayısıyla, onun organı sıfatını taşıyan kimsenin kendi dâvasında derdesti rüyetlik itirazı (HUMK m. 187 bent 4) da dermeyen edilemez³¹.

3. Savcılık makamı da, hükmi şahsiyete sahip olmadığı ve binaenaleyh istifade ehliyetini haiz bulunmadığı halde, muayyen faraziyelerde (bkz. MK 113 ve 245 f. II) taraf ehliyetine sahiptir³².

4. Temyiz Mahkememiz bir kararında³³ «askerî kantini temsil eden» kumandana, «askerî kantinin mameleki» ile ilgili hususlarda dâva açmak yetkisini tanımaktadır. Yüksek Mahkeme vardığı bu sonucun gerekçesi olarak, «askerî kantinlerin ayrı bir mâmeleke sahip varlıklar olduğu» nu ileri sürüyor.

28) *Rosenberg*, § 42 II 2 b (s. 176-177). Maamafih Temyiz Mahkemesi görüşümüze HUMK m. 82'nin ruhuna uygun ve yerinde bir içtihadında (IV HD 30.5.1957, E: 3123, K: 3670, *Ersoy*, m. 39 N. 2) «Şubeye karşı dâva açmış olan kimsenin esas maksadı o teşekkülün hükmi şahsiyetinden hak istemedir. Bundan başka hükmi şahsiyetin avukatı mahkemede hazır bulunmuştur. Bu bakımdan dâvaya devam edilmek gereklidir» demiştir. Bu kararın isabetini göstermek üzere şu gerekçe ileri sürülebilir: beyanların lâfzen değil, bilinen hal icaplarına göre değerlendirilmesi, yalnız borçlar hukukundaki irade beyanları için değil, bütün hukukta yürüyen bir genel esastır. Meselâ temyiz yoluna başvuran hukukî bilgisi eksik bir kimsenin dilekçesinde «muhakemenin yeniden görülmesini isterim» mealindeki bir sözü, iadei muhakeme isteği olarak tefsir etmeyip kararın temyizce nakzı dileği olarak yorumlamak ve temyiz incelemesini yapmak icab eder. Dâva dilekçesinde Şubenin taraf gösterilmiş olması faraziyesinde de, bizzat Temyiz Mahkemesinin belirttiği üzere, hükmi şahsın kastedildiği açıktı. Bu bakımdan, görüşümüze hattâ hükmi şahsın avukatı dâvada hazır bulunmamış olsa idi bile dâvaya devam olunmak gerekcekti. Aksini kabul etmek, sanıyoruz ki pek katı ve şekilci bir hukuk anlayışının ifadesi olur.

29) *Rosenberg*, § 42 II 2 b (s. 177). Karş. ileride § 2 II 1 de dn. 6.

30) Usulün yürütmesi sırasında şirket tasfiye haline girerse dâvayı şirket adına tasfiye memurları yürütür, *Ansay*, N. 72 (s. 121).

31) *Rosenberg*, aynı yer.

32) Alman hukukunda da durum böyledir, *Rosenberg*, § 42 II 4 (s. 177).

33) IV HD 18.1.1957, E: 8377, K: 285 (*Öztürk*, s. 446).

Bu içtihadın isabetinden pek şüphe ederiz. Çünkü:

a) Askerî Kantinin bir hükmî şahsiyeti yoktur; zaten Temyiz Mahkemesi de aksini söylemiyor.

b) O halde askerî kantinin taraf ehliyetini haiz olması ancak hükmî şahsiyeti olmayan makam veya teşekküllere taraf ehliyeti bahşeden istisnaî kanun hükümlerinden biri sayesinde mümkün olabilir (böyle hükümlere daha önce örnekler vermiştik). Halbuki böyle bir özel hüküm dahi yoktur ve nitekim Temyiz Mahkemesi de bu çeşit bir hükmün varlığından bahsetmemektedir.

c) Askerî kantinin kendine has bir malvarlığı olduğu iddiası ise ancak bu teşekkülün hükmî şahsiyete sahip olması hâlinde doğru olurdu.

Şu duruma göre fikrimizce, Temyiz Mahkemesinin varlığı sonuç yerinde değildir.

IV. Taraf ehliyetinin önemi ve bunun yokluğunun sonuçları.

1. Taraf ehliyeti iki bakımdan önem taşır :

a) İlk olarak, taraf ehliyeti, dâvanın dinlenme şartlarından³⁴; binaenaleyh taraf ehliyetinin yokluğu hâlinde dâva, dinlenebilir olmadığından (eski deyimle, mesmu' olmadığından) reddedilir ve esasa girilmez. Bu fonksiyonu itibariyle taraf ehliyetinin hüküm verildiği ânda mevcut olması —hattâ daha önce mevcut olmasa bile — gereklidir ve yeter (fakat bkz. aşağıda b), şu şartla ki usul

34) *Baumbach / Lauterbach*, Übersicht, § 50; *Keller / Pfisterer*, s. 57; *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121); *Rosenberg*, § 42 III 1 a (s. 179); *Ansay*, N. 99 (s. 203). Dâvanın dinlenme şartları (*Ansay*'ın deyimiyle, yargılama şartları), dâvanın (daha doğrusu, genel ve doğru deyimle, usul'ün) cevazı kendilerine bağlı olan şartlardır (*Schönke/Schröder/Niese*, § 45 I, s. 206 ve *Ansay*, N. 99, s. 202). Bazı türkçe eserlerde ve Fransız eserlerinde, dâvanın dinlenme şartları sözü, «bir iddâyı adli makama arz etmek salâhiyetinin kime tanınması lâzım geleceğini anlamak için» varlığı araştırılan unsurları yâni dâva hakkının unsurlarını ifade etmek için kullanılmaktadır ve sıfat dahi bu anlamdaki dâvanın dinlenme şartları arasında sayılmaktadır (*Postacioğlu*, s. 138 ve 160; *César-Bru*, Précis, s. 64; *Garçonnet/César-Bru*, s. 530; *Japiot*, s. 50). Dâvanın dinlenme şartları terimine bu anlam verilince sıfatın, dâvanın dinlenme şartlarından sayılması doğrudur. Halbuki Alman müelliflerinde, *Ansay*'da ve bu incelememizde dâvanın dinlenme şartı terimiyle kastedilen kavram bu değildir, bu yüzden de sıfat dâvanın dinlenme şartı değildir (*Schönke/Schröder/Niese*, § 45 III, s. 208); sıfat dâva temelinin bir kısmıdır ve bu yüzden, sıfatın yokluğu hâlinde dâva esastan reddedilir.

tâ başındanberi şimdi taraf ehliyetine sahip bulunan kimse adına yürütülmüş bulunsun³⁵.

b) İkinci olarak, taraf ehliyeti usulî muamelelerin bir muteberlik unsurudur (eine Prozesshandlungsvoraussetzung); bu demektir ki taraf ehliyeti olmayan kimse³⁶ tarafından yapılan veya ona karşı yapılmış bir usul muamelesi etki doğurmaz³⁷; başka bir deyimle, önünde usul muamelesi yapılan kazaî organ buna sonuç bağlayamaz³⁸. Taraf ehliyeti, bu fonksiyonu itibariyle bütünü usulî muamelelerin yapılması sırasında yâni bütün usul safhalarında mevcut olmalıdır; eğer o önceden mevcut olmayıp usulün bir safhasında kazanılmışsa — meselâ henüz cemiyet şahsiyet kazanmadan bunun tarafından veya buna karşı dâva açılmış olup da cemiyet ancak sonradan şahsiyet kazanmışsa — önceden yapılmış usul muamelelerinin muteber olması için taraf ehliyetini kazanan kimsenin icazeti gerekir ve yeter³⁹. İcazet hasma karşı veya mahkemeye karşı

35) *Rosenberg*, § 42 III 1 a (s. 179).

36) Bkz. geride dn. 9 da son cümle.

37) Fakat bâtil değildir, çünkü ileride görüleceği üzere, icazetle muteberlik kazanır.

38) *Rosenberg*, § 42 III 1 b (s. 179); aynı anlamda *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121) ve *Baumbach/Lauterbach*, § 50 N. 4 A.

39) *Rosenberg*, § 42 III 1 b (s. 179 - 180); *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121). *Postacıoğlu*, s. 158 de ise «istifade ehliyetinden mahrum bir varlığın makabline şâmil olmak üzere ehliyeti elde etmesine imkân yoktur» görüşü belirtilmektedir. *Leuch*, Art. 35 N. 5 (s. 68) meseleyi taraf ehliyeti yönünden değil, usulî muamele ehliyeti bakımından (bu kavram için bkz. ileride § 2 I) ele almakta, ve «mümeyyiz küçük veya mahcurun usul muamelelerinin kanunî mümessil tarafından veya, eğer küçük yahut mahcur sonradan usulî muamele ehliyetini kazanmışsa bizzat kendisi tarafından verilecek icazetle muteber hâle gelmesi İsviçre hukukuna has değildir» demektedir.

