

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MEDENİ USÛL HUKUKUNDA DAVA EHLİYETİ

Cansu ATICI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Mine AKKAN

İZMİR – 2020

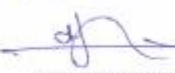
DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : CANSU ATICI
Öğrenci No : 2013800784
Tez Başlığı : Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti

Savunma Tarihi : 20/01/2020

Danışmanı : Doç.Dr.Mine AKKAN

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Mine AKKAN	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Hülya TAŞ KORKMAZ	- İstanbul Kültür Üniversitesi	
Doç.Dr.Tolga AKKAYA	- Anadolu Üniversitesi	

CANSU ATICI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Erkan GÖKSU
Müdür V.

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Cansu ATICI

...../...../2020



ÖZET
Doktora Tezi
Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti
Cansu Atıcı

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Dava ehliyeti, taraflardan birinin bizzat kendisi ya da yetkilendirmiş olduğu bir temsilci aracılığı ile usûli işlemler yapabilme ve yargılamayı yürütebilme ehliyetine sahip olmasıdır. Dava ehliyeti, tarafların usûli işlem yapabilmesi için aranan bir şarttır. Türk hukukunda dava ehliyetinin kapsamı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddeye göre dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenecektir. Dava ehliyeti olmayan kimselerin yargılamada mutlaka kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilmesi gerekmektedir.

Davada esasa ilişkin uyuşmazlığın incelenebilmesi için dava şartlarının bulunması gerekmektedir (HMK m. 115/II). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının d bendinde dava ehliyeti bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kural dava şartlarının yargılamanın en başından sonuna kadar bulunması gerekir (HMK m. 115/I).

Bu çalışmada dava ehliyetinin bir dava şartı olarak gösterdiği özelliklerin yanı sıra dava ehliyetinin medeni usûl hukukunda gösterdiği özellikler incelenecektir. Özellikle dava ehliyetinin benzer diğer kurumlar arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Ayrıca dava ehliyeti ile ilgili Türkiye'deki hukuki düzenlemeler, Alman ve İsviçre hukukları karşılaştırılacaktır. Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde dava ehliyeti hakkında genel bilgiler verilecektir. İkinci bölümde gerçek ve tüzel kişilerin dava ehliyeti üzerinde durulacaktır. Son bölümde ise bir dava şartı olan dava

ehliyetinin ilk derece yargılamasında ve kanun yollarında göstermiş olduğu özellikler değ erlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Dava Ehliyeti, Fiil Ehliyeti, Dava Ş artı, Gerçek Kişi, Tüzel Kişi.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Capacity to Sue in Civil Procedural Law
Cansu Atıcı

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law PhD Program

Capacity to sue is the ability of the party to pursue an action (as a plaintiff or a defendant) and to carry out procedural proceedings. It is the legal qualification should have to conduct legal proceedings in the case. Capacity to sue (Prozessfähigkeit) is determined by the Turkish Civil Procedure Law N. 6100 in Article 51. According to the judiciary, the capacity for sue is determined by the capacity to use civil rights. Hereunder a representative must file a case on behalf of the person who has no legal capacity.

The existence of cause of actions are sought in order to start examination of base of legal relationship in the case. According to the Turkish Civil Procedure Law N. 6100 in Article 114/1-d, capacity to sue is counted as one of the cause of actions in Turkish Law. As a rule, It must exist from the beginning of the case until the end of the case.

In this study, not only the characteristic of being a condition of case of the competency to capacity to sue, but also its various aspects in civil procedural law and its relation with other institutions in this field will be examined. Especially, the comparison between the capacity to sue and other procedural concepts that should not be confused and used interchangeably with capacity, will be examined within the scope of both theoretical explanations and concrete examples. In addition it will be to compare the current regulations in Turkey to German Law and Swiss Law. Within this framework, general information about capacity to sue will be given in the first chapter of the study. In the second

chapter will be about the capacity to sue for natural person and the same concept for legal entities. The last chapter will emphasize the analysis of capacity to sue and consequences of the lack of capacity.

Keywords: Capacity to Sue, Capacity to Act, Cause of Action, Real Persons, Legal Entities.



MEDENİ USÛL HUKUKUNDA DAVA EHLİYETİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVA EHLİYETİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. DAVA EHLİYETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ÖNEMİ	4
A. Dava Ehliyetinin Kabul Edilmesinin Sebebi	4
1. Değişik Türde Adalet Anlayışları ile Dava Ehliyetinin İlişkisi	4
2. Paternalizm ve Dava Ehliyetinin İlişkisi	6
B. Dava Ehliyeti ve Adil Yargılanma Hakkı	8
1. Genel Olarak	8
2. Dava Ehliyeti ve Hukuki Dinlenilme Hakkının İlişkisi	15
C. Dava Ehliyetine İlişkin Düzenlemelerin Amaçları	18
1. Tarafların Korunması	19
2. Gerçeğin Bulunmasına Aracılık Etme	20
3. Yargılamanın Basit, Çabuk ve Ucuz Şekilde Sonuçlanmasına Yardımcı Olma	22
4. Hukuki Barışın Korunması	22
II. DAVA EHLİYETİ KAVRAMI	23
A. Tanım	23
B. Terminoloji	27
III. DAVA EHLİYETİNİN MEDENİ HUKUK İLE İLİŞKİSİ	30

A. Genel Olarak Fiil Ehliyeti	30
B. Şartları	31
1. Ergin Olmak	31
2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak	33
3. Kısıtlı Olmamak	35
C. Fiil Ehliyetinin Medeni Usûl Hukukundaki Bir Görünümü Olarak Dava Ehliyeti	35
IV. DAVA EHLİYETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ	38
A. Dava Ehliyetinin Tarihsel Gelişimi	38
1. Roma Hukukundaki Gelişimi	38
2. Türk-İslam Hukukundaki Gelişimi	43
B. Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri	46
1. Alman Hukukunda	46
2. İsviçre Hukukunda	58
3. Avusturya Hukukunda	64
4. İngiliz Hukukunda	67
V. DAVA EHLİYETİNİN DİĞER USÛLİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI	68
A. Taraf Ehliyeti	68
B. Dava Takip Yetkisi	73
C. Dava Açma ve Davayı Takip Etme Ehliyeti	76
D. Davada Sıfat	78
VI. DAVA EHLİYETİNİN ÖZELLİK GÖSTERDİĞİ BAZI DURUMLAR	80
A. Çekişmesiz Yargıda	80
B. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinde	85
C. Davaya Müdahalede	87
1. Fer'i Müdahalede	87
2. Asli Müdahalede	89
D. Tahkim Yargılamasında	91
E. İcra ve İflas Hukukunda	94
F. Arabuluculukta	97

VII. DİĞER YARGI KOLLARINDA DAVA EHLİYETİ	98
A. İdari Yargılama Hukukunda Dava Ehliyeti	98
B. Vergi Yargılamasında Dava Ehliyeti	106
C. Ceza Yargılamasında Ceza Ehliyeti ve Şikâyet Etme Hakkı Bulunanlar	108
D. Anayasa Mahkemesine Başvuru Ehliyeti	111
E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yapma Ehliyeti	116

İKİNCİ BÖLÜM

GERÇEK VE TÜZEL KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ VE DAVADA KANUNİ TEMSİLİ

I. GERÇEK KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ	122
A. Tam Ehliyetli Kişilerin Dava Ehliyeti	122
B. Tam Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti	131
1. Genel Olarak	131
2. Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarda Temsil Sorunu	136
a. Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Sınıflandırılması	136
(1) Mutlak Olarak Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar	139
(2) Nisbi Olarak Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar	141
b. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklara Sahip Olma Bakımından Boşluk Bulunup Bulunmadığı Sorunu	141
c. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarının Kullanımına İlişkin Yargılamada Kanuni Temsilci Aracılığı ile Yargılamaya Katılmaları Sorunu	143
(1) Ayırt Etme Gücü Olmayan Kimselerin Çıkarını Esas Alan Görüş	144
(2) Türk Medeni Kanunu'nun 16. Maddesi'nin II. Fıkrası'nın Yorumundan Hareket Eden Görüş	146
d. Yargılamada Kanuni Temsilci Aracılığı ile Kullanılabilecek Bazı Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Değerlendirilmesi	148
(1) Yaş Düzeltme	148
(2) Adın Korunması	149

(3) Adın Değiştirilmesi	150
(4) Kişisel Durum Sicilinin Düzeltilmesi	155
(5) Kişilik Hakkına Saldırı Nedeniyle Koruyucu Nitelikte Dava Açma Hakkı	156
(6) Soybağının Reddi Davası	159
(7) Tanımanın İptali	160
(8) Babalık Davası	162
(9) Boşanma Davası	163
(10) Evlenmenin Mutlak Butlanı	171
(11) Nişanın Bozulması Sebebiyle Manevi Tazminat	173
C. Sınırlı Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti	174
1. Genel Olarak	174
2. Sınırlı Ehliyetsizlerin Dava Ehliyetine Sahip Oldukları Haller	184
a. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarla İlgili Davalarda	184
b. Bir Meslek veya Sanatın Gerektirdiği İşlemlerle İlgili Davalarda	190
c. Tasarruf Hakkı Kendilerine Bırakılan Mallarla İlgili Davalarda	192
d. Vesayet Hukukuna Özgü Haller	193
e. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller	196
D. Sınırlı Ehliyetlilerin Dava Ehliyeti	198
II. GERÇEK KİşİLERİN DAVADA TEMSİLİ VE KANUNİ TEMSİLCİNİN YARGILAMADAKİ DURUMU	201
A. Veli	201
1. Genel Olarak	201
2. Veli Tarafından Dava Açılması	203
3. Veli Tarafından Temsil Edilmesi Gereken Ehliyetsiz Kişinin Dava Açması	210
4. Velisi Tarafından Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişiye Dava Açılması	211
B. Vasi	212
1. Genel Olarak	212
2. Vasi Tarafından Dava Açılması	218
3. Vasi İle Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişinin Dava Açması	220
4. Vasi Tarafından Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişiye Dava Açılması	220

C. Kayyım	223
1. Genel Olarak	223
2. Temsil Kayyımlığı	224
3. Yönetim Kayyımlığı	229
D. Yasal Danışman	231
1. Oy Danışmanlığı	231
2. Yönetim Danışmanlığı	237
3. Karma Danışmanlık	239
E. Kanuni Temsilcinin Yargılamadaki Durumu	239
IV. TÜZEL KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ	243
A. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Dava Ehliyeti	243
1. Derneklerin Dava Ehliyeti	243
2. Vakıfların Dava Ehliyeti	245
3. Ticaret Şirketlerinin Dava Ehliyeti	247
a. Kollektif Şirketin Dava Ehliyeti	247
b. Komandit Şirketin Dava Ehliyeti	250
c. Anonim Şirketin Dava Ehliyeti	250
d. Limited Şirketin Dava Ehliyeti	255
e. Kooperatiflerin Dava Ehliyeti	257
f. Ticaret Şirketlerine Kayyım Atanmasının Özel Olarak Değerlendirilmesi	257
4. Sendikaların Dava Ehliyeti	266
B. Kamu Tüzel Kişilerinin Dava Ehliyeti	268
V. KİŞİLİĞİ OLMAYANLARIN DAVA EHLİYETLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	272
A. Cenin	272
B. Adi Şirket	275
C. Şubeler	279
D. Kat Malikleri Kurulu	281
E. Diğer Durumlar	281

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ

I. İLK DERECE YARGILAMASINDA DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ	285
A. Dava Ehliyetinin Usûli İşlem Şartı Olması	285
1. Usûli İşlem Kavramı	285
2. Dava Ehliyetinin Usûli İşlem Şartı Olarak Değerlendirilmesi	289
B. Özellik Gösteren Bazı Usûli İşlemler Bakımından Dava Ehliyetinin İncelenmesi	291
1. Yemin ve Dava Ehliyeti	291
2. İsticvap ve Dava Ehliyeti	301
3. Mahkeme İçi İkrar ve Dava Ehliyeti	303
4. Davayı Kabul ve Dava Ehliyeti	306
5. Davadan Feragat ve Dava Ehliyeti	308
6. Sulh ve Dava Ehliyeti	311
7. Usûl Sözleşmeleri ve Dava Ehliyeti	313
C. Bir Dava Şartı Olarak Dava Ehliyeti	316
1. Dava Şartı Kavramı	316
2. Dava Ehliyetinin Bir Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi	320
3. Dava Ehliyetinin Dava Şartı Olarak Gösterdiği Özellikler	321
a. Yargılamanın Başlaması İçin Gerekli Bir Şart Olmaması	321
c. Davalının Usûle İlişkin Yürütülen Yargılamada Dava Ehliyetine İlişkin Beyanda Bulunması	326
d. Re'sen Araştırma İlkesinin Geçerli Olması	327
4. Yargılama İçerisinde Dava Ehliyetinin İncelenme Zamanı	327
5. Dava Ehliyetinin Dava Şartlarının İçinde İncelenme Sırası	333
D. Dava Ehliyetinin Çifte Etkili Bir Vakıa Olması	335
E. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti	342
1. Re'sen Araştırma İlkesinin Geçerli Olması	342
a. Genel Olarak Re'sen Araştırma İlkesi	342
b. Dava Şartlarının Tespitinde Uygulanacak Temel İlke	344

(1) Alman Hukukunda	344
(2) İsviçre Hukukunda	351
(3) Türk Hukukunda	352
(4) Görüşümüz	356
2. Dava Ehliyetinin Tespitinde İspat Yüğü	358
a. Genel Olarak İspat Yüğü Kavramı	358
b. Fiil Ehliyetinin Belirsizliğı Durumunda İspat Yüğü	361
(1) Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi	361
(2) Ayırt Etme Gücünün Varlığı Karinesi	361
c. Dava Ehliyetinin Belirsizliğı Durumunda İspat Yüğü	362
(1) Alman Hukukunda	362
(2) İsviçre Hukukunda	365
(3) Türk Hukukunda	366
(4) Görüşümüz	367
3. Dava Ehliyetinin Varlığının ya da Yokluğunun Tespitinin Bekletici Sorun Yapılması	369
F. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Giderilmesi	377
1. Dava Ehliyetinin Yargılama Esnasında Kaybı	377
2. Tarafın Dava Ehliyetini Sonradan Kazanması	380
3. Kanuni Temsilcinin Yargılamaya Dahil Olması	383
a. Kanuni Temsilci Atanması Sebebiyle Yargılamanın Ertelenmesi	383
b. Kanuni Temsilcinin İcazet Vermesi	386
4. Tarafın ya da Kanuni Temsilcinin Verdiği İcazette Dürüstlük Kuralı	393
G. İlk Derece Mahkemesinin Dava Ehliyeti Eksikliğı Durumunda Vereceğı Kararlar	395
1. Davanın Usûlden Reddi	395
2. Davanın Açılmamış Sayılması	397
H. Yargılama Giderleri	404
II. KANUN YOLLARINDA DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ	406
A. İstinaf ve Temyizde Dava Ehliyetinin İncelenmesi	406

1. Dava Ehliyeti Eksikliği Sebebiyle Verilen Karara Karşı Kanun Yoluna Başvurulabilecek Kararlar	406
2. İstinaf ve Temyiz Kanun Yoluna Başvuru Sebebi Olarak Dava Ehliyeti Eksikliği	409
a. İstinafta	409
b. Temyizde	410
3. Dava Ehliyetine Sahip Olmadığı İleri Sürülen Kişinin Kanun Yoluna Başvurabilecek Olması	412
4. Dava Ehliyeti Olmayan Kimselerin İstinaf Yoluna Başvurma ve Temyiz Yoluna Başvurma Hakkından Feragat Etmesi	413
5. Dava Ehliyetinin Ele Alınması	415
a. İstinafta	415
b. Temyizde	417
6. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti ve Aleyhe Değiştirme Yasağı	419
a. Alman Hukukunda	419
b. İsviçre Hukukunda	422
c. Türk Hukukunda	423
7. İnceleme Sonucu Verilecek Karar	426
a. İstinafta	426
b. Temyizde	433
B. Yargılamanın İadesinde Dava Ehliyeti	439
SONUÇ	451
KAYNAKÇA	469

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK	Avukatlık Kanunu
AY	T.C. Anayasası
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckRS	Beck-Rechtssachen (Online-Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichts-Entscheidungen
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bknz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	çeviri
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
H.D.	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İçtihadî Birleştirme Kararı
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	Juristische Schulung

KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	Karşılaştırınız
m.	madde
MİHBİR	Türk Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MİHDER	Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Resmi Gazete
Rn.	Kenar numarası (Randnummer)
s.	sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
schZPO	schweizerische Zivilprozessordnung
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Tüz.	Tüzük
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Kimse adil yargılanma hakkından mahrum edilemez. Ancak çeşitli sebeplerle kişiler, hukuki dinlenilme hakkını bizzat kullanabilme yetkinliğine sahip olmayabilir. Bu sebeple hukuk düzenleri hem toplumun korunması adına hem de bireyin özelinde korunmasına adına paternalist düşüncenin de etkisi ile bir takım kurallar getirmiştir. Dava ehliyeti de esasında bu hakkın usûlüne uygun bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir.

Dava ehliyetinin tarihsel gelişimine baktığımız zaman, dava ehliyetinin hem taraf ehliyetini hem de bugün anladığımız anlamda dava ehliyetini kapsadığını söyleyebiliriz. Buna göre dava ehliyeti kavramı, usûl hukukuna ait ehliyetler bakımından bir üst kavram olarak yer almaktadır. Ancak tarihsel gelişim içerisinde dava ehliyeti kavramı, diğer usûlî kavramlardan ayrılarak bağımsız bir varlık kazanmıştır. Buna rağmen, gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında dava ehliyeti, diğer başka usûlî hatta maddi hukuka ilişkin bazı kavramlarla birbirleri yerine kullanılmaktadır. Bu sebeple, öncelikle, dava ehliyetinin, taraf ehliyeti, sıfat, dava takip yetkisi, dava arkadaşlığı gibi kavramlardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Terim sorununun çözülmesi ve dava ehliyetinin medeni usûl hukukundaki benzer kurumlarla ilişkisi çalışmamız açısından oldukça önem taşımaktadır.

Dava ehliyeti, usûl hukukuna ait olup bu hukukun ihtiyaçlarına yol göstermesinin yanında, aynı zamanda, içeriği maddi hukuk ile doldurulan bir kavramdır. Dava ehliyetine ilişkin kanuni düzenlemenin ana çizgileri Türk Medenî Kanunu ile çizilmiştir. Bu çerçevede dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenecektir. Başka bir deyişle esas olarak Türk Medenî Kanunu'na göre bir kimsenin dava dışı işlemleri geçerli olarak yapabilmesi hangi ölçüde mümkünse, aynı ölçü çerçevesinde dava ehliyetine de sahip olacaktır. Bu sebeple dava ehliyetine ilişkin olarak medenî usûl hukukunda ortaya çıkabilecek problemlerin daha iyi ele alınabilmesi için maddi hukuk ile birlikte ele alınıp değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çalışmamızda da dava ehliyetinin kapsamı belirlenirken maddi hukuk göz önünde bulundurulmuş ve medeni usûl hukuku boyutuyla ortaya çıkabilecek problemler değerlendirilmiştir.

Dava ehliyetinin, önemini ortaya koyabilmek için, eksikliğinin doğurduğu sonuçları incelemek büyük önem taşımaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan “dava ehliyeti” bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Dava ehliyeti olmayan bir taraf ile yargılamanın yürütülmesi hak arama hürriyetine ve usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Davaya konu olan hakkın ya da hukuki ilişkinin esası hakkında inceleme yapabilmek için çok sayıda dava şartının varlığı aranmaktadır. Dava şartları eksikliği, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar elde edilmesine engel olur. Dava ehliyeti de Türk hukukunda uyuşmazlığın esasının incelenip, esasa ilişkin bir karar alınabilmesi için bir dava şartı olarak öngörülmüştür. Davanın taraflarının dava ehliyetine sahip olup olmaması sadece Türk hukukunda yer alan bir dava şartı değildir, diğer ülkelerde de bir dava şartı olarak incelenmektedir. Bu sebeple bir dava şartı olarak dava ehliyetinin ele alınıp değerlendirilmesi önem göstermektedir.

Çalışma konumuz medeni usûl hukukunda dava ehliyeti olduğundan yabancıların dava ehliyetinin incelenmesi çalışma kapsamının çok genişlemesine sebep olacağından çalışma dışında bırakılmıştır.

Bu çalışma yapılırken temel olarak medenî usûl hukukunda dava ehliyetinin ülkemizde ve özellikle Alman Hukuku başta olmak üzere diğer ülke hukuklarında ne şekilde düzenlendiğini ortaya koymak, tüm bu düzenlemelerin teori ve uygulamada tartışmalı olan yönlerini ve boşluk oluşturan noktalarını saptayarak konuyu derinlemesine irdelemek amaçlanmıştır. Bu çalışmada mevcut hukuk ile olması gereken hukuk (özellikle Alman ve İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler de dikkate alınmak suretiyle) ortaya konmaya çalışılmıştır. En nihai amacımız ise yabancı hukuklardaki uygulama ve görüşleri de değerlendirilerek bu alandaki sorunlara Türk hukukuna özgü çözüm önerileri getirebilmek olmuştur.

Bu çerçevede çalışmamız *üç temel bölümden* oluşmaktadır. Çalışmamızın *ilk bölümünde* dava ehliyetine ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Öncelikle, dava ehliyetinin önemi, dava ehliyeti kavramı ve bu kavramın tarihsel gelişimi irdelenmiştir. Ülkemizde ve özellikle Alman hukuku başta olmak üzere diğer ülke hukuklarında dava ehliyetinin ne şekilde düzenlendiği ortaya konulmuştur. Devamında ise dava ehliyeti ile fiil ehliyeti arasındaki ilişkiye değinilmiştir. Son olarak dava ehliyetinin medeni usûl hukukundaki benzer diğer kavramlarla ilişkisi

değerlendirilmiş ve dava ehliyetinin özellik gösterdiği bazı durumlar üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, gerçek ve tüzel kişilerin dava ehliyeti incelenmiştir. Bu bölümde, gerçek kişilerin dava ehliyetleri sahip oldukları medenî hakları kullanma ehliyetine göre ayrı ayrı incelenmiştir. Tüzel kişilerin dava ehliyeti de özel hukuk tüzel kişilerinin dava ehliyeti ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava ehliyeti olarak ayrı ayrı ele alınmıştır. Her başlık altında teori ve uygulamada tartışmalı olan yönler ve boşluk oluşturan noktalar saptanarak konu değerlendirilmiştir.

Son bölümde ise ilk derece yargılamasında ve kanun yollarında dava ehliyeti incelenmiştir. Öncelikle dava ehliyeti usûli işlem şartı ve dava şartı olarak ele alınmıştır. Dava ehliyetinin dava esnasında kazanılması ve kaybedilmesinin sonuçları da bu bölüm içerisinde ele alınan hususlardır. Son olarak ise dava ehliyetinin eksikliğinin tespit edilmesi, bu eksikliğin giderilmesi ve bu eksikliğin giderilememesi durumunda ilk derece yargılamasında ve kanun yollarında verilecek kararlar üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVA EHLİYETİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. DAVA EHLİYETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ÖNEMİ

A. Dava Ehliyetinin Kabul Edilmesinin Sebebi

1. Değişik Türde Adalet Anlayışları ile Dava Ehliyetinin İlişkisi

Adalet hukukun varması gereken hedefdir¹. Adaletin özünü, esasını eşitlik düşüncesi oluşturur. Aristo'dan beri adalet türlerine temel yapılmış bulunan eşitlik düşüncesi, aslında matematiğe ilişkin olan bir kavramdır. Eşitliğin adaleti temellendirdiği, onu yansıttığı insanın hukuk duygusundan çıkmaktadır. İnsanları eşit bir işleme tabi tutmamanın, adaletsiz olacağı kesindir². Bu eşitlik düşüncesinin esasında hukukun her alanında ancak spesifik olarak medeni usûl hukukunda kendisini ne şekilde göstermesi gerektiği çok dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Nitekim adaleti sağlayabilmek için eşitlik kavramı pek çok farklı açıdan ele alınmış ve ortaya çıkan sorunları en adil şekilde çözümleyebilmek için değişik türde adalet anlayışları öne sürülmüştür.

Bu anlayışlardan biri olan denkleştirici adalet (*justitia commutativa*) düşüncesi herkese eşit olanın verilmesi formülünde kendisini göstermektedir. Bu anlayışa göre herkesin kedisini diğerlerinden ayırt eden herhangi bir özelliği dikkate alınmadan bir başka deyişle genç ya da yaşlı, ayırt etme gücüne sahip ya da değil, hasta ya da sağlıklı, zengin ya da yoksul olduğuna bakılmaksızın eşit bir işleme tabi tutulması gerekmektedir. Burada salt aritmetiğe dayanan bir adalet anlayışı vardır³.

Buradaki aynılık eşitler arası uygulanacak kurallardaki aynılık değildir. Aksine bireylerin hiçbir özelliğine bakılmadan, ihtiyaçları gözetilmeden aynı

¹ Ahlak felsefecisi Kant Latince “fiat fustitia, preat mundus” ifadesi de en temel amacın adalet olduğunu vurgulamaktadır. Bu ifade ile “Adalet gerçekleşsin de isterse dünya yıkılsın” diyerek adaletin önemini altını çizmektedir. Bu hususta bkz. Ernst Bloch, **Natural Law and Human Dignity**, MIT Press, Cambridge, 1996, s. 81.

² Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2012, s. 132.

³ Aral, s. 133; Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitapevi, 11. Baskı, Ankara, 2006, (Hukuk Başlangıcı), s. 236; Muhammet Özokes, **Temel Hukuk Bilgisi**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Temel Hukuk), s. 56.

kurallara tabi tutulması söz konusu olacaktır. Ancak toplum homojen değildir. Toplumda vatandaşla yabancı, ergin olanla olmayan, evli ya da bekâr gibi farklı statülerde kimseler bulunur. Avantajlı ve dezavantajlı grupların bütünü toplumu oluşturur. Bu kimseleri değerlendirirken eşitliğin mutlak bir niteliğe sahip olmadığı açıktır⁴. Aksi halde güçlüler ile aynı koşullara tabi olan güçsüzler arası eşitliğin bozulması sonucu doğacaktır. Bunun temel nedeni, bireylerin ihtiyaçları, yetenekleri ve olanakları bakımından birbirleriyle eşit durumda bulunmayışlarıdır⁵. Nasıl ki insanlar eşit değilse adalet de herkese aynı şeyin verilmesi demek değildir⁶. Eşitsizliklerin düzenlenmesi toplumda dezavantajlı grupların yararına olacak şekilde olmalıdır⁷.

Bu adalet anlayışını dava ehliyeti bağlamında ele alırsak yargılama içerisinde yargılamayı yürütebilecek yeterli olgunluğa sahip olmayan bireyleri, toplumda bu olgunluğa sahip olduğu düşünülen bireyler ile eşit koşullara tabi tutmak eşitliğin çiğnenmesi sonucunu doğuracaktır⁸. Bu sonucun ortaya çıkmaması için gerçekte insanların eşitsizliğine dayanarak orantılı bir eşitliği kendine ölçü yapan dağıtıcı adalet anlayışı kendisini göstermiştir⁹. Bu anlayıştan hareketle toplumda bireylerin her zaman sahip oldukları statüden başka bir statüye geçme ihtimali vardır. Bu her zaman onların lehine olmayabilecektir. Böyle bir durumda bireyler nasıl ki kendi haklarının korunmasını isteyeceklerse toplumun geneli için de bu durum geçerli olacaktır. Dava ehliyeti bağlamında da dava ehliyetine sahip olan kişiler her daim bu ehliyeti kaybetme riski ile karşı karşıyadır. Bu sebeple hukuki güvenlik açısından

⁴ Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 237.

⁵ Bu eşitsizlik kişinin kendi seçimleri ile sonradan ortaya çıkmış olabileceği gibi John Rawls'ın doğal eşitsizlik teorisine göre kişilerin doğal yetenekleri, sağlık, zeka ve fizyolojik özellikleri doğal piyango neticesinde de ortaya çıkabilir. Başlangıç durumunda kimse fizyolojik özelliklerini ve akli kapasitesini bilemez. Burada "bilinmezlik peçesi" (*veil of ignorance*) ile çevrenme durumu bulunmaktadır. Bu sebeple bazı doğuştan gelen ve doğanın bağışladığı tamamen şansa bağlı eşitsizlikler hak edilmemiş olduğundan bir şekilde tazmin edilmelidir. Bu hususta bkz. Larry Arnhart, **Platon'dan Rawls'a Siyasi Düşünce Tarihi**, çev. Ahmet Kemal Bayram, Adres Yayınları, Ankara, 2004, s. 406; Michael Gorr, "Rawls on Natural Inequality", **The Philosophical Quarterly**, Cilt: 33, Sayı: 130, January 1983, s. 10; Rabia Sağlam, "Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: Joh Rawls ve Robert Nozick "Hakkaniyet Olarak Adalet" Eleştirisinden "Yetkisel Adalet" Eleştirisine", **EÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, s. 186.

⁶ Özkes, Temel Hukuk, s. 56.

⁷ John Rawls, **Justice as Fairness: A Restatement**, Harvard University Press, Cambridge Massaschusetts London, 2003, s. 42 vd.

⁸ Uzakdoğu adalet anlayışında Konfüçyüs "*Kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi başkasına yapma*" diyerek adaleti belirli ahlaki ilkelerle anlamlandırmaktadır. Özkes, Temel Hukuk, ss. 53-57; Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 235.

⁹ Aral, s. 134 vd. ; Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 236.

kişilerin karşılaşabileceği muhtemel durumlarda da hukukun koruması altında olacaklarını bilmeleri büyük önem taşımaktadır.

Dağıtıcı adalet anlayışı, salt bir eşitlikten çok daha orantılı bir eşitlik sunsa bile yine de ihtiyaç, yetenek ve olanakları bakımından aynı olan birden çok kimselerin eşit tutulmasını, tek başına bireyin sahip olduğu özellik ve ayrılığın dikkat dışı bırakılmasını öngördüğünden bazı durumlarda eşitliği ortadan kaldırmaktadır. Oysaki adalet, bir yandan da somut olayların ve insanların özellik ve ayrılıklarının tümünün dikkate alınmasını gerektirmektedir. Ancak her bir bireye göre kanun çıkarma imkânı olmadığından katı hukukun yumuşatılması¹⁰ için sınırlı bir hakkaniyet anlayışı, adaletli kararlar verilebilmesi için yerinde olacaktır¹¹. Hukuk kuralı, çoğunlukla genel ve soyuttur ancak hakkaniyet kavramı (*aequitas*) özel ve somuta yönelik olduğundan temelde adalet kavramı ile ilgilidir¹². Bu sebeple adil yargılanma ilkesinin unsurları arasında yer alan hakkaniyete uygun bir şekilde yargılamanın gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanmasında büyük önem taşımaktadır.

2. Paternalizm ve Dava Ehliyetinin İlişkisi

Hukuk düzenlerinde bir kişinin diğer kişilere zarar vermesi durumunda zarar görenin korunması gerektiğine ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Ancak bir kişinin kendisine zarar vermesi halinde ise müdahale edilip edilemeyeceği hususunda duraksama yaşanır. Kişinin kendisinden korunmasını gerektiren durumlar iki ayrı kategoride incelenebilir. Bunlardan ilki kişinin gerekli bilgiye sahip olmaması sebebiyle doğru kararlar verememesi durumudur¹³. Bu duruma örnek olarak bu alanda çokça kullanılan köprü örneği verilebilir. Dereyi geçmek isteyen bir kimse eğer ki köprünün yıkılma tehlikesinden habersiz ise bu kişinin hareketlerine müdahale edilebilir¹⁴.

¹⁰ Cicero'ya göre aşırı adalet aşırı adaletsizliktir "*Summum ius, summa iniuria*" bu hususta bkz. Abrim Gürgen, **Cicero Ve De Officiis Eserinde Romalı Erdemleri**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 120.

¹¹ Aral, s. 137.

¹² Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 240.

¹³ Halil Kökcü, **Paternalizm Kavramı Ve Örnek Uygulamalar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, 2016, s. 6.

¹⁴ John Stuar. Mill, **Özgürlük Üzerine ve Seçme Yazılar**, 4. Baskı, Belge Yayınları, İstanbul, 2014, s.147.

İkinci durum ise kişinin bazı sebeplerden dolayı akla dayanan davranışlarda ve tercihlerde bulunamaması halidir. Bu durumdaki kişilerin tüm bilgilere sahip olması sağlanmış olsa dahi bunu değerlendirme yeteneğine sahip değildirler. Bu kişilere örnek olarak çocuklar, akıl hastaları ya da belirli bir nedenden ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler verilebilir. Günümüzde insanın insan olması sebebiyle bazı muhakeme kusurlarına sahip olabilecekleri, kabul edilen bir gerçekliktir. Bu durumda yer alan kişilere istemeseler dahi hem bireyi korumak hem de toplumu korumak için müdahale edilebilir. Fiil ehliyetinde eksiklik bulunması halinde onların ve toplumun lehine hareket, müdahalenin anahtarını oluşturmaktadır¹⁵. Aynı çıkarım, medeni usûl hukukunda dava ehliyeti hakkında da yapılabilecektir.

Bu gibi durumlarda gerçekleştirilecek müdahaleler paternalizm kavramı ile açıklanmaktadır. Buna göre paternalizm bir baba gibi davranarak kişiler bu durumdan hoşlansa da hoşlanmasa da kişilerin kendilerine zarar vermelerini engellemeyi, kendi iyilikleri için insanlara rehberlik etmeyi amaçlamaktadır¹⁶. Bu yaklaşımda “*daddy knows best*” “*babalar en iyisini bilir*” görüşü hâkimdir¹⁷. Bu anlayışa göre devlet baba, bazı durumlarda müdahale edebilir. Ancak burada önemli olan husus müdahalenin sınırlarını çizebilmektir. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, paternalizm bir had bilme meselesidir¹⁸. Nitekim modern hukuk sistemlerinde kanun koyucular tarafından paternalizm anlayışı benimsenmiş çocuklar ve ehliyetsiz yetişkinler söz konusu olduğunda paternalizm, aynı ebeveynler ile çocuklar arasında görülen ilişkilerde olduğu gibi korumacı bir yaklaşım izlemiştir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde özellikle İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında vesayet hukuku alanında köklü değişikliklere gidilse de vesayet hukuku sisteminde paternalist düşüncenin etkisi hala devam etmektedir¹⁹. Bununla birlikte, bu korumaya tabi kişilerin nasıl sınıflandırılması gerektiği tartışması ortaya çıkabilir. Maddi hukukla paralel olarak usûl hukuklarında da farklı kurallara tabi tutulacak kişileri sınıflandırırken farklı metotlar izlenebilir. Yaş grubuna göre sınıflandırma ya da her bireyi ayrı ayrı değerlendirip yeterliliğine bakma bu sınıflandırma yöntemlerinden

¹⁵ Kökcü, s. 7.

¹⁶ Joel Feinberg, “Legal Paternalism”, **Canadian Journal Of Philosophy**, Cilt: I, Sayı: 1, September 1971, s. 105.

¹⁷ Feinberg, s. 105.

¹⁸ Kökcü, s. 17.

¹⁹ Yvo Biderbost, “Der neue Erwachsenenschutz im Überblick”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, 106. Jahrgang, Nr. 13, 2010, s. 320.

bazılarıdır²⁰. Yaş sınırlandırması, büyük bir kolaylık sağlasa da her zaman adil sonuçlar vermeyebilir. Her bireyi tek tek değerlendirmek de hem alacağı zaman açısından hem de ortaya çıkaracağı masraflar açısından usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Ayrıca mülakat usûlünde her bir kişi için hukuki ehliyeti buna paralel olarak dava ehliyetinin olup olmadığına dair tatmin edici cevap almak zor olacaktır. Bu sebeple buna ilişkin düzenlemeler getirilirken tüm hususları göz önünde tutulmuştur.

B. Dava Ehliyeti ve Adil Yargılanma Hakkı

1. Genel Olarak

Hak arama özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin en bilinen ve önemlilerinden biridir. Özellikle kişilere, haklarını ihlâl eden hukuki süjelere karşı haklarını koruyabilmeleri için haklarını savunabilme imkânı tanınmalıdır. Devlet, toplumsal ve hukuki barışı koruma görevini bir görev olarak üstlenmektedir²¹. Anayasamızca (Any. m. 36) güvence altına alınan ve çeşitli uluslararası belge ve sözleşmelerde de (AİHS m. 6) vurgulanmış ve artık insan haklarının ayrılmaz bir parçası haline gelen bu hak, başvuru makamların türüne göre farklı yöntemlerle kullanılabilir. Bununla birlikte, kişiler için kendiliğinden hak almak, istisnai haller haricinde bu yöntemler içerisinde öngörülmemiştir. Hatta kişinin kendiliğinden hak araması yasaklanmış ve buna aykırı davranan kişilerin cezalandırılmasına yönelik hukuki düzenlemeler getirilmiştir²².

Bireyler, haklarının korunması için idareye ya da yasama organına başvurabilir. Bu yolların yanı sıra yargısal başvuru da hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi için ön görülen yöntemlerden biri olarak kabul edilmiştir.

²⁰ Gündelik ilişkilerde dahi iki arkadaşın birinin diğerine “*sen bu konuları çok bilmezsin, bu işi yapamazsın dur ben yapayım*” yaklaşımı, süregelen bir tutum olursa burada bahsedilen saygısızlığa örnektir. Hatta paternalizmin haklı gerekçelerinden biri olan karar verme yetileri oluşmamış çocukların dahi ailelerin sürekli korumacı yaklaşımı karşısında öfkelenmeleri, kişinin özgür bir birey olarak hareket etme isteğine güzel bir örnektir. Bu hususta bkz. Kökcü, ss. 14-15.

²¹ Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenilme), ss. 50-51.

²² Hakan Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.I, 15. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl C. I), s. 15; Özkes, Hukuki Dinlenilme, s. 51.

Medeni²³ usûl hukuku, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini ve bu konuda en klasik çözüm yöntemi olan mahkemelerin işleyişi ile mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen yazılı ya da yazılı olmayan tüm kuralları kapsayan bir hukuk dalıdır²⁴. Davacı ve davalı yargılama sonuçlanıncaya kadar hüküm altına alınmış bu kurallar aracılığı ile haklarını elde etmek için bu usûle başvururlar ve uyuşmazlık ele alınır. Hukuki muhakeme de yargılama esnasında gerçekleştirilir. Temelde hukuki muhakeme (usa vurma) olmaksızın hukukun uygulanması mümkün olmayacaktır²⁵. Hukuki muhakemenin en doğru şekilde gerçekleştirilebilmesi için de kanun koyucu tarafından konulmuş genel ve zorunlu olan bu usûl kurallarına uymak gereklidir. Bu kuralların temel amacı ise genel olarak bir düzen sağlamaktır²⁶. Bu düzen sağlanırken devletin kendisine yöneltilen bu talebi yerine getirmekten, hakkın dağıtımından kaçınması mümkün değildir²⁷. Bu görev, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın bir gereği, yine Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen devletin temel amaç ve görevlerinin bir sonucudur. Adaleti, yerindeliği, hukuki güvenliği gerçekleştirme ve insan haklarını koruma son amacını gerçekleştirme aşamasında Anayasa'ya uygun yorum devreye girmektedir. Çağa uygun hukuk sistemlerinde her hukukçunun maddi hukuk kurallarını uygularken Anayasa gerçeğini de göz önünde bulundurması gerekmektedir. Anayasal temel hakların salt dikey doğrultuda devlete karşı bireyin birinci kuşak negatif statü haklarını oluşturmalarının yanı sıra anayasal temel haklar, yatay planda bireyler arası

²³ Medeni (civil) kavramı, tarihsel olarak bakıldığında, Roma Hukukunda geniş anlamda yurttaş mahsus, yurttaşın yönetimi ve politikası ile ilgili anlamında kullanılmaktadır. Buna bağlı olarak tarihi anlamda ise medeniyetin sonucu olan kendi kendini yöneten bir ülkenin vatandaşlarınca kullanılan haklar anlamını taşımaktadır. Kıta Avrupası hukuk geleneğinde içeriği zamanla değişen ius civile atf yapılmaktadır ve zamanla medeni hukuk kamu hukuku dışında kalan özel hukuka dönmüştür. Bu hususta bkz. Sibel İnceoğlu: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 14. Görüldüğü üzere kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı, önceden konulan temel bir hukuk ilkesinin sonucu olmadığı gibi, düzenli bir hukuki düşüncenin ürünü de değildir. Erol Akı, **Hukukun Temel Kavramları**, Barış Yayınları, İzmir, 2010, s. 44. Bu ayrım bir yandan bir öğretinin bir yanda da uygulamanın katkıları ile sınırlarını belirlemektedir. Bu çalışmamız içerisinde de özel hukuk sınırları çerçevesinde medeni usûl hukukunda dava ehliyeti kavramı ele alınacaktır.

²⁴ Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2010, §1, Rn. 1-2; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 26.

²⁵ Hukuki muhakeme (usa vurma) sosyal bir realite niteliğindedir. Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 13. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2018, (Hukuk Felsefesi), s. 33.

²⁶ Carl-Otto von Kuhlmann, **Die Prozessführung des Prozessunfähigen**, Erlangen, 1950, s. 1.

²⁷ Yavuz Alangoya, "Anayasanın Medeni Usûl Hukukuna Etkisi (1983 Milletlerarası Usûl Kongresinin Bir Konusu)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 1, Sayı: 2, 1981**, (Milletlerarası), s. 3; Ejder Yılmaz, "Medeni Yargıda İnsan Hakları", **TBBD**, 1996/2, s. 154; Özeken, **Hukuki Dinlenilme**, s. 50.

ilişkilerde de geçerli olmaktadır. Özellikle insan haklarını koruyan uluslararası anlaşmaların ulusal yasalar karşısındaki öncelliği ışığında insan hakları ve bu haklara ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları özel hukukta da bir yatay (*Drittwirkung*) etki göstermiş ve kamu hukuku ile medeni hukuk arasındaki bir nevi Çin seddi olarak adlandırılan bu duvar²⁸ yıkılmaya başlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesi doğrultusunda devlet, hakkın düzenlenmesi için aktif rol oynarken, hakkın kullanımının garanti altına alınabilmesi için pasif rol oynayacak; bireylerin mahkemeye ulaşımı ve muhakemeye etki edebilmesini engelleyecek düzenlemelerden kaçınacaktır²⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre adil yargılanma hakkının sadece yasal mevzuatta tanınmış olması yargılamanın adil olduğu anlamına gelmez. Burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı teorik ve hayali hakları değil, uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktır³⁰.

Adil yargılanma hakkı, taraflar arasında bir fark gözetmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmeleri ve savunmalarını yapabilmeleri anlamına gelmektedir³¹. Adil yargılanma hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde bir kanunla uygun bulmak suretiyle iç hukukun bir parçası haline getirdiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle güvence altına alınmış olan yargılamaya ilişkin temel haklardan birisi ve en önemlisidir³².

Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ile özdeş değildir. Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını da bünyesinde bulunduran, çok daha geniş kapsamlı, yargılamanın tüm safhaları için geçerli olan bir haklar demetidir³³.

²⁸ Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 107.

²⁹ Sezin Aktepe Artık, **Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 82; Bununla birlikte belirtmemiz gerekir ki uluslararası metinlerin hedeflediği amaçlar ancak iç hukukta yaratılacak insan hakları sözleşme metinlerine uygun bir ortam ile sağlanabilir. Bu nedenle, Sözleşmeye iç hukuk düzeninde etki kazandırma yükümlülüğü Devletlerin birincil sorumluluğudur. Sözleşmenin iç hukuk düzeni içinde etkin kılınmasının sağlanması borcunun kapsamının ele alındığı, Sözleşmenin iç hukukta uygulanması konulu 19. Oturumda “*Sözleşme normları, iç hukuk düzeninde uygun olduğu yollarla tanınmalı, mağdur duruma düşmüş birey veya grubun karşı karşıya kaldığı zararların tazmini veya hak arama yollarına başvuru imkanı, Devlet aygıtlarının hesap verilebilirliği sağlanmalıdır.*” Şeklinde ifadelere yer verilmiştir. Bu hususta bkzn. Esra Katıman, **Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü**, On iki Levha, İstanbul, 2016, s. 214.

³⁰ www.hudoc.echr.coe.int, (04.06.2018).

³¹ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 499.

³² Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 53, 2004, (Adil Yargılanma), s. 191.

³³ Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 1997/2, 1997, (Adil), s.38.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi pek çok hak ve ilkeyi içinde barındıran genel bir maddedir. Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden bir kısmı açıkça maddede belirtilmiş, bir kısmı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından metne dâhil zımni unsurlar olarak belirlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesini incelediğimizde; “*herkes... yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkını haizdir*” denilerek temel bir kuralın getirilmiş olduğu görülmektedir. Bu temel kurala göre, herkesin davasının yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir biçimde görülmesi gerekir ancak bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde bir mahkeme tarafından görülebilmesi için, ilk olarak kişilerin iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gereklidir³⁴. İşte bu noktada da toplumun tüm kesimlerinin ihtiyaç duydukları adalete kolaylıkla ulaşabilmesi ve haklarını etkili bir şekilde arayabilmesi için devletin gerekli tüm imkânları sağlaması ve bu imkânların varlığını etkin bir şekilde tanıtması gereklidir³⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, açık bir ifade ile mahkemeye başvurma hakkını düzenlemez³⁶. Ancak bu temel kural, “*hak arama özgürlüğünün*”, diğer bir deyişle “*mahkemeye erişim*”(right of acces to court) her ne kadar ilgili maddede açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, zımni olarak kabul edildiğini gösterir³⁷. Nitekim bu hakkın varlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilk defa Golder/Birleşik Krallık davasında kabul görmüştür³⁸.Mahkemeye

³⁴ Gülnur Erdoğan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 134.

³⁵ Adalet Bakanlığı 2010-2014 Stratejik Planı, 2010, s. 124.

³⁶ Paul Ashcroft, Fiona Barrie, Chris Bazell, Audrey Damazer, Richard Powell ve George Tranter, **Human Rights and the Courts**, Waterside Press, Winchester, 1999, s. 79.

³⁷ Ascroft, Barrie, Bazell, Damazer, Powell ve Tranter, s. 79; A. Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2004, s. 276; M. Serhat Kaşıkara, **Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 112; Bihter Aydın, **Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 50.

³⁸ Golder/Birleşik Krallık davasında, Golder, İngiliz hapisanesinde meydana gelen şiddet olaylarına katılmaktan dolayı itham edilmiştir. Cezaevi yetkililerinden biri, cezaevinde çıkan olaylara Golder'in de katıldığını, cezaevi yetkilisine saldırdığını iddia etmiştir. Golder, bunun üzerine, Cezaevi yetkilisine iftira davası açmak istemiştir. Ancak İçişleri Bakanlığına yazılı bir dilekçeyle başvurup, avukatla görüşme izni istemesine rağmen, dilekçesi reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bu davada, “*mahkemeye başvurma hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru veya bir yönü olup olmadığını yorum yoluyla tespit etmek mahkemenin görevidir*” diyerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını geniş bir biçimde yorumlamıştır. Mahkemeye başvurma hakkının da maddede açıkça belirtilmemesine rağmen, adil yargılanma hakkının zımni unsuru olarak korunduğunu, herkesin iddialarını mahkeme önüne getirmesi hakkının zımnen güvence altına alındığını belirtmiştir. Bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Golder'in mahkemeye

erişim hakkı, haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelir³⁹. Kişinin gerçek ya da tüzel olmasının mahkemeye erişim hakkı bakımından fark yaratmayacağı gibi, vatandaş ya da yabancı olması da bu hakkını kullanabilmesi için fark oluşturmaz⁴⁰. Hak ihlallerine karşı, hukuki yollara ve mahkemeye başvuru hakkının sağlanması, etkin hukuki koruma ilkesinin de başlangıç noktalarından birisini oluşturmaktadır⁴¹.

Mahkemeye erişim hakkı, Türk hukukunda açıkça bu isimle yer almamakla birlikte hakkın özünü karşılamak bakımından hak arama özgürlüğü ile yakından ilgilidir. Burada asıl olan, hukuki korunma talebinde bulunanın hak arama özgürlüğünün gereği gibi sağlanmasıdır⁴². Anayasamızın 36. maddesinde “*Hak Arama Hürriyeti*” başlığı altında *herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma yapabilme hakkı olduğu* belirtilmiştir. Burada adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı birlikte düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda, mahkemeye erişim hakkını da içine alacak daha geniş bir kavram olan adalete erişim ifadesinin görülmektedir⁴³.

Kural olarak adalet fikri, eşit davranma zorunluluğunu ortaya çıkarsa da herkese ne pahasına olursa olsun eşit davranılması adaletli davranılması anlamına gelmez. İşin özünde farklı durumlarda olanlara farklı davranılması gerekliliği doğabilir. Çünkü kişiler tek tip değildir. Toplum içerisinde kendisine özgü sorunları, yetenekleri, güçsüzlükleri ile yer alan ve böylelikle toplumun bütününün oluşmasını sağlayan farklı farklı bireylerdir. Bir toplumun daha iyi bir düzeye gelebilmesi sadece güçlülere haklarını koruyabilmesi için bu kişilere fırsatlar tanınması ile olmaz. Toplumda yer alan her birey dezavantajları ile kabul edilmeli kendi haklarını koruyamayacak olan kişilere de hukuk düzenince imkânlar sağlanarak bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin sadece teorik düzeyde kalmasına engel olunmalıdır.

başvurma hakkı engellendiği için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Bu hususta bkz. **Golder v. U.K.**, 15.02.2018, www.juridice.ro.

³⁹ Ali Cem Budak, **Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2000, s. 6.

⁴⁰ Wolfram Waldner, **Der Anspruch auf rechtliches Gehör**, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ss.111-112; Özekes, **Hukuki Dinlenilme**, s. 292; Aktepe Artık, s. 76.

⁴¹ Mine Akkan: Medeni Usûl Hukukunda Etkin Koruma, **MİHDER**, Sayı: 6, 2007/1, (Etkin Koruma) s. 37.

⁴² Aktepe Artık, s. 79.

⁴³ Mustafa Özbek: “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, **MİHDER**, Sayı: 4, 2006, s. 907.

Nitekim Anayasamızın 10. maddesinde de herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olacağı bunun yanı sıra kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenleme altına alınmıştır. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınan tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler de eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır (Anayasa m. 10/2-3).

Eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitliğin yanı sıra keyfi davranılmasını da yasaklar, Eşitlik ilkesi tarafların hâkim önünde, yargılamada şeklen eşit olmasının yanı sıra bu kişilere de eşit şans verilmesini, yargılama sırasında da eşit tutulmaları ve eşit statüde davranılmaları sonucunu doğurmaktadır⁴⁴. Esasında anayasal temel hakların ve ilkelerin medeni hukuk ve medeni yargılama hukuku alanında doğrudan bir yürürlüğü olmaz. Bu esaslar maddi hukuk kuralları ile gerçekleştirilir. Gerçekten de anayasal kurallar maddi hukuk kurallarının yanı sıra takdire ve yoruma açık kuralların aralık kapılarından içeri sızarak bu kurallardaki soyut ve genel kavramlar aracılığı ile soyut ve genel kavramlar ile⁴⁵ yargılama hukukunda da yürürlük kazanacaktır. Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi adil yargılanma hakkıyla ve bu hakkın bir unsuru olan uygun yargılanma içerisinde uyulması gereken “*eşit davranma ve silahların eşitliği*” ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, Anayasadaki eşitlik ilkesinin yargılama hukukundaki bir görünümü olup usûli eşitliği ifade etmektedir⁴⁶.

Anayasamızın yanı sıra çeşitli uluslararası sözleşmeler ile de eşitlik ilkesi koruma altına alınmıştır. Türkiye’nin 2007 yılında imzaladığı 2009 yılında ise onayladığı Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi (CRPD)’nin 5. maddesine göre herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın herkesin hukuk tarafından eşit korunmaya ve hukuktan eşit yararlanmaya hakkı olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve devamında ise makul uyumlaştırma ve alınacak pozitif tedbirlerin eşitlik karşıtı değil bizzat eşitliği destekler nitelikte olmasının gerektiğinin altı çizilmektedir⁴⁷.

⁴⁴ Pekcanıtez, Pekcanıtez Medeni Usûl C. I, ss. 854-862; Özekes, **Hukuki Dinlenilme**, s. 48.

⁴⁵ Serozan, s. 107.

⁴⁶ Özekes, **Hukuki Dinlenilme**, s. 49.

⁴⁷ Sözleşmenin kapsamı ve içeriğine ilişkin daha fazla bilgi için bkz., www.tbb.org.tr, (10.10.2018).

Aynı sözleşmenin Yasalar Önünde Eşit Tanınma üst başlıklı 12. maddesinde taraf devletlerin engellilerin tüm yaşam alanlarında diğer bireylerle eşit koşullar altında hak ehliyetine sahip olduğunu kabul edeceği hüküm altına alınmıştır. Orijinal metinde “*legal capacity*” şekliyle yer alan kavramın sözleşmenin Türkçe’ye tercümesinde hak ehliyeti olarak nitelendirilmesi bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir⁴⁸. Özellikle engelli sivil toplum örgütleri tarafından vurgulanan nokta eşit tanınma üst başlıklı bu hükmün pasif bir ehliyet olan hak ehliyetinin değil aktif bir ehliyet olan fiil ehliyetinin de kullanımını güvence altına almak istediğini aksine yorumların kötüye kullanımlara mahal verebileceği yönünde olmuştur⁴⁹.

Sözleşmenin devamında 13. maddede adalete erişim üst başlığı altında “*Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında adalete etkin bir şekilde erişimini sağlamalıdır. Bunun için usûle ve yaşa uygun düzenlemeler yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları ve tanıklık dâhil tüm hukuki işlemlere doğrudan ve dolaylı katılımları kolaylaştırılmalıdır.*” hükmü düzenleme altına alınmıştır. Burada toplum nezdinde daha dezavantajlı grupların adalete erişiminin kolaylıkla sağlanabilmesi için taraf devletlerin üzerine sorumluluk yüklenmiştir. Bununla birlikte mahkemeye başvurma hakkı, hak arama özgürlüğünün en önemli güvencelerinden biri olan ve taraf devletlere birtakım yükümlülükler yükleyen bir hak olsa da mutlak bir hak değildir. Zira bugün sadece Türk hukukunda değil, neredeyse tüm hukuk sistemlerinde hak arama özgürlüğüne ortak birtakım sınırlamalar getirilebileceği kabul görmektedir⁵⁰. Bu durum özellikle yargılamanın daha iyi işleyebilmesi ve kişilerin adalete erişebilmesi için bir ihtiyaçtır. Devletler, söz konusu hakkın kullanımına ilişkin olarak işin doğası gereği yapılacak düzenlemeler konusunda çeşitli sebeplerle gerekli tedbirleri almakta ve belirli sınırlamalar getirmekte belli ölçüde takdir alanına sahiptirler. Ancak getirilen sınırlamaların meşru bir amaca yönelik olması ve kullanılan araçlarla ulaşılmak

⁴⁸ Elif Çelik, “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı: 1, 2016, s. 239; Ezeli Azarkan ve Ekrem Benzer, “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye’de Engelli Hakları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 38, Yıl: 2018, s. 11.

⁴⁹ Bu hususta bkz. Çelik, s. 239 vd.

⁵⁰ Pınar Çiftçi, Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa M. 36) Sınırlandırılması Sorunu, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 12, 2016,(Hak Arama), s. 387.

istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması zorunludur. Ancak burada önemli olan nokta, farklı davranmada keyfiliğe kaçılmamış olması gerekliliğidir⁵¹.Yine de içerisine âdil yargılanma hakkını da alarak çok geniş bir içeriğe sahip olan hak arama özgürlüğünün nesnel sınırlarını çizmenin çok kolay olmayacağı söylenebilir⁵².

Yargı yolu ile hak arama özgürlüğünü sınırlayan bu sınırlandırmalar genel itibariyle iki başlık altında incelebilir⁵³. Bunlardan ilki dava açacak ve yargılama sürecini yürütecek olan kişide aranan özellikler bakımından getirilen dava açma hakkına yönelik doğrudan ya da dolaylı sınırlamalardır. İkincisi ise mahkemesinin yargı yetkisine göre sınırlamalardır.

2. Dava Ehliyeti ve Hukuki Dinlenilme Hakkının İlişkisi

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı, insan onurundan kaynaklanan bir haktır⁵⁴. Bu sebeple taraf ehliyeti bulunan ancak dava ehliyeti bulunmayan kişiler bu haktan mahrum edilemezler. Burada kimsenin tam ya da sınırlı ehliyetli olması kişinin hukuki dinlenilme hakkına sahip olması açısından herhangi bir farklılık göstermez. Burada hakla onun kullanılması arasındaki ayrım unutulmamalıdır. Hukuki dinlenilme hakkı, temel bir hak olarak kişilere garanti sağlar. Dava ehliyeti ise bu hakkın nasıl kullanılacağını belirlemektedir. Yargılamayı yürütebilmek için yeterli özelliklere sahip olmayan kişilerin özellikle hukuki dinlenilme hakkının temel unsurları olan bilgilenme ve açıklamada bulunma gibi gereklilikleri yerine getiremeyecekleri söylenebilir. Çünkü bu kimselerin kendisi hakkındaki davayı tam anlayarak araştırma yapabilecekleri, açıklamalarda bulunabilecekleri ya da gereği gibi bilgi edinebilecekleri düşünülemez. Bu gibi temel eksikliklerin olduğu bir yargılama sonucunda da sağlıklı bir sonuç alınamayacak ve kişinin haklarının korunması mümkün olmayacaktır⁵⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu gibi durumları esas alarak bazı istisnai hallerde dava ehliyetinin sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Belirttiğimiz üzere

⁵¹Ascroft, Barrie, Bazell, Damazer, Powell ve Tranter, s.80.

⁵² Çiftçi, Hak Arama, s. 387.

⁵³ Bu ayrım için bkz. İnceoğlu, s. 121.

⁵⁴ Bu hususta bkz. Özekes, Hukuki Dinlenilme, ss. 43-47.

⁵⁵ Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 293.

davacının niteliği nedeniyle devletler kanunlar yoluyla mahkemeye erişim hakkını sınırlandırılabilir⁵⁶. Dava açma hakkına ve devamında gerekli işlemleri gerçekleştirmeye yönelik olarak küçüklere, akıl hastalarına, hükümlülere ve müflislere ilişkin sınırlamalar getirilebilir⁵⁷. Çünkü bu kişilere getirilen sınırlamalar hakikatin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla yargılamanın doğru bir şekilde işleyebilmesini sağlamak gibi meşru amaçlara sahiptir. Yargılamanın doğru bir şekilde yürütülebilmesi için kişilerin akla uygun bir biçimde davranması gereklidir. Akla uygun biçimde davranma bir yandan davranışının sebeplerini veya sonuçlarını doğru olarak kavramayı, diğer yandan böyle doğru bir kavrayışa uygun davranmayı kapsar. Bunun için de her şeyden önce kişinin makul davranabilme yeteneğinin olması gereklidir. Esasında burada kişilerin mahkemeye erişimi reddedilmez sadece geçerli sebeplerle erişim kısıtlanmaktadır⁵⁸. Bu yetenek olmadan kişi, yaptığı davranışların sebep ve sonuçlarını doğru bir şekilde kavrayamayacak ve buna bağlı olarak da mevcut hukuk düzeninin hedeflediği amaçlardan uzak bir yargılama gerçekleştirilmiş olacaktır.

Getirilen bu sınırlamalarla ulaşılmak istenen amacın, kullanılan araçlarla orantılı olması gerekmektedir. Ortada meşru bir amacın olması ve orantılılık ilkesine uyması şartıyla *mahkemelere erişim hakkı* konusunda kısıtlamalara gidilebilir⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Ashingdane* kararında⁶⁰ getirilen her sınırlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ilk fıkrasını ihlal etmeyebileceğini ve sınırlama meşru bir amaca hizmet ediyorsa, hakkın özüne zarar vermiyorsa ve ulaşılmak istenen bu amaçla kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi varsa bu sınırlamanın makul bir sınırlama olacağını belirtmiştir. Burada *Ashingdane* kriterlerinin uygulanacağı ve bu kriterlere aykırı olmayan sınırların kabul edildiğini belirtmek gerekir. Aksi takdirde hak arama özgürlüğünün

⁵⁶ Aktepe Artık, s. 130.

⁵⁷ (05.05.2018), www.juridice.ro.

⁵⁸ Ashcroft, Barrie, Bazell, Damazer, Powell ve Tranter, s. 81.

⁵⁹ Ashcroft, Barrie, Bazell, Damazer, Powell ve Tranter, s. 80.