Maamafih *Postacıoğlu*'nun tereddüdü haksız değildir. Çünkü icazetin taraf ehliyetinin yokluğunu bertaraf etmesi ancak ve ancak başlangıçta taraf ehliyetinden mahrum olan teşekkül ile şimdi taraf ehliyetini kazanmış olan ve prosedürün geçmiş safhalarına icazet veren teşekkülün mahiyet bakımından aynı olmasına bağlı bulunmalıdır. Bununla demek istiyoruz ki görüşümüzce (sayın hocamız *Postacıoğlu*'nun da bu görüşte olduğunu sanıyoruz) taraf ehliyetini prosedürün belli bir safhasında kazanarak bundan önceki safhalara icazet veren teşekkül bir Anonim Şirket ise, halbuki bu şirket bir kollektif şirket olarak gösterilmek suretiyle dâva açılmış bulunuyorsa, bu faraziyede anonim şirketin hükmlî şahsiyet kazandıktan sonra verdiği icazet işe yaramaz. Keza A, B, C, D, E nin kurduğu daha doğrusu kurmak istediği bir anonim şirket aleyhine dâva açılmış olup da bu şirket sonradan yine meselâ A, B nin iştiraki ile fakat C, D, E nin iştiraki olmaksızın kurulmuş ve hükmlî şahsiyet kazan-

açıkça yahut zımnen verilebilir, taraf ehliyetinin önceki yokluğunu ileri sürmeksizin usule devam zımnî icazettir⁴⁰. İcazet hattâ hüküm verilmesinden sonra temyiz safhasında vâki olabilir⁴¹. Ancak, icazetin muteber olması için onun, taraf ehliyetinin bulunmadığı süre içindeki bütün usul muamelelerine şâmil olması gerekir, hattâ bir tek usulî muamelenin hariç bırakılması dahi icazetin sonuç doğurmasına engel olur⁴². Taraf ehliyetini sonradan kazanmış kimsenin böyle bir icazet vermekten kaçınması iyi niyete aykırı davranış sayılamaz⁴³.

2. Taraf ehliyetinin yokluğu usulün her safhasında hâkim tarafından re'sen nazara alınmalıdır⁴⁴; taraf, kendi taraf ehliyetinin yokluğunu dahi öne sürebilir⁴⁵, bu zaten bahsedilen durumu hâkimin re'sen nazara almak görevinin de tabii bir sonucudur.

Taraf ehliyetinin yokluğundan dolayı dâvanın reddi hâlinde muhakeme masrafları dâvacıya yükletilir, hattâ taraf ehliyetine sahip olmayan kimse o olsa bile çözüm budur, ancak bu son faraziye de masraflar dâvayı fiilen açmış bulunan kimseye yükletilecektir⁴⁶.

Taraf ehliyetinin var olup olmadığı konusunda usul sırasında ihtilâf çıkarsa bu bir hâdise (HUMK m. 222 ve son.) teşkil eder ve

miş ise icazet yine işe yaramıyacaktır. Bunun gibi, A, B, C tarafından kurulduğu istihbar edilen ve «A, B, C Nakliyat Kollektif Şirketi» ünvanı ile —henüz hükmi şahsiyet kazanmadan— faaliyet gösteren bir şirket aleyhine dâva açılmışsa, sonradan aynı kişilerin «A, B, C motörlü vasıtalar ithalât koll. Ş.» ünvanı ile (ve farklı maksat güden bir şirket olarak) hükmi şahsiyet kazanması hâlinde dahi dâvanın reddi mukadder olmak lâzımdır ve icazet işe yaramalıdır. Bu sonuç, h a s m ı n y a n l ı ş gösterilmiş olmasından doğan kaçınılmaz bir sonuçtur.

40) *Rosenberg*, § 42 III 1 b (s. 180).

41) *Rosenberg*, § 42 III 1 b (s. 180).

42) *Rosenberg*, § 42 III 1 b (s. 180).

43) *Rosenberg*, aynı yer ve atıf yaptığı bir Alman Temyiz Mahkemesi kararı: *Warneyer*, 1938, s. 131.

44) *Postacıoğlu*, s. 159; *Keller/Pfisterer*, s. 57 (halbuki sıfat'ın yokluğunun re'sen nazara alınmayacağı burada belirtilmektedir); *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121); *Rosenberg*, § 42 III 3 (s. 181). Taraf ehliyetinin yokluğu halinde mahkeme kendisinin vazifesiz olduğu gerekçesiyle değil, dâvanın dinlenebilir olmadığı gerekçesi ile red kararı vermelidir, IV HD 18.1.1957, E: 8377, K: 285 (*Öztürk*, s. 446); maamafih bu kararın başka bir bakımdan tenkidi için bkz. yukarıda III 4.

45) *Rosenberg*, § 42 III 3 (s. 181).

46) *Postacıoğlu*, s. 158; mealen aynı: *Rosenberg*, § 42 III 3 a (s. 181).

hâkim bu ihtilâfı bir kararla halletmek zorundadır. Taraf ehliyetinin varlığını kabul eden karar bir ara kararı; yokluğunu kabul ederek dâvayı reddeden karar bir nihaî karardır. Bu konuda yanlış karar verilmesi bir temyiz sebebidir ve HUMK m. 428 bent 1 in şümulüne girer.

Taraf ehliyetinin yokluğuna karar verilmiş olması, aleyhine bu karar verilen tarafın temyiz yoluna başvurmasına engel olmaz, hattâ taraf ehliyeti bulunmayan kimse dahi bu hususun tesbitine müteallik bir prosedürde taraf ehliyetine sahiptir⁴⁷. Binaenaleyh meselâ bir tesisin muteber surette kurulup kurulmadığı konusunda açılacak dâvada o tesis taraf ehliyetine sahiptir⁴⁸; hattâ bu dâvada tesisin infisahî şarta bağlı bir taraf ehliyetinin olduğu söylenemez⁴⁹.

3. Türk HUMK, taraf ehliyetinin yokluğuna rağmen bir dâvayı sonuçlandıran hükme karşı sadece temyiz yoluna başvurmak imkânını tanımış, hükmün iptali dâvası gibi başka bir imkân derpiş etmemiştir. Şu hâle göre böyle bir hüküm muteberdir ve muteber ka'masına engel olunamaz. Ancak bu kesinleşmiş hüküm bir edâ hükmü idiyse, hükmün icrasına kalkışıldığında, icrayı temin için kimin malvarlığına müdahale edilmek isteniyorsa bu kimsenin, o hükmün kendisi hakkında kesin hüküm teşkil etmediğini ve kendisine karşı icra olunamayacağını müddetsiz şikâyet yolu ile öne sürebileceği kabul edilmelidir⁵⁰. Maamafih bu kararın (hiç mevcut olmayan bir taraf lehine veya aleyhine verilen kararlar gibi) bâtil olduğu öne sürülemez⁵¹; esasen buna ihtiyaç da yoktur.

47) *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121); *Baumbach/Lauterbach*, § 50 N. 4 B; *Rosenberg*, § 42 III 4 (s. 182).

48) *Rosenberg*, § 42 III 4 (s. 182); zımnen *Postacıoğlu*, s. 153. Ayrıca, *Guldener*, § 11 dn. 2 de verilen örnek de aydınlatıcıdır. Bir Alman Temyiz Mahkemesi kararına (*EGE* 170 26) konu olan hâdisede, bir şahıs ölüme bağlı tasarruf yolu ile X tesisini kurmuş ve onu tek mirasçısı göstermiştir. Aynı şahıs bir müddet sonra ikinci bir ölüme bağlı tasarrufla Y tesisini kurmuş ve onu da tek mirasçı göstermiştir. Ölümünden sonra ikinci tasarrufun muteber olup olmadığı ihtilâfa yol açmıştır. Bu ihtilâfın çözümü ancak X ve Y tesisleri arasında görülecek dâvada mümkün olduğundan bu hâdisede iki tesisin de taraf ehliyetini tanımak zaruridir.

49) *Rosenberg*, aynı yer.

50) Bu çözüm *Postacıoğlu*, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1962, N. 69 (s. 66) dan da istidlâl edilebilmektedir.

51) *Rosenberg*, § 42 III 5 (s. 182); *Schönke/Schröder/Niese*, § 23 VII (s. 121).

§ 2. USULÎ MUAMELE EHLİYETİ

(*die Prozessfähigkeit*)

I. Kavram.

Usulî muamele ehliyeti, kendisi veya başkası adına bizzat veya temsilci vasıtasıyla, bütün usulî muameleleri müteber olarak yapabilmek veya bunlara muhatap olabilmek ehliyetidir¹. Taraf ehliyetinin, medenî hukuktaki istifade ehliyetinin karşılığı olduğu gibi, usulî muamele ehliyeti de medenî hukuktaki fiil ehliyetinin (medenî hakları kullanma ehliyetinin) karşılığıdır². Bundan anlaşılacağı üzere, nasıl medenî hukukta istifade ehliyetine sahip olan herkes fiil ehliyetine sahip bulunmuyorsa, usul hukukunda da taraf ehliyetine sahip olan herkes usulî muamele ehliyetine sahip değildir (bkz. ileride II).

Usulî muamele ehliyeti kavramı da, tıpkı taraf ehliyeti kavramı gibi, usulî bir kavramdır ve bu ehliyet, medenî hukuktaki fiil ehliyetinin aynı yahut onun bir parçası değildir³; nitekim Alman ZPO § 51, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça usulî muamele ehliyetinin medenî hukuk tarafından (yâni medenî hukukun fiil ehliyetini düzenleyen kaideleri tarafından) tâyin edileceğini belirtmektedir⁴. Fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin usulî muamele ehliyetine sahip olduğu bir faraziye için bkz. ileride V 3.