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Ashingdane* kararında *Ashingdane* işlediği suçlardan sora şizofreni teşhisi ile akıl hastanesine yatırılmıştır. Daha iyi koşullara sahip bir akıl hastanesine yatmak isteyen başvuru dava açmak istemiştir ancak Birleşik Krallık hastalara bakanları haksız baskılardan korumak amacı ile mahkemeye başvurma hakkına hastalar açısından sınırlama getirmiştir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi de getirilen sınırlamaların belli kriterleri uyduğunu belirterek somut olayda bir ihlalin olmadığına karar vermiştir. Başvuru No: 8225/78, 28/5/1985. Karar için bkz. hudoc.echr.coe.int, (04.05.2018),

ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının özü zedelenmiş olacaktır⁶¹. Nitekim mevzuatımızda da benzer konularda getirilmiş sınırlamalar bulunmaktadır. Küçüklerin, akıl hastalığı ya da zayıflığı olanların ve hükümlülerin dava ehliyetine çeşitli sınırlamalar getirilmiş olsa da bu sınırlamalar bu kişilerin mahkemeye erişim hakkını engellemekten ziyade, korunmaları amacını gütmekte ve bu kişiler yasal temsilciler aracılığıyla bu haklarını kullanabilmektedir⁶². Dava ehliyeti, aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkını tek başına kullanabilme ehliyetidir⁶³. Burada artık kişiler yerine kanuni temsilcileri dinlenecektir⁶⁴. Bu durumun aksi, başka bir deyişle dava ehliyeti olmayan kimseye usûlüne uygun bir temsilci atamadan ya da vekil ve temsilci olmayan kimselerin huzuru ile davanın görülüp karara bağlanması, doğuracağı sonuçlar açısından oldukça tehlikelidir. Dava ehliyeti eksikliğine rağmen yargılamaya devam edilmesi kanunun açık hükümlerinin ihlalinin yanı sıra hukuki dinlenilme hakkının da ihlali sonucunu doğuracaktır. Bunun temel sebebini dava ehliyeti olmayan kişinin hukuki dinlenilme hakkının temel unsurlarından olan bilgilenme ve açıklamada bulunma hak ve yükümlülüklerini tam olarak kullanamayacak ve doğacak ağır sonuçları tam olarak kavrayamayacak olmasıdır. Bu sebeple ehliyetsiz olarak tespit edilen kişilerin yargılamaya katılabilmeleri için birtakım kuralların öngörülmesi, adalete erişim açısından doğrudan bir sorun doğurmaz. Ancak dava ehliyeti olmayan kişi ile temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının bulunduğu durumlarda kanuni temsilcinin o kişiyi temsil etmesi hukuki dinlenilme hakkına uygun düşmez⁶⁵.

Dava ehliyeti olmayanlar, hukuki dinlenilme hakkını kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanacaktır ancak kişinin insan onuruna sahip olmasının bir sonucu olarak mahkemenin kişinin yaşam alanını kişisel ve doğrudan etkileyecek bir karar

⁶¹ Örneğin Luordo/İtalya davasında başvuran müflisin dava ehliyetinin sınırlanması, 3. Kişilerin haklarının koruması açısından amaca uygun olmakla birlikte, dava ehliyetinin kısıtlandığı sürenin uzunluğunun 14 yıl olması orantısız bir sınırlama olarak kabul edilmiş ve burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. 04.05.2018, www.hudoc.echr.coe.int.

⁶² Erdoğan, s. 62.

⁶³ Waldner, s. 113.

⁶⁴ Yargılamada bu hakkın doğrudan mı yoksa temsilci aracılığı ile mi kullanılacağı sorunu yargılama hukuku açısından önemli bir sorundur ve bir an önce çözümlenmesi gereklidir. Aksi halde yargılamanın kimin tarafından yürütüleceği netlik kazanmayacaktır. Bu sebeple dava şartlarından olan mahkemeye ilişkin ya da uyuşmazlığa ilişkin dava şartlarından önce ele alınıp bir an önce çözüme kavuşturulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu hususta bkzn. Waldner, s. 114.

⁶⁵ Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 293.

vermesi durumunda bu yargılama esnasında artık burada istisnai bir durum olarak kişilerin ehliyetle sahip olup olmadığı hususu tartışmalıdır⁶⁶. Bu tartışma özellikle kendisini medeni hukukta kişinin kısıtlanması yargılamasında göstermektedir. Kişinin ehliyetli olduğunu ileri sürmesi durumunda, mahkemeye bu konuya ilişkin iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesi doğrudan hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantılıdır.

Adaletle erişim hakkı, bir uyuşmazlık sebebiyle mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmakla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra kesinleşmiş mahkeme kararlarının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dâhildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücünün kullanılmasını isteyen kişinin de bu talebinin reddi adı geçen hakkın ihlalini oluşturacaktır⁶⁷. Özellikle icra iflas hukukunda borçlu ehliyetsizse artık onun da temsilcisi aracılığı ile temsili gerekmektedir. Bu durum özellikle hastalığı sebebi ile ödeme yapamayan ya da bu sebeple icra işlemlerine maruz kalıp bunun olumsuz yan etkileri ile uğraşmak zorunda kalma ihtimali bulunan ehliyetsiz kişilerin korunması amacıyla getirilmiştir⁶⁸.

C. Dava Ehliyetine İlişkin Düzenlemelerin Amaçları

Medeni usûl hukuku, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ve bu konuda en klasik çözüm yöntemi olan mahkemelerin işleyişi ile mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalıdır⁶⁹. Burada, taraflar (davacı ve davalı), hüküm altına alınmış bu kurallar ile bu yargılama usûlüne başvururlar. Yargılama esnasında herkes genel ve zorunlu olan usûl kurallarına uymak zorundadır. Bu kurallar bütünü bir düzen sağlayacaktır. Çünkü hukuk kuraları, toplumsal gerçekliğe bağlı olarak ve toplum içerisinde işlevini görebilmek, onun ihtiyaçlarını karşılamak, onun koşullarına uymak için konulmuş kurallardır⁷⁰. Başarılı bir yargılamanın

⁶⁶ Waldner, s. 113; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 26.

⁶⁷ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 279.

⁶⁸ Waldner, s. 114.

⁶⁹ Kühlmann, s. 1

⁷⁰ Aral, s. 182.

gerçekleşebilmesi ve hukuka bağlılığın tam olarak sağlanabilmesi için bu kurallara uyulması gereklidir⁷¹.

Yazılı bir metin olan kanunlarla kanunkoyucu anlatmak istediği düşüncüyü sözcük ve tümceler içerisine sokmuştur. Bu sebeple yasanın ve onu içerdiği normların yorumunda onun sözünden hareket etmek yerinde ve zorunludur. Yasada kullanılmış kavramların sözcük anlamları üzerinde düşünmeksizin yorum yapma olanağı yoktur⁷². Ancak genel olarak hukuk normlarının anlamını ortaya çıkarmada söze göre dilbilgisi kurallarına göre yapılacak bir yorum yeterli olmayacaktır. Sözcükler burada aracı görev görmektedir. Bunun için kavramların ve arkasındaki kanuni düzenlemenin anlamını (*ratio legis*) araştırıp bulmak durumundadır⁷³. Bu bağlamda medeni yargılamanın temel gereklerinden olan dava ehliyeti kurumunun hangi amaçlarla getirildiğinin incelenmesi kurumun mahiyetinin ve eksikliğinin sonuçlarının daha iyi kavranması açısından bir gerekliliktir.

1. Tarafların Korunması

Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medeni usûl hukukundaki görünümüdür⁷⁴. Bu sebeple nasıl ki güçsüz olan kişilerin maddi hukukta korunması amaçlanıyorsa aynı şekilde medeni usûl hukukunda da dava ehliyetinin kişilerin belli zayıflık hallerine bağlı olarak oluşabilecek olumsuz sonuçları gidererek⁷⁵ ehliyetsiz olan kişilerin korunmaya değer menfaatlerini⁷⁶ güvence altına almayı amaçladığı söylenebilir⁷⁷. Şöyle ki, kişinin tam ehliyetli olmadığı durumlarda tek başına hukuki işlem yapması

⁷¹ Kühlmann, ss. 1-2.

⁷² Aral, s. 182; Serozan, s. 105.

⁷³ Aral, s. 182; Serozan, s. 105.

⁷⁴ Vogel, s. 133; Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 5; Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar ZPO, Art. 67 N 1; Fischer, Art. 67, N 1; Kern ve Diehm, §51, Rn. 1; Hausheer ve Walter, Art. 67 N. 2; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67 N. 1; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N 7; Herzig, Prozessfähigkeit, s. 184; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 2; Oda, s. 36; Ansay, s. 109; Necmettin Berkin, **Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1981, s. 351; Karafakih, s. 117; Kuru, Dava Şartları, s. 120; Kuru, C. I, s. 1027; L. Şanal Görgün, **Medeni Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 130.

⁷⁵ Musielak ve Voit, §52, Rn. 1; Vesayet kurumunun amacından hareketle elde edilen bu husus için bkz. Aslı Açıkgöz, **Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 37.

⁷⁶ Baumgärtel, **Wesen und Begriff**, s. 103.

⁷⁷ Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 7. Karşı yönde Arens ve Lücke, maddi hukukta getirilen sınırlamaların temel sebebinin tarafların korunmasına yönelik olduğunu belirtse de medeni usûl hukukunda getirilen bu sınırlamaların temel amacının hızlı ve usûlüne uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu hususta bkz. Arens ve Lücke, s. 121.

ya da kendi yönetimini sağlaması güç ise aynı şekilde bir yargılamanın tarafı olarak tüm işlemleri kendi başına yürütmesi de oldukça güçtür. Gerekli yardımı almaksızın kişilerin kendi başlarına hareket ettikleri hallerde bundan doğabilecek olumsuz sonuçlara maruz kalma riski ortaya çıkabilir⁷⁸. Dava ehliyeti de uygunsuz yürütülen yargılama sonucunda ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlardan⁷⁹ başka bir deyişle ehliyetsiz kişinin kendisinden korunmasını⁸⁰ amaçlamaktadır.

Burada amaçlanan sadece güçsüz olan tarafın korunması değildir aynı zamanda yargılamanın usûlüne uygun bir biçimde yürütülmesi de amaçlanmaktadır⁸¹. Güçsüz kişinin yanı sıra yargılamaya katılan diğer kişiler de korunmaktadır⁸². Bu sebeple sadece dava ehliyeti olmayan kişinin lehine bir hukuki uygulama yoktur, taraflar eşit derecede gözetilmektedir⁸³.

2. Gerçeğin Bulunmasına Aracılık Etme

Medeni usûl hukuku sürekli olarak değişip gelişmektedir. Buna paralel olarak da medeni usûl hukukunun amaçları da değişmektedir. Buna göre medeni usûl hukuku birden fazla amaca ulaşmayı hedefler⁸⁴. Bu hedefler, subjektif hakkın sağlanması ve korunması, objektif hukukun tam olarak uygulanması, gerçeğe ulaşılması⁸⁵ve tüm bunların sonucunda sosyal barışın ve hukuki barışın korunmasıdır⁸⁶.

Bu amaçlardan gerçeğin bulunmasını irdelediğimizde öncelikli olarak gerçek kavramına da ayrıca değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda değerlendirme yapmamız gerekirse gerçek kavramı oldukça tartışmalı bir konudur. Gaul'un

⁷⁸ Serap Helvacı, "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 866.

⁷⁹ Lindacher, Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 52, Rn. 2.

⁸⁰ Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, Band 1, 76. Neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2018, s. 222; Thomas ve Putzo, §51 Rn. 2; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1.

⁸¹ Gottfried Baumgärtel, **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Strauss & Cramer GmbH**, Leutershausen, 1972, s. 103.

⁸² Lindacher, Münchener Kommentar zur ZPO, ZPO § 52, Rn. 2.

⁸³ Baumgärtel, s. 103 vd.

⁸⁴ Yavuz Alangoya, **Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 85.

⁸⁵ Süha Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 126; Seda Özmumcu, "Usûli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine bir Değerlendirme, **Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan**, Cilt: II, Ankara, 2015, (Usûli), ss. 1277-1278.

⁸⁶ Bu hususta bkznz. Pekcanitez, Pekcanitez Usûl Hukuku C. I, ss. 26-32.

ifadesine göre Alman medeni usûl hukuku öğretisi de gerçeğe ulaşmanın yargılamanın amacı oluşturup oluşturmadığı hususunda çekingen bir tavır sergilemektedir. Burada sosyalizmle yönetilen ülkelerdeki gibi ütöpik anlamda objektif gerçeğin tespiti ilkesinin medeni yargılamanın amacı olmadığı kabul edilmektedir⁸⁷. Gaul'e göre burada gerçeğin bulunmasının yargılamanın amacını oluşturmamasından çok hakkın tespiti için “*vazgeçilmez ve zorunlu bir araç*” olduğu kabul edilmektedir⁸⁸.

Bununla birlikte ister amaç ister bir araç olarak kabul edilsin, özel hukukta gerçek kural olarak “ *tarafların iradelerine ve davranışlarına göre şekillenir*”⁸⁹. Zira, irade serbestisinin geçerli olduğu medeni usûl hukukunda gerçeği belirleyen en önemli faktör tarafların iradeleridir. Dolayısıyla gerçek, mahkemece sınırları taraflarca belirlenen alan içerisinde aranabilir. Mahkemenin gerçeğe ulaşmasını sınırlandıran durumlar, medeni usûl hukukunun şekli gerçekle yetindiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁹⁰.

Tarafların iradelerine ve davranışlarına göre şekilleneceğini kabul ettiğimiz gerçek, tarafların iradelerinin ve davranışlarının yeterli görülmediği maddi hukuka paralel olarak yargılama hukukunda da yeterli olmayacaktır. Eğer ki kişi yaptığı fiillerin anlam ve sonuçlarını idrak edemiyor ve bu anlayışa uygun olarak hareket edemiyorsa bu fiiller için ortaya konulan iradelerin yeterli olmadığı kabul edilmelidir. Burada yeterli olmayan taraf iradeleri sonucunda gerçekleştirilen taraf usûl işlemleri de gerçeğin ortaya konulmasında aracılık etmeyecektir.

⁸⁷ Gaul, s. 102.

⁸⁸Gaul'e göre her şeye rağmen dava, yargılama teorisi anlamında gerçeği arama değildir ve gerçek kavramı hakkındaki felsefî tartışmalar mahkeme önüne taşınmamalıdır. Aristo'nun gerçekle örtüşen doğruluk kavramı hakimün gücünü aşar çünkü onun emrine güvenilir, her türlü hatayı önleyen, sübjektif bağlayıcı ölçütler verilmemiştir, dolayısıyla bu Kant'tan beri yanıtsız bırakılmış bir husustur. Bu sebeple Gaul'e göre gerçek algılamaya dayalı yargılama imkanından daha güçlü olmamalıdır ve bu imkan da dünya üzerindeki hâkimlerin kapasitesi ile sınırlıdır. Bu yönde bkz. Gaul s. 103-104.

⁸⁹Sema Taşpınar: “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Faruk Erem'e Armağan, Ankara, 1999, (Amaç), s. 771.

⁹⁰ Taşpınar, Amaç, s. 771; Tolga Akkaya, **Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2003, s. 22.

3. Yargılamanın Basit, Çabuk ve Ucuz Şekilde Sonuçlanmasına Yardımcı Olma

Dava ehliyetinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca bir dava şartı (HMK m. 114/I, d) olarak kabul edilmiş olması yargılama sonucunda verilecek kararların mümkün olduğu kadar adaletli olmasına ve davanın hızlı bir şekilde görülmesine katkı sağlar. Neticede medeni usûl hukukunun bir diğer amacı da davanın hakkaniyetli ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamaktır⁹¹.

Taraflara ilişkin bir dava şartları arasında yer alan dava ehliyetinin daha en başta ön inceleme duruşmasında incelenmesi gerekmektedir (HMK m. 138) ancak her zaman usûlden red kararının verilmesi, usûl ekonomisi ilkesine aykırı durumların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir⁹². Bu nedenle de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesi kapsamında dava ehliyeti eksikliğinin süre verilmek suretiyle giderilmesinin mümkün olduğu hallerde usûlden reddetmek yerine bu eksikliğin giderilmesi için süre verilmesi yoluna gidilmesi, usûl ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmaktadır. Bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin üçüncü fıkrasına göre başlangıçta mevcut olan dava ehliyeti eksikliği dava devam ederken giderilmiş ise baştaki eksiklikten ötürü artık davanın usûlden reddedilmesi mümkün değildir.

4. Hukuki Barışın Korunması

Medeni usûl hukukun bir diğer amacı olarak hukuki barışın korunması⁹³ esasen sübjektif hakların korunması ve gerçekleşmesinin bir sonucudur. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kesin bir biçimde çözülmesi aynı zamanda hukuki barışın da oluşmasını sağlar⁹⁴.

⁹¹Taşpınar, Amaç, s. 787.

⁹²Tanrıver, s. 497. Usûl ekonomisi ilkesi, belli bir düzen içinde makul süre ve giderle yargılama hizmetinden faydalanma imkanı tanıyarak kişiye hak arama hürriyetini en iyi ve en kolay şekilde kullanmasına yardımcı olur. Usûl ekonomisi ilkesinin felsefesi, hem devletin hem de bireyin çıkarlarını koruma sistemi üzerine kuruludur. Yani yargılamanın makul sürede, makul giderle ve düzenli olarak yapılması bireye ilave olarak devlete de yarar sağlar. Cumhuriyet Rüzgarkesen, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 61, 67. Eksikliği kolaylıkla giderilebilecek bir dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddedilmesi kişinin hak arama hürriyetini kullanmasını kolaylaştırmaz, aksine zorlaştırır.

⁹³ Pekcanitez, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 29.

⁹⁴ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, s.1; Pekcanitez, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 29.

Maddi hukukta fiil ehliyetine ilişkin kısıtlamalar ile sadece o kişilerin değil, diğer kişilerin yani toplumun çıkarlarının da gözetilmesi amaçlanmıştır. Dava ehliyeti, bir yandan ehliyetsiz kişileri uygunsuz bir şekilde yürütülen yargılamanın dezavantajlarından korumayı amaçlarken bir diğer yandan karşı tarafın çıkarlarının hedeften sapmayan ve düzgün yürütülen bir yargılama içerisinde ele alınmasını ve bunun bir sonucu olarak korunmasını sağlar⁹⁵. Bu çerçevede vesayet altına alınan kişinin en yakın çevresi olan ailesi ile onunla ilişkiye giren üçüncü kişilerin de güvenliği sağlanmakla birlikte kamunun çıkarları ve ticari güvenlik de korunmuş olur⁹⁶.

Maddi hukukta karşılaşılan bu sonucun yargılamanın diğer amaçlarını da göz önüne aldığımızda medeni usûl hukukuna da etkili olacağını belirtebiliriz. Şöyle ki; hukuksal barış ancak yüzyıllar boyunca yapılan birçok tartışma sonrası getirilen kurallara uyulması ile elde edilebilecektir. Bu kuralların ise en nihayetinde hedefi adalet gibi hedeflenen üst kavrama ulaşılmasıdır.

II. DAVA EHLİYETİ KAVRAMI

A. Tanım

Ehliyet (*fähigkeit*), (*la capacité*), kelime anlamı ile ustalık, uzluk, yetenek, kabiliyet, kapasite anlamına gelirken bir diğer yandan bir hukuk süjesinin medeni haklara sahip olması ve kullanması, görev ve sorumluluk yüklenebilmesi durumu olarak ifade edilmektedir⁹⁷. Ehliyetsizlik (*unfähigkeit*), (*incapacité*) ise hukuk süjesinin haklarına sahip olamayıp kullanamaması; görev, sorumluluk ve yükümlülükleri bulunmaması; yeteneksizlik anlamına gelmektedir⁹⁸.

Dava ehliyeti (*Prozessfähigkeit*), (*la capacité d'ester en justice*), (*persona legitima standi in iudicio*, *Gerichtsstandsfähigkeit*)⁹⁹ kavramına ilişkin çeşitli tanımlar getirilmiştir. Dava ehliyeti kavramı Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51.

⁹⁵ Musielak ve Voit, §52, Rn. 1.

⁹⁶ Bu hususta bkz. Açıköz, s. 39.

⁹⁷ Cengiz Yelbaşı, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2014, s. 168.

⁹⁸ Yelbaşı, s. 168.

⁹⁹ Adolf Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Duncker & Humblot, 1885, ss. 532-533; Arwed Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer Verlag, 1963, s. 47.

maddesinde yer alan “*Gericht zu stehen*” ifadesi Ortaçağ Avrupa’sındaki *legitima persona standi in indicio*, yani mahkeme huzuruna çıkabilme ehliyeti kavramı üzerine inşa edilmiştir¹⁰⁰. Alman hukukunda yer alan mahkeme huzuruna çıkabilme ifadesi, temsili bir ifadedir. Sadece mahkeme huzuruna çıkabilmeyi ya da sadece mahkemenin huzurunda işlemler gerçekleştirmeyi değil tüm usûli işlemleri yapabilmeyi ifade etmektedir¹⁰¹. Bir kimsenin taraf ehliyetine sahip olması yargılamada kendisi temsil edebilme kapasitesine sahip olabilmesi için yeterli değildir. Dava ehliyeti altında düzenlenmiş bir takım başka özelliklere de sahip olması gereklidir¹⁰². Bu bilgiler doğrultusunda Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 51. maddesinde yer alan *die Fähigkeit einer Partei* (bir tarafın ehliyeti) ifadesinden hareketle dava ehliyeti, “*bir tarafın bizzat kendisinin ya da atamış olduğu temsilci aracılığı ile yargılamayı yürütebilme ehliyeti*”¹⁰³ ya da “*eksikliği durumunda usûli işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuracak tek başına ya da kendi atamış olduğu temsilci aracılığı ile usûli işlemleri gerçekleştirme ve kabul edebilme şartı*” olarak tanımlamıştır¹⁰⁴.

Türk hukuku öğretisinde dava ehliyeti, Alman hukuku ile benzer bir şekilde “*bir tarafın bizzat veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı yürütebilme ve geçerli bir şekilde usûl işlemlerini yapabilme ehliyeti*” olarak tanımlamıştır¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 1; Bernhard Wieczorek ve Rolf A. Schütze, **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Neu bearbeitete Auflage, Zweiter Band, Walter de Gruyter, Göttingen, 2017, §51, Rn. 2. Günümüzde medeni usûl hukuku öğretisinde taraf ehliyeti ve dava ehliyeti arasındaki sınırlar net bir şekilde çizilmiştir. Bu iki kavram birbirleri ile yakından ilişkili gözükmemektedir ancak nasıl ki fiil ehliyeti ve hak ehliyeti medeni hukukta net bir şekilde ayrılmışsa dava ehliyeti ve taraf ehliyeti de medeni usûl hukukunda ayrılmışlardır. Taraf ehliyeti ile dava ehliyeti kavramları arasındaki fark da esasen medeni hukuk alanındaki gelişmelerin bu alana yansımaları sonucunda ortaya çıkmıştır.

¹⁰¹ Wach, s. 533.

¹⁰² Franz Kälın, **Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht**, Juris Verlag, Zürich, 1949, s. 101.

¹⁰³ Wach, s. 533; Wieczorek ve Schütze, §51, Rn. 2, §52, Rn. 1; Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger ve Walter F. Lindacher, **Münchener Kommentar zur ZPO**, 5. Auflage, München 2016, Münch Komm-Lindacher, § 52, Rdnr. 1; Karl Spühler, Annette Dolge ve Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, s. 67.

¹⁰⁴ Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, **Zivilprozessordnung**, 16. Neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2019, §52, Rn. 2.

¹⁰⁵ Kazım Yenice, “Dava Yeterliliği”, **Adalet Dergisi**, Ocak Şubat 1963, Yıl: 54, Sayı1-2, s. 1183; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, C. I, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001, s. 1027; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Yedinci Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 109; Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Üçüncü Basım, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 229; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, ve Emel Hanağası, **Medeni Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s. 253;

İsviçre hukukunda ise Sutter-Somm dava ehliyetini “*bir tarafın bizzat ya da kendisinin atadığı temsilci aracılığı ile yargılamayı hukukten etkili bir biçimde yürütebilme yetkisi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Staehelin tarafından Tarafların yargılamayı hukuka uygun bir biçimde yürütebilme ehliyeti ifadesi biraz daha genişletilmiş “*kendi adına ya da kanuni temsilci olarak yargılama esnasında hukuka uygun bir şekilde hareket edebilme ehliyeti*” olarak ifade edilmiştir¹⁰⁷.

Öğretide dava ehliyetinin bir tarafın sahip olması gerekli bir ehliyet şeklinde ifade edilmesi, bu tanımın dar olması sebebi ile eleştirilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da dava ehliyetinin sadece bir tarafın sahip olması gereken değil de usûlî işlem gerçekleştirecek herkesin sahip olması gereken bir yeterlilik olması gösterilmiştir¹⁰⁸.

Bu bilgilerden hareketle dava ehliyeti için öncelikli olarak “*kendi başına usûlî işlemleri kabul etme ya da usûlî işlem yapılabilme ehliyetidir*”¹⁰⁹ şeklinde başka bir tanımlamaya gidilse de bu tanım da dava ehliyeti için yeterli bir tanım değildir. Alman hukukunda Rosenberg, daha geniş bir ifade ile dava ehliyetini “*bir kişinin kendisinin veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığı ile yargılamayı yürütebilmesi ve tüm usûlî işlemleri kendi başına veya kendisinin seçtiği bir temsilci aracılığı ile kabul etme ya da gerçekleştirebilme ehliyeti*” olarak tanımlamıştır¹¹⁰.

Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 116; İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 117; Bilge Umar, **Medeni Usûl Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, (Ehliyet), s. 602 vd; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 585; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, **Medeni Usûl Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 91; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, On iki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019, (Ders Kitabı), s. 146.

¹⁰⁶ Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler ve Christoph Leuenberger, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2016, s. 528; aynı yönde, Alexander Fischer, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in: Baker&McKenzie**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, Art. 67, Nr. 1; Christophe A. Herzig, “Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör”, **AJP** 2013/2, 2013, (Prozessfähigkeit), s. 184.

¹⁰⁷ Adrian Staehelin, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund, **Zivilprozessrecht**, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2008, §13, Rz. 7.

¹⁰⁸ Wach, s. 533.

¹⁰⁹ Kälın, s. 101; Jakob Weismann, **Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes**, Band: I, Verlag von Ferdinand Ente, Stuttgart, 1903, s. 77; Richard Schmidt, **Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts**, 2. Auflage, Duncker & Humblot Leipzig, 1906, s. 318; Wach, s. 532, Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979, s. 127; Werner Reich, **Partei und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels**, Ernst Lang, Zürich, 1941, s. 34.

¹¹⁰ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, s. 219; aynı yönde bkz. Richard Zöllner, Zöllner **Zivilprozessordnung Kommentar**, 31. Neubearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2016, s. 285; Heinz Thomas ve Hans Putzo, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 36. Auflage, C.H.

Dava ehliyeti, taraflar için bir (*Prozessvoraussetzungen*) dava şartıdır (HMK m. 114/I, d). Bu eksiklik tamamlanmadan uyuşmazlığın esası ele alınamayacak ve esasa ilişkin bir karar verilemeyecektir¹¹¹. Bunun yanı sıra dava ehliyetinin eksik olduğu dava reddedilecektir (HMK m. 115/II). Burada dava şartları Bülow'un öğretisindeki gibi usûli işlemlerde bulunabilmek için gerçekleşmesi gereken ön şartlar şeklinde anlaşılmamalıdır¹¹². Çünkü dava ehliyeti eksikliğinde de yargılama başlamıştır ve usûle ilişkin bir karar verilince kadar devam edecektir. Burada dava şartları yargılamanın başlamasına ve usûle ilişkin bir karar verilmesine engel olmaz sadece esasa ilişkin bir karar verilmesine engel olur¹¹³. Bu sebeple dava şartları, aslında esasa ilişkin karar alınabilmesine ilişkin (*Sachentscheidungs voraussetzung*)¹¹⁴ aranan şartlardır. Bunun yanı sıra dava ehliyeti, taraf ehliyetinde de olduğu üzere aynı zamanda usûli işlem yapabilme (*Prozesshandlungsvoraussetzungen*) şartıdır¹¹⁵. Buna göre yargılamaya katılan taraflardan herhangi biri usûli işlem yapma ehliyetine sahip olmadığı sürece etkili usûli işlemler gerçekleştiremeyecek ve kendisine karşı gerçekleştirilecek usûli işlemleri kabul edemeyecektir¹¹⁶.

Tüm bu tanımlardan hareketle taraflara ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilen dava ehliyeti, bir kişinin kendi başına veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığı ile yargılamayı yürütebilmesi ve tüm usûli işlemleri kendi başına veya kendisinin seçtiği bir temsilci aracılığı ile geçerli bir şekilde yapabilme ya da kabul edebilme ehliyeti olarak tanımlanabilecektir.

Beck, München, 2015, s. 123; Marc Sand, **Partei und Prozessfähigkeit im bernischen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren**, Verlag Paup Haupt, Bern, 1966, s. 34; Hans Prütting ve Markus Gehrlein, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 9. Auflage, Lutterhand, Köln, 2017, §51, Rn. 1 ; Ingo Saenger, **Zivilprozessordnung Hand Kommentar**, 4. Auflage, Baden-Baden, 2011, s. 174; Volkert Vorwerk, Christian Wolf ve Gerbert Hübsch, **BeckOK ZPO Kommentar**, BeckOK ZPO/Hübsch, 31. Edition, Verlag C.H.Beck, München 2018, ZPO § 51, Rn. 1; Walter Zeiss ve Klaus Schreiber, **Zivilprozess**, 12. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 57; Christoph Kern ve Dirk Diehm, **ZPO Zivilprozessordnung Kommentar**, Erich Schmidt, Berlin, 2017, §51, Rn. 1.

¹¹¹ Oda Tsukasa, **Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1997, s. 1; Peter Arens ve Wolfgang Lücke, **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung**, 9. Völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, s. 121; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1

¹¹² Oscar Bülow, **Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1868, s. 6; Oda, s. 1.

¹¹³ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, s. 221; Blomeyer, s. 47; Oda, s. 1.

¹¹⁴ Oda, s. 1; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1.

¹¹⁵ Üçüncü Bölüm/I/A.

¹¹⁶ Oda, s. 2.

B. Terminoloji

1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ifadesi ile davaya ehliyet¹¹⁷, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki ifadesi ile “*dava ehliyeti*”¹¹⁸ medeni usûl hukukunda terim olarak yer edinmiştir ancak Alman ve İsviçre Medeni Usûl Hukukundaki “*Prozessfähigkeit*” terimi Türk Hukukunda dava ehliyeti olarak karşılık bulana kadar hukukumuzda bu kavramı anlatmak için farklı terimler kullanılmıştır.