Usulî muamele ehliyeti bir usul hukuku kavramı olduğuna göre bir kimsenin usulî muamele ehliyetini haiz olup olmadığı, kanun-

1) *Rosenberg*, § 43 I (s. 183). *Ansay* bu kavramı dâva yeteneği terimiyle anlatmaktadır (N. 70, s. 109); bizce kavramın muhtevasına bakılırsa usulî muamele ehliyeti terimi daha doğrudur. *Postacioğlu*, s. 149 ise aynı kavramın husumet ehliyeti terimiyle ifade edildiğine ve bu kavramın sıfat kavramı ile karıştırıldığına işaret etmektedir. Gerçekten, meselâ *Berki*'nin «Hukuk Muhakemeleri Usulü» adlı broşüründe (s. 10) taraf ehliyetine dahi husumet ehliyeti dediği, ve «müddeabih'in mütalebe edilebilir halde (?) bulunması» nı, «müddeabih üzerinde müstakil ve münhasır hakka sahip bulunmak şartı» nı, kendince «husumet ehliyeti» nin şartlarından saydığı (!) görülüyor.

2) *Rosenberg*, aynı yer; *Postacioğlu*, s. 149.

3) Aksi fikir: *Egger*, Art. 12 N. 5 (*Çernis terc.*, s. 164). Karş. geride § 1 dn. 4.

4) Karş. HUMK m. 38 in ifade tarzı hakkında § 1 I de öne sürülen tenkid.

lar ihtilâfı halinde, *lex fori*'ye bakılarak tâyin edilir (karş. geride § 1 II); bu husus Alman ZPO § 55 de açıkça belirtilmektedir^{4a}.

II. Türk hukukuna göre usulî muamele ehliyetine sahip olan ve olmayan kimseler.

1. Kaide olarak, medenî hukuktaki fiil ehliyetine sahip olan herkes usulî muamele ehliyetine de sahiptir; bu husus ZPO § 51 de gösterildiği gibi HUMK m. 38 den de anlaşılabilir.

İşaret etmeli ki, hükmî şahısların fiil ehliyetine sahip oldukları alanın dışında usulî muamele ehliyetleri de yoktur⁵.

Hükmî şahıs geçici olarak organdan mahrum kalırsa ne taraf ehliyetini, ne de usulî muamele ehliyetini kaybeder⁶. Bu faraziyede, bir fikre göre⁷, Sulh Mahkemesi o hükmî şahsın mallarının idaresi için ZGB 393/MK 377 bent 4 gereğince kayyım tâyin edebilir; kayyım, malların idaresi için verilen sıfatının gerekli kıldığı ve müsaade ettiği ölçüde, hükmî şahıs adına usulî muameleler de yapabilir. Bizce, *Egger*'in de belirttiği üzere⁸, hâkim hükmî şahsın geçici olarak organdan mahrum kalması faraziyesinde sırf malların idaresi için değil, genel olarak kayyım tâyinine yetkilidir; esasen kanunun kayyım tâyinine cevaz veren hükümleri tahdidî mahiyette sayılamaz.

Hükmî şahsın ancak organları vasıtasıyla borç ve alacak iktisap edebileceği, usulî muameleleri ancak bunlar vasıtasıyla yapabi-

4a) Federal Mahkeme aksi görüştür. Yüksek Mahkeme usulî ehliyeti medenî hukuktaki ehliyetin aynı saydığından (bkz. geride § 1 dn. 4 ve 8a), yabancıların İsviçre mahkemesinde usulî muamele yapmak ehliyetini ve bu ehliyetin yokluğunun sonuçlarını da, o yabancının millî medenî hukukuna tâbi tutmaktadır, bkz. FMK 14 Haziran 1956, BGE 82 II 173.

5) *Ansay*, N. 70, s. 114.

6) Aksi görüş, *Egger*, Art. 54-55 N. 14 (*Çernis* terc., s. 43). Bu müellife göre organsızlık, fiil ehliyetsizliği sonucunu doğurur, fakat yargıç tarafından bir idare hey'eti tâyini suretiyle değilse bile bir kayyım tâyini suretiyle bu ehliyetsizlik giderilebilir (ZGB 393/MK 377 bent 4). Bizce organsızlık fiil ehliyetinin kalkması sonucunu değil, bu ehliyetten faydalanarak muamelede bulunmanın imkânsızlığı sonucunu doğurur. Pratik bakımdan iki görüşün sonuçları arasında fark yoksa da bu durum *Egger*'in tavsifinin doğru sayılmasını gerektirmez.

7) *Ansay*, N. 70 (s. 114). Müellifin eserinde MK 377 ye yapılmak istenen atıf belki bir baskı yanlışı sonucunda MK 337 ye yapılmıştır.

8) *Egger*, Art. 54-55 N. 14 (*Çernis* terc., s. 43).

leceği gerçeği, hükmi şahsın usulî muamele ehliyetinden mahrum sayılmasını gerektiremez; aksi görüş" bizce doğru değildir.

2. Medenî hukuktaki fiil ehliyetine sahip olmayanlar, usulî muamele ehliyetine de kaideten sahip değildirler ve bunlar şu kategorilerde bulunan kimselerdir:

a) Mümeyyiz olmayanlar (ZGB 16/MK 13).

b) Mahdut ehliyetsizler yâni mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurlar (ZGB 19/MK 16).

c) Buna karşılık, mahdut ehliyetli denen kimseler, gerçekte fiil ehliyetine ve usulî muamele sahiptirler⁹. Bunlardan, evli kadının durumu ile ilgili bazı problemler ileride § 3 I 1 de ve kendisine kanunî müşavir tâyin edilmiş kimsenin durumu aşağıda 3 de incelenmektedir.

3. Kendisine kanunî müşavir tâyin olunan kimse usul muameleleri için müşavirinin reyini almak zorundadır. (ZGB 395/MK 379 bent 1). Bu reyi almadan usul muamelesinde bulunduğu takdirde ZGB 410 ve 411/MK 394 ve 395 kıyasen tatbik olunur¹¹; müşavir izinden imtina ettiği daha doğrusu tasvipte bulunmadığı takdirde dâvanın dinlenebilir olmadığından reddi gereklidir¹². Türk MK nda husumet için müşavirin reyi alınacağı söylenmekte ise de bu husumet sözünden bütün usul muameleleri anlaşılmalıdır¹³. Maamafih icra muameleleri için müşavirin reyini almaya ihtiyaç yoktur¹⁴.

Türk doktrininde, müşavirin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı üzerinde ihtilâf vardır: birinci fikir¹⁵ müşavirin hiçbir temsil yetkisi yoktur, «medenî hukukta müşavir için bir temsil yetkisi tanınmamıştır» derken, ikinci görüş¹⁶ müşavire temsil yetkisi tanımaktadır. Bu iki görüşten ne biri, ne diğeri tamamen doğrudur.

9) Schönke/Schröder/Niese, § 24 II 3 a (s. 123); Berki, s. 12.

10) Ansay, N. 70 (s. 113); keza bkz. Egger, Art. 395 N. 43 (Çernis terc., s. 405).

11) Egger, Art. 395 N. 43 sonu (Çernis terc., s. 406).

12) Egger, Art. 395 N. 58 (Çernis terc., s. 412).

13) Egger, Art. 395 N. 54 (Çernis terc., s. 410).

14) Egger, Art. 395 N. 56 (Çernis terc., s. 411).

15) Ansay, N. 70 (s. 113).

16) Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. basım, İstanbul 1950, N. 282 sonu (s. 162) de menfi görüşü belirtmiş ise de İBD nin Medenî Kanununun 15 inci yılı fevkalâde sayısı, s. 208 de ve HUMK Şerhi, İstanbul 1939, m. 60 altında dn. 1 de müşavirin temsil yetkisi olduğu fikrini savunmuştur.

Gerçek şudur ki, MK 379, mehz ZGB nin 395 inci maddesinden yanlış tercüme edilmiştir. MK m. 379 f. II nin ifadesinden, f. I gereğince kendisine müşavir tâyin edilen kimse aynı zamanda mallarını idare hakkından da mahrum edilebilir anlamı çıkmaktadır. Halbuki ZGB m. 395 f. II, f. I şartları gerçekleşmişse bir kimsenin mallarını idare hakkından mahrum edilebileceğini söyler. Yâni İsviçre'de iki tip müşavirlik müessesesi vardır¹⁷ ZGB 395 f. I de düzenlenen, rey müşavirliğidir¹⁸; f II deki ise idare müşavirliğidir¹⁹ Maamafih Federal Mahkeme gerektiği takdirde bu iki tip müşavirliğin birleştirilebileceğini belirtmektedir²⁰. Birleştirme faraziyesi bir yana, ZGB 395 f. I gereğince tâyin edilen rey müşaviri, kendisine müşavir tâyin olunmuş kimsenin temsilcisi değildir²¹; buna karşılık f. II deki idare müşaviri, dâva ve icra tâkibi iş'lerinde, hattâ müşaviri olduğu kimsenin arzusu hilâfına, onu temsil eder, fakat bu temsil yetkisi malların idaresi sahasındadır²².

4. Mallarına haciz konmuş borçlu veya müflisin durumu özellik arzeder. Mücerret borçlu olmak, fiil ehliyetine etki etmediği gibi, haciz veya iflâs da bu ehliyeti kaldırmaz ve kısıntıya uğratmaz²³. Haciz sadece, borçlunun mahcuz mal üzerindeki tasarruf yetkisini —özel bir anlamda— kaldırır²⁴. Keza müflisin de iflâs masasına dahil mallar üzerindeki tasarruf yetkisi —özel bir anlamda— kaldırılmıştır²⁵. Hernekadar SchKG 240/İİK 226 iflâs masasının temsilcisinin iflâs idaresi olduğunu söylüyor ve masayı kazaf makamlar önünde temsil yetkisinin iflâs idaresine ait olduğunu açıkça belir-

17) *Egger*, Art. 395 N. 5 (*Çernis* terc., s. 386).

18) *Egger*, Art. 395 N. 23 (*Çernis* terc., s. 394).

19) *Egger*, Art. 395 N. 24 (*Çernis* terc., s. 395).

20) BGE 66 II 13.

21) *Egger*, Art. 395 N. 42 başlığı ve bilhassa N. 43 (*Çernis* terc., s. 404-405).

22) *Egger*, Art. 395 N. 79 ve 80 (*Çernis* terc., s. 419).

23) *Umar*, İptal Dâvası, İstanbul 1963, s. 15 ve orada dn. 71; *Egger*, Art. 12 N. 6 (*Çernis* terc., s. 165).

24, 25) *Umar*, a.g.e., s. 16 dn. 72. Burada tasarruf yetkisinin «kaldırılması» sözü ile neyin kastedildiği hakkında bkz. SchKG 96/İİK 86 ve SchKG 204/İİK 191: «mahcuz mal üzerinde üçüncü şahsın iktisap ettiği haklar alacaklının ... haklarını ihlâl ettiği nisbette bâtildir»; «Borçlunun iflâs açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür». Bundan anlaşılacağı üzere tasarruf serbestliği tamamen kaldırılmamaktadır.

tiyorsa da²⁶ bu, müflisin fiil ehliyetinin ve binnetice usulî muamele ehliyetinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı demek değildir, bkz. ileride § 3 I 2.

5. Terekenin resmen tasfiyesi veya bir vasiyeti tenfiz memurunun bulunması hâlinde mirasçının durumu için bkz. § 3 I 3.

III. Taraf ehliyetini haiz olup da usulî muamele ehliyetine sahip olmayanların durumunun özel olarak incelenmesi.

1. Genel olarak ceninin durumu. Cenin hernekadar istifade ehliyetini haiz ise de (ZGB 31/MK 27) onun şahsiyeti, Alman hukukundaki telâkkinin²⁷ aksine olan İsviçre - Türk hukukunun telâk-kisince talikî şarta bağlıdır²⁸. Şu hale göre onun adına kanunî temsil yolu ile hakların kullanılması kaideten mümkün değildir; çünkü onun istifade ehliyeti ancak ceninin şahsiyet kazandığı, yâni sağ olarak tamamiyle doğduğu anda gerçekleşecek ve geçmişe etkili olarak, yâni ana rahmine düşme ânından itibaren hükmünü icraya başlayabilecektir²⁹. Esasen, kaide olarak, cenin adına onun haklarını kullanabilecek bir kanunî mümessil yoktur; çünkü müstakbel ana-baba ceninin velisi olmadıkları gibi, henüz şahsiyet kazanmamış olan cenine vasî tâyini de mümkün değildir; cenine kayyım tâyini ise ancak istisnaî faraziyelerde (ZGB 311/MK 298 ve ZGB 393/MK 277 bent 3) kabul edilmiştir³⁰. Bizim de katıldığımız görüş budur³¹.

26) İsviçre metni: «Elle représente la masse en justice».

27) Bkz. § 1 III 1 a ve orada dn. 10.

28) *Egger*, Art. 31 N. 8 (*Çernis terc.*, s. 340); *Ataay*; fasikül 1, s. 18.

29) *Ataay*, fasikül 1, s. 18.

30) *Ataay*, fasikül 1, s. 19. Hernekadar kanunun kayyım tayini hakkındaki hükümleri, ancak kanunda gösterilen hallerde kayyım tayin edilebileceği anlamında tahdidi değil iseler de, ceninle ilgili hükümlerin istisnaî mahiyeti gözönünde tutularak, cenin'e hangi hallerde kayyım tayin edileceğinin kanunda tahdidi olarak gösterildiği konusunda *Ataay*'a hak vermek gerekir.

31) *Egger*'in ve *Postacioğlu*'nun bu konudaki görüşleri açık değildir. *Egger*, Art. 393 N. 20 de (*Çernis terc.*, s. 371) cenin'in istifade ehliyetine sahip olduğunu ve onun menfaatlerinin kanunen (?) ana-babası tarafından korunacağını; ana babanın ve eğer baba ölmüşse ana'nın cenin için sigorta tazminatı veya kaza tazminatı hakkını dermeyan etmekle mükellef olduklarını söylemektedir. Eğer bu sözler ana-babanın cenin adına doğumdan önce dâva açabileceği anlamını taşıyorlarsa o zaman bizzat *Egger* tarafından belirtilen (bkz. yukarıda dn. 28) ceninin şahsiyetinin talikî şarta bağlı olduğu esasî inkâr ediliyor demektir ki ana-babanın böyle bir yetkiye sahip bulunmasını icab

2. Evlilik dışı birleşmeden meydana gelen ceninin durumu. ZGB 311/MK 298 gereğince menfaatlerinin korunması için kendisine kayyım tâyin edilen³² evlilik dışında hâsıl olmuş ceninin bir kanunî mümessili varsa da, bu kanunî mümessilin doğumdan önce cenin adına kullanabileceği hakların sınırını babalık dâvasından ibaret olarak çizmek gerekir³³, ³⁴; kayyımın babalık dâvasını doğumdan önce açabilmesi, ZGB 308/MK 296 daki hükmün sonucudur³⁵.

3. ZGB 393/MK 377 bent 3 gereğince mirastaki menfaatlerinin korunması için kayyım tâyin edilen ceninin durumu. Önce belirtmek gerekir ki bu madde gereğince tâyin edilen kayyım, mâme-

ettiren gerekçe gösterilmedikçe müellifin tenakuza düşmüş bulunacağı açıktır. Halbuki kanunen ceninin menfaatlerini korumakla görevli bulunduğu söylenen ana-babaya bu görevin kanunun hangi hükmüyle yüklendiği dahi belirtilmemiştir. *Postacioğlu*, s. 150 ise cenin adına tereke hakkında muhafaza tedbiri almak imkânı olduğu görüşündedir. Metinde belirttiğimiz üzere (bkz. ileride 3) ZGB 393/MK 377 bent 3 gereğince mâmeleke tâyin edilen idare kayyımının, ceninin menfaati için —fakat cenin adına değil— tereke hakkında muhafaza tedbiri almak yetkisi varsa da cenin'in ana babasına böyle bir yetki tanınmasına imkân veren bir kanun hükmü yoktur.

32) ZGB 311/MK 298 kayyım tâyinine selâhiyetli mahkemeyi göstermemiştir. Doktrin kayyımın doğumdan önce tâyini hâlinde selâhiyetli mahkemenin ananın ikametgâhı mahkemesi olduğunda müttefiktir (*Silbernagel*, Art. 311 N. 43; *Egger*, Art. 311 N. 4, *Çağa* terc., s. 233; *Özsunay*, İHFM 1962, c. XXVIII, sayı 2, s. 514). Buna karşılık, kayyım çocuğun doğumundan sonra tâyin edilecekse selâhiyetli mahkemenin hangisi olduğu münakaşalıdır. *Egger*, Art. 311 N. 5 de (*Çağa* terc., s. 233) savunulan fikre göre bu halde de ananın doğum zamanındaki ikametgâhı mahkemesi selâhiyetlidir. Buna karşılık *Silbernagel*, Art. 311 N. 43 ve *Özsunay*, a.g.m., s. 515 de savunulan ikinci fikre göre, çocuğun sâkin bulunduğu yer mahkemesi kayyım tâyinine selâhiyetlidir. *Özsunay*'ın gerekçeleri bize de haklı görünüyor.

33) *Ataay*, fasikül 1, s. 19.

34) Kayyımın açacağı babalık dâvası konusunda bilgi için bkz. *Özsunay*, a.g.m. Bu makalede incelenen 2.5.1960 tarih ve E: 5K: 8 sayılı Tevhidi İçtihad kararı, kayyım tarafından açılacak babalık dâvasının tâbi olduğu hak düşüren sürenin başlangıcı mes'elesi ile ilgilidir ve kayyımın doğumdan sonra tâyin edilmiş olması hâlinde, ZGB 308/MK 296 daki bir yıllık süreyi, kayyımın tâyini tarihinden itibaren başlatmaktadır. *Egger*, Art. 308 N. 8 (*Çağa* terc., s. 222) deki görüşe uygun olan bu içtihadı *Özsunay*, a.g.m., s. 522 tasvib, *Postacioğlu*, s. 157 dn. 15 tenkid etmektedir.