Yenice, dava ehliyeti kavramı için “*dava yeterliliği*” ifadesini kullanmıştır¹¹⁹. Benzer şekilde taraf ehliyeti için de “*taraf yeterliliği*” terimini tercih etmiştir. Burada yazarın Almanca'da yer alan *Fähigkeit* ifadesi için ehliyet ile eş anlamlı olarak değerlendirilebilecek “*bir işi yapma gücü sağlayan özel bilgi, görevini yerine getirme gücü*” anlamlarına gelen “*yeterlik*”¹²⁰ ifadesini kullandığı görülmektedir. Ansay da benzer şekilde “*dava yeteneği*”¹²¹ ifadesini kullanmıştır.

Umar ise ilk olarak “*usûli muamele ehliyeti*” ifadesini tercih etmiştir. Kavramın içeriğine bakıldığında *usûli muamele ehliyetinin* kullanılmasının daha yerinde olduğunu belirtmiştir¹²² ancak Umar daha sonra bu kavram için dava ehliyeti terimi ile beraber “*davayı yürütme ehliyeti*” terimlerini kullanmayı tercih etmiştir¹²³.

Berkin, *medeni hukuka göre istimal ehliyeti olanların husumet ehliyetine, yani usûli muameleleri yapabilme ehliyetine* sahip olduğunu belirterek dava ehliyeti kavramı yerine husumet ehliyeti ifadesini kullanmıştır¹²⁴.

¹¹⁷ 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesinde “*Davaya ehliyet Kanunu Medeni ile tayin olunmuştur*”. Burada davaya ehliyet ifadesi sadece dava ehliyetini çağrıştırmakla beraber, atıf yapılan Medeni Kanun ile taraf ehliyeti de belirleneceğinden, davaya ehliyet ifadesi isabetli bir ifade değildir. Aynı şekilde bu Kanunun 39. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme ile birinci kısmın başlığı olan “*Tarafların ehliyeti*” ifadesi her ne kadar taraf ehliyetini çağrışırsa da dava ehliyetine ilişkin bir ifade olması sebebiyle karışıklığa yol açmaktaydı. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Evrim Erişir, **Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Turhan Kitapevi, İzmir, 2007, s. 27; Necip Bilge, Evli Kadının Dava Ehliyeti, Adalet Dergisi, Yıl: 39, Sayı: 1, Ocak 1948, s. 21.

¹¹⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 51/1 “*Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.*”, 05.05.2018, www.mevzuat.gov.tr.

¹¹⁹ Yenice, s. 1182 vd.

¹²⁰ Bu hususta bkz. Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, (30.10.2018).

¹²¹ Ansay, s. 109.

¹²² Umar, Ehliyet, s. 602 vd.

¹²³ Umar, Şerh, s. 193.

¹²⁴ Necmeddin M. Berkin, **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, ss. 61-65. Berkin davada sıfat için aynı şekilde husumet ehliyeti ifadesini kullanmıştır. “*Nasıl ki medeni hukuktaki tasarruf salahiyetine benzer; medeni hukukta bir mal veya hak üzerinde tasarruf edebilmek için sadece istimal ehliyeti kafi değilse usûl hukukunda da muayyen bazı davalarda iddia ve müdafaa bulunabilmek için yalnız husumet ehliyeti yetmez şeklindeki*” ifadelerinden Berkin'in husumet ehliyeti şeklinde nitelendirdiği sıfat terimini bugün kullanıldığı anlamı ile dava takip yetkisi

Belgesay, *dava hakkını kullanma ehliyeti* olarak nitelendirdiği dava ehliyeti için *iddia ve müdafaa ehliyeti* ifadesini kullanmıştır¹²⁵.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Dava Ehliyeti" üst başlıklı 51. maddesi ile bu konuda bir terim birliğine gidilmiştir. Bu sebeple çalışmamızda dava ehliyeti ehliyeti ifadesi kullanılmıştır.

Öğretide dava ehliyetinin bulunmadığı durumlara ilişkin kimi zaman "*dava ehliyeti eksikliği*" kimi zaman ise "*dava ehliyeti yokluğu*" ifadeleri kullanılmıştır. Dava ehliyeti, sonradan giderilebilecek bir eksiklik olduğundan dava ehliyeti eksikliği ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz¹²⁶.

Uygulamada sıklıkla davada *sıfat, husumet, taraf ehliyeti, dava ehliyeti* kavramlarının karıştırıldığı görülmektedir. Yargı kararlarında gerek 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğü esnasında gerekse de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra¹²⁷ birçok defa *davada sıfat(husumet)* kavramı yerine *dava ehliyeti*¹²⁸ ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.

kavramına karşılık olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu hususta bkz. Berkin s. 65. Terim olarak husumet ehliyeti şeklinde bir kavramın ortaya çıkması İsviçre Medeni Kanunu'nun mehzaz olarak alınması sonucu 734 sayılı Türk Kanunu Medenisi madde 160'da yer alan husumet ehliyeti çevirisi sebebiyle olmuştur. O dönem itibarıyla İsviçre Usûl Hukukları kantonal şekilde oluşturulduklarından kadının dava ehliyetini tayin hususunda her kantonun ayrı bir hüküm koymasına engel olmak amacıyla (İsviçre Medeni Kanunundan önce usûl kanunları kadının dava ehliyetini tanımadıkları gibi federal hukuk bakımından da evli kadının kocasının vesayeti altında kabul ediliyorlardı) İsviçre Medeni Kanunu'na usûl hukuku alanına müdahale ederek kantonların da kadınların dava ehliyetinin tanınması amacıyla bu yönde bir hüküm getirilmiştir. Medeni Kanun çevirisi esnasında bu hükümdeki ifade husumet ehliyeti şeklinde çevrildiğinden terimsel olarak bir karmaşa ortaya çıkmıştır. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Necip Bilge, "Evli Kadının Dava Ehliyeti", **Adalet Dergisi**, Yıl: 39, Sayı: 1, Ocak 1948, ss. 22-23.

¹²⁵ Mustafa Reşit Belgesay, **Dava Teorisi**, Numüne Matbaası, İstanbul, 1943, s. 78.

¹²⁶ Taraf ehliyetine ilişkin benzer yönde görüş için bkz. Erişir, s. 28.

¹²⁷ "*Mahkemece, davacıların aktif dava ehliyetleri bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine, davaya konu taşınmazların tespit gibi tapuya kayıt ve tesciline karar verilmiş, hüküm davacılar ve davalı Hazine tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamaya göre dava, kadastro tespitine itiraz davasıdır. 3402 Sayılı Kadaastro Kanununun Ek 5. maddesi uyarınca ... ili ... ilçesi ... mah. 101 ada 1 parsel sayılı taşınmaz 20.0436,84 metrekaareyle, ... mevkii 104 ada 1 parsel sayılı taşınmaz ise 1759016,87 m2 yüzölçümüyle 18.11.2015 tarihinde ... vasfıyla tespit edilmiş, askı cetveli 27.11.2015-28.12.2015 tarihleri arasında ilan edilmiştir. "Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 16.10.2019 tarihli E. 2016/10037, K. 2018/6516 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com , (7.12.2018).*

¹²⁸ "*Davacıların bir kısmının dava konusu taşınmaz ile kayden ya da irsen bağlantıları kanıtlanamamış ve böylece aktif dava ehliyetinin varlığı ortaya konmamış bulunmasına karşın; bu davacılar yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.*" aynı yönde Yargıtay 1. H.D., T. 26.6.1989, E. 6728, K. 8278 "*Davacı tapudaki söz konusu payını hükümden önce 4.6.1987 tarihinde dava dışı Ömer'e temlik etmiştir. Hal böyle olunca, davacının davada aktif dava ehliyeti kalmadığından davanın reddedilmesi gerekirken...*" ; Yargıtay 1. H.D., T. 20.04.1992, E. 4280, K. 5169 "*Davacı Hazine, 2779 parsel sayılı taşınmaza davalının el atmasının önlenmesi ve muhtesatın yıkılmasına karar verilmesini istemiştir. Dava konusu taşınmaz, Belediye teşkilatı olan (X) ilçesi sınırları içindedir. O halde gerek 2805 sayılı Yasanın 13/6, gerekse 775 sayılı Yasanın 3/1. Maddeleri*

Bunun haricinde *davada sıfat yerine dava açma ehliyeti* gibi ifadeler de kullanılmaktadır. Yargı kararlarında *davaya devam ehliyeti* gibi hukukumuzda olmayan terimlere de rastlanılmaktadır¹²⁹. Yaşanan bu terimsel ve kavramsal karmaşanın sonucunda usûli kurumların uygulanmasında hukuka aykırı durumlar ortaya çıkmaktadır¹³⁰.

uyarınca mülkiyetin belediyeye geçip geçmediği diğer bir anlatımla olayda Hazinesinin aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılıp değerlendirilmeli sonucuna göre karar verilmelidir.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 9.12.1991 tarihli E. 10342 K. 14406 sayılı kararı için bkz. Hüseyin Çelik, **Hukuk Davalarında Dava Ehliyeti ve Davada Husumet**, Adalet, Ankara, 2006, ss. 15-16.

¹²⁹ “Karşı oy yazısı: İflas ile tacir – işverenin tüm hak ve yetkileri iflas masasına geçer. İflas eden işverenin tüm mal, hak ve borçları iflas masası tarafından toplanır. İflas idaresi oluşana kadar her türlü önlem ve işlemleri iflas idaresi yerine getirir. İflasın açılmasından sonra iflas eden işveren aleyhine dava açılmayacaktır. İşverenin iflası halinde, iflas eden borçlu işverenin herhangi bir davada **davaya devam ehliyeti kalmaz**. Vekili varsa vekâlet ilişkisi sona erer (818. s. BK. m. 397/1, 6098 s. T.B.K. m. 513/1). İflasın açılmasından sonra tüm yetki, temsil, hak ve yükümlülükler iflas idaresine geçer. İflas idaresi ile işçi arasındaki alacak davalarının İş Mahkemelerinde bakılacağına dair yasalarda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İşte bu noktada, İcra Ve İflas Kanunu özel bir yöntemin izlenmesini şArt. koştur. Buna göre, müflisten alacaklı olduğunu iddia eden işçi iflas dairesine başvurarak, alacaklı olduğunun kabulünü ve alacağının iflas masasına kaydının yapılmasını talep eder. İflas dairesi bu talebi uygun görürse işçi için sorun bu aşamada dava açmaya gerek kalmadan çözümlenmiş olacaktır. Ancak işçinin alacaklılık iddiası masa tarafından kabul edilmez ise, işçi TTK’ nun 235/1. maddesi uyarınca Ticaret Mahkemesinde 15 gün içinde sıra cetveline kabul davası açmak zorunda kalacaktır. Yasadan da açıkça anlaşıldığı gibi, iflas hali söz konusu olduğunda, işçinin işverenine karşı alacaklarından ötürü davasını (kayıt kabul davası) Ticaret Mahkemesinde açmak zorundadır.” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 9.10.2018 tarihli E.2017/962, K. 2018/7164 sayılı kararı bkz. www.kazanci.com, (07.12.2018)

¹³⁰ Örneğin usûli bir kurum olmayan davada sıfat eksikliğinde davanın usûlden reddi talep edilebilmekte hatta bu talep Yargıtay tarafından yerinde bulunup davanın usûlden reddine ilişkin kararlar verilebilmektedir. “Davacı ..., ..., ..., ... ve ... çekişmeli 105 ada 51, 52, 53 parsel sayılı taşınmazların köyünün yaylası olarak kullanıldığı iddiasıyla tespitin iptali ile adlarına tescilini istemişlerdir. Mahkemece özetle, davaya konu taşınmazların dört tarafının komşu mera parselleri ile çevrili olduğu, davaya konu taşınmazların doğal veya yapay sınırlarla mera parsellerinden ayrıldığı, taşınmazların mera niteliğinde olduğu gerekçesiyle bu davacılar tarafından açılan davanın kabulüne, kadaströ tespitlerinin iptali ile taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel siciline kaydına, meranın aidiyetine dair talep yönünden mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş ise de, verilen karar usûl ve Yasa’ya uygun bulunmamaktadır. Yayla veya meraların mülkiyeti Hazineye, yararlanma hakkı ise ilgili Köy ya da Belediye Tüzel Kişiliğine aittir. Bu sebeple yayla veya mera iddiası ile dava açma hakkı da Hazine ve ilgili tüzel kişiliğe ait olup, gerçek kişilerin bu **konuda dava açma ehliyetleri bulunmadığı** gibi, davacıların yayla vasfında olduğunu belirttiği taşınmazlar hakkında adlarına tescil talebiyle dava açmaları da mümkün değildir. ” Yargıtay 16. Hukuk Dairesi’nin 19.9.2018 tarihli E. 2015/16893, K. 2018/4883 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (12.12.2018).

III. DAVA EHLİYETİNİN MEDENİ HUKUK İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti, Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesine göre kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir. Daha geniş bir ifade ile fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak ve borç sahibi olabilmesi ve bunlara son verebilmesi ya da yeni hukuki durumlar yaratabilmesidir¹³¹. Hak ehliyeti, statik bir ehliyeti, bir durumu ifade ettiği halde; fiil ehliyeti, bir kişinin bir faaliyette bulunmasını, aktif olmasını gerektirir¹³². Fiil ehliyeti, hak ehliyetinden temel farklılığını bu noktada göstermektedir. Hak ehliyeti, bütün insanların eşit olarak, hak ve borçlara sahip olabilme yeteneğini ifade ederken¹³³ kendi fiili ile hak kazanamayacak veya borç altına giremeyecek durumda olanlar kural olarak kanuni temsilcileri aracılığı veya bir takım hukuki olaylar sonucu hak kazanıp borç altına girebileceklerdir¹³⁴. Hak ehliyetindeki genellik ve eşitlik prensibi fiil ehliyetinde geçerli değildir¹³⁵. Dolayısıyla her insan, hak ehliyetine sadece tam ve sağ olarak doğmakla sahip olduğu halde her insan, fiil ehliyetine sahip değildir ayrıca kanunun aradığı bazı şartlara da sahip olmak gereklidir¹³⁶.

Bu sebeple fiil ehliyetinin kazanılması için tam ve sağ doğumun yanı sıra belirli akılsal ve psikolojik olgunluğun yanında belirli bir yaş olgunluğuna da erişilmesi gerekmektedir¹³⁷. Bu olgunluğa erişen kişiler fiil ehliyetinin içeriğine giren

¹³¹ Andreas Bucher, **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main, 1986, Nr. 39; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, Cilt: 2, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 47; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 16. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 49; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 8. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 85; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85; Kılıçoğlu, s. 139; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, 4. Bası, Legal, İstanbul, 2016, s. 66; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2014, (Kişiler), s. 19; Ali Naim İnan, **Türk Medeni Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 137.

¹³² Dural ve Ögüz, s. 48; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 8. Bası, Ankara, 2013, s. 85; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 50; Dural ve Ögüz, s. 48; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 50.

¹³³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 49.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 49.

¹³⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 184.

¹³⁶ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 7. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 50.

¹³⁷ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85.

tüm ehliyetlere örneğin hukuki işlem ehliyetine, haksız fiil ehliyetine, dava ehliyetine ve tasarruf ehliyetine sahip olacaklardır¹³⁸. Böylece her türlü hukuki işlemi şahsen yapabilecekleri gibi tüm haklarını da doğrudan kullanabilirler¹³⁹. Çekişme halinde bulunan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için bizzat dava açabilecekleri gibi kendilerine karşı açılmış olan davalarda da mahkemede taraf sıfatıyla hazır bulunarak medeni usûl hukuku ile ilgili tüm işlemleri bizzat yapabilirler¹⁴⁰. Ancak fiil ehliyeti sadece fırsatları değil aynı zamanda riskleri de yani kişinin kendi eylemlerinden doğan sorumluluğu da beraberinde getirecektir¹⁴¹.

B. Şartları

1. Ergin Olmak

Hukuk düzeni, genel ve soyut kurallar koyarak tek tek bireylere ayrı işlemler uygulanmasını engeller. Ancak bu hukuk güvenliğinin sağlanması açısından yeterli olmayacaktır. Bunun için bazı durum ve işlemlerin özellikle biçimsel bir çözüme bağlanması zorunludur. Bu zorunluluğun bir örneğini kişilerin ne zaman ergin sayılacağına belirlenmesinde görebiliriz¹⁴².

Bir kimsenin ergin olması, işlerini bağımsız olarak görebilecek yeteneğe sahip olması demektir. Bu da bir iç olgunluk sorunudur. Hukuk düzenleri, her somut olayda tek tek kişilerin bu olgunluğa erişip erişmediğini araştırmamak için erginlik konusunda tamamlanması gereken belirli bir yaş öngörmüşlerdir. Bunun temel

¹³⁸Kişinin, bir hukuki işlemle, kendisini geçerli olarak hak sahibi yapabilmesi ve borç altına sokabilmesine hukuki işlem ehliyeti ya da kısaca işlem ehliyeti denir. Gerçekte fiil ehliyeti (Handlungsfähigkeit) sadece hukuki işlemlerde değil hukuka uygun sonuç doğuracak tüm fiillerde de aranmaktadır. Bazı durumlarda bu terim, anlam yönünden dar kalmaktadır. Bu sebeple yine hukuki işlem ehliyetinin bir türü olarak yapılan işlem sözleşme ise sözleşme ehliyeti (Vertragsfähigkeit), yapılan işlem bir tasarruf işlemi ise tasarruf ehliyeti (Verfügungsfähigkeit), nihayet yargılamada usûl hukuku işlemleri yapma ehliyeti söz konusu ise dava ehliyeti (Prozessfähigkeit) söz konusu olur. Bu hususta bkz. Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 6; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N 8; Dural ve Ögüz, s. 50; Jale G Akipek., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Birinci Cilt, İstanbul, 2014, s. 303; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 2012, s. 147.

¹³⁹Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 303; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 51; Dural ve Ögüz, s. 50 vd.; Kılıçoğlu, s. 136.

¹⁴⁰Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 303.

¹⁴¹Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser, **Orell Füssli Kommentar ZGB**, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, s. 197.

¹⁴²Aral, s. 232.

amacı, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yaparak vakit kaybetmenin önüne geçmek ve farklı olaylarda birbirine aykırı kararlar verilmesini önlemektir. Özellikle benzer durumlarda farklı kararların verilmesi büyük bir güvensizlik yaratır¹⁴³. Erginlik kurumunun öngörülmesi ile bu gibi sonuçların ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacaktır. Ancak bunun yanı sıra evlenme yolu ile ergin kılınma ve yargısal erginlik (kazai rüşt) de kişiyi ergin kılan diğer hallerdir.

Evlenme ile kazanılan erginliğe ilişkin olarak ise Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında evlenmenin kişiyi ergin kılacağı düzenlenmiştir. Normal evlenme yaşı, cinsiyet için herhangi bir ayırım öngörülmeden onyediyi yaşın doldurulması olarak öngörülmüştür (TMK m. 124/I). Olağanüstü durumlarda ise onaltı yaşını dolduran kadın ve erkek, hâkimin izni ile evlenebilecektir (TMK m. 124/II). Evlenme ile erginliğin kazanılabilmesi için tarafların olumlu beyanları ile evlenmenin tamamlanmış olması yeterli olup evli kişi artık ergin olacaktır. Bu hüküm getirilirken evlenen bir kimsenin sırf yaşından dolayı velayet veya vesayet altında olmasının mevcut durum ile bağdaşmayacağı öngörülmüş ve kanunkoyucu tarafından bu düzenlemeye gidilmiştir¹⁴⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 12. maddesine göre velayet ya da vesayet altında bulunan küçüklerin bazen çalışma hayatını tek başına sürdürmeleri zorunluluğunun bir sonucu olarak¹⁴⁵ belirli şartlar altında mahkeme kararı ile ergin kılınabileceği öngörülmüştür. İlgili hükme göre kişi öncelikle 15 yaşını doldurmuş olmalıdır. Ancak bu şart yargılama esnasında aranan bir şart değil karar anında bulunması gerekli bir şarttır¹⁴⁶.

¹⁴³Esasında böyle bir durumun sonucunda işlerini bağımsız olarak gerçekleştirebilecek psikolojik olgunluğa erişmediği halde yaşı gereği ergin sayılabilir ya da bu durum tam tersi olarak böyle bir olgunluğa sahip yaşı küçük kişiler sadece yaş şartını gerçekleştiremedikleri için haksız yere ergin olarak kabul edilmeyebilirler. Ancak bu konuda değişmez bir ölçüt olan yaş ölçütünü kabul etmek hukuki güvenliği gerçekleştirecektir. Bu hususta bkzn. Aral, s. 233.

¹⁴⁴ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 53. Ancak kişinin velayet ya da vesayet altında olma sebebi yaş küçüklüğü değil de kısıtlama sebeplerinden birinin varlığı ise velayet ya da vesayet evlenmeye rağmen devam edecektir. Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 53; Akipek, Akıntürk ve Ateş s. 296; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64.

¹⁴⁵ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 54.

¹⁴⁶ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 54; Hatta öğretide Ataay bu durumu daha da genişletici bir yorum yaparak henüz on beş yaşını doldurmamış bir kişinin de erginliğine karar verilebileceğini ancak bu kararın on beş yaşın doldurulması ile beraber bir hüküm ifade edeceğini ileri sürmüştür. Bu hususta bkzn. Ataay, s. 71.

Ergin kılınmaya ilişkin bir diğer şart ise ergin kılınmayı isteyen kişinin bunu bizzat talep etmesidir. Bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kanuni temsilci ile kullanılamayacaktır (TMK m. 12). Ancak küçüğün bu istemde bulunması herhangi bir şekil şartına tabi kılınmamıştır¹⁴⁷.

Mahkeme ile kazanılan erginlik için ergin kılınmayı talep eden kişinin istemi yeterli değildir. Burada küçük velayet altında ise velisinin rızası, küçük vesayet altında ise vasisinin rızası gerekmektedir. Burada küçüğün ergin kılınması için vesayet makamının izni arandığından ayrıca vasinin dinlenilmesine de gerek duyulmamıştır¹⁴⁸.

Son olarak Türk Medeni Kanunu'nun 12. maddesinde bu konuda bir açıklık olmamakla beraber hâkim erginliğe karar vermeden önce küçüğün menfaatlerine uygun olup olmadığını araştırmalı eğer ki uygunsa artık ergin kılınabilmesi için gerekli kararı vermelidir¹⁴⁹.

2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak

Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesinde ayırt etme gücü fiil ehliyetinin bir şartı olarak düzenlenmiştir. Ayırt etme gücü, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir”* denilerek İsviçre Medeni Kanunu'nun 16. maddesi ile aynı doğrultuda olumsuz bir tarzda tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bir kişinin ayırt

¹⁴⁷Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 54; Ataay, ss. 71-72; Dural ve Ögüz, s. 55, Oğuzman Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 66.

¹⁴⁸Bu husus madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: *“Yürürlükteki Kanunun 12 nci maddesini karşılamaktadır. Maddenin kenar başlığında “Kazaî rüşt” yerine 1984 tarihli Öntasarıya uygun olarak “Ergin kılınma” deyimini kullanılmıştır. Maddede küçüğü ergin kılma görevli mahkemenin asliye mahkemesi olduğuna ilişkin belirlemenin hukukumuz bakımından gereksiz olduğu kabul edilerek “mahkemei asliyece” yerine “mahkemece” deyimini kullanılmıştır. İsviçre'den farklı olarak Ülke genelinde geçerli Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz bulunduğundan, hangi mahkemelerin bu tür işlerde görevli olduğu konusunun usûl kanunlarının işi olduğu düşünülerek bu değişikliğe gidilmiştir. Maddede yürürlükteki metin esas alınmakla birlikte, ana ve babanın muvafakatı yerine rıza gösterecek kimsenin veli olması koşulu getirilerek, velâyeti kaldırılmış bulunanların rızasının aranmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. 463 üncü maddede küçüğün ergin kılınması için vesayet makamının izni ve denetim makamının onayının alınması öngörüldüğünden, yürürlükteki maddede yer alan ayrıca vasinin dinlenilmesi hususuna yer verilmemiştir.”* www.tbmm.gov.tr, (22.01.2019).

¹⁴⁹ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 56.; Ataay, s. 76; Öztan, s. 69; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 68.

etme gücünden yoksun olduğunun kabulü ancak olumsuz olarak sayılan şartların eksikliği durumunda gerçekleşecektir. Bu bağlamda ayırt etme gücü, *bir kimsenin yapmış olduğu fiilin, anlam ve sonuçlarını idrak etme ve bu anlayışa uygun olarak hareket etme gücüdür*¹⁵⁰ şeklinde ifade edilebilir.

Aynı kavramın belirli bir menfaatler ve değerler çatışması bağlamında geniş ya da dar olarak yorumlanması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu durum ayırt etme gücü için de geçerlidir. Belirli bir ilişkide ehliyetli sayılan küçük başka bir durumda menfaatlerin gerektirdiklerine göre ehliyetsiz sayılabilecektir¹⁵¹. Bu maddeye bakıldığında kişide ayırt etme gücünün psikolojik ve fizyolojik bazı özelliklerin bir arada bulunması ile var olacağının kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır¹⁵².

Ayırt etme gücünün küçüklükten ya da akıl hastalığından meydana gelip gelmemesinin ehliyetsizlik bakımından ayırtedici bir etkisi yoktur. Aynı surette, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı söz konusu olan hallerde kişinin bu sebeplerden ötürü kısıtlı olup olmadığı da kural olarak fiil ehliyetinden yoksunluk bakımından önem arz etmemektedir¹⁵³. Bazı istisnai durumlar haricinde ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli ya da geçici olmasının da fiil ehliyeti eksikliği üzerinde bir etkinliği bulunmamaktadır¹⁵⁴. Önemli olan işlem anında ya da hukuka aykırı fiilin işlenmesi anında ayırt etme gücüne sahip olup olunmadığıdır¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Nart, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 19.

¹⁵¹ Serozan, s. 109.

¹⁵² Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Nart, ss. 18-27

¹⁵³ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 304.

¹⁵⁴ Kanun koyucu, ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluğunun, yapılmış olan işlemin geçerliliği üzerine olan etkisini sadece evlenme hukukunda göz önüne almıştır. TMK m. 148' e göre evlenme sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olan eşin evlenmenin iptali davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 304. Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olan tam ehliyetsizlerin hukuki durumuna ilişkin bir diğer istisna ise Türk Borçlar Kanunu madde 59'da düzenlenmiştir. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimsenin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için ayırt etme gücünü kaybetmesinde kendi kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir. Kendisinden habersiz içeceğine uyuşturucu katılması bu duruma ilişkin bir örnek olarak verilebilir. Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 77.

¹⁵⁵ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 305; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 67.

3. Kısıtlı Olmamak

Türk Medeni Kanunu'nun 14. maddesine göre fiil ehliyetine sahip olabilmek için aranan bir diğer şart ise kısıtlı olmamaktır. Kısıtlılık kurumu Türk Medeni Kanunu'nun 405. ve 409. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kısıtlama sebepleri, Türk Medeni Kanunu'nun 405. ve 408. maddeleri arasında sınırlı sayıda sayılmıştır. İlgili hükümlerde belirtilen sebeplerin dışında kısıtlama yoluna gidilebilmesinin önü kapatılmıştır. Bunun temel amacı olarak da kısıtlanan kişinin medeni hakları kullanma ehliyetini tamamen veya kısmen kaybetmesinin doğuracağı ağır sonuçlar sebebi ile ancak daha önceden öngörülen ve kısıtlılığın zaruri olduğu durumlarda bu kuruma gidilmesinin sağlanmasıdır¹⁵⁶.

Kısıtlama sebepleri, kanun gereği kısıtlama ve iradi kısıtlama halleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre akıl zayıflığı, akıl hastalığı, savurganlık, alkol bağımlılığı, uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim ve özgürlüğü bağlayıcı cezalar kanun gereği kısıtlama hallerini oluşturmaktadır. İsteğe bağlı kısıtlama ise kişinin kendi isteği üzerine kanunda belirtilmiş hallerde söz konusu olacaktır. Buna göre Türk Medeni Kanunu'nun 408. maddesinde yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık halleri nedeniyle kişinin işlerini gerektiği gibi yürütememesi halleridir. Bu sayılan hallerde kişinin kendisi ya da bir başka üçüncü kişi kısıtlılığı söz konusu olan kişinin de rızasını alarak kısıtlama talebinde bulunabilecektir¹⁵⁷.

C. Fiil Ehliyetinin Medeni Usûl Hukukundaki Bir Görünümü Olarak Dava Ehliyeti

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesinde dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceğini düzenlemiştir, ancak dava ehliyetinin içeriğine ve niteliğine ilişkin genel bir tanım getirmemiştir¹⁵⁸. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinde ise biraz daha geniş bir ifade ile aksi

¹⁵⁶ Açıköz, s. 98.

¹⁵⁷ Açıköz, s. 99.

¹⁵⁸ Fiil ehliyetinin türlerine göre dava ehliyeti bakımından farklılıklar oluşabilecektir. Bu farklılıklara bu başlık altında değinilmeyecek olup, çalışmamızın İkinci Bölümünde ayrıntıları ile üzerinde durulacaktır.

belirtilmedikçe tarafların mahkeme karşısında durabilme ehliyeti olarak nitelendirdiği dava ehliyetinin, dava ehliyeti olmayan kişilerin kapsamını belirlerken medeni hukuka göre belirleneceğini düzenlemiştir. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinde de fiil ehliyetine sahip olan kişilerin aynı zamanda dava ehliyetine sahip olacağı düzenlenerek dava ehliyeti fiil ehliyeti ile ilişkilendirilmiştir¹⁵⁹.

Dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usûl hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰. Taraf ve dava ehliyetinin medeni haklardan yararlanma ve onları kullanma ehliyeti koşuluna tabi kılınmış olması, çeşitli sebeplerle zorunludur. Çünkü yargılama sonucunda verilecek karar taraflardan birine veya her ikisine hukuksal bir sorumluluk yükleyebileceğinden, sorumluluğa muhatap olacak kişilerin buna hukuken ehliyetli olması şarttır¹⁶¹. Bunun yanı sıra gerek dava açılması ve gerekse hükmün kesinleşmesine kadar yapılabilecek olan bütün usûl işlemleri ancak hukuken bu işlemleri yapmaya ehliyetli olarak kabul edilen kişiler tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bir başka deyişle davanın açılması da dâhil olmak üzere, bütün usûli işlemler ancak ve yalnızca dava ehliyetine sahip bulunan kişilerce yapılabileceğinden, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların dava ehliyeti de olmayacağından tüm usûli işlemlerin dava ehliyetine sahip olan kimseler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁶².

Usûli işlemler, belirli bir irade ve kararın sonucunda ortaya çıkarlar; bunlar yapma ya da kaçınma şeklinde görülürler. Şahsi irade ve kararları ile usûli işlemlerde bulunamayan veya yabancı bir iradenin müdahalesine tâbi olan kişilerin dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bir kişi için yargılama esnasında tüm yargılama için dava ehliyetinin var olduğu ya da olmadığı kabul edilir ve yargılama ona göre ilerler. Bazı usûli işlemler için dava ehliyetinin olduğu bazıları için olmadığı ya da yargılamanın belirli bir parçası için bu ehliyetin olduğu gibi çıkarımlar yapılmaz¹⁶³.

¹⁵⁹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkzn. Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar, s. 423 vd.

¹⁶⁰ Vogel, s. 133; Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 5; Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar ZPO, Art. 67 N 1; Fischer, Art. 67 N1; Kern ve Diehm, §51, Rn. 1; Hausheer ve Walter, Art. 67 N. 2; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67 N. 1; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N 7; Herzig, Prozessfähigkeit, s. 184; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 2; Oda, s. 36; Ansay, s. 109; Berkin, s. 351; Karafakih, s. 117; Kuru, Dava Şartları, s. 120; Kuru, C. I, s. 1027; Görgün, s. 130.

¹⁶¹ Gürsel Kaplan, "Danıştay Kararları Ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet", *İÜHF*, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011 (*İl Han Özey'a Armağan*, İstanbul, Legal, 2011), (24.12.2018), www.idare.gen.tr.

¹⁶² Kaplan, (24.12.2018), www.idare.gen.tr.

¹⁶³ Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar, s. 423.

Dava ehliyeti, medeni usûl hukukunda medeni hukuktaki fiil ehliyetini takip eden ve aynı zamanda bir hukuki uyumsuzluğun çözüme ulaştırılabilmesi için atılacak olan ilk adımı gerçekleştirmek ve daha sonra yargılamayı yürütebilmek için aranan bir şarttır¹⁶⁴. Bu sebeple dava ehliyeti için nasıl medeni hukukta hak ehliyetine sahip olan herkes fiil ehliyetine sahip olmuyorsa taraf ehliyetine sahip herkes aynı şekilde dava ehliyetine de sahip olmaz. Dava ehliyeti kavramı, taraf ehliyeti kavramı gibi usûli bir kavramdır¹⁶⁵. Ancak bazı özel nitelik taşıyan durumların varlığı birebir bu kavramın fiil ehliyeti ile aynı olduğu değerlendirmesinde bulunmamıza engel olmaktadır¹⁶⁶.

Temel olarak dava ehliyeti kurumunun iki görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki medeni usûl hukukunda kişinin medeni usûl tekniği açısından usûli işlem yapabilecek erginliğe eriştiğinin görülmesi ve usûli işlemleri usûlüne uygun bir şekilde gerçekleştirebilmesinin sağlanmasıdır. Diğer bir görünümü ise vesayet hukuku açısından maddi hukukta hak sahiplerinin korunmasının sağlanması amacını taşımaktadır¹⁶⁷.

Dava ehliyeti kavramının temelini kamu hukukuna ve anayasa hukukuna (kişilik hakları bakımından) dayandığı söylenebilir. Dava ehliyeti, ehliyetsiz kişinin korunması ile bir kamu düzenin sağlanmasını amaçlar. Anayasa tarafından garanti altına alınmış hukuki korumanın güvence altına alınmasında rol üstlenmektedir¹⁶⁸. Böyle bir durumda dava ehliyeti de bir tarafın aslında kamu hukuku tarafından koruma altına alınan yasal statüsünün bir ifadesi olarak anlaşılmalıdır. Burada dava ehliyeti ile yargılamanın düzeninin sağlanmasını amaçlamaktadır¹⁶⁹.

Sonuç olarak kişinin kendi fiilleriyle hak edinebilme ve borç altına girebilmesi için aranan fiil ehliyeti, esasında fiil ehliyetsiz kişiyi korumayı amaçlamaktadır. Medeni hukuktaki fiil ehliyetsiz kişiyi koruma düşüncesi medeni usûl hukukunda da geçerlidir ve bir usûli kavram olarak kendisi dava ehliyeti olarak ortaya çıkar.¹⁷⁰

¹⁶⁴Kahlke, s. 12.

¹⁶⁵Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 3; Umar, Ehliyet, s. 602.

¹⁶⁶ Örneğin bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti amacı güden bir yargılamada artık dava ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Umar, Ehliyet s. 616; aynı yönde Yenice, s. 1184.

¹⁶⁷Kahlke, s. 13.

¹⁶⁸ Kahlke, s. 33.

¹⁶⁹ Kahlke, s. 33.

¹⁷⁰ Oda, s. 36.

IV. DAVA EHLİYETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

A. Dava Ehliyetinin Tarihsel Gelişimi

1. Roma Hukukundaki Gelişimi

Roma’da hukuk, Roma şehrinin milattan önce 753 yılında kurulmasından, milattan sonra 6. yüzyılda Iustinianus zamanındaki kanunlaştırma hareketlerine kadar değişip gelişmiştir¹⁷¹. Bu değişimler birdenbire devrim niteliğinde değişiklikler olmasa da süreç içerisinde yavaş yavaş ve organik bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu sebeple hukuk, aynı toplumda farklı dönemlerde duyulan gereksinimlere göre değişmektedir. Bu nedenle “*Roma Hukuku*” olarak adlandırdığımız hukuk düzeni de gerçekte bu uzun süreçte gelişen, farklı kaynakları ve nitelikleri bulunan çeşitli hukuk sistemlerinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur¹⁷². Roma hukukun gelişme sürecinde usûl kuralları da önemli bir rol oynamıştır. Bunun temel sebebi Roma hukukunun aynı zamanda bir dava hukuku olarak gelişmesidir¹⁷³. Buna paralel olarak dava ehliyeti kavramı da Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı özellikler göstermiştir¹⁷⁴.

Roma hukukunda hakların korunması ile ilgili yaptırımların uygulanması usûlü, daha Krallık devrinde dava ile başlamakta idi¹⁷⁵. Romalılar, bugün bizim dava olarak adlandırabileceğimiz *actio*’yu¹⁷⁶ hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin, adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak hak sahibi olduğunu ve hukuk kurallarına aykırı davranışı ispat etmesi üzerine, davalının ilgili yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını istemesi olarak tanımlamaktaydı¹⁷⁷. Bununla birlikte, Roma

¹⁷¹Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Turhan Kitapevi, 16. Baskı, Ankara, 2013, s. 55.

¹⁷² Karadeniz Çelebican, s.56.

¹⁷³ Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 123.

¹⁷⁴ A. Nadi Günel, **Roma Medeni Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 37.

¹⁷⁵ Karadeniz Çelebican, s. 276.

¹⁷⁶ Max Kaser ve Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht**, 20. Baskı, Verlag C.H Beck, München, 2014, s. 428; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta, Ankara, 1999, s. 218; Karadeniz Çelebican, s.276.

¹⁷⁷ Umur, s. 218; Karadeniz Çelebican, s. 276; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş: **Roma Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, D&R Yayınları, İstanbul, 2011, s. 241; Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Medeni

hukukunda herkesin hak aramasına izin verilmemekteydi. Örneğin, bazı kişiler için devlet korumasına layık olmadıkları öngörülmekteydi ya da bu kişiler devlet korumasına layık görülse bile işlem ehliyetleri sınırlanabilmekteydi¹⁷⁸. Bunun temel sebebi genel olarak Roma hukukunda fiil ehliyetinin günümüzden farklı düzenlemelerle şekillenerek farklı özelliklere sahip olan bir kavram olmasıydı. Günümüz hukukunda kişinin hak ehliyeti olmaksızın fiil ehliyeti olması mümkün olmazken, Roma hukukunda kişinin hak ehliyeti olmaksızın fiil ehliyeti ya da fiil ehliyeti olmaksızın hak ehliyeti olabilmekteydi ancak fiil ehliyetinin bulunduğu her durumda dava ehliyetinin olduğu kabul edilmemekteydi¹⁷⁹. Burada birçok kavramın iç içe geçtiği görülmektedir.

Legis actio'lar döneminde dava ehliyetine sahip olmanın ilk şartı özgür olmak¹⁸⁰. Roma hukukunda pek çok antik hukuk düzeninde de (son dönem antik Mısır medeniyeti, Antik Yunan medeniyeti) olduğu gibi¹⁸¹ kölelerin hak araması yasaklanmıştı¹⁸². Bu köleler aynı zamanda yabancı hukuk sistemlerinde de hak arayamıyordu (Cod Iust. 2,12,12)¹⁸³. Bunun yanı sıra kölelerin “noxa” adı verilen haksız fiillerinden sorumluluklarının bulunmasına rağmen dava onlara karşı açılmazdı¹⁸⁴. Ancak hakimiyeti altında bulunduğu Romalı efendiye karşı cezayı gerektiren haksız fiilden ötürü *actio noxalis* açılabilirdi¹⁸⁵. Bu durumda Romalı efendi, köleyi zarar görene teslim edebilir ya da fiili kendisi işlemiş gibi cezayı

Usûl Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, s. 168.

¹⁷⁸Erwin Seidel, **Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozessrecht**, 3. Baskı, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, s. 169.

¹⁷⁹ Örneğin Roma Hukuku'nda köle hak ehliyeti olmayan esas itibarıyla bir hakkın konusu olan bir varlıktı. Bu nedenle köleler ius civile'ye göre ne alacaklı, ne borçlu, ne malik, ne davalı, ne davacı olabilirdi. Ancak doğası gereği faaliyette bulunabilen bir varlıktı ve insan olma niteliğiyle hukuk hayatında sonuçlar doğuran faaliyetlerde bulunabileceği kabul edilmişti. Kölelerin de özgür kişiler için gerekli şartlara sahip olmaları koşuluyla kölelerin sınırlı bir fiil ehliyeti bulunup efendisi için bir iktisap organı olarak faaliyet göstermesi mümkündü (Gai. 1,52). Hatta bunun için efendisinin bilgisinin olması gerekli değildi. Bu hususta bkz. Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 142; Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 31.

¹⁸⁰ Max Kaser, **Das Römische Zivilprozessrecht**, C.H. Beck'sche VerlagbuchHandlung, München, 1966, s. 46; Özcan Çelebican, s. 277; Günel, s. 37.

¹⁸¹Seidel, s. 169.

¹⁸²Leopold Wegner, **Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts**, Verlag Der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München, 1925, s. 79; Kaser, s. 46; Seidel, s. 33; Özcan Çelebican, s. 277; Günel, s. 37.

¹⁸³ Seidel, s. 169; Günel, s. 37.

¹⁸⁴ Umur, s. 162; Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 142.

¹⁸⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 142.

öderdi. Köle azat edilmişse, köle iken işlemiş olduğu haksız fiilden dolayı kendisine dava açılabilirdi (Gai. 4,77)¹⁸⁶.

Bir kimsenin hür mü yoksa köle mi olduğuna ilişkin uyuşmazlık olduğunda uyuşmazlık konusu kimse de bu davaya bizzat taraf olarak katılamazdı¹⁸⁷. Kendisi davanın konusu olarak kabul edildiğinden bu davada *adsetor libertatis* denilen bir kimse tarafından temsil edilirdi¹⁸⁸. Bu dönemde sadece aile babasının dava ehliyeti vardı¹⁸⁹. *Alieni iuris* statüsünde olan aile evlatları ise, *legis actio*'nun uygulandığı dönemde hak sahibi olamadıkları ve borç altına giremedikleri için dava ehliyetine sahip değildi¹⁹⁰.

Kadınların dava ehliyeti ise yine bu dönemde bulunmamaktaydı¹⁹¹. Hak ehliyetine sahip *sui iuris*¹⁹² kadınların dahi haklarını kullanması *sui iuris* erkeklerle eşit değildi. Kadınların bazı durumlarda fiil ehliyeti olduğu görülse de tek başlarına *legis actio* ya da *iudicium legitimum* yoluyla dava açamazlardı¹⁹³. Kadınların burada durumu, ergen olmayan küçüklerin durumuyla benzer olmasına rağmen ergen küçüklerin daha sonra bu ehliyeti kazanması mümkün iken kadınlar, yaşları ne olursa olsun eşit şartlara sahip olamıyorlardı¹⁹⁴. Bu durum kadınların deneyimsizliğine ve karar verebilmedeki yetersizliğine¹⁹⁵ ilişkin düşüncenin yanı sıra bir görüşe göre Iuvenalius'un şu söyleminin: “Kadınların sebep olmadığı hiçbir dava

¹⁸⁶ Umur, s. 250; Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 147.

¹⁸⁷ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 147.

¹⁸⁸ Ancak bu husus Iustinianus döneminde değişmiş, kişinin böyle bir durumda kendi hukuki durumu için davada taraf ehliyetinin olabileceği kabul edilmişti bkz. Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 142. Burada taraf ehliyeti kavramının günümüzdeki anlamıyla taraf ehliyeti olmadığı görülmektedir.

¹⁸⁹ Kaser, s. 46; Karadeniz Çelebican, s. 227; Günel, s. 37.

¹⁹⁰ Günel, s. 37.

¹⁹¹ Siedel, s. 169; Günel, s. 37; Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, XII Levha, İstanbul, 2012, s. 29.

¹⁹² Roma Hukukunda kadınlar da aile babası egemenliğinde olmadıklarında özgür ve Roma vatandaşı iseler, *sui iuris* oluyorlar ve hak ehliyetine sahip bulunuyorlardı. Ancak kadının hiçbir zaman aile reisi statüsünde olmalarına imkan bulunmamaktaydı. Aile babası öldüğünde kadına bir vasi tayin olurdu ve çocuklar üzerinde hiçbir hukuki egemenliği bulunmazdı. Bu hususta bkz. Aksaray, s. 29 vd.

¹⁹³ Umur, s. 260; Karadeniz Çelebican, s. 227; Aksaray, s. 30.

¹⁹⁴ Yüksel Başman, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, ss. 72-73.

¹⁹⁵ İmparatorluk hukukçularına hakim olan ancak aslında bu dönemde tüm İmparatorlukta yaygın olarak görüş, kadının erkekten daha aşağı bir konumda olduğudur. Tahiroğlu'nun ileri sürdüğü şekilde bu fikir belki de Romalıların savaşçı örf ve adetlerinden kaynaklanmaktaydı ancak bu görüş bazı Romalıların askerlik hakkında artık büyük bir istek duymadıkları ancak bazı Romalı kadınların da kuvvetli karakter özellikleri sunduğu devirde de maalesef ki devam etmiştir. Cicero ve Gaius da kendilerinin benimsemediği vesayet hakkındaki bu görüşü eski hukukçuların bir fikri olarak ele alıp eleştirmektedirler. Bu hususta bkz. Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının Hukuki Durumu**, **Recueils de la Societe Jean Bodin**, C. XI, La Femme, s. 206.

yoktur”yönündeki inanış kadınların anlaşmazlık çıkarma zevklerine dayanarak onların bu hakkını sınırlamıştır¹⁹⁶. Kadınların davalarda haklarının korunması kendilerine tayin edilen vasilerin ya da hâkimiyeti altında olduğu kişinin görevleri arasına girmektedir¹⁹⁷. Kadına dava açma konusunda tanınmış tek istisna *iniuria* yani kişiliğe karşı işlenen haksız fiil dolayısıyla mümkün olmaktadır. Kadına işlenen iniuria hâkimiyeti altındaki erkeğe de işlenmiş sayılacağından hem iniuria’ya maruz kalan kadın hem de hakimiyeti altındaki erkek bu davayı açabilirdi¹⁹⁸.

Yaş nedeniyle hukuki işlem ehliyetleri kısıtlanmış olan 25 yaşından küçüklerin dava ehliyetleri de değişiklik göstermekteydi. 7 yaşından küçüklerin (*infantes*) dava ehliyeti yoktu. Bunlar, ne dava açabiliyorlardı ne de aleyhlerine dava açılabilirdi. Bu kişilerin haklarını savunmak için gerektiğinde vasileri davalarda onların yerine yer almaktaydı¹⁹⁹.

7-14 yaş arasında baliğ (*ergen olmayan küçüklerin*) ise kısıtlı hukuki işlem ehliyetleri ile aynı doğrultuda kısıtlı dava ehliyetleri vardı. Bunlar, vasilerinin izni ile dava açabiliyor ve aleyhlerine açılan davaları da vasilerinin izni ile yürütebiliyorlardı²⁰⁰. 14-25 yaş arasında ergen küçüklerin ise dava ehliyetlerinin varlığı kabul ediliyordu. Çünkü bu kimseler milattan önce 190 tarihinde *lex plaetoria* kanununun çıkarılışına kadar tam hukuki işlem ehliyetine sahip kabul ediliyorlardı²⁰¹. 25 yaşından küçüklerin dava ehliyeti kabul edilmekle birlikte, aldatılmalarının önüne geçmek amacıyla çıkarılan *Lex Plaetoria* kanunu gereğince, dava ehliyetleri kısıtlanabilmekteydi²⁰².

*Formula usûlünde*²⁰³ ise, köleler, *legis actiolar*’da olduğu gibi davada taraf olamazdı²⁰⁴. Aynı şekilde müsriflerin, akıl hastalarının ve yaş sebebiyle kısıtlı

¹⁹⁶ Sat. VI, 242: “Nulla fere causa est, in qua non femine moverit”, Aktaran Tahiroğlu, s. 222.

¹⁹⁷ Karadeniz Çelebican, s. 227; Aksaray, s. 30.

¹⁹⁸ Aksaray, s. 30.

¹⁹⁹ Günel, s. 37; Aksaray, s. 30.

²⁰⁰ Günel, s. 37.

²⁰¹ Lex plaetoria, bu kimselerin yaşlarının küçüklüğü nedeniyle aldatılmalarını önlemek amacıyla çıkarılmıştır. Ancak bu kanunun küçüklere sağladığı olanaklar onların hukuki işlem ehliyetlerinin yanı sıra dava ehliyetlerinin de kısıtlanması sonucu doğurmuştur. Karadeniz ve Çelebican, s. 279; Türkoğlu Özdemir, s. 179.

²⁰² Karadeniz ve Çelebican s. 279; Günel, s. 38.

²⁰³ Formula usûlü, Roma İmparatorluğu’nun giderek daha uzak şehir devletleri egemenliği altına almasıyla ve İmparatorluk sınırları içerisinde kendisine Roma yurttaşlığı tanınmamış kişilerin sayısının artması ile legis actio usûlüne bir alternatif olarak uygulanmaya başlanmıştır. Çünkü legis actiolar usûlünde yabancılara dava ehliyeti tanınmıyordu. Yabancıların taraf olduğu hukuki işlemlerden doğan anlaşmazlıkların çözülmesinde preator’lar, legis actio’lar usûlünü

olanların dava ehliyeti konusundaki durumunda bir değişiklik olmamıştır²⁰⁵. Buna karşılık özel hukuk dönemindeki bazı gelişmeler, dava ve taraf ehliyeti kavramlarını da etkilemiştir. Öncesinde bu ehliyete sahip olmayan bazı kişilere dava ve taraf ehliyeti tanınmıştır²⁰⁶. Örneğin, aile evladının durumu değişmiştir. Bu kişilerin, hukuki işlemlerinden doğan borçlar için dava edilebilmeleri imkânı bu dönemde kabul edilmiştir²⁰⁷. Yine de dava edilseler de davacı yargılama sonucunda malvarlıkları bulunmadığından veya çok sınırlı olduğundan davacının, dava sonucunda ulaştığı hakkını tam olarak elde edememesi gibi sonuçlar da ortaya çıkmıştır. Haksız fiilden doğan borçlarından dolayı dava edilebilmeleri ise ancak Iustinianus zamanında kabul edilmiştir²⁰⁸. Aile evladının ise genel olarak önceleri *formula usûlünde* de dava açma yetkisi yoktur ancak hukukçu Iustinianus'tan itibaren bazı hallerde aile evlatlarına da dava hakkı verilmiştir²⁰⁹.

Aslında *formula yargılamasının* esas ortaya çıkış nedeni, yasal davalar yargılamasının *peregrini* denilen Roma'da yaşayan ancak Roma yurttaşı olmayan yabancılara uygulanamamasıydı. *Formula usûlü*, davada taraf olamayan yabancılar için bulunmuş bir yöntem olması sebebiyle, bu usûlde yabancılara dava ehliyeti tanınmış ve bu eksiklik, *formula yargılaması* ile giderilmiştir²¹⁰.

Yabancılar içinse *formula usûlünde* büyük ölçüde taraf ehliyeti ve dolayısıyla dava ehliyeti kazandıklarını söyleyebiliriz²¹¹. Zaten *formula usûlü* yabancılardan taraf oldukları anlaşmazlıklara *legis actio* usûlünün uygulanamaması sebebi ile ortaya çıkmıştır²¹².

Yasal davalar (*legis actio*) yargılamasında, *alieni iuris* konumundaki kızlar ve *manus* altındaki kadınların dava ehliyetinin bulunmaması, *formula yargılamasında*

uygulayamayınca *formula usûlü* denilen yeni bir usûl yaratmışlardır. Bu usûl hakkında daha fazla bilgi için bkz. Karadeniz ve Çelebican, s. 292.

²⁰⁴ Kaser ve Knütel, s. 440; Kaser, s. 148.

²⁰⁵ Günel, s. 38.

²⁰⁶ Kaser, s. 148; Umur, s. 249; Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241; Karadeniz Çelebican, s. 295; Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu Özdemir, s. 30; Türkoğlu Özdemir, s. 177.

²⁰⁷ Kaser, s. 148; Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241; Karadeniz Çelebican, s. 295.

²⁰⁸ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241; Karadeniz ve Çelebican, s. 295.

²⁰⁹ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241; Karadeniz ve Çelebican, s. 295; Günel, s. 38.

²¹⁰ Kaser, s. 150; Türkoğlu Özdemir, s. 177; Günel, s. 38.

²¹¹ Kaser, s. 150.

²¹² Siedl, s. 169-170; Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241.

da değişmemiştir. Ancak, sui iuris kadınların dava ehliyetleri *formula yargılamasının* ilerleyen zamanlarında kabul edilmiştir²¹³.

Ayrıca *formula yargılamasında*, davada temsil, yasal davalar yargılamasında olduğu gibi katı bir şekilde engellenmemiştir. Dava ehliyeti olmayan ya da kısıtlı olanların davada temsil edilmesinin yanı sıra, davanın taraflarının praetor önünde kendilerini bir vekil aracılığıyla temsil etmeleri mümkün kılınmıştır²¹⁴. Formula usûlünde de, dava ehliyeti olmayan kişilerin davada temsil edilmeleri zorunluluğu vardı. Ayrıca, tarafların kendileri yerine, magistra önüne vekil gönderebilecekleri kabul edilmiştir²¹⁵.

2. Türk-İslam Hukukundaki Gelişimi

İslâm hukukunda davacı-davalı ayırımı ve taraf olma ehliyetiyle ilgili geliştirilen doktrine göre “*vücûb ehliyetine*”²¹⁶ sahip olan her gerçek ve tüzel kişi davada taraf olabilir²¹⁷. Dava ehliyeti ise Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye kısaca Mecelle’nin 14. Kitabı olan Kitab-ül da’va²¹⁸ kısmının 1616. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre :

“Müddei ve müddeaaaleyhin akıl olmaları şartdır.

Mecnunun ve sabi-i gayri mümeyyiz da’vaları sahih değildir.

Fakat velileri ve vasileri bilvelaye ve bilvesaye anların yerine müddei ve müddeaaaleyh olurlar.”²¹⁹

²¹³ Karadeniz Çelebican, s. 249; Türkoğlu Özdemir, s. 179.

²¹⁴ Wegner, s. 86; Kaser, s. 152 vd; Türkoğlu Özdemir, s. 182; Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu Özdemir, s.33.

²¹⁵ Tahiroğlu ve Erdoğan, s. 241.

²¹⁶ İslam hukukunda ehliyetin kısımlarından biri olan vücub ehliyeti “*Şahsın lehine olan bazı haklarla aleyhine olan bir takım borçların sabit olması salahiyeti*” ya da “*şahsın ilzam ve itizama salahiyeti*” şeklinde tanımlanmıştır. İslam hukukunda vücub ehliyetinin dayanağı günümüzdeki hak ehliyetine benzer şekilde insanlık vasfıdır. Bu açıdan insanın vücub ehliyetine sahip olması için yaşa, akla ve kişinin reşit olması gibi hususlara bakılmaz. İnsanın yaşı vücub ehliyetine engel bir durum teşkil etmez. Bebek ya da cenin olması dahi bu ehliyeti engelleyen bir durum değildir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Mustafa Uzunpostalcı, İslam Hukuku Açısından Ehliyet, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 8, 2006, s. 157 vd.

²¹⁷ Ahmet Akgündüz, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 18, s. 418, 06.12.2018, www.islamansiklopedisi.info.

²¹⁸ “*dava meselelerinden bahseden kitap*” bu husus için bkz. Ali Himmet, Berki, **Açıklamalı Mecelle**, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1987, s 349.

²¹⁹ Bu hükümde yer alan Osmanlıca terimlerin yeni Türkçe karşılıklarını şu şekilde sıralayabiliriz. Müddei: Davacı, Müddeaaaleyhin: Davalı, akıl: Akıllı (temyiz kudreti yerinde olan), Mecnun: Akıl

Bu hükme göre ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin dâva ehliyeti yoktur. Baliğ olmayıp mümeyyiz küçükler ise velileri tarafından önceden izin verilmesi şartıyla dava ehliyetine sahip olurlar. Davacı ve davalının baliğ olması şartı aranmayıp akıllı olmasıyla yetinilmesi bu sebeptir²²⁰.

Dava ehliyetini belirleyici unsurlar olarak baliğ olma ve mümeyyiz olma kriterleri yine Mecelle’de belirlenmiştir. İslam Hukuku’nda baliğ olma (ergenlik) yaşının her insanda farklı olduğu kabul edilmiştir. Ergenlik genetik özelliklere ve iklim koşullarına göre değişebilmektedir. Ergenlik için asgari yaş kızlarda dokuz erkeklerde ise oniki azami yaş sınırı ise onbeş olarak kabul edilmektedir. Mecelle’nin 998. maddesine göre gerek kız gerek erkek on beş yaşını tamamladığı halde hala baliğ olmamışlarsa bu yaşı tamamladıklarında her ikiside hükmen baliğ sayılırlar²²¹.

Çocuğun doğduğu andan bâliğ olduğu döneme sagir denilmektedir. Sagir, mümeyyiz ve gayrimümeyyiz olmak üzere ikiye ayrılır. Mecelle’nin 943. maddesince “Mümeyyiz olmayan “bey’in şirâmn”, (alışverişin) mana ve hükmünü anlamayan, yani mülkiyeti, “bey’in slaip ve şirânın calip” olduğunu bilmeyen ve onda beş aldanmak gibi gabnı fahiş olduğu belli olan bir gabn’ı, gabni yesirden temyiz ve tefrik eylemeyen çocuktur; temyiz eden çocuk ise sagir i mümeyyizdir”²²². Gayri mümeyyiz çocuğun velisi izin verse de ne eda ehliyeti²²³ ne de dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bunak, Mecelle’de, “anlayış ve kavrayışı az, sözü karışık ve kendini iyi idare edemeyen” kişi olarak tarif edilmiş (Mecelle, mad. 945) ve matuh’un eda (fiil) ehliyeti açısından, mümeyyiz çocuk sayıldığı (Mecelle, mad. 978) kabul edilmiştir.

Mümeyyiz sagir’in bazı durumlarda velisinin izni gerekmeden davacı ya da davalı olabileceği de kabul edilmiştir. Mezun olan sagir’in velisinin herhangi bir katılımı olmaksızın mezun olduğu işlerden dolayı davacı ya da davalı olması, mahkemede yemin vermesi ve hatta başkasına vekalet vermesinin mümkün olduğu

hastası, Sabi-i gayri mümeyyiz iyiyi kötüyü ayırt edemeyen küçük çocuk, Bilvelaye: Veli olarak, Bilvesaye: Vasi olarak Mecellede yer alan bu terimlerin Türkçe karşılıkları için bkz. Berki, s. 350.

²²⁰ Yavuz, s. 13.

²²¹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Uzunpostalcı, s. 178.

²²² Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1954, (İslam Hukuku), s. 71.

²²³ Eda ehliyeti “şer’an muteber surette fiil ve muamelelerde bulunmak salahiyetidir” şeklinde tanımlanmıştır. Günümüzdeki karşılığını fiil ehliyeti oluşturmaktadır. Tanım ve bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Ansay, İslam Hukuku, s. 71.

kabul edilmiştir. Ancak mezunun mezun olduğu ticaret alanı dışında kalan işlerden ötürü aleyhine açılan davalarda (örnek olarak gasb davası verilmiştir) velisinin bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir²²⁴.

Mecnunluk (*cünun*, *akıl eksikliği*, *akıl zayıflığı*, *bunaklık*) “*mecnûn-ı mağlûb*” ve “*mecnûn-ı gayr-i mağlûb*” olarak ikiye ayrılır. Birincisi akıl yokluğunu, ikincisi akıl zayıflığını belirtir. Mecelle’nin 978. maddesine göre *mecnûn-ı gayr-i mağlûb* mümeyyiz çocuk statüsünde değerlendirilmelidir. Mecnunluk, *mecnûn-ı mutbak* (mecnunluğu belirli sürelerde devam eden kimse) ve *mecnûn-ı gayr-i mutbak* (kah mecnun olup kah ifakat bulan) şeklinde farklı bir ikili ayrıma da tutulmuştur (Mecelle m. 944). *Mecnûn-ı mutbak*’ın hukuki statüsü gayri mümeyyiz çocuk hükmünde değerlendirilir (Mecelle m. 979) ancak *gayr-i mutbakmecnunun* hâl-i ifâkatındaki tasarrufları akıllı kişinin tasarrufu gibidir (Mecelle m. 980)²²⁵.

Sonuç olarak kişilerin iddia ve savunmada bulunabilmeleri ve gerekli diğer işlemleri gerçekleştirebilmeleri için eda ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Bu ehliyete sahip olmayan kişiler için veli, vasî, kayyum vb. sıfatlarla ilgili kişiler işlemleri gerçekleştirecektir²²⁶. Bununla birlikte kanunî ve iradî temsilcilerin yetkilerine yer yer bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Bunun temel sebebi ilgili tarafın hakkının özünü koruma, yargılamada açıklığı ve güveni sağlamaktır. Eda ehliyeti bulunan şahısların belirli kısıtlamalar hariç kendilerini mahkemede vekille temsil ettirme hakları vardır. Bu durumda da davanın aslî tarafı olmaya devam ederler²²⁷.

²²⁴ Ansay, İslam Hukuku, s. 72.