35) Bkz. geride § 1 dn. 12.

leki idare etmekle vazifeli bir idare kayyımıdır³⁶. Kayyım, idareye ait selâhiyetleri çerçevesinde olmak üzere, temsil yetkisini de haizdir; usulî muamelelerde temsil yetkisi de bu aradadır³⁷. Şu hale göre onun, temsil yetkisinin yürüdüğü alan içinde yâni terekeyi idare etmek görevinin gerektirdiği sınırı aşmamak üzere, hattâ cenin doğmadan önce dâva açabileceğini veya açılmış bir dâvada dâvalı olabileceğini kabul etmek icab eder. Ancak görüşümüzce bu kayyımın sıfatı cenin'in temsilcisi olmasından değil, malların kayyımı olmasından doğar ve o, dâvada «memuriyet icabı taraf» tır (Partei kraft Amts). Aksi görüş yâni kayyımın ceninin temsilcisi olduğu görüşü kabul edilirse, sağ doğum vaki olmadığı takdirde kayyımın taraf olduğu dâvanın reddi ve eğer hüküm verilmişse hükmün etkisiz sayılması gerekecekti.

4. Mümeyyiz olmayanların durumu.

a) Mümeyyiz olmayan kimsenin fiil ehliyeti olmadığı gibi usulî muamele ehliyeti de yoktur; keza onun fiili medenî hukukta kanunî mümessilin (veya sonradan temyiz kudretini kazanmış ise bizzat kendisinin) icazetiyle muteberlik kazanarak hukukî sonuç doğuramayacağı gibi³⁸ usulî muamele bakımından da aynı çözümler yürür. Hattâ, görüşümüzce, mümeyyiz olmayanın yaptığı usul muamelesinin muteber olmadığına onun zararına olarak öne sürülmesine hüsnüniyet esası da engel olmaz; halbuki medenî hukukta durum böyle değildir³⁹.

b) Yukarıda söylenenlerden anlaşılacağı üzere mümeyyiz olmayan kimse adına ancak onun kanunî mümessili usulî muamele yapabilir; temyiz kudretinin bulunduğu sırada kendine vekâlet verilmiş akdî mümessilin durumu için bkz. ileride dn. 76.

c) Şahsa bağlı hakların kullanılması ile ilgili hukukî fiillerin (ve buna paralel olarak, usulî muamelelerin) kanunî mümessil tarafından yapılabilip yapılamıyacağı problemi üzerinde özel olarak durulmalıdır.

36) *Egger*, Art. 393 N. 8 (*Çernis* terc., s. 365).

37) *Egger*, aynı yer.

38) *Ataay*, fasikül 1, s. 45.

39) *Egger*, Art. 18 N. 13 (*Çernis* terc., s. 193-194); *Ataay*, fasikül 1, s. 47.

Bir görüşe nazaran⁴⁰ şahsa bağlı hakların ayırıcı özelliği bunların şahsa sıkı surette bağlı olmasıdır ve başka kimse tarafından kullanılamamasıdır; bu özellik, şahsa bağlı hakların kanunî mümessil tarafından, temsil ettiği şahıs adına kullanılmasına imkân vermez.

Başka bir görüşe⁴¹ nazaran, bu kategori haklar kendi içlerinde tasnif edilebilirler:

aa) Bütün ölüme bağlı tasarruflar, evlilik dışı doğan çocuğun tanınması birinci bölümü teşkil eder; bunları hak sahibinden başka kimse kullanamaz, yâni kanunî mümessil dahi kullanamaz. Hak sahibi mümeyyiz ise, bu hakları kullanmakta kanunî mümessilin rızasına muhtaç değildir.

bb) İkinci bölüme girenler, hak sahibi temyiz kudretini haiz ise ancak onun tarafından ve üstelik kanunî mümessilin rızası gerekmeksizin kullanılabilir; fakat hak sahibi temyiz kudretine sahip değil ise onun adına kanunî mümessil tarafından kullanılması mümkündür⁴². Bu kategoriye örnek olarak şahsiyet hakları, mânevî tazminat istemek hakkı, isim üzerindeki hak, ismin değiştirilmesini istemek hakkı, nafaka istemek hakkı, boşanma dâvası açmak yetkisi, tanınmanın iptali dâvası, nesebin reddi dâvası sayılmaktadır.

cc) Üçüncü bölüme giren hakların kullanılması ise, hak sahibi temyiz kudretine sahip ise ancak ona aittir, fakat kanunî mümessilin rızası lâzımdır ve bu lüzum bunları birinci kategoridekilerden ayırır; hak sahibinin temyiz kudretine sahip olmaması hâlinde bu hakları kanunî mümessil dahi kullanamaz.

Doktrinde çoğunluğun temayülü, değişik gerekçelerle ve bazı önemli veya önemsiz farklarla bu ikinci görüşün lehinedir. Ezcümle *Ataay*'a göre⁴³ «gayrimümeyyiz bir kimsenin haiz bulunduğu münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kanunî mümessil tarafından kullanılabilmesi ancak, bahis mevzuu hakkın kanunî temsil yolu ile kullanılmasının kabul edilmemesi dolayısıyla (bu hakkın) varlığının hak sahibi bakımından bir mâna ifade etmemesi (yâni nazarı kalması)... hâlinde kabul edilebilmektedir». *Postacıoğlu*'nun⁴⁴ fikri

40) *Gönensay*, Medenî Hukuk, c. I, İstanbul 1936, s. 90 sonu.

41) *Lador*, s. 43-46. Keza *Egger*, Art. 19 N. 10 ilâ 16 (*Černis* terc., s. 201-204) de de buna benzer bir tasnif vardır.

42) *Lador*, s. 45.

43) *Ataay*, fasikül 1, s. 52 ve sonrakiler, bilhassa s. 55.

44) *Postacıoğlu*, s. 151 ve s. 154.

ise az önce naklolunan ikinci görüşe daha çok yakındır; ancak o da boşanma dâvasının kanunî mümessil tarafından açılmasına *Egger* gibi⁴⁵ kaide ten cevaz görmemekte ve sadece, mahcurun şerefini korumak için kanunî mümessile boşanma dâvası açmak yetkisi tanımaktadır. *Ansay*⁴⁶ ise, bu fikri sadece herhangi bir özel durum için savunduğu yolunda bir açıklama yapmaksızın «Gerçekten, temyiz kudretini haiz olmayan bir kimse dâva açamayacağından kanunî mümessile de bu yetenek tanınmadığı takdirde böyle bir kimseye ait olan kişiye bağlı bir hak ve menfaatin kullanılmasına imkân kalmayacaktır; bu ise ihtiyaca uygun olmaz» demektedir⁴⁷.

Şahsa bağlı hakların kanunî mümessil tarafından kullanılabilip kullanılamıyacağı konusundaki genel probleme, boşanma dâvası açmak yetkisi bakımından dokunan mahkeme içtihadlarında da görüş birliğine rastlanmamaktadır. Temyiz Mahkemesinin bir kararında⁴⁸ ve bir Bern kararında⁴⁹ *Postacioğlu*'nun katıldığı görüş kabul edilmiştir⁵⁰. Almanya'da bu münakaşaya yer yoktur, çünkü Alman ZPO § 612 f. II bu konuda açık hüküm ihtiva etmekte ve kanunî mümessile boşanma dâvası açmak yetkisini tanımaktadır.

5. Mümeyyiz küçük ve mahcurların durumu.

a) Kaide olarak bunların adına kanunî mümessilleri muamele yapar. Bunların kendi adlarına⁵¹ bizzat yaptıkları muamele, kaide ten, mümessilin rızası olmadan yapılmışsa, bâtil veya iptal edilebilir olmamakla beraber ZGB 410/MK 394 deki mehil geçinceye kadar muallâktadır ve mehil icazet verilmeden geçerse muamele etkisiz olur⁵². Maamafih icazetin verilmesi ile muamele, geriye

45) *Egger*, Art. 19 N. 10 (*Çernis* terc., s. 201). Müellif hiçbir istisnayı saklı tutmamıştır.

46) *Ansay*, N. 70 (s.111).

47) Müellifin atıfta bulunduğu Alman ZPO hükmü § 602 değil, § 612 f. II olmalıdır.

48) II HD 3.3.1947, E: 5923, K: 1219 (*Kömürçüoğlu/Ergüney*, s. 252).

49) *Lador*, s. 84 de anılan 5 Mayıs 1929 tarihli karar.

50) FMK 2 Aralık 1925, BGE 51 II 541 deki kararın aksî çözüme vardığı intibai *Postacioğlu*, s. 151 deki atıftan hâsıl oluyorsa da bu karar başka şeyden bahseder ve *Postacioğlu*'nun başka bir görüşünü haklı gösterir, bkz. § 1 dn. 18.

51) Bunlar başkaları adına, temsil yolu ile muteber muameleler yapabilirler, *Egger*, Art. 19 N. 19 (*Çernis* terc., s. 205).