²²⁵ Tüm bu ayrımlar ve daha fazla bilgi için bkz. H. Yunus Apaydın, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 14, www.islamansiklopedisi.info, (11.12.2018), s. 514.

²²⁶ Cevdet Yavuz, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 9, Sayı: 13, www.islamansiklopedisi.info, 06.12.2019, s. 13.

²²⁷ “Böyle bir vekâlet için karşı tarafın rızâsı kural olarak gerekli görülme de (Mecelle, md. 1516) Ebû Hanîfe, duruşmaya vekilin değil asilin katılmasını hem adaletin gerçekleşmesinde daha güvenilir bir yol, hem de karşı tarafın hakkına taalluk eden bir husus olarak gördüğünden husumete vekâleti hasmın rızâsı veya müvekkilin yolculuk, hastalık vb. bir mazeretinin bulunması gibi kayıtlara bağlar (Kâsânî, VI, 22). Husumete vekâletin kapsamı fakihler arasında tartışmalı olup kural olarak inkâr, ikrar ve sulha vekâleti içerir, ahzu kabza vekâleti içermez (Mecelle, md. 1517-1519)”. Bu hususta bkz. Akgündüz, s. 418

B. Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri

1. Alman Hukukunda

Dava ehliyeti, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun (ZPO) 51. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Alman Medeni Usûl Kanunu'n 51. maddesine göre:

“1. Aşağıdaki paragraflarda aksi belirtilmedikçe tarafların mahkeme huzurunda durabilme ehliyeti, dava ehliyeti olmayan tarafların yasal temsili ve dava takibi için gerekli olan özel yetkilendirme Medeni Hukuk hükümlerine göre belirlenir.

2. Yasal temsilcinin kusuru tarafın da kusuru ile eş değerdir.

3. Dava ehliyeti olmayan kişi, ergin bir gerçek kişiye ve bir başka gerçek kişiyi yazılı olarak mahkemede temsili için yetkili kıldığı hallerde yetkili kılınanın vekaletnamesi geçerli ise Medeni Kanun'un 2. paragrafının 2. cümlesine göre koruma gerekliliği ortadan kalkar ve yetkili kılınan kanuni temsilci ile aynı şekilde yetkili olur.”

Öğretide, ilk fıkrada yer alan mahkeme karşısında durabilme ehliyeti (*die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen*) olarak ifade edilen dava ehliyetinin esasında yargılamayı tek başına ya da kendi atamış olduğu bir temsilci aracılığı ile yürütebilme ve aynı zamanda usûlî işlemleri tek başına etkili bir şekilde yapabilme ya da kabul edebilme ehliyeti anlamına gelmesi sebebiyle çok yerinde bir ifade olmadığı ileri sürülmektedir²²⁸.

Dava ehliyeti yargılama hukukuna ilişkin bir kavramdır ve Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrası ile dava ehliyetinin medeni hukuk hükümlerine göre belirleneceğini belirterek dava ehliyetini medeni hukuktaki fiil ehliyeti ile uyumlu olacak şekilde hüküm altına almak istemiştir²²⁹. Medeni hukuka yapılan bu atıf Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 52. maddesinde de teyit edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, sözleşme yapabilen herkes dava ehliyetine sahiptir. Alman hukukunda dava ehliyetinin belirlenmesinde esas olarak alınan haksız fiil ehliyeti (*deliktsfähigkeit*), çalışma ehliyeti (*erwerbsfähigkeit*) ya da tasarruf işlemlerinde

²²⁸ Michael Huber, Grundwissen Zivilprozessrecht: Partei und Prozessfähigkeit, Juristische Schulung, 50. Jahrgang März 2010, Heft 3, s. 202.

²²⁹ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 2; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 1.

bulunma ehliyeti (*verfügungsbefugnisfähigkeit*) değil sözleşme yapabilme ehliyetidir (*vertragsverpflichtungsfähigkeit*)²³⁰. Bu hüküm ile tam ehliyetlilerin yanı sıra belirli hallerde sözleşme yapabilme ehliyetleri olan sınırlı ehliyetsizlerin de dava ehliyetinin olduğu kabul edilmiştir. Aynı zamanda bir tarafın temsilcisi de Alman Medeni Usûl Kanunu ‘nun 79. maddesi uyarınca dava ehliyeti olmalıdır.

Alman hukukunda dava ehliyeti ve bu süreçte geçirmiş olduğu değişim ve gelişimler 1.1.1992 tarihinde yürürlüğe giren Alman Himaye Kanunu ve onun vesayet hukukuna getirdiği yenilikler kapsamında değerlendirilmelidir. Bu Kanun aracılığı ile Alman hukukunda köklü değişikliklere gidilmiş ve malullük kayyımlığı (*Gebrechlichkeitspflegschaft*) ile vasilik (*Vormundschaft*) yerine Alman Medeni Kanunu’nun 1896. maddesi ile yeni bir müessese olan kanuni müşavirlik (*Betreuung*) müessesesi getirilmiştir²³¹. Kanuni müşavirlik kurumunun yanı sıra kişilere tedbir vekaletnamesi (*Vorsorgevollmacht*) ile bir başka kişiyi yetkilendirme ya da ileride akıl ve beden sağlığını kaybetmesi sebebiyle ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda kendisine uygulanacak tıbbi tedbirlere ilişkin hasta talimatnamesi (*Patientenverfügung*) yapma hakkı tanınmıştır²³². Bu Kanun sadece Alman Medeni Kanunu’na ilişkin düzenlemeler getirmediğinden buna bağlı olarak içerisinde Alman Medeni Usûl Kanunu’nun da olduğu 50 farklı Kanunda²³³ da değişim yaratmıştır. Bu sebeple bu yeni düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur²³⁴.

Bu değişikliklerden önce Alman hukukunda ergin kişilere ilişkin Türk hukukuna benzer şekilde sadece vesayet ve kayyımlık müesseseleri bulunmaktaydı. Bu müesseseler ilgili şahsın vesayet altına alınırken haklarının tümünden veya büyük bir kısmından mahrum bırakılmaları sebebiyle birçok eleştiriye uğramaktaydı. Bu

²³⁰ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 6.

²³¹ Kern ve Diehm, § 53, Rn. 2; Reinhard Bork, “Die Prozeßfähigkeit nach neuem Recht”, **MDR** **1991**, s. 97; Saenger, §52, Rn. 6.

²³² Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 5; Zöllner, §51, Rn. 1; Wiczorek ve Schütze, §51, Rn. 15, Bork, s. 97.

²³³ Abel, s. 253.

²³⁴ Bu reform hareketlerinin sebebi olarak Almanya’nın demografik yapısı ve hızla yaşlanan nüfusu gösterilmektedir. 2012 tarihi itibarı ile Almanya’da 1.3 milyon kişi koruma altındadır. Günümüzde bu sayının artmış olduğunu tahmin etmekteyiz. Getirilen bu reform ile kişinin isteklerinin mümkün olduğu sürece esas alınması hem de korumaya ilişkin alternatif güçlerin oluşturulduğu görülmektedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Gabriela Kropp, Die Vorsorgevollmacht, **FPR**, 2012, s. 9 vd.

sebeple bu konuda köklü bir değişikliğe gidilmiş ve Avusturya’da geçerli olan bu konuya ilişkin himaye hukukundan (*Sachwalterrecht*) yararlanılmıştır²³⁵.

Getirilen yeniliklerden biri olan kanuni müşavirlik Alman Medeni Kanun’un 1896 ila 1908. maddelerince belirlenmiştir. Kanuni müşavirlik (*Rechtliche Betreuung*) Alman Medeni Kanunu’nun 1896. maddesi uyarınca psikolojik, bedensel, zihinsel ya da ruhsal bir hastalık sebebiyle ergin bir kişinin işlerini kısmen ya da tamamen görememesi durumunda vesayet makamınca kişinin kendi talebi üzerine ya da re’sen belirli görev alanları hakkında temsilci olarak atanmasıdır. Burada esas olan koruma altına alınacak kişinin somut bir yardıma ihtiyacı olmasıdır (BGB 1896/2). Burada kişi “ilgili” (*Betroffener*) olarak ifade edilir. İlgili kişi ya kanuni müşavirin atanacağı ya da yasal statüsü verilecek olan kararla değişecek kişidir²³⁶. Bu kişinin iş ehliyeti hususunda da dava ehliyetine ilişkin genel kuraldan sapılır. Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu’nun (FamFG) 275. maddesi uyarınca koruma hukukuna ilişkin hususlarda kişinin fiil ehliyetine bakılmaksızın iş ehliyetli olarak kabul edilir (*verfahrensfähig*). Burada Alman Medeni Kanunu’nun 53. maddesi geçerli değildir.

Müşavir belirli bir görev alanı için atanır. Diğer işlemler için örneğin normal bir erginin bile kendi başına yapamayacağı uzmanlık gerektiren işlemler için ya da maddi bir yardım ile kolaylıkla halledilebilecek işlerde (evin idaresi, temizlik, yemek yapımı gibi) kanuni temsilci gerekli değildir²³⁷.

Vesayet makamı olan mahkeme kanuni müşavir (*rechtlicher Betreuer*) atanma sürecinde ilgilinin talebi ya da kendiliğinden harekete geçer ve konuyu araştırması için müşavirlik dairesini (*Betreuungsbehörde*) görevlendirir. Kanuni müşavirlik dairesi bu hususta araştırma yapar. Bu süreç içerisinde ilgili kişi ve çevresindekiler ile görüşür. İlgili kişinin yardıma ihtiyacı olabileceği hususları saptar²³⁸. Kanuni müşavir atanırken mahkeme öncelikli olarak kişinin talebini dikkate alacaktır. Bu yönde bir talep olmaması durumunda mahkeme kanuni müşavirlik dairesinin önerisi dikkate alacağından müşavirlik için uygun olarak gördüğü kişileri ya da kurumları

²³⁵ Abel, s. 254.

²³⁶ Schwab, BGB, §1896, Rn. 160.

²³⁷ Bork, s. 98; Abel, s. 254.

²³⁸ Alman Müşavirlik Hukuku, Institut für transkulturelle Betreuung, 23.01.2019, <http://www.skf-hagen.de>.

saptar²³⁹. Bu sürece ilgilinin katılımı büyük önem taşımaktadır ancak bazı hallerde kanuni müşavir atanacak kişinin kendi isteklerini ve ihtiyaçlarını dile getirmesi zor olabilir²⁴⁰. Ayrıca fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişinin tam olarak iş ehliyetine sahip olduğunu kabul etmek bu kişinin kendisinin aleyhine usûlü işlemleri de etkili ve hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirebileceği hukuki sonucunu doğurabilir²⁴¹. Böyle hallerde ilgililere bu süreçte yardımcı olması için temsilci(*Verfahrenspfleger*)²⁴² atanabilir ancak bu kişiler bir kayyım yerine geçmezler²⁴³. İlgililerin dava ehliyeti üzerinde herhangi bir etkileri olmaz. Burada çekişmesiz yargı işlerine ilişkin kanunda ilgili için geniş bir hukuki dinlenilme hakkı tanındığı (*Anhörung des Betroffenen*) (Fam FG m. 278) görülmektedir²⁴⁴. Kısıtlamaya ya da korumaya ilişkin bir yargılamada alınacak tüm önlemler ve tedbirler ilgilinin kişiliğine ilişkin bir alanı kısıtlayacağından ilgili iş ehliyetli olarak ele alınmalıdır. Konulan bu hükümle geçmişte ortaya çıkan soru işaretleri (iş ehliyetinin olup olmadığı gibi) çözümlenmiştir.

Kanuni müşavirlik ataması yaparken mahkeme özellikle ilgilinin sağlık durumu ile ilgili uzman doktorların vermiş olduğu raporları dikkate alarak belirli bir kapsamda kanuni müşavir atanmasına karar verebilir. Burada esas olan ilgili kişinin tümünden fiil ehliyetini sınırlandırmak değildir. Özellikle ilgili kişinin ihtiyaç duyduğu alanlar belirlenerek bu görev alanında kanuni müşavir atanır. Aksi mahkemece

²³⁹ Kanuni müşavirin atanması usûlü 1.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu (FamFG) uyarınca gerçekleştirilecektir.

²⁴⁰ Schwab, BGB, §1896, Rn. 162, 163, 171 vd.

²⁴¹ Schwab, BGB, §1896, Rn. 160.

²⁴² Yargılama esnasında yer alacak bu temsilci (*Verfahrenspfleger*) bir nevi yargılamanın koruyucusu “*Pfleger für das Verfahren*” görevindedir. Alman Medeni Hukukunda benzer nitelikte kurumlar olmasına rağmen bu kurum 1992 yılında yürürlüğe giren Alman Kanuni Müşavirlik Kanunu ile Alman hukukunda ilk defa kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Üzerinden 20 yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen uygulamada hala bu kayyımın görevleri ve yasal statüsüne ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. Bu konu doğrudan çalışma konumuz kapsamına girmediği için detaylara girmemekteyiz ancak bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Christiana-Maria Leeb ve Martin Weber, *Der Verfahrenspfleger “Pflichtverteidiger” in Unterbringungs und Betreuungsverfahren*, **NJOZ**, 2014, s. 1201 vd.

²⁴³ Belirli şartlar altında kanuni müşavirlik mahkemesi ilgiliye bir temsilci (*Verfahrenspfleger*) atamak zorundadır (FamFG 279/1). Bu kural tüm kanuni müşavirlik yargılamasına katılanlar için geçerlidir. Burada temsilcinin ne zaman atanacağı hususunda iki husus özellikle değerlendirilmelidir. FamFG’nin 1. paragrafının ilk cümlesinde düzenlenen genel kural söz konusu kişinin menfaatinin gerekli olduğu her durumda yargılama için temsilcinin atanmasıdır. İkinci cümle ise bu durumun genellikle gerekli olduğu özel durumlara işaret eder. İlgili maddenin ikinci paragrafında bu iki durumun olmadığı hallerde artık temsilcinin atanmasına gerek olmadığı hususu üzerinde durulmuştur. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB*, §1896, Rn. 160.

²⁴⁴ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Schwab, *Münchener Kommentar zum BGB*, § 1896, Rn. 171-178.

öngörülmedikçe kanuni müşavir danışman statüsündedir. Bununla birlikte özellikle sağlık ve malvarlığına ilişkin hususlarda mahkeme kişinin fiil ehliyetini sınırlayabilir. Kişinin malvarlığı ya da sağlık durumuna ilişkin tehlikelerin önlenmesi sebebiyle gerçekleştirmiş oldukları işlemler kanuni müşavir onayına tabi kılındıysa bu onay gerçekleşmeden işlemler gerçekleşmez ve askıda kalır (BGB m. 1903). Kanuni müşavir bu işlemlere onay vermek zorunda da değildir. İlgilinin menfaatine aykırı olduğunu düşünüyorsa işlemler geçersizdir²⁴⁵.

Kanuni müşavir en çok 7 yıl süre ile atanabilir. Bu süre sonunda gerekli görülürse mahkeme süre uzatımına gidilebilir ya da tedbirin kaldırılmasına ilişkin karar verebilir (Fam FG m. 295). Farklı bir düzenleme getirilmediği sürece esas olarak ergin olmayanlara ilişkin vesayet hakkındaki hükümler geçerli olacağından Alman Medeni Kanunu'nun 1908. maddesi uyarınca kanuni müşavir vesayet makamının denetimi altındadır.

Gönüllük esasına göre kişinin yakınları kanuni müşavir olarak atanabilir. Bunun yanı sıra bu konuda özel eğitim almış serbest çalışan kanuni müşavirler, avukatlar ya da müşavirlik derneğinde çalışan kişiler kanuni müşavir olarak²⁴⁶ atanabilir. Vasilik kurumuna benzer bir şekilde kişinin haklı sebepleri yoksa bu görevi kabul etmesi gerekmektedir ve kabul beyanından sonra mahkeme bu atamayı gerçekleştirecektir (BGB m. 1898). Kanuni müşavir eğer profesyonel olarak atanmışsa kişinin maddi durumuna göre ilgili kişiden ya da sosyal devlet anlayışı uyarınca devlet tarafından bu kişilere ödeme yapılır.

Kanuni müşavir atanması kararına ilgili kişi itiraz edebilir. Bu karara karşı kişinin iş ehliyeti tamdır. Eyalet Mahkemesi (*Landgericht*) şikayet mahkemesi (*Beschwerdegericht*) olarak öngörülmüştür²⁴⁷.

Kişi, ileride yardıma ihtiyaç duyabileceğini öngörebilir. Böyle bir durumda ileride mahkeme tarafından atanacak kişi (ya da atanmasını istemediği kişi) ve bunların görev kapsamı hakkında Kanuni Müşavirlik Talimatnamesi (*Betreuungsverfügung*) yoluna başvurabilir. Alman Medeni Kanunu'nun 1897.

²⁴⁵ Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, § 1903, Rn. 53, 55, 56; Kern ve Diehm, § 53, Rn. 2; Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 8.

²⁴⁶ Bu dernek atama işlemini kendi iç işleyişinde bir çalışanına devredecektir (BGB m. 1900).

²⁴⁷ Yeni getirilen düzenlemelerle Yüksek Eyalet Mahkemesine (*Oberlandesgericht*) şikayet yolu kaldırılmıştır. Bu hususta bkzn. Peter Hendrik Müther, Probleme des Betreuungsverfahrens, **FPR**, 2012/1, s. 4; Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, §1896, Rn. 160.

maddesinin 4. fıkrası ilgili ve kanuni müşavir arasında güvene dayalı işbirliğine izin verilmiştir²⁴⁸. Bir nevi kişinin ihtiyaç halinde kendisine atanacak olan kanuni müşaviri önceden belirlemesine izin veren bir kurumdur. Mahkeme kural olarak bu talimatnameye önünde bulundurmak zorundadır²⁴⁹. İlgilinin çıkarları doğrultusunda kanuni müşavir atamasını gerçekleştirir.

İlgili kişilere bir tedbir vekâletnamesi (*Vorsorgevollmacht*) aracılığı ile bir kişiye belirlediği konularda kanuni temsilcisi gibi hareket etme imkanı tanıyabilir. Tedbir vekâletnamesi kişi ayırt etme gücüne haizken yazılı şekilde hazırlanmalıdır. Her ne kadar şekli bir zorunluluk olmasa da bu sözleşmenin noterde yapılması bazı faydalı sonuçlar getirebilir²⁵⁰. Şöyle ki Federal Noterler Odası bu vekâletnameler için özel bir sicil (*Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer*) oluşturmuştur. İlgiliye kanuni müşavir atanmasına ilişkin yürütülen bir yargılamada mahkemenin başvurusu üzerine sicile kayıtlı bir vekâletnamenin olup olmadığı gözden geçirilecektir. Böylelikle kanuni müşavir tayini önlenebilir²⁵¹. Bu vekâletname ile derhal ya da ileride yürürlüğe girme koşulu ile hazırlanabilir. Tedbir vekâletnamesi hukuken bir gereklilik bulunmazsa kanuni müşavir atanmasına engel olur. Sözleşmenin her iki tarafı arasında özel bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra vesayet mahkemesi Alman Medeni Kanunu'nun 1896. maddesinin 3. fıkrası uyarınca gerekli görürse bu kişiyi denetlemek için bir kanuni müşavir atayabilir. Hazırlanan bu Tedbir vekâletinde ilgili kanuni müşavir atanması durumunda tayin edilmesini talep ettiği kişiyi bildirebilecektir.

İlgili kişiyi kanun nezdinde, mahkeme önünde ve haricinde temsil eder ve tayin edilen görev alanlarında ilgiliyi kanuni açıdan bağlayıcı bir şekilde hareket ederler (BGB m. 1902). Burada esas olan kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanmamasıdır. Hatta belirlenen görev alanlarında bile kural olarak kişi fiil ehliyetine sahip olmaya devam eder²⁵². Ancak Alman Medeni Kanunu'nun genel hükümlerine göre ergin kişi sürekli bir şekilde ayırt etme gücünden yoksunsa (BGB m. 104/2) fiil ehliyetinden de yoksun olarak kabul edilir. Bunun üzerine mahkeme tarafından muvafakat şartı

²⁴⁸ 2012/1, s. 4; Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, §1897, Rn. 23.

²⁴⁹ Schwab, Münchener Kommentar zum BGB, §1897, Rn. 23.

²⁵⁰ Kropp, ss. 9-10.

²⁵¹ Kropp, s. 11.

²⁵² Bork, s. 98.

(*Einwilligungsvorbehalt*) konulabilir²⁵³. Burada muvafakat kaydı için Alman Medeni Kanunu'nun 1903. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilgilinin şahsında ya da malvarlığında ciddi bir tehlikenin doğabilecek olması gerekmektedir. Burada esasen himaye edilen kişinin korunması amaçlanmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 1903. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre bu kaydın konulması fiil ehliyetinin kısıtlanması sonucunu doğurur ve esasında kısıtlılık kurumu yerine öngörölmüş bir prosedür olarak değeriendirilebilir. Özellikle Alman Medeni Kanunu'nun 207. maddesinde olduğu gibi kendi lehine kazanımlarda bulunduracak irade açıklamalarında bulunabilirler. Tekrar altını çizmemiz gerekirse bu belirlenen alanlar haricinde ilgili tam ehliyetli kalmaya devam edecektir²⁵⁴. Örneğin varlık yönetimine ilişkin olarak kanuni müşavir atanması durumunda kişi tasarruf hesaplarına ilişkin onay olmadan işlem yapamasa da bir takım elbise alabilecektir²⁵⁵. Sözleşmeler, Alman Medeni Kanunu'nun 108. maddesinin birinci fıkrası uyarınca geçersizdir ve ancak kanuni müşavirin onayı aracılığı ile geçerlilik kazanır. Bunun yanı sıra Alman Medeni Kanunu'nun 1901. maddesinin 2. fıkrasına göre ilgilinin fiil ehliyeti kısıtlansa da kısıtlanmasa da ilgili kişinin taleplerini onun aleyhine olmadığı sürece göz önünde bulundurmak zorundadır. Ancak bu hükmün dışarıya karşı gerçekleştirilen hukuki ilişkilerden çok ilgili ve temsilci arasındaki iç ilişkiye ilişkin bir hüküm olduğu ileri sürölmektedir. Çünkü dış ilişkide hukuk düzeni içerisinde kanuni müşavirin temsil yetkisi devam etmektedir²⁵⁶. İlgilinin isteklerini dikkate almayan kanuni müşavir verdiği zararlardan sorumlu tutulabilir (BGB m. 1908,1833). Bunun yanı sıra vesayet mahkemesi ağır bir görev ihlali olduğuunda müdahale etmek zorundadır (BGB m. 1908, 1837/2). Yine de bu durumun temsil gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin istisnalar hariç kanuni müşavirin gerçekleştirdiği işlemlerin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Kanuni müşavirlik altındaki kimse hakkında gerçekleştireceği işlemler için herhangi bir muvafakat kaydı aranmamışsa ilgili kişi tam ehliyetli kalacaktır. Aynı durum müşavirlik altında olup muvafakat kaydı öngörölmeyen işlemleri için de geçerlidir. Kişinin tam ehliyetli olduğu durumlarda yargılama kanuni müşavir

²⁵³ Prütting ve Gehrlein, §53, Rn. 1; Kern ve Diehm, §52, Rn. 3; Saenger, §52, Rn. 6; Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 8-9.

²⁵⁴ Prütting ve Gehrlein, §53, Rn. 1; Bork, s. 98; Wieczoreck ve Schütze, §53, Rn. 6.

²⁵⁵ Bork, s. 98.

²⁵⁶ Bork, s. 98.

tarafından gerçekleştirilirse Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 53. maddesinde bu kişinin dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin temel amacı yeni Alman vesayet hukukunda kendisine yasal temsilci atanan her kişinin fiil ehliyetinin sınırlanmamasıdır. Bazı durumlarda bu fiil ehliyeti sınırlanmayan kişiler dava açabilir ve davacı olabilirler. Bu da kanuni temsilcinin tekrar bazı işlemleri gerçekleştirme tehlikesini ortaya çıkarır²⁵⁷. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 53. maddesi ile bu medeni usûl hukukunda ortaya çıkan bu tehlikenin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu hükme göre temsil edilen kişinin usûlî işlem yapma yetkisi sınırlandırılmış ve yasal temsilciye devredilmiştir²⁵⁸. Bu şu anlama gelmektedir: Kanuni müşavirin yasal temsilci olarak kanuni müşavirlik altındaki kişiyi temsil ettiği bir yargılamada bu kişi taraf olabilir ama dava ehliyetine sahip oldukları kabul edilemez²⁵⁹. Bu durum kanuni müşavirin yetkili kılındığı alanlar için geçerlidir. Kanuni müşavir, ilgiliye katkıda bulunmak için belirli konularda muvafakat kaydı aranmadan yasal temsilci olarak atanmış olabilir. Mahkeme tarafından kanuni müşavirin muvafakatinin zorunlu tutulmadığı bu konular kanuni müşavirin faaliyet alanına girse de müşavirlik altındaki kişinin fiil ehliyeti herhangi bir onay aranmadığından sınırlandırılmamaktadır. İşte bu hallerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kanuni temsilci müşavirlik altındaki ilgili adına yargılamayı yürütüyorsa fiil ehliyeti sınırlanmayan bu kişinin yine de dava ehliyetinin olmadığı kabul edilecektir²⁶⁰. Bu durum kanuni müşavir yargılamaya her ne şekilde adım attıysa geçerlidir. Kendisi yasal temsilci olarak müşavirlik altındaki kişi adına dava açsa da ya da açılan bir davada yasal temsilci olarak kendisi gösterilse de bu kural geçerli olacaktır. Bunun haricinde kanuni müşavirin dahil olmadığı diğer tüm yargılamalarda ilgili fiil ehliyeti ile doğru orantılı olarak dava ehliyetine sahip olacaklardır²⁶¹. Mahkemenin ve karşı tarafın Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca korunan hukuki yararları bulunduğu kanuni temsilci ve temsil edilen arasında fikir ayrılığı bulunan hallerde bu uyuşmazlık iç ilişkileri ile sınırlı

²⁵⁷ Musielak ve Voit, §53, Rn. 1; Wiczorek ve Schütze, §53, Rn. 1.

²⁵⁸ Musielak ve Voit, §53, Rn. 1; Wiczorek ve Schütze, §53, Rn. 1; Prütting ve Gehrlein, §53, Rn. 2

²⁵⁹ Bork, s. 98; Musielak ve Voit, §53, Rn. 3; Lindacher, §53 Rn. 3; Vorwerk ve Wolf, Rn. 4-5.

²⁶⁰ Bork, s. 98; Prütting ve Gehrlein, §53, Rn. 3.

²⁶¹ Bork, s. 98. Kanuni müşavirin yapmış olduğu işlemlere öncelik verilmesi karşı davalar, icra takipleri, için geçerlidir ancak yargılamanın yenilenmesi ve Alman Medeni Kanunu'un 731., 767., 768. maddeleri uyarınca öngörülen kanun yollarına başvurmak için geçerli değildir. Bu hususta bkz. Musielak ve Voit, § 53, Rn. 4; Lindacher, § 53, Rn. 4; Vorwerk ve Volf, Rn. 4-5.

kalır. Burada göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise müşavirlik altındaki kişinin maddi hukukta fiil ehliyetinin ve tasarruf ehliyetinin devam ettiğidir. Bu kişi, yargılama dışındaki gerçekleştirecekleri irade beyanları ve yapacakları hukuki işlemlerle kanuni müşavirin yürüttüğü davanın temelsiz kalmasına neden olabilir²⁶².

Alman Medeni Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrası uyarınca fiil ehliyetinin tam kaybı Kanuni Müşavirlik Kanunu ile kaldırılmadığından fiil ehliyetsizliği ve dolayısıyla dava ehliyeti eksikliği, kanuni müşavirin atanmadığı durumlarda da ortaya çıkabilir. Eğer fiil ehliyetsiz bir kişi bir avukat tarafından temsil ediliyorsa ve bu avukat ehliyetsiz kişinin ehliyetli olduğu zaman zarfında usûlüne uygun bir şekilde yetkilendirildiyse yargılamaya otomatik olarak ara (Unterbrochen) verilmez (ZPO m.86, 246)²⁶³. Bununla birlikte mahkeme Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca dava ehliyetini resen dikkate almak ve avukata atanmış olan yasal temsilci aracılığı ile yeniden yetkilendirilme fırsatı tanımak zorundadır. Eğer bir avukat ile temsil edilme gibi bir durum yoksa yargılamaya Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesi uyarınca ara verilecektir ve bir kanuni müşavir atanacaktır. Kanuni müşavir atanmasına ilişkin yargılama Alman Medeni Kanunu'nun 1896. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca fiil ehliyetsiz olan kişi tarafından da başlatılabilir. Bununla birlikte yargılamanın karşı tarafı vesayet mahkemesine ilgilinin fiil ehliyetiyle ilgili dilekçe veremez. Ancak mahkeme bu durumu re'sen gözetebileceğinden bu hususu öneri olarak alabilir ve kendi inisiyatifi ile hareket edebilir. Sonuç olarak bu koruma yargılamasının karşı taraf lehine işletilmesi yargılamanın başlamasına engel olmaz²⁶⁴.

Kişinin fiil ehliyetinin kapsamına ilişkin gerçekleştirilen yargılama müşavir atanması talep edilen kişinin korunması için birçok yargılama koşulunun gerçekleştirilmesi gerekeceğinden bu bir süre alacaktır. Bu süreçte alınacak önlemlere ilişkin birkaç yol akla gelebilir. Dava ehliyeti olmayan bir kişiye dava açılması durumunda bu kişinin himaye altına ilişkin gerçekleştirilecek yargılama esnasında kararın beklenmesi davacı aleyhine bir durum teşkil edecekse bu durumda

²⁶² Bork, s. 98; Prütting ve Gehrlein, §53, Rn. 3.

²⁶³ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3; Wiczorek ve Schütze, §53, Rn. 6 vd; Bork, s. 98.

²⁶⁴ Bork, s. 98.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca vesayet mahkemesi başkanından özel bir temsilci (prozesspfleger) atanması talep edilebilir²⁶⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu hükmün sadece belirli durumlar için öngörülmüş olmasıdır. Dava ehliyeti olmayan kişinin davacı durumunda olması ya da davalı durumundayken onun aleyhine bir tehlikenin bulunması bu hükmün uygulanması için yeterli değildir²⁶⁶. Bunun yanı sıra ilgili maddenin ikinci fıkrası uyarınca da mahkeme başkanı Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 20. maddesine göre dava ehliyeti olmayan bir kimseye yerleşim yeri dışında dava açılması durumunda da bir temsilci atayabilecektir.

Burada temsil edilen kişi, temsilcisi yargılamaya dâhil olana kadar ehliyetli olarak kabul edilir. Bunun yanı sıra temsil yetkisinin içeriğine ilişkin şüpheli durumlar da ortaya çıkabilir. Şöyle ki temsilcinin yargılamaya dâhil olması temsil yetkisi kapsamında olmalıdır²⁶⁷. Temsilci vekâlet belgesini ya da onaylı bir suretini sunarak yetkisini kanıtlamalıdır. Şüphenin temsilcinin temsil yetkisine ilişkin olması durumunda ise bu husus bekletici mesele yapılarak vesayet hâkiminin kararı beklenmelidir²⁶⁸. Temsilcinin usûlî işlemler gerçekleştirmede önceliği bulunmaktadır. Bununla birlikte temsilci kendi onayı olmadan başlatılan yargılamanın temsil ettiği kişi tarafından yürütülebilmesi için yetki verebilir.

Bu bilgiler ışında Alman hukukunda dava ehliyeti hususuna değinecek olursak Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 52. maddesi, dava ehliyetini fiil ehliyeti (*geschäftsfähigkeit*) ile bağdaştırmıştır²⁶⁹. Burada öncelikli olarak Alman Medeni Kanunu'nun 104/1-2, 105 ve 113. maddelerinin değişmediğine dikkat edilmelidir. 7 yaşından küçükler ve Alman Medeni Kanununun 104. maddesinin 2. fıkrasına göre tam ehliyetsiz olanlar fiil ehliyetine sahip olamayacaklardır. Alman Medeni Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrasına göre göre fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler, yargılama sırasında herhangi bir rol oynamayacaklarından burada kanuni

²⁶⁵ Musielak ve Voit, § 57 Rn. 1; Kern ve Diehm, § 57, Rn. 1; Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Zöller, §57, Rn. 1; Saenger, §57, Rn. 1; Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Wiczoreck ve Schütze §57, Rn. 1; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §57, Rn. 4;

²⁶⁶ Bork, s. 98; Musielak ve Voit, § 57 Rn. 1; Kern ve Diehm, § 57, Rn. 1; Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Zöller, §57, Rn. 1.

²⁶⁷ Musielak ve Voit, §53, Rn. 3; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

²⁶⁸ Musielak ve Voit, §53, Rn. 3.

²⁶⁹ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 3; Bork, s. 97; Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 1; Musielak ve Voit, §52, Rn. 1; Zöller, §52, Rn. 1; Saenger, §52, Rn. 1; Kern ve Diehm, §52, Rn. 1.

müşavirin atanmış olup olmadığı ya da bu kişilerin bir muvafakatının alınıp alınmadığı herhangi bir önem arz etmeyecektir²⁷⁰.

Bir işlem gerçekleştirmesi kanuni müşavirin muvafakatına tabi kılınan ilgililer sınırlı ehliyetli (*beschränkt geschäftsfähigen*) olarak kabul edilirler. Medeni usûl hukuku sınırlı dava ehliyetini kabul etmediğinden bu hallerde ilgili olarak dava ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilir ancak istisnai hallerde dava ehliyetleri vardır²⁷¹.

Öncelikli olarak Alman Medeni Kanunu'nun 112. ve 113. maddelerine kıyasen kanuni müşavirin onayına tabi düzenlemelere de uygulanacaktır. İlgili tıpkı ayırt etme gücüne sahip bir küçükte olduğu üzere (BGB m. 112) vesayet mahkemesinin izni ile bir iş ya da hizmet ilişkisini yürütmek için ehliyetli kabul edilebilir. Bu durumda bu hususları ilgilendiren yargılamalarda da dava ehliyetine sahiptir. Alman Medeni Kanunu'nun 1896. maddesinin ikinci fıkrasına göre müşavirlik alanı mümkün olduğunca en az ile sınırlandırılmalıdır. Fiil ehliyetinin sınırlandırılması sadece o alana mahsus olduğundan bunun haricinde kalan durumlarda fiil ehliyetinin dolayısı ile dava ehliyetinin tam olduğundan bahsedilir. Örneklendirmek gerekirse ilgili kişi malvarlığına ilişkin hususlarda tek başına işlem yapmaya yetkili değildir ve dolayısıyla dava ehliyetine de sahip değildir. Bununla birlikte bir takım elbise almaya yetkilidir ve satın alma ve ödeme sürecinde de yetkili olduğu kabul edilir. Aynı zamanda bu takım elbisenin garantisine ilişkin süreçte de (özellikle satın alma sürecinde garantiye ilişkin bir kayıt konulabildiğinden) bunun uygulanması için bu kişilerin dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilir²⁷².

Burada önemli olan bir diğer husus ise vesayet mahkemelerinin kanuni müşavirin her alanda olduğu üzere yargılama alanında da yaptığı işlemlerin ilgilinin lehine olup olmadığını ve rıza göstermesinin uygun olup olmadığını titiz bir şekilde göz önünde bulundurması gerekmektedir²⁷³.

Alman medeni usûl hukukunda medeni hukuka göre fiil ehliyeti sınırlandırılmamış kişi tam dava ehliyetine sahiptir. Bazı durumlarda koruma altındaki kişi ya da gaip kendisine temsilci atanmış olsa ve o temsilci tarafından

²⁷⁰ Bork, s. 97; Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 1.

²⁷¹ Rosenberg, Heinz ve Schwab, §44, Rn. 9; Grunsky, s. 253; Bork, s. 97; Wieczorek ve Schütze, §51, Rn. 13 vd.

²⁷² Bork, s. 98.

²⁷³ Bork, s. 98.

yürütülen yargılamada dava ehliyetine sahip olmayan kişi gibi işlem görse de (ZPO m. 53 ve BGB m. 1902) dava ehliyetine sahip olmaya devam eder. Ayırt etme gücüne sahip küçükler Alman Medeni Kanunu'nun 112. ve 113. maddelerinde verilen yetkiler kapsamında dava ehliyetine sahip olurlar²⁷⁴.

Dava ehliyetine sahip olmayan kişiler ise öncelikli olarak fiil ehliyetine sahip olmadıkları için 7 yaşın altındaki küçükler ve ayırt etme gücüne sahip olmayan yetişkinlerdir (BGB m. 104). Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 52. maddesinde kasıt edilen kanuni temsilcinin herhangi bir katkısı bulunmadan bir işlemi gerçekleştirebilmektir²⁷⁵. Bu kişilerin bu sebeple dava ehliyeti yoktur.

Alman hukukunda yabancıların dava ehliyeti kendi ülke hukuklarına göre belirlenecektir²⁷⁶. Bununla birlikte Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 55. maddesinde kendi ülkesinin kanunları çerçevesinde dava ehliyetine sahip olmayan yabancı bir kişinin Alman hukukuna göre dava ehliyetine sahip olması durumunda bu kimseler yargılamayı bizzat yürütebileceklerdir.

Medeni usûl hukukunda tarafların yargılamanın seyri hakkında belirli bir etkiye sahip olacakları kabul edilmiştir ancak yargılama esnasında bir taraf olarak sadece irade beyanında bulunma yetkisine haiz olan kişiler bu etkiyi doğurabilecek işlemleri gerçekleştirebileceklerdir²⁷⁷. Dolayısıyla Alman hukukunda da dava ehliyeti medeni hukuktaki fiil ehliyeti kavramının medeni usûl hukukunda da görünümü şeklinde değerlendirilmektedir²⁷⁸.

Dava ehliyeti, Alman hukukunda da dava şartı olarak öngörülmüştür. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesine göre mahkeme dava ve taraf ehliyeti eksikliğini, yasal temsilcinin yetkisine ilişkin belgeleri ve yasal temsilcinin yargılamayı yürütmek için uygun bir şekilde yetkilendirilip yetkilendirilmediğini re'sen gözetmek zorundadır. İlgili maddenin ikinci fıkrasına göre ise herhangi bir gecikme davanın taraflarından biri için tehlikeye yol açacak olursa, bu tarafın veya yasal temsilcinin, tespit edilen eksikliğin düzeltilmesi şartı ile yasal işlemlere devam etmesine izin verilebilir. Nihai karar, yalnızca eksikliğin telafisi için belirlenen süre

²⁷⁴Musielak ve Voit, §52, Rn. 2.

²⁷⁵ Musielak ve Voit, §52, Rn. 4; Lindacher, MüKoZPO, §§ 51, 52 Rn. 4; Stein, Jonas ve Jacoby § 51 Rn. 3.

²⁷⁶ Musielak ve Voit, §55, Rn. 1.

²⁷⁷ Julius Wilhelm Planck ve Max Seydel, **Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts**, I. Band, C.H. Beck, Nördlingen, 1887, s. 214.

²⁷⁸Planck ve Seydel, s. 214;

geçtikten sonra olabilir. Dava şartları yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde tutulacaktır²⁷⁹. Bununla birlikte mahkemeler her hukuki uyumsuzlukta bu dava şartının olup olmadığına ilişkin kapsamlı bir incelemede bulunmaya tabi tutulmamıştır. Esas olan kişinin dava ehliyetinin var olduğunun kabulüdür. Bu dava şartının var olup olmadığını gözden geçirmek için yeterli veriler bulunmadıkça kişilerin dava ehliyeti esastır. Aksini iddia edenler bu iddianın doğruluğunu ispatlayacak kanıtları da sunmalıdır²⁸⁰.

Eğer dava ehliyeti hakkında karar verilecek olan kişi bir gerçek kişi ise ehliyetsizliğine karar verilmeden önce Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 103. maddesine göre dinlenilmelidir²⁸¹. Ancak bazı durumlarda kişinin duruşmada dinlenilmesine karar verilmiş olsa da kişi duruşmaya katılmayabilir. Böyle bir durumda kişi duruşmaya gelmezse karşılaşılabileceği hukuki sonuçlar hakkında Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkındaki Kanun'un 34. maddesinin 3. fıkrasına benzer bir şekilde öncesinde bilgilendirilmelidir²⁸².

2. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda dava ehliyeti²⁸³ 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren federal düzeyde geçerli olan İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre dava ehliyetinin sınırları şu şekilde çizilmiştir:

- “1. Fiil ehliyetine sahip olan kişiler dava ehliyetine de sahiptirler.*
- 2. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler kanuni temsilcileri aracılığı ile harekete geçebileceklerdir.*
- 3. Eğer ki fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişi ayırt etme gücüne sahip ise şunları gerçekleştirebilecektir:*
 - a. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bağımsız olarak kullanma*
 - b. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde gerekli önlemleri alma”*

²⁷⁹ Vorwerk ve Wolf, §56 Rn. 2.

²⁸⁰ Vorwerk ve Wolf, §56 Rn. 3.

²⁸¹ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 103. maddesinde herkesin mahkeme önünde dinlenilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

²⁸² Vorwerk ve Wolf, §56 Rn. 5.

²⁸³ İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun dava ehliyeti kavramı Almanca metinde *Prozessfähigkeit*, Fransızca metninde *Capacité d'ester en justice*, İtalyanca metninde ise *Capacità processuale* şeklinde ifade edilmektedir.

Hükmün ilk fıkrasından anlaşıldığı üzere İsviçre medeni usûl hukukunda dava ehliyetinin sınırları maddi hukuktaki fiil ehliyeti ile çizilmiştir. Bu sebeple İsviçre hukukunda da dava ehliyetinin fiil ehliyetinin medeni usûl hukukundaki görünümü olduğu kabul edilmektedir²⁸⁴. İsviçre hukukunda dava ehliyeti, yargılamaya katılan tüm hukuki sùjelerde aranmaktadır. Bir başka deyişle davacı, davalı, asli müdahil ya da ferî müdahil fark etmeksizin yargılamada tek başına ya da kendi atamış olduğu bir temsilci aracılığı ile bir kişinin yargılamaya katılabilmesi için dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir²⁸⁵.

İsviçre hukukunda gerçek bir kişi ergin (*volljährig*) ve ayırt etme gücüne (*urteilsfähig*) sahipse fiil ehliyetine aynı zamanda dava ehliyetine sahip sayılacaktır²⁸⁶. Ergin olma yaşı olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 14. maddesinde bir kişinin 18 yaşını doldurmuş olması öngörülmüştür. Ayırt etme gücü ise kişinin makul (*rasyonel*) davranma yeteneğine göre belirlenir. Tamamen objektif bir kriter dayanan erginliğin aksine ayırt etme gücünün belirlenmesi izafi bir niteliktedir. Bazı kişiler için ayırt etme gücü eksikliği, çocukluk ya da akıl hastalığı gibi belirli bir süre devam eden sebeplerden ötürü doğmuş olsa da bazı kişiler içinse sarhoşluk, uyuşturucu ya da ilaç etkisinde kalma, bilinç kaybı gibi sebeplerden de kaynaklanabilir²⁸⁷. İsviçre medeni usûl hukukunda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin hiçbir surette dava ehliyetine sahip olmayacağı belirtilmektedir²⁸⁸.

Ayırt etme gücüne sahip kişilerin ise fiil ehliyetleri doğrultusunda dava ehliyetlerinin olduğu kabul edilir. Yeni çocuk ve yetişkinleri koruma hukuku çerçevesinde İsviçre'de tüm vesayet hukuku tümüyle revizyondan geçmiştir.

²⁸⁴ Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar ZPO, Art. 67 N 1; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 1; Herzig, Prozessfähigkeit, s. 184.

²⁸⁵ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 1; Fischer, Art. 67, N 1.

²⁸⁶ Mehaz Kanun olan İsviçre Medeni Kanununda 19 Aralık 2008 yılında yapılan ve 1 Ocak 2013 yılında yürürlüğe giren Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna İlişkin Federal Kanun ile kısıtlılık kurumu kaldırılmış ve ZGB madde 13'de fiil ehliyetine sahip olmak için ergin olmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak yeterli sayılmıştır. Fassung gemäss Ziff. I 2 des BG vom 19. Dez. 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2013 (AS 2011 725; BB1 2006 7001), 24.09.2018, . www.admin.ch . Bu hükümde mehaz Kanunda olduğu üzere erginlik ve ayırt etme gücünün varlığının gerekliliği belirtilmiş ancak kapsamları erginlik için Medeni Kanun madde 11'de (ZGB Art. 14) ayırt etme gücü için Medeni Kanun madde 13'de (ZGB Art. 16) çizilmiştir. Bu hususta bkzn. Eugen Bucher ve Regina E. Aepli-Müller, **Berner Kommentar Die natürlichen Personen**, Art. 11-19d ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, s. 176 vd.

²⁸⁷ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 8; Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 4.

²⁸⁸ Staehelin, Staehelin ve Grolimund, § 13 Rz. 10; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 8; Fischer, Art. 67, N. 12.

Kapsamlı olarak yenilenmiş olan yetişkinlerin korunması hukukunda gerçek kişilerin ehliyetsiz duruma düşmeleri ve buna bağlı olarak yardım ihtiyacı duymaları halinde, kendi kaderlerini önceden ve bizzat belirleme hakkı düzenlenmiştir²⁸⁹. Vesayet kurumu yerine fiil ehliyetinin sınırlanıp sınırlanmadığına bakılmaksızın uygulanabilen yeni altı farklı kayyımlık (*Beistandschaft*) müessesesi öngörmüştür²⁹⁰.

Vesayet kurumunun halefi olan kapsamlı kayyımlıkta (*umfassende Beistandschaft*) kayyımın görev alanı; kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerin hepsini kapsamaktadır²⁹¹. İsviçre Medeni Kanunu'nun 398. maddesinin 3. fıkrasına göre bu kişilerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple bu hükmün etkisi altında olan kişiler dava ehliyetine sahip değildir²⁹². İsviçre Medeni Kanunu'nun 416. maddesinin ilk fıkrasında kayyımın bu fıkra sayılı işlemlerde yetişkinleri koruma makamının iznini alması gerektiği belirtilmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasının 9. bendinde ise bu izne sayılı işlemler arasında kayyımın acil hallerde geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere borç ödemedede güçsüzlüğün açıklanması, yargılamanın yönetimi, sulh olma, tahkim ve konkordato yoluna başvurma sayılmıştır²⁹³. Bu hükme göre kapsamlı kayyımlık durumunda kayyımın yargılamayı yürütebilmesi için yetişkinleri koruma makamının onayı gereklidir. Yargılamanın konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması durumunda ise bu hakkı İsviçre Medeni Kanunu'nun 19c maddesinin birinci fıkrası uyarınca bizzat ayırt etme gücüne sahip kişi kullanacaktır. Bu hükmün doğal bir sonucu olarak ise bu konuda ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda yargılamayı bizzat yürütebilecekleri kabul edilmektedir. Aynı zamanda bu kişi, temsilci seçme ve onu yetkilendirme yetkisine de haizdir. Burada kurumun onayı kaldırılmıştır²⁹⁴. İsviçre Medeni Kanunu'nun 19c maddesinin ikinci fıkrasında ise ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin kişiye sıkı sıkıya haklar bakımından temsili düzenlenmiştir. Buna

²⁸⁹ Heinz Hausheer, "İbrahim Kaplan (çeviren), İsviçre Medeni Kanunu'na göre Yetişkinlerin Korunması Hukuku", **Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt I, Sayı 1, Ocak 2016, s. 158.

²⁹⁰ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 11a; Biderbost, s. 309 vd.

²⁹¹ İbrahim Kaplan, "İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı: 137, 2018, s. 394.

²⁹² Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 12.

²⁹³ İsviçre Medeni Kanunu'nun 416. maddesinin 1. fıkrasının 9. bendinde bu sayılan işlemler şu şekilde ifade edilmektedir "Erklärung der Zahlungsunfähigkeit, Prozessführung, Abschluss eines Vergleichs, eines Schiedsvertrags oder eines Nachlassvertrags, unter Vorbehalt vorläufiger Massnahmen des Beistands oder der Beistandin in dringenden Fällen". Bu hususta bkz. Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 17.

²⁹⁴ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 12.

göre bir hakkın temsilci tarafından gerçekleştirilemeyecek kadar kişiliğe bağlı olması durumu hariç kanuni temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi adına hareket edebileceği düzenlenmiştir²⁹⁵.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 394. maddesinde temsil kayyımlığı (*Vertretungsbeistandschaft*) düzenlenmiştir. Temsil kayyımlığında; yardıma muhtaç kişi belirli işleri kendisi yapamayacak durumdaysa ona temsil kayyımı atanmaktadır. Bu durumdaki kişi, kayyımın yapacağı işlemleri hesaba katacak veya kabul etmek zorunda kalacaktır²⁹⁶. Temsil kayyımlığında esas olan kayyımlık altındaki kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılmamasıdır. Bu sebeple temsil kayyımı ile temsil edilen kişinin dava ehliyeti bulunmaktadır²⁹⁷ ancak gerekli durumlarda mahkeme sınırlandırmaya gidebilir.

Katılım kayyımlığı²⁹⁸ (*Mitwirkungsbeistandschaft*), İsviçre Medeni Kanunu'nun 396. maddesinde düzenlenmiştir. Katılım kayyımında olduğu üzere, temsil kayyımlığı bakımından da “*ihtiyaç ilkesi (Bedarfsprinzip)*” geçerlidir. Yani, yetişkinleri koruma makamı, kayyımın görev alanını belirlerken, ilgilinin bizzat yapabildiği işlemleri kapsam dışında bırakmalıdır²⁹⁹. Yetişkinleri koruma makamınca belirlenen işlerde ise kayyımın onayı gerekmektedir. Kayyımın onayını gerektiren belirli işler arasında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı olamayacaktır.

Katılım kayyımlığına ya da temsil kayyımlığına tabi bir kimsenin dava ehliyetinden bahsetmemiz gerektiğinde her bir kimse için somut olayın gereklerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kimseler için doğrudan dava ehliyetleri tamdır şeklinde bir sonuca varılmaz. Çünkü bu kişilerin ehliyeti İsviçre Medeni

²⁹⁵ “(1) *Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht.* (2) *Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist*”

²⁹⁶ Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 13; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 13; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N 19; Kaplan, Değerlendirme, s. 380.

²⁹⁷ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 13; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N 19; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 13.

²⁹⁸ Fischer, Art. 67, N 7; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 15. Türk hukukunda bu kayyımlık türü için onaylama kayyımlığı terimi de kullanılmaktadır. Bu hususta bkznz. Kaplan, Değerlendirme, s. 381 vd.

²⁹⁹ Fischer, Art. 67, N 7; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 15; Mehmet Akçaal, “İsviçre Medeni Kanunu’na Göre Kayyımlık Türleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 74.

Kanunu'nun 393. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ya da 396. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sınırlandırılmış olabilir. Bu hükümler uyarınca fiil ehliyeti sınırlandırıldıysa o ölçüde bu kişilerin dava ehliyeti olmayacaktır³⁰⁰.

İsviçre hukukunda fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler, dava ehliyetine de sahip değildir ve yargılamayı bizzat ya da kendi atadıkları bir temsilci aracılığı ile yürütmeye yetkili değildirler. Gerçekleştirmiş oldukları usûlî işlemler, istisnai durumlar haricinde geçerli değildir. Bu durumun hâkim tarafından resen göz önünde tutulması gerekmektedir. Dava ehliyeti, İsviçre medeni usûl hukukunda da bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple yargılamanın başında tetkik hakimi (*Instruktionsrichters*) tarafından karara bağlanmalıdır. Nihai karar almaya yetkili hakim, tetkik hakiminin bu kararı ile bağlı değildir ancak usûl ekonomisi ilkesi açısından bu incelemenin önceden yapılması tavsiye edilir³⁰¹.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dava ehliyetine sahip olmayan kişiler yargılamayı kanuni temsilcileri aracılığı ile yürütürler. Burada kanuni temsilci yargılamayı kendisi yürütebilir ya da dava ehliyeti olmayan kişinin çıkarlarını temsil etmesi için bir temsilci atayabilir ancak atamış olduğu bu temsilci dava ehliyetine sahip olmalıdır. Bu husus, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Kanuni temsilci, dava ehliyeti olmayan kişiye yargılamayı tek başına yürütmesi için de izin veremez. Aksi kanunun ruhuna aykırı olur ve kanunu dolanma sonucu ortaya çıkar³⁰².

Kanuni temsilci yargılamanın yürütülmesi için yetişkinleri koruma makamından izin almalıdır (schZGB m. 416 f. 1 b.9). Bu izin aynı zamanda vasi atanmış küçükler için de geçerlidir (schZGB 327c f. 2) ancak velayet altındaki küçüklerin velilerinin böyle bir izin almalarına gerek bulunmamaktadır (schZGB m. 304).

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi, her koşulda fiil ehliyetsiz ve dava ehliyetine sahip olamayacak iken ayırt etme gücüne sahip bir küçük ya da kayyım ile temsil edilen kişiler belirli hallerde dava ehliyetine sahip olabilirler. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 64. maddesinin 3. fıkrası bu hususa ilişkin iki istisnayı hüküm

³⁰⁰ Tenchio ve Spühler, Basler Kommentar ZPO, Art. 67 N 15; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 13; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N 20.

³⁰¹ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 16.

³⁰² Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 17.

altına almıştır. Belirlenen bu iki durum İsviçre Medeni Usûl Kanunu taslağında yer almıştır³⁰³. Ön taslaklarda dava ehliyetine sadece ilkesel olarak yer verilmiştir. Yapılan görüşmelerde bu istisnaların maddi hukukun somutlaştırılması açısından kanunda yer verilmesine karar verilmiştir. Buna rağmen 3. fıkradaki düzenlemelerin eksik olduğuna ilişkin eleştiriler getirilmektedir. Temel olarak usûl hukuku, maddi hukuku kısıtlamaz. Bu sebeple 3. fıkra da belirtilmeyen bu istisnaların da medeni usûl hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmelidir³⁰⁴. Ancak öğretilde bazı hallerde kişi, maddi hukukta fiil ehliyetli kabul edilse dahi dava ehliyeti bakımından farklı değerlendirilmelerde bulunulmuştur. Örneğin karşılıksız kazanımlara ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip kişilere bu husustan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda dava ehliyetinin olmadığı ileri sürülmektedir. Bunun temel sebebi olarak ortaya çıkabilecek muhtemel hak kayıpları ve masraflar gösterilmektedir³⁰⁵.

İsviçre hukukunda Medeni Usûl Kanunu'nda açıkça kabul edilen istisnalara değinmemiz gerekirse ilk olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı düzenleme altına alınmıştır³⁰⁶. Bu hüküm İsviçre Medeni Kanunu madde 19c ile uyumlu olarak düzenlenmiştir.

Kanunda düzenlenen bir diğer istisna ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde fiil ehliyeti bulunmayan ayırt etme gücüne sahip kişinin gerekli önlemleri almasıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller ise temsilcinin gerekli işlemleri gerçekleştirmemesi ya da herhangi bir temsilcinin atanmamış olması, sürelerle ilişkin haller örnek verilebilir³⁰⁷.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 69. maddesine göre mahkemenin bir taraf için yargılamayı tek başına yürütemeyeceğini öngörüyorsa ona bir temsilci ataması için süre verebileceği öngörülmüştür. Bu sürenin sonunda taraf bir temsilci atamazsa mahkeme bir temsilci atar. Aynı zamanda maddenin 2. fıkrasına göre mahkeme, koruyucu önlemlerin gerekli olduğunu düşünürse yetişkinleri ve çocukları koruma makamını bilgilendirecektir.

³⁰³ 10.10.2018, www.admin.ch.

³⁰⁴ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 19.

³⁰⁵ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 21; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 33; Herzig, Das Kind, s. 35.

³⁰⁶ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, madde metinde yer alan ayırt etme gücüne sahip ehliyetsiz kişilerin dava ehliyetine sahip olacakları hallerin sadece bunlarla sınırlı olmadığını belirtmiş ve eksik olan bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger, Art. 67 N 20.

³⁰⁷ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 22; Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 30; Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 15.

İsviçre hukukunda tüzel kişiler fiil ehliyetlerine organlarını kazandıklarında sahip olurlar dolayısıyla da dava ehliyetlerine haiz olurlar³⁰⁸.

3. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda dava ehliyeti (*Processfähigkeit, Prozessfähigkeit*) kavramı Avusturya Medeni Usûl Kanunun (Zivilprozessordnung, öZPO) 1. ve 10. maddeleri arasında düzenlenmiştir³⁰⁹. Bu kanunun birinci maddesinin ilk fıkrası uyarınca kişinin tek başına geçerli olarak sözleşme yapma ehliyeti varsa o kişinin mahkeme önünde tek başına taraf olarak hareket edebileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin devamında bu sözleşme yapabilme ehliyetinin mevcudiyeti, dava ehliyeti eksikliği durumunda ehliyeti olmayan tarafların temsil edilmesi gerekliliğinin yanı sıra yargılamanın yürütülmesi ya da bir taraf usûl işleminin gerçekleştirilmesi için özel yetki gerekliliği bu kanunda düzenlenmediği sürece mevcut olan yasal hükümlere göre değerlendirileceği düzenlenmiştir.

Avusturya hukukunda da dava ehliyeti benzer şekilde “*tüm usûli işlemleri kendi başına ya da kendi seçtiği temsilci aracılığı ile etkili bir şekilde gerçekleştirebilmesi ya da kabul edebilmesi*”³¹⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Dava ehliyetinin kapsamı da büyük ölçüde medeni hukuk aracılığı ile belirlenmektedir³¹¹. Avusturya Medeni Usûl Kanunu’nun 2. maddesine göre yetişkinlerin yanı sıra bazı küçüklerin (*mündig*) de medeni hukuk çerçevesince eğer fiil ehliyetlerinin olduğu kabul ediliyorsa dava ehliyetlerinin de olduğu kabul edilmiştir. Avusturya Medeni Kanunu’nun (ABGB) 21. maddesine bakıldığında Roma hukukunun da etkisi ile ergin olmayan (*Minderjährig*) kişiler üç ayrı grupta incelenmiştir. Avusturya Medeni Kanun’u 0-7 yaş arası (*unmündig*) küçükler, 7-14 yaş arası (*unmündig*) küçükler ve 14-18 yaş arası (*mündige*) küçükler olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiştir³¹². Burada 18 yaşını doldurmamayan kişiler (*Minderjährig*) reşit olmayan, 14 yaşını doldurmamayan

³⁰⁸ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 13.

³⁰⁹ 10.10.2018, www.ris.bka.gv.at.

³¹⁰ Walter H. Rechberger, **ZPO Zivilprozessordnung Kommentar**, 3. Auflage, Springer, Wien Newyork, 2006, s. 279.

³¹¹ Rechberger, s. 279.

³¹² Avusturya Medeni Hukuku gelişimi içerisinde 1919 yılında reşit olma yaşı 21 yaş kabul edilene kadar 25 yaş esasına sadık kalınmıştır. Ancak günümüzde ergin olmayaşı 18 olarak kabul edilmiştir. Bu hususta bkzn. Egger, s. 168.

kişiler ise ergin olmayan (*unmündig*) kişiler olarak kabul edilmişlerdir³¹³. 14 yaşını doldurmuş bu kişiler Medeni Kanunca serbest bırakıldıkları durumlarda fiil ehliyetlerine sahiptirler. Fiil ehliyetlerinin bulunduğu bazı durumlara aşağıda belirtmiş olduğumuz haller örnek olarak verilebilir.

Çıraklık sözleşmesi (*Lehrverträge*), gibi bazı istisnai haller haricinde ergin olmayan küçük iş sözleşmelerine ilişkin yargılamayı kendisi yürütebilir. Sosyal hukuka ilişkin konularda (*in Sozialrechtssachen*) ergin olmayan kişilerin dava ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir.

14 yaşını doldurmamış küçük çocukların ve akıl hastalarının ise yargılama esnasında tek başlarına yargılama işlemlerini gerçekleştiremeyecekleri öngörülmüştür³¹⁴.

Dava ehliyeti olmayan kişiler, sadece kanuni temsilcileri (*gesetzlicher Vertreter*) aracılığı ile yargılamada rol alırlar. Burada kanuni temsilci, küçükler için ebeveyn, müflis için kayyım, tüzel kişiler içinse yetkili organlarıdır³¹⁵.

Dava ehliyeti olmayan kişiler için yargılamanın yürütülmesinde sadece kanuni temsilcilerin temsil yetkisi vardır. Birden fazla kanuni temsilcinin söz konusu olduğu hallerde ilk usûli işlemi gerçekleştiren temsilcinin yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Dava ehliyeti olmayan her tarafın kanuni temsilcisinin hukuki uyumsuzluk ile dava ehliyetinin bulunması gereklidir ve her durumda kanuni temsilci yargılamanın yürütülebilmesi için yetkili kılındığını mahkeme önünde gerçekleştirilen ilk işlem sırasında ispat etmelidir. Ayrıca özel bir yetki gerektiren bir usûl işlemi gerçekleştirilecekse de bu işleme ilişkin yetkilendirme bu işlem gerçekleştirilirken de aynı şekilde gösterilmelidir (öZPO m. 4).