52) *Egger*, Art. 410 N. 21 ve 22 (*Çernis* terc., s. 590-591).

etkili olarak muteberlik kazanır⁵³. Durum bu olmakla beraber hâkim, tarafın küçük veya mahcur olduğu anlaşıldığı takdirde, kanunî mümessilin rızasının⁵⁴ istihsal edilmesi için muhakemeyi tâlik etmeye mecburdur ve ancak müstacel işlerde dâvanın muvakkaten devamına karar verebilir (HUMK m. 39 un kıyasen tatbiki).

b) Mümeyyiz küçük veya mahcurlar, münhasıran şahsa bağlı haklarının kullanılması ile ilgili usul muameleleri için usulî muamele ehliyetine sahiptirler ve bunun için kanunî mümessilin izin veya icazetine ihtiyaçları yoktur (HUMK m. 38 in yaptığı atıf icabı ZGB 19/MK 16). Binaenaleyh boşanma dâvası açabilirler. Maamafi bu imkân onların temyiz kudretinin yalnız boşanmanın mânasını idrak edecek seviyede değil, aynı zamanda kendi boşanma sebeplerini de takdir edebilecek seviyede bulunmasına bağlıdır⁵⁵. Federal Mahkeme bunların, kanunî mümessilin izin veya icazetine muhtaç olmaksızın, kendilerine karşı açılan babalık dâvasını yürütebileceklerini kabul etmemiş, bu faraziyede şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasını görmemiştir⁵⁶. Fakat, hacre karşı kendini koruma hakkının şahsa bağlı bir hak olarak varlığı kabul edilmekte ve hacredilen kimsenin hacirin kaldırılması için mahkemeye başvurmak yetkisine sahip bulunduğu, hattâ bu iş için avukat tutabileceği doktrin ve içtihadlarca belirtilmektedir⁵⁷. Bütün bu hallerde ve aşağıda (c) de incelenecek olan hallerde, kanunî temsilci *bu sıfatıyla* küçük veya mahcur adına usulî muamele yapamaz, fakat vekil sıfatıyla yapabilir⁵⁸, yeter ki o usulî muameleyi yapabilmek için vekilde

53) *Egger*, Art. 410 N. 21 (Çernis terc., s. 590). Hattâ mahcurun, kendi aleyhine açılmış bir dâvada müdafaa da bulunması dahi kanunî mümessilli marifetiyle veya kanunî mümessilin rızasıyla olmak lâzımdır. FMK 6 Nisan 1955, BGE 81 I 143 sonu. Federal Mahkeme bu bakımdan ceza dâvası ile hukuk dâvası arasında fark olmadığını da açıklıyor.

54) Daha doğrusu, şimdiye kadar yapılmış usul muameleleri için icazetinin ve bundan sonra yapılacaklar için rızasının.

55) *Postacıoğlu*, s. 152 ve FMK 20 Mayıs 1952, BGE 78. II, 99. JdT 1953, s. 6.

56) FMK 27 Aralık 1916, BGE 42 II 557-558; JdT 1917 s. 305.

57) *Ansay*, N. 70 (s. 111-112). Keza bkz. FMK 15 Şubat 1951, BGE 77 II 11 ortası. Federal Mahkeme yeni bir kararında (21 Eylül 1961, BGE 87 II 129) bir kimsenin, eşinin hacir altına konmasına karşı kendi adına herhangi bir hukukî karşı-koyma yoluna başvuramayacağı gibi kaide olarak eşini temsil eden dahi böyle bir yola başvuramayacağını belirtiyor.

58) *Ansay*, N. 70 (s. 112).

aranan şartları (meselâ baroya kayıtlı avukat olmak şartı) haiz bulunsun. Temyiz Mahkemesi bu hususu gözönünde tutmadığından yaş tashihi dâvalarında yanlış bir görüşü savunmaktadır. Gerçekte, yaş tashihi dâvalarının da kanunî mümessil tarafından açılabilmesi ancak küçük veya mahcurun mümeyyiz olmaması halinde mümkündür⁵⁹; Temyiz Mahkemesi ise kanunî mümessilin ancak bu takdirde dâva açabileceğini düşünmeksizin, «yaş tashihi dâvalarının kanunî mümessil ve savcı tarafından da açılabilmesi bu dâvayı açmanın, şahsa bağlı bir hakkın kullanılması sayılamıyacağını gösterir ve şu hale göre mümeyyiz küçük veya mahcur bu dâvayı açamaz» yolunda bir görüşü, arasına doğru çözüm lehine vâki inhiraf-lara rağmen⁶⁰ savunmaktadır⁶¹.

✱ c) ZGB 295/MK 283 gereğince, aile dışında yaşayan çocuk kazancında serbestçe tasarruf edebileceğinden; ZGB 296/MK 284 gereğince, meslek ve san'at icra etmekte olan çocuk kendine verilen malında idare ve istifade hakkına sahip bulunduğundan; ZGB 412/MK 396 gereğince, Sulh Mahkemesi tarafından kendisine bir meslek veya san'atla iştigal için mezuniyet verilmiş vesayet altındaki kimse bu san'at veya mesleğin zaruriyatından olan her tasarrufu yapabileceğinden; ZGB 414/MK 398 gereğince, vesayet altındaki kimse kendi tasarrufuna bırakılan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları bizzat idare etmek hakkını haiz olduğundan, bütün bu faraziyelerde mümeyyiz küçük veya mahcur, tasarruf serbestliğinin sınırı içinde olarak, ilgili usulî muameleleri yapmak ehliyetine de sahip sayılmalıdır⁶².

d) Küçük veya mahcur ivazsız iktisap için kanunî mümessilin iznine muhtaç değilse de, bu iktisabı gerçekleştirecek edâ için edâ dâvası açamaz, çünkü böyle bir dâvanın reddi hâlinde muhakeme masrafları ona yükletilecektir⁶³.

59) *Postacioğlu*, s. 155; II HD 23.1.1933 ve HUH 13.12.1933 (*Öktem* HUMK s. 139).

60) IV HD 13.2.1929, HUH 13.12.1933, II HD 23.8.1938 (*Öktem*, s. 139) ve III HD 19.12.1952 (*Postacioğlu*, s. 155). Bu kararlar mümeyyiz küçük veya mahcurun şahsa bağlı hakları kullanmakta kanunî mümessilin rızasına muhtaç olmadığı için yaş tashihi dâvasını da bizzat açabileceğini belirtmektedirler.

61) III HD, 19.2.1952, E: 2246, K: 1623 (*F. H. Saymen*'in tenkid notu ile birlikte, *İst. B. D.*, 1952, s. 89) ve HUH 13 Ocak 1954, E: 3/1, K: 1 (*Ömerbaş/Çetintaş*, c. II, s. 409).

62) *Ansay*, N. 70 (s. 112); *Egger*, Art. 19 N. 5 (*Çernis* terc., s. 199).

63) *Ansay*, N. 70 (s. 112).

IV. Usulî muamelelerde temsil yetkisi bakımından veli, vasî ve kayyımın durumu.

1. *Veli*. Veli, vasîden ve kayyımdan farklı olarak, kanunî temsilci sıfatıyla usulî muamelelerde bulunabilmek için Sulh Mahkemesinin iznine muhtaç değildir, çünkü buna gereklilik gösteren bir kanun hükmü yoktur.

2. *Vasî*. Vasî, dâva açabilmek için, daha doğrusu aktif veya pasif husumetin her türlü için⁶⁴ Sulh Mahkemesinden izin almaktır, ZGB 421/MK 405 bent 8. Ancak, vesayet altındaki kimsenin usulî muamele ehliyetini haiz bulunduğu faraziyeler, meselâ şahsa bağlı hakkın kullanılması ile ilgili dâvaların geride III 4 c bb'deki bölümüne giren bir dâva için Sulh Mahkemesinden izin istemeğe lüzum yoktur⁶⁵, çünkü vesayet altındaki kimse mümeyyiz olsa idi hattâ vasînin iznini almadan bu dâvanın açılması mümkündür. Vesayet makamının anılan maddeye göre verilmiş izni olmaksızın vasînin yaptığı usulî muamele, veya bizzat usulî muamele yapması için vesayet altındaki kimseye verdiği izin, hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük re'sen, hattâ Temyiz Mahkemesi tarafından dahi, nazara alınmalıdır⁶⁶. Mücerret vasî tayin edilmek usulî muameleler için temsil izninin verilmesini tazammun etmez⁶⁷; hattâ vasîyi bu göreve tâyin eden mahkeme kararında vasîye ayrıca fakat umumî olarak dâva açmak izninin verilmesi caiz değildir ve bu, kanunun her hâdise için ayrı izin alınması lüzumunu derpiş eden hükmüne aykırıdır⁶⁸.

ZGB 421/MK 405 bent 8, acele işlerde vasînin Sulh Mahkemesinden izin olmaksızın dahi usul muamelelerini yapabileceğini de belirtmektedir. ancak bu usul muamelelerinin muteberliği bir şarta yâni Sulh Mahkemesinde iznin sonradan verilmiş olması şartına bağlıdır⁶⁹.

64) Egger, Art. 421 N. 34 (Çernis terc., s. 701-702).

65) Egger, Art. 421 N. 34 (Çernis terc., s. 702).

66) Egger, Art. 421 N. 36 (Çernis terc., s. 703).

67) Aksi görüş kabul edilseydi ZGB 421/MK 405 bent 8 abesle uğraşacaktı.

68) HUH 27.1.1954, E: 4/7, K: 3 (Öztek-Kazançı, m. 42 N. 355 ve Karak, m. 38 N. 105).

69) Zimnen aynı: Ansay, N. 70 (s. 110); Egger, Art. 421 N. 34 sonu (Çernis terc., s. 702). Buna karşılık Leuch, Art. 35 N. 5 sonu (s. 68), dâva açıldıktan sonra sulh mahkemesinin izin vermemesi halinde dâvadan feragat edilmiş olacağını söylüyor ki bizce bu görüş doğru değildir ve bu halde dâ-

Gecikmede mahzur bulunan hallerde usul muamelesi bizzat mümeyiz küçük veya mahcur tarafından⁷⁰, hattâ bizzat vesayet makamı olan Sulh Mahkemesi tarafından (ZGB 386/MK 370 f. I. Bizde iki fıkra birbirine eklenmiştir) yapılabilir⁷¹.

3. *Kayyım*. Kayyımın usulî muameleleri yapabilmek konusunda taşıdığı sıfat ve bu yetkinin hudutları, kayyım tâyinini gerektiren sebebe göre tâyin edilir. Kayyım tesis edilebilecek halleri gösteren kanun hükümleri tahdidî değildir; ZGB 392/MK 376 f. I de «... kanunun tâyin ettiği... hallerde...» denmesi aksi sonuca varılmasını zarurî kılmaz⁷².

ZGB 367/MK 353 f. II gereğince, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça vasî ile ilgili kaideler kayyım hakkında da uygulanır. Binaenaleyh kayyım dahi, usulî muamelelerde bulunabilmek için Sulh Mahkemesinden izin almalıdır; hattâ ZGB 311/MK 298 gereğince tâyin edilen kayyımın babalık dâvası açması için dahi bu izin alınması gereklidir⁷³.

V. Usulî muamele ehliyetinin önemi ve bunun yokluğunun sonuçları.

1. Tıpkı taraf ehliyeti gibi, usulî muamele ehliyeti de iki bakımdan önem taşır:

- a) Usulî muamele ehliyeti dâvanın dinlenme şartlarındanandır⁷⁴;
- b) Usulî muamele ehliyeti, yine tıpkı taraf ehliyeti gibi, usulî muamelelerin bir muteberlik unsurudur⁷⁵. Bu sebepten, usul sırasında taraflardan birinin usulî muamele ehliyetini kaybetmesi o tarafa kanunî mümessil tâyin edilmek üzere usulün durmasına yol açar (HUMK m. 42). Maamafih hâkim bu mecbur tutulmamıştır, çünkü tarafın bir akdî mümessili usulü yürütüyor idiye OR 405/BK 397 f. II nin cevaz verdiği ve Avukatlık Kanunu m. 30 un da bu cevazı teyid ettiği hallerde usul durdurulmayabilir, yâni dâ-

vanın hiç açılmamış sayılması gerekir; muhakeme masrafları vasinin şahsına yükletilecektir.

70) *Ansay*, N. 70 (s. 110).

71) *Ansay*, N. 70 (s. 110-111).

72) *Egger*, Art. 392 N. 8 (*Çernis* terc., s. 342).

73) *Egger*, Art. 311 N. 6 (*Çernis* terc., s. 234).

74) *Rosenberg*, § 43 III 1 a (s. 186); *Schönke/Schröder/Niese*, § 24 IV (s. 124); *Baumbach/Lauterbach*, § 51 N. 1 sonu. Karş. geride § 1 V 1 a.

75) *Rosenberg*, § 43 III 1 b (s. 187). Karş. geride § 1 IV 1 b.

vanın tâliki kararı verilmeyebilir. Fakat söylenen faraziye dışında hâkimin tâlik kararı vermekte takdir yetkisi olamaz, yâni tâlik kararının verilmesi gerekir^{76,77}, ancak gecikmede mahzur varsa hâkim HUMK m. 41 i kıyasen uygulayarak usulî muamele ehliyetini kaybeden tarafa bir kayyım tâyin edebilir.

Yukarıda söz konusu edilenin tamamen aksi durum da ortaya çıkabilir, yâni usul kendi adına yürütülen fakat başlangıçta usulî muamele ehliyetine sahip olmayan taraf sonradan bu ehliyeti kazanabilir; bu faraziyede o taraf usulü artık bizzat yürütecektir⁷⁸.

2. Usulî muamele ehliyetinin yokluğu, usulün her safhasında, hâkim tarafından re'sen nazara alınmalıdır⁷⁹. Eğer usulî muamele ehliyeti bulunmayan taraf dâvalı ise, bu takdirde bir görüşe nazaran⁸⁰, ZGB 410/MK 394 kıyasen uygulanmalı ve dâvacıya mehil verilerek kanunî mümessile tebligat yapılmalıdır⁸¹. İkinci bir görüş başka çözüm savunmakta ve fiil ehliyeti bulunmayan kimsenin yaptığı muamele karşısında diğer tarafı kararsızlıktan kurtarmak amacı güden bir hükmün, yâni ZGB 410/MK 394 hükmünün, bizzat ehliyet sahibinin gereken ihtimamı göstermeyerek dâva açması fa-

76) Alman hukukunda durum farklıdır. Orada, usulün yürütmesi sırasında usulî muamele ehliyetinin kaybı, tâlik'i mecburî kılar (*Rosenberg*, § 43 III 1 a, s. 187), meğer ki tarafın bir vekili bulunsun; vekil varsa onun temsil yetkisi devam eder (Alman ZPO § 86). Bizde ise taraflardan birinin usulî muamele ehliyetini —daha doğrusu fiil ehliyetini— kaybetmesi kaide ten vekâlet münasebetinin son bulmasına yol açar, OR 405/BK 397 f. I, fakat aynı maddenin ikinci fıkrasında ve Avukatlık Kanunu m. 30 daki istisnalar saklıdır.

77) Dâvacı veya dâvalı birden çok olup bunlardan sadece biri ölür, iflâs eder veya hacredilirse dâva ya bütün taraflar hakkında tâlik edilir veya dâvaları ayırmak mümkün ise bu yola gidilir; sadece ölenin dâvası geri bırakılır; fakat bu son halde dahi hâkim dâvaların hepsini birden tâlik edebilir, yeter ki dâvalara birlikte bakılmasını münasip görsün ve kısa zamanda usulün yeniden yürütülebileceği umulsun (mealen aynı: *Ansay*, N. 72, s. 120).

78) *Rosenberg*, § 43 III 1 a sonu (s. 187); *Ansay*, N. 72 (s. 121); III HD 25.1.1952, E: 1099, K: 194 (*Karaok*, m. 38 N. 75); *Öktem*, s. 139 da tarih ve numarası belirtilmeksizin anılan bir karar; FMK 14 Haziran 1956, BGE 82 II 173.

79) *Rosenberg*, § 43 III 3 (s. 188); *Schönke/Schröder/Niese*, § 24 IV (s. 124); *Postacioğlu*, s. 160.

80) HUH 17.2.1951, E: 3-103, K: 34/49 (*Öztek/Kazanç*, m. 38 N. 316).

81) Tarafın kanunî temsilcisi yok ise, dâvayı gören mahkemece re'sen bir avukat tâyini caiz olmayıp ZGB/MK daki prensiplere göre bir kanunî mümessilin tâyininin sağlanması gerekir, *Egger*, Art. 12 N. 5 (*Çernis terc.*, s. 164) ve FMK 22 Mart 1922, BGE 48 II 26.

raziyesinde onu (dâvacıyı) korumak için uygulanmasının yerinde o'mayacağı gerekçesiyle, dâvanın reddi gerektiği sonucuna varmaktadır⁸². Bizce, itiraz olunan mesned, yâni ZGB 410/MK 394 hükmü olmaksızın dahi, HUMK m. 39 f. II nin kıyasen uygulanması yoluyla birinci görüşün vardığı sonuca ulaşmak mümkündür ve zannımızca yerinde olan çözüm de budur.

3. Bir kimse, kendisinin usulî muamele ehliyetine sahip olup olmadığının tesbiti amacını güden bir prosedürde usulî muamele ehliyetine sahiptir⁸³; karş. geride § 1 dn. 47.

4. Usulî muamele ehliyetine sahip bulunmayan kimsenin usulü dairesinde tâyin edilmiş mümessili olmayan kimselerin huzuru ile dâvanın görülmüş ve hükme bağlanmış olması, HUMK m. 445 bent 8 in şümûlüne girer ve iadei muhakemeye yol açabilir⁸⁴. Fakat dikkat etmeli ki, genel olarak, usulî muamele ehliyetine sahip olmayan kimse hakkında hüküm verilmiş olması başlı başına bir iadei muhakeme sebebi sayılmamıştır⁸⁵. Keza bu faraziye de hüküm bâtil olmadığı gibi⁸⁶, bu faraziye için Türk hukukunda, hükme karşı iptal dâvası gibi bir imkân da tanınmamıştır⁸⁷.

82) *Postacıoğlu*, s. 159; aynı yerde zikredilen HUH 18.4.1951 tarihli kararı.

83) *Rosenberg*, § 43 III 4 (s. 189); *Schönke/Schröder/Niese*, § 24 IV (s. 124).

84) Bu bende dayanarak iadei muhakeme istemek yetkisi yalnız usulü dairesinde temsil edilmemiş tarafa değil, onun hasmına da verilmiştir (*Baum-Lach/Lauterbach*, § 579 N. 4).

85) İadei muhakeme sebepleri kanunda tahdidî olarak gösterilmiştir ve bu sebeplerin kıyas yolu ile genişletilmesi caiz değildir.

86) *Schönke/Schröder/Niese*, § 24 IV sonu (s. 125). Halbuki Bern Kantonu ZPO § 87 f. I hükmü başka türüdür (bkz. anılan hüküm ve ayrıca *Leuch*, Art. 87 N. 2). Keza Genève CPC Art. 2 hükmüne dayanan Genève Kanton Mahkemesi de kaziyede hükmü keenlemeyekün saymıştır, *Perrot*, Art. 2.

87) Bu sebeple Türk hukukunda, *Leuch*, Art. 87 N. 3 sonunda savunulan görüş kabul edilemez. Anılan müellife göre, taraf sonradan usulî muamele ehliyetini kazanmış, fakat dâvada kendisinin usulü dairesinde temsil edilmediğini bildiği halde hükmün icrası sırasında bir itirazda bulunmamış ise hükme zimnen icazet vermiş sayılır. Halbuki Türk hukukunda zaten böyle bir itiraz imkânı yoktur.

§ 3. USULİ MUAMELE EHLİYETİ İLE YAKINDAN İLGİLİ BAZI KAVRAMLAR

I. Usulü yürütme yetkisi.

Ancak taraf ehliyetinin ve usulî muamele ehliyetinin varlığı hâlinde, tarafın «usulü yürütme yetkisi» nin bulunup bulunmadığı araştırılmak gerekir¹. Usulü yürütme yetkisi (Prozessführungsbe-fugnis veya -recht), bir maddî hukuk hakkının varlığı veya yoklu-ğu üzerinde karar verilmesini tazammun eden bir usulde k e n d i a d ı n a dâva açabilmek veya dâvalı olabilmek yetkisidir². Görül-düğü üzere bu kavram, sıfat kavramına çok yakındır; ancak bazan sıfat sahibi kimse, usulü yürütme yetkisini haiz olmayabilir:

1. Mal birliği rejiminde kadının şahsî malları ile ilgili dâva-ları koca yürütür. Gerçekte evli kadının usulî muamele ehliyeti tamdır (ZGB 168/MK 160 f. I. Bu maddenin ikinci fıkrasındaki istisna kadının usulî muamele ehliyetine hâlel vermez³). Kocanın, in-celediğimiz faraziyedeki yetkisi⁴ bir çeşit kanunî temsilcilikten do-ğuyor sayılamaz. Çünkü bu yetki kadının himayesi için değil, ka-dının şahsî mallarında istifade hakkı sahibi ve müdür sıfatıyla ko-canın haiz olduğu (ZGB 201/MK 197 f. I) menfaatten dolayı koca-ya verilmiştir⁵.

2. Bunun gibi, müflisin de, iflâs masasına giren mal ve hak-larla ilgili dâvalarda usulü yürütme yetkisi yoktur ve bu yetki iflâs idaresine aittir, halbuki iflâs idaresi müflisin temsilcisi değildir (SchKG 240/İİK 226), o alacaklıların bütünüdür temsilcisidir⁶, anı-lan maddedeki masa sözü de alacaklıların bütünü anlamında kulla-nılmıştır.

3. Keza vasiyeti tenfiz memurunun ve terekeyi resmen idare-ye memur kimsenin usulü yürütme yetkisi, mirasçının bu yetkisini bertaraf eder⁷.

1) Schönke/Schröder/Niese, § 23 VIII (s. 122).

2) Schönke/Schröder/Niese, aynı yer.

3) Leuch, Art. 35 N. 1 ve Ansay, N. 71 (s. 116).

4) Kocanın bu yetkisi yalnız mal birliği rejimindedir, mal ayrılığında koca karının dâvasını sırf bu sıfatla yürütemez, I HD 16.3.1933 ve 13.11.1932 (Öktem, s. 139 sonu) ve Tic. D. 23.3.1933, HUH 25.1.1939 (Öktem, s. 140).

5) Leuch, aynı yer; Ansay, aynı yer.

6) C. Jäger, art. 240 N. 5 (Petitmermet/Bovay terc., s. 318).

7) Ansay, N. 71 (s. 116).

4. Usulü yürütme yetkisinin mukavele ile doğduğu bir faraziye, SchKG 260/İİK 245 de görülür. Bu maddeye göre kendisine devir yapılan alacaklı masanın vekili değildir, keza iflâs idaresinin de vekili değildir, çünkü o, dâvayı kendi adına yürütür⁸ ve esasen bu husus anılan maddenin ifadesinden de anlaşılır. Keza, dâva konusu hak ona temlik edilmiş de değildir; çünkü o, dâva konusu hakkı başkasına temlik edemez⁹. Ona sadece bir dâva yürütme yetkisinin verildiği böylece anlaşılır¹⁰.

II. Usulî muameleyi bizzat yapabilmek ehliyeti (Postulationsfähigkeit).

Nihayet, taraf ehliyetinin, usulî muamele ehliyetinin ve usulü yürütme yetkisinin bulunduğu hallerde ve ancak bu takdirde varlığı aranan bir ehliyet daha vardır ki bu da usulî muameleyi bizzat yapabilmek ehliyetidir. Bunun usulî muamele ehliyetinden farkı şuradadır ki, usulî muamele ehliyetinin ve usulü yürütme yetkisinin bulunmasına rağmen taraf'a belli bir dâvada bütün usul muamelelerini veya bir kısım usul muamelelerini vekil marifetiyle yapmak mecburiyeti yüklenmiş olabilir ve işte bu takdirde tarafın «usulî muameleyi bizzat yapabilmek ehliyeti» bulunmaz. Türk hukukunda, Alman hukukunun (bkz. Alman ZPO § 157) aksine olarak, k a n u n'un böyle bir mecburiyet yüklediği vâki değil ise de h â k i m , iki taraftan birinin lâyıkıyla dâvasını tâkip edecek durumda o'madığını görürse ona bir vekil tutmasını emredebilir ve bu taraf emre uymazsa onun hakkında gıyabî usul uygulanır (HUMK m. 71). İşte kendisine vekil tutması emrolunmuş tarafın bundan böyle, usulî muamele ehliyeti şüphesiz bâki kalmakla beraber, usulî muameleyi bizzat yapabilmek ehliyeti yoktur.

Dr. Bilge UMAR

8) C. Jäger, art. 260 N. 3 Supp. 1915 ikinci cümle (Petitmermet/Bovay terc., s. 382).

9) Umar, İptal Dâvası, İstanbul 1963, s. 46 ve orada dn. 50.

10) Umar, a.g.e., s. 46 dn. 49 ve orada zikredilen eserlere bkz.

Bibliyografya

- Ansay** — Hukuk Yargılama Usulleri, 7. basım, Ankara 1960.
- Afsay** — Şahsın Hukuku (teksir edilmiş ders notları) fasikül 1: Hakiki şahıslar, İstanbul 1961.
- Baumbach/Lauterbach** — Zivilprozessordnung (Kommentar), 22. Auflage, München und Berlin, 1954.
- Cezar-Bru** — Précis élémentaire de procédure civile, Paris 1927.
- Egger** — 1. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, I. cilt, Giriş ve Kişinin Hukuku (çeviren: Çernis), Ankara 1947-2. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, 2. Kısım: Tüzel Kişiler (çeviren: Çernis), Ankara 1948-3. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II. cilt, Aile Hukuku (çeviren: Çağa), Ankara 1949-4. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II. cilt, Aile Hukuku, 3. Kısım: Vesayet, 1. cilt (çeviren: Çernis), Ankara 1952-5. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II. cilt, Aile Hukuku, 3. Kısım: Vesayet, 2. cilt (çeviren: Çernis), Ankara 1955.
- Garçonnet/Cezar-Bru** — Traité théorique et pratique de procédure, 3. éd., cilt 1, Paris 1912.
- Guldener** — Das schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 1947.
- Jaeger, C.** — Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, édition française par Petitmermet/Bovay, Lausanne-Genève.
- Japiot** — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 2. éd., Paris 1929.
- Keller/Pfisterer** — Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau (Kommentar), 3. Auflage, Aarau 1947.
- Lador** — Des droits strictement personnels, thèse, Besançon 1933.
- Leuch** — Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern (Kommentar), 3. Auflage, Bern 1956.
- Özsunay** — Evlilik dışı çocuk adına kayyım tarafından açılan babalık davasında dava süresinin başlangıcı, İHFM 1962, c. XXVIII, sayı 2, s. 508.
- Perrot** — Loi de Procédure Civile Genevoise annotée, Genève 1939.
- Postacıoğlu** — Medeni Usul Hukuku Dersleri, 2. Basım, İstanbul 1962.
- Rosenberg** — Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960.
- Saymen** — Türk Medeni Hukuku, c. I, Şahsın Hukuku, Yenilenmiş 2. bası, İstanbul 1960.
- Saymen** — İHFM 1947, s. XIII, sayı 1, s. 359 (İctihad tahlili).
- Schönke/Schröder/Niese** — Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.
- Silbernagel** — Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. II, Familienrecht, 2. Abteilung: die Verwandtschaft, 2. Auflage, Bern 1927.