Yabancıların dava ehliyetine ilişkin hüküm de yine bu Kanunda öngörülmüştür. Bu Kanunun 3. maddesine göre kendi ülkesinin hukuk kurallarına göre dava ehliyetine sahip olmayan yabancıların eğer ki bu Avusturya hukukuna göre dava ehliyeti olduğu kabul ediliyorsa Avusturya mahkemeleri önünde usûli işlem yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır (öZPO m. 3). Bu hükme göre yabancıların

³¹³ İlgili madde için bkz. 10.10.2018, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/21>.

³¹⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Alexander Layton ve Hugh Mercer, **European Civil Practice**, Thomson Sweet&Maxwell, London, 2004, Rn. 47.063.

³¹⁵ Layton ve Mercer, Rn. 47.063.

Avusturya hukukuna göre dava ehliyetinin olduğunun kabul edilebilmesi için kendi hukuklarına göre ya da Avusturya hukukuna göre ehliyetli olmaları yeterlidir³¹⁶.

Vatansız kişilerin durumu ise Avusturya hukukuna göre, mültecilerin durumu ise Avusturya hukukuna göre ya da ikamet yeri hukukuna göre değerlendirilmelidir³¹⁷.

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 5. maddesine göre eğer bu kanunda aksi öngörülmemişse taraflar hakkındaki hükümler kanuni temsilciler için de geçerli olacaktır.

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 6. maddesinde ise dava ehliyetine ve kanuni temsile ilişkin hususların mahkeme tarafından re'sen gözetilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dava ehliyeti, Avusturya hukukunda dava şartı olarak öngörüldüğünden eksikliği durumunda mahkemece re'sen gözetilecektir³¹⁸. Eğer böyle bir eksiklik varsa mahkeme tarafından verilen yasal süre içerisinde bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir. Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre eksikliğin tamamlanması için verilen bu süre içerisinde bir işlemin yapılmamasından dolayı dava ehliyeti olmayan kişinin aleyhine bir hukuki durum ortaya çıkacaksa daha sonra bu dava eksikliğin giderilmesi şartı ile bu temsilciler gerekli usûli işlemleri gerçekleştirebilirler. Bu maddenin 3. fıkrasına göre aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen mahkeme tarafından dava ehliyetinin belirli bir süre içerisinde tamamlanması gerektiğine ilişkin karara karşı bir itiraz yolu açık değildir ancak bu sürenin uzatılması mümkündür. Eğer ki dava ehliyetine ilişkin eksikliğin giderilmesi tarafın ya da temsilcinin kontrolü haricinde engel olunuyorsa artık bu sürenin uzatılabileceğinden bahsedilebilecektir.

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 6a maddesi uyarınca evde bakım yetkisine tabi bir tarafın (ABGB m. 110) yargılama esnasında bir akıl hastalığı ya da karar vermesini etkileyecek bir bozukluk sebebi ile kendisine zarar vermeden yargılamanın yürütülemeyeceğine ilişkin bir kanı oluştuysa bu durum vesayet mahkemesine (*Pflegschaftsgericht*) haber verilmelidir. Vesayet mahkemesi mümkün olan en kısa zamanda yargılamanın gerçekleştirildiği mahkemeye kanuni bir temsilcinin atanıp atanmadığı ya da başka bir tedbirin alınıp alınmadığı hakkında

³¹⁶ Rechberger, s. 482.

³¹⁷ Rechberger, s. 282.

³¹⁸ Rechberger, s. 280.

haber verir. Artık vesayet makamının vermiş olduğu karar yargılama mahkemesi için de bağlayıcı olacaktır.

Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca artık kanuni temsilde veya dava usûlü yetkisinde dava ehliyeti eksikliği ortadan kaldırılmış değilse veya öngörülen süre dolmuşsa kanun yolu mahkemesi ilgilinin dava ehliyeti eksikliği sebebi ile dosyayı karara bağlamalıdır. Bu karar aynı zamanda yargılama masraflarını da içermelidir³¹⁹.

Yargılama esnasında yasal temsilcisi olmayan kişi bir usûl işlemi gerçekleştirecekse ve bu usûli işlem karşı taraf için bir tehlike oluşturacaksa bu durumda talep üzerine mahkeme tarafından ehliyetsiz kişiye bir kayyım (*curator*) atanır. Bu kayyım yasal temsilci göreve gelene kadar yargılama esnasında yürütülen usûli işlemlere katılır (öZPO m. 8).

4. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda İngiliz Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kuralları'nın (The Civil Procedure Rules-CPR) çocuklar ve korunan taraflar³²⁰ üst başlıklı 21. Bölümü dava ehliyetine ve temsile ilişkin temel kuralları düzenlemektedir.

İngiliz Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kuralları'nın 21. bölümünün 2. maddesine göre korunan bir tarafın yargılamayı yürütebilmesi için kanuni temsilci ile temsili şarttır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre mahkemenin aksi yönde bir kararı olmadığı sürece bir çocuk adına yargılamayı kanuni temsilcisi yürütecektir. Bununla birlikte mahkeme çocuğun kanuni temsilcisi olmadan yargılamaya dahil olmasına izin veren bir karar verebilir. Bu karar ilişkin başvuru çocuk tarafından yapılabilecektir ancak çocuğun hali hazırda bir kanuni temsilcisi varsa kanuni temsilcisine bildirimde bulunulması gerekmektedir (CPR 21.2.4.b).

Mahkemenin bir çocuğun yargılamayı tek başına yürütebileceğine ilişkin karar vermesi durumu hariç taraf, kanuni temsil sağlanana kadar çocuklara ve korunması gereken kişilere karşı herhangi bir başvuruda bulunamayacak ya da usûli işlemlerle ilgili herhangi bir adım atamayacaktır. Ancak bu duruma bazı istisnalar

³¹⁹ Rechberger, s. 290.

³²⁰ Korunması gereken kişiler Zihinsel Kapasite Kanunu'na göre(Mental Capacity Act 2005) belirlenmektedir.

getirilmiştir. Bir kanuni temsilci atanması için başvurmak bu istisnalar arasında yer almaktadır (CPR 21.3.b.ii).

Dava ehliyeti eksikliğinin yargılama esnasında devam etmesi durumunda ise mahkeme tarafından izin verilmediği sürece bir kanuni temsilci atanmadan yargılamaya devam edilmeyeceği düzenlenmiştir (CPR 21.3.3). Korunan bir tarafın ya da çocuğun kanuni temsilcisi olmadan gerçekleştirilen her bir işlem mahkeme aksine karar vermediği sürece etkisizdir (CPR 21.3.4).

V. DAVA EHLİYETİNİN DİĞER USÛLİ KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Taraf Ehliyeti

Günümüzde medeni usûl hukuku öğretisinde taraf ehliyeti ve dava ehliyeti arasındaki sınır net bir şekilde çizilmiştir. Bu iki kavram birbirleri ile yakından ilişkili gözükmemektedir ancak nasıl ki fiil ehliyeti ve hak ehliyeti kavramları medeni hukuk öğretisinde kesin bir şekilde ayrılmışlarsa bu iki kavram da medeni usûl hukuku öğretisinde ayrılmışlardır. Taraf ehliyeti ile dava ehliyeti kavramları arasındaki bu fark da medeni hukuk alanındaki gelişmelerin bu alana yansımaları sonucunda ortaya çıkmıştır. Her iki usûlî terimin kökeni Ortaçağ Avrupa'sındaki legitima persona standi in indicio yani mahkeme önüne çıkabilme ehliyeti kavramı üzerine inşa edilmiştir³²¹.

Yargılama hukukunda bütün kurallar, iki taraflı bir sistem üzerine kurulmuştur. Yargılamada talepte bulunan ve bu talebe muhatap olan bir taraf bulunacaktır. Bu kimselerin de hukuken birbirinden farklı kişiler olması gerekir³²². Dolayısıyla davacının ve davalının aynı kişi olması halinde, taraf teşkilinden bahsedilemeyecektir³²³. Fakat bazı hallerde tek tarafın bulunması mümkündür. Özellikle çekişmesiz yargı işlerinde tam olarak ikili taraf sistemi her zaman geçerli

³²¹ Ruth Haefiger, *Die Parteifähigkeit im Zivilprozess*, Schulthess, Zürich, s. 27; Nevhis Deren Yıldırım, *Kesin Hükümün Subjektif Sınırları*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996 (Kesin Hüküm), s. 22.

³²² Bilge ve Önen, s. 225; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 113; Kale, s. 5.

³²³ Kale, s. 5.

değildir³²⁴. İki taraflı yargılama prensibi doğrultusunda, aynı yargılamada taraflardan birinin diğerinin iradi veya kanuni temsilcisi olması da taraflar bu duruma rıza gösterebilir dahi mümkün olmayacaktır³²⁵.

Yargılama hukukunun iki taraflı sistem üzerine kurulmuş olması, tarafların birbirinden farklı kişiler olmasının yanında, yargılamada birbirinden farklı ikiden fazla tarafın bulunmamasını da gerektirir. Bunun doğal bir sonucu olarak dava, iki cepheli olarak devam edecektir ancak bu durum aynı tarafta birden fazla kişinin bulunmasına engel değildir. Ayrıca taraf harici üçüncü kişilerin yargılamaya katılımı, feri müdahale yoluyla da mümkün olacaktır. Fakat burada feri müdahil, davada taraf konumuna sahip değildir. Bu sebeple, yargılama hukuku için büyük önemi olan ve taraf ehliyeti kavramının da daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacak taraf kavramına da açıklık getirmek gereklidir³²⁶.

Taraf kavramına ilişkin üç yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan maddi anlamda taraf teorisi (*materieller Parteibegriff*) Roma hukuku ile güçlü bir ilişkisi olan Alman hukukunda gelişmiştir³²⁷. Bu görüşe göre taraf kavramı açısından yargılama hukukunda ve maddi hukukta bir birlik olması gerektiği savunulmuştur³²⁸. Bu teoriye göre taraf, hem yargılamanın süjesi hem de aynı zamanda yargılamanın konusu olan maddi hukuktaki hukuki ilişkinin de süjesidir³²⁹. Sadece sadece ihtilafli maddi hukuk ilişkisinin tarafları görülmekte olan davanın (*res in iudicium deducta*)³³⁰ davanın tarafları olabilir³³¹. Hem davacı hem de davalı açısından maddi hukuk

³²⁴ Uyuşmazlık yokluğu ölçütü ile hasım yokluğu ölçütü aynı anlama gelir. İhtilaf yokluğu ölçütüne göre, çekişmesiz yargıda kural olarak bir uyuşmazlık yoktur, bir uyuşmazlık söz konusu olmadığından, bir karşı taraf da yoktur. Çekişmeli yargıda, iddia ve karşı iddia ileri süren iki taraf vardır ve dolayısıyla bir dava söz konusudur. Dava konusunu oluşturan ihtilaf, bu iki taraf arasındadır. Çekişmesiz yargıda ise, bir dava yoktur ve birbirine zıt talepler ileri süren iki taraf bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda karşı taraf bulunmadığı için, tek taraflı bir yargılama söz konusudur bu hususta bkz. Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 16, Aslı Aras, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin, Ankara, 2017, s. 27.

³²⁵ Kale, s. 6.

³²⁶ Kale, s. 6.

³²⁷ Henckel, **Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess**, Carl Winter Universitaetsverlag, Heidelberg, 1961, s. 15.

³²⁸ Henckel, *Parteilehre*, s. 15.

³²⁹ Wach, *Handbuch*, s. 518, Henckel, 15.

³³⁰ Nilgün Dinçer Araz, “Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursum actionum) Genel Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, **Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU'na Armağan**, s. 253.

³³¹ Henckel, s. 15; Yavuz Alangoya, “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 3; Sayı: 5, 1969, Tarafta, ss. 130-131; Üstündağ, s. 387; Taş Korkmaz, s. 57; Erişir, ss. 53-54.

bağlantısı gereklidir. Maddi hukuk ile bağlantı bu kişilerin taleplerini taraf olarak mahkeme önünde sürebilmeleri için gerekli olan en önemli koşuldur. Karar, bu iki tarafa yönelik olarak verilecektir³³². Sıfat ve dava takip yetkisi kavramlarında örtüşme söz konusudur³³³. İhtilaflı hukuki ilişkinin tarafı olan, davada sıfata ve dava takip yetkisine de sahiptir. Bu bağlamda, sıfat dava şartı olarak kabul edilecektir. Burada ortaya çıkan en büyük problem kimin taraf olarak değerlendirilebileceğinin tespiti için maddi hukuka ilişkin bir inceleme yapılmasının gerekmesidir³³⁴. Bu eksiklikleri sebebi ile maddi hukuka dayanan taraf teorisi süreklilik göstermemiş ve sonunda yerini şekli anlamda taraf teorisine bırakmıştır³³⁵.

Şekli anlamda taraf teorisi ise ilk defa Friedrich Oetker tarafından ileri sürülmüştür³³⁶. Bu görüşe göre, yargılama hukukuna göre kendi adına hukuki koruma talep eden ya da hukuki koruma talep edilen her kişi taraf olarak kabul edilmektedir³³⁷. Davacı ve davalının ihtilaflı hukuki ilişki ile maddi bir bağlantısının bulunmasına gerek yoktur. Taraf kavramından söz edilebilmesi için bir hak iddia eden ve kendisine karşı hak iddia edilen kimsenin olması yeterlidir³³⁸. Dolayısıyla davacının hak sahibi olup olmadığı, davalının gerçekten bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı taraf teşkilinde bir anlam ifade etmeyecektir. Burada tarafı belirlemek için göz önüne alınacak tek kriter, davacının dava dilekçesi olacaktır. Dilekçede taraf olarak gösterilen kimseler, artık o yargılamada taraf olarak kabul edilecektir³³⁹.

Şekli anlamda taraf teorisinin ileri sürülmesinden 50 yıl sonra ise von de Boor tarafından fonksiyonel anlamda taraf teorisi geliştirilmiştir³⁴⁰. Öğretide fazlaca yer

³³² Habscheid, s. 145; Kale, s. 7

³³³ Kale, s. 7.

³³⁴ Heintzmann, Die Prozessführungsbefugnis, s. 3; Aynı zamanda bu teoride hak sahibi olmayanların kendi adlarına hukuki koruma istemeleri durumunda herhangi bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitine ilişkin davalarda nasıl taraf olarak değerlendirilebileceklerine açıklık getirilememiştir. Bu hususta bkz. Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 18, Kale, s. 8.

³³⁵ Frauke von Lücken, **Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Parteibegriff im Zivilprozessrecht**, s. 29.

³³⁶ Bu hususta bkz. Oetker, Juristisches Literaturblatt 1890, ss. 188-189.

³³⁷ Rosenberg, Schwab, ve Gottwald, §40, Rn. 1; Alangoya, Tarafta, ss. 133-134; Kuru, C. I, ss. 886-887; Üstündağ, s. 387; Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 18; Taş Korkmaz, s. 60; Kale, s. 7.

³³⁸ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §40, Rn. 1; Alangoya, Tarafta, ss. 133-134; Kuru, C. I, ss. 886-887; Üstündağ, s. 387; Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 18; Taş Korkmaz, s. 60; Kale, s. 7.

³³⁹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 140; Üstündağ, s. 387; Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 20; Taş Korkmaz, s. 60; Kale, s. 8.

³⁴⁰ De Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, s. 45.

etmeyen bu görüşe göre ise malvarlığına ilişkin davalarda kişilerin taraf olabilmesi için malvarlığını yönetme yetkisine sahip olmaları gerekmektedir³⁴¹.

Sonuç olarak öğretide kabul gören hakim görüş olarak şekli anlamda taraf teorisine göre aktif ya da pasif olarak yargılamada yer alan sùjeler hak ehliyetine sahipse yargılamada taraf ehliyetine de sahip olurlar³⁴². Başka bir deyişle taraf ehliyeti de dava ehliyeti gibi prensip itibarıyla hukuk düzenince tarafın kişiliğı dikkate alınarak bağımsız ve soyut olarak düzenlenmiştir³⁴³.

Taraf ehliyeti, usûli ilişkinin sùjesi olabilme ehliyetidir³⁴⁴. Bir başka deyişle taraf ehliyeti yargılamaya taraf olarak katılabilme hakkıdır³⁴⁵. Mahkemeden sùbjektif hakların yerine getirilmesini talep edebilmek için dava ehliyeti gibi aranan bir ön koşuldur.

Şekli taraf kavramının kabulünün sonucu olarak dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilenler davada taraf konumunu elde edeceklerdir ancak bu kişilerin taraf ehliyeti yoksa artık yargılamanın sùjeleri olarak davaya devam edemeyeceklerdir. Bu durumda dava ehliyeti eksikliğinin tamamlanamamasına benzer bir şekilde davanın artık usûlden reddi gerekmektedir. Buna karşılık dava dilekçesinde davacı ya da davalı olarak gösterilen kişiler taraf ehliyetine sahipse usûli hukuki ilişkinin sùjeleri olarak yargılamaya devam edebilecek ve yargılama için gerekli usûli işlemleri yapmaya esasen yetkili olacaklardır. Belirtilen bu sebeplerle, taraf ehliyeti de dava ehliyeti gibi usûli bir kavramdır³⁴⁶.

Taraf ehliyetinin kapsamı da dava ehliyeti gibi medeni hukuka göre belirlenir. Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde kimlerin hak ehliyetine sahip olduğı düzenlenmiştir. Buna göre tüm gerçek ve tüzel kişiler hak ehliyetine sahiptir.

Gerçek kişiler sağ ve tam doğum ile hak ehliyetine sahip olurlar (TMK m. 28/II). Cenin, ana rahminde bozucu şarta bağılı olarak taraf ehliyetine sahiptir³⁴⁷. Gerçek kişilerin taraf ehliyeti ise ölüm ile sona erer (TMK m. 28/I).

³⁴¹ De Boor, s. 52 vd.

³⁴² Wieczorek ve Schütze, Zivilprozessordnung, §50, Rn. 3; Aynı yönde Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 27; Özkes, Asli Müdahale, s. 30; Kuru, C. I, s. 603.

³⁴³ Yenice, Taraf Yeterliliğı, s. 940; Erişir, s. 60.

³⁴⁴ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C.I, s. 559; Kale, s. 13; Erişir, s. 30; Rezan Epözdemir, **Taraf Ehliyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3; Kale, s. 13.

³⁴⁵ Botschaft ZPO, s. 7279.

³⁴⁶ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 559.

³⁴⁷ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 506; Erişir, s. 119, Kale, s. 66.

Tüzel kişiler içinse medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanlar taraf ehliyetine sahip olduklarından, tüzel kişiler de davada taraf ehliyetine sahiptir. Tüzel kişiliğin son bulması halinde tüzel kişiliğin de taraf ehliyeti sona erecektir. Tüzel kişiliği sona eren tüzel kişinin kanuni halefi varsa tüzel kişi yerine taraf olarak yargılamada yer alacaktır³⁴⁸. Tasfiye halinde tüzel kişinin taraf ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam edecektir (TTK m. 269, 554).

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti gibi taraflara ilişkin dava şartları arasında yer alır (HMK m. 114, I/d). Bu sebeple davanın her aşamasında mahkemece re'sen araştırılabileceği gibi taraflar da davanın her aşamasında bu eksikliği ileri sürebilirler.

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti gibi bir dava şartı olduğu için taraf ehliyetinin yokluğu halinde dava şartı eksikliği sebebi ile mahkemenin davayı usûlden reddetmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda usûlden red kararının verilmesi usûl ekonomisine aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple, taraf ehliyeti eksikliği eğer ki süre verilmek sureti ile giderilebiliyorsa artık bu eksikliğin giderilmesinin sağlanması için mahkemenin kesin bir süre vermesi gerekmektedir (HMK m. 115/II) .

Taraf ehliyeti aynı zamanda usûl işlemlerinin geçerlilik kazanabilmesi için aranan şartlardan biridir. Taraf ehliyeti eksikliği durumunda geçerli bir biçimde usûl işlemi yapılamaz. Taraf ehliyetinin de dava ehliyetinde olduğu gibi sonradan eksikliğin giderilmesi mümkün olabilir. Dava açıldığında mevcut olmayan taraf ehliyeti, dava devam ederken kazanılacak olursa artık bu eksiklik giderilebileceğinden yapılan bütün usûli işlemleri kapsayacak şekilde verilecek olan icazet usûli işlemlere de geçerlilik kazandıracaktır. Aksi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmemelidir³⁴⁹.

Bir dava şartı olarak taraf ehliyeti, yargılamanın her evresinde bulunması gereken bir yeterliliktir. İlk derece yargılamasının yanı sıra istinaf yargılaması evresinde ve temyiz yargılaması evresinde de re'sen gözetilecektir (HMK m. 115, I). İstinaf yargılaması esnasında taraf ehliyeti eksikliği tespit edilmişse bu husus dava şartları kamu düzenine ilişkin bir durum teşkil ettiğinden artık taraflar ileri sürmemiş olsa dahi mahkemece kendiliğinden gözetilecektir. Bu inceleme dosya üzerinden ilk

³⁴⁸ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 562.

³⁴⁹ Tanrıver, s. 487.

derece mahkemesinin kararının esastan incelenmesine geçilmeden gerçekleştirilmelidir. Ancak bu aşamada gözden kaçırılmışsa ya da bu eksiklik daha sonra ortaya çıkmışsa eksiklik istinaf yargılamasının her aşamasında da göz önüne alınabilecektir. Taraf eksikliğine ilişkin tespit durumunda artık ilk derece mahkemesinin kararının esastan incelenmesine geçilmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosya hakkında karar veren mahkemeye gönderilmesine kesin olarak karar verilecektir (HMK m. 353).

Taraf eksikliğinin temyiz aşamasında tespiti durumunda taraf ehliyeti eksikliği mutlak bir bozma sebebi oluşturduğundan ilgili Yargıtay Dairesi bozma kararı verecektir. Taraf ehliyeti eksikliği olmasına rağmen karar verilmiş ve hüküm kesinleşmiş ise yargılamanın iadesi yoluna başvurulamaz. Çünkü yargılamanın iadesi sebepleri Kanunumuzda sınırlı şekilde sayılmıştır. Sınırlı şekilde sayılan bu sebepler arasında taraf ehliyeti eksikliği sayılmamıştır. Ancak bu hüküm, hukuken yok sayılmasa bile, muhatabının olmaması sebebiyle, etkisiz hüküm konumundadır³⁵⁰.

B. Dava Takip Yetkisi

Dava takip yetkisi için öğretide ve uygulamada davayı sevk yetkisi³⁵¹, usûlü yürütme yetkisi³⁵² gibi çeşitli ifadeler kullanılmıştır. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk kez pozitif bir düzenlemeye kavuşan dava takip yetkisi hakkında bir terim birliğine de gidilmiştir³⁵³.

Öğretide bir kimsenin kendi veya başkasının hakkı için bir davayı kendi adına yürütebilme ve esasa işkin hüküm elde etm yetkisi dava takip yetkisi (*Prozessführungsbefugnis*) olarak tanımlanmıştır³⁵⁴.

³⁵⁰ Tanrıver, s. 486. Öğretide Erişir, kanun koyucunun etki doğurmayan bir hüküm için, yargılamanın yenilenmesine ihtiyaç duymadığını burada bilinçli bir şekilde öngörülmediğini belirtmektedir. Bu hususta bkz. Erişir, s. 301.

³⁵¹ Üstündağ, s. 298.

³⁵² Umar, Ehliyet, s. 617.

³⁵³ Dava takip yetkisi, Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında da “*Prozessführungsbefugnis*”, “*Prozessführungsrecht*” ya da “*Klagebefugnis*” olarak farklı terimlerle anılmaktadır. Bu hususta bkz. Börü, s. 258.

³⁵⁴ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 593; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 117; Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 24; Süha Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku**, C. I, Yetkin, Ankara, 2016, ss. 508; L. Şansal Görgün, **Medeni Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 144; Levent Börü, Sıfat ve Davayı Takip Yetkisi, **Batider**, 2011/3, s. 258; Hülya Taş Korkmaz, **Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 80.; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 202. Dava takip

Davanın açılması ile dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler bu davanın tarafı olurlar. Bu kişilerin yargılama esnasında usûlî işlemler yapabilmeleri için taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları gerekir. Ancak taraf ve dava ehliyetine sahip olma da bir davayı yürüterek talep sonucu hakkında hüküm alabilmek için yeterli değildir; bunun için, tarafların dava konusu edilen talep bakımından dava takip yetkisine de sahip olmaları gereklidir³⁵⁵. Bunun yanı sıra taraf ve dava ehliyeti tarafların kişilikleriyle ilgili olduğu halde, dava takip yetkisi dava konusuna ilişkindir³⁵⁶.

Bir hakkın sahibi veya hukuki ilişkinin gerçek tarafları bu hak ve hukuki ilişki üzerinde tasarruf yetkisine; dolayısıyla bu hak veya hukuki ilişkiden kaynaklanan davalarda sıfata ve kural olarak, dava takip yetkisine sahiptirler ancak dava takip yetkisinin kanun gereği dava konusu hakkın sahibi veya ihtilaflı hukuki ilişkinin taraflarından başka birine ait olması da mümkündür³⁵⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava takip yetkisine ilişkin hükmün gerekçesinde de dava takip yetkisine sahip kişinin gerçekte hukuki ilişkinin tarafı olmasının zorunlu olmadığı da ifade edilmiştir. Dava yetkinliği olarak adlandırılan bu durumlarda bir kimse (*Prozessstandschaft*) hak sahibi veya yükümlü olan kimsenin yerine fakat kendi adına taraf olarak dava yürütülmektedir³⁵⁸. Dava yetkisini kendisine yabancı bir hak veya ilişki için taraf olarak davayı kendi adına yürüterek hüküm almakta ve davada verilen hüküm hak sahibi için bağlayıcı olmaktadır³⁵⁹. Dava yetkinliğinin söz konusu olduğu hallerde, dava takip yetkisi sıfattan ayrılmıştır³⁶⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesine göre “*Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir*” . Buna göre davayı takip yetkisi, kanunla belirtilen ayrık durumlar haricinde, medeni

yetkisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İzmir, 2018, s. 12 vd.

³⁵⁵ Taş Korkmaz, s. 81.

³⁵⁶ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 593.

³⁵⁷ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 118; Alangoya, s. 139, Üstündağ, s. 306; Taş Korkmaz, s. 80; Tanrıver, s. 509; Erişir, s. 71.

³⁵⁸ Taş Korkmaz, s. 83.

³⁵⁹ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 118; Deren Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 34; Taş Korkmaz, s. 83.

³⁶⁰ Taş Korkmaz, s. 83.

hukuktaki tasarruf ehliyetinin medeni usûl hukukundaki karşılığını oluşturur³⁶¹. Dava takip yetkisi için bir nevi esas hakkında bir hüküm alabilme yetkisidir denilebilir³⁶². Medeni hukuktaki tasarruf hakkının içinde, hak ehliyeti ve işlem yapma ehliyeti bulunmaktadır. Öğretide tasarruf yetkisinin medenî usûl hukukundaki görünümü olan dava takip yetkisinin içinde, taraf ehliyetinin ve dava ehliyetinin de belirli bir oranda bulunduğu belirtilmiştir³⁶³.

Dava takip yetkilisinin davada dava takip yetkisini kullanarak taraf olduğu durumlarda dava takip yetkilisinin dava ehliyetine sahip olması gerekir³⁶⁴. Bu durumda hak sahibinin yerine dava takip yetkilisinin dava ehliyeti araştırılır. Dava ehliyeti eksikliği durumunda dava takip yetkilisinin kanuni temsiline sağlanması gerekmektedir. Aksi halde dava usûlden reddedilecektir. Çünkü söz konusu davada dava takip yetkisili davanın tarafıdır. Bu yüzden tarafa ilişkin dava şartlarına dava takip yetkilisinin sahip olması gerekmektedir³⁶⁵.

Dava takip yetkisi usûli bir sorun teşkil etmesi sebebi ile dava ehliyeti gibi bir dava şartı olarak öngörülmüştür (HMK m. 114/I, e). Dava takip yetkisi bir dava şartı olduğundan yargılamanın her aşamasından re'sen gözetilebileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilir. Kanun yolları aşamasında da bu eksiklik göz önüne alınacaktır. İstinaf kanun yolunda kamu düzenine ilişkin istinaf sebeplerininim kendiliğinden göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre dava şartları da kamu düzenine ilişkin olduğundan resen gözetilmeli ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesine göre ilk derece mahkemesinin kararının esastan incelemesine geçilmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmelidir. Temyiz kanun yolunda ise dava takip yetkisi dava ehliyeti gibi bir dava şartı eksikliği oluşturduğundan mutlak bir temyiz sebebi olarak değerlendirilmektedir.

³⁶¹ Tanrıver, s. 508; Taş Korkmaz, s. 80.

³⁶² Umar, Ehliyet, s. 617; Özekes, Asli Müdahale, s. 29.

³⁶³ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 46, Rn 2; Dişel, s. 91.

³⁶⁴ Kern ve Diehm, §51, Rn. 8; Dişel, s. 94.

³⁶⁵ Dişel, s. 94.

C. Dava Açma ve Davayı Takip Etme Ehliyeti

Dava açma³⁶⁶ ve davayı takip etme ehliyeti³⁶⁷ (*Postulationsfähigkeit*) taraf ehliyeti, dava ehliyeti³⁶⁸ ve dava takip yetkisinden farklı saf usûli bir kavramdır³⁶⁹. Dava açma ve davayı takip etme yetkisinin Almandaki karşılığı *Postulationenfähigkeit* ifadesinin kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. *Postulat/Postulare*, latince olup Roma hukukunda bir davalı veya davacının praetor'a müracaat etmesi, şifahi olarak magistra önünde iddia ve müdafaalarını arz etmesidir³⁷⁰. Dava ehliyeti ve taraf ehliyeti kavramlarının medeni hukukta karşılığının olmasına rağmen dava açma ve takip ehliyetinin medeni hukukta bir karşılığı bulunmamaktadır³⁷¹.

Dava ehliyetine sahip herkes dava açma ve yargılamayı tek başına yürütebilme ehliyetine sahip değildir. Dava ehliyeti, bir kişinin şahsen ya da kendi belirlemiş olduğu temsilci aracılığı ile usûli işlemleri gerçekleştirme ve kabul etmeye yeterli olmasını ifade ederken³⁷² dava açma ve takip etme ehliyeti ise kişilerin yargılama esnasında aynı kişinin usûli haklarını kendi başına kullanma yeteneklerine sahip olmasıdır³⁷³. Başka bir ifade ile olarak dilekçe verebilmek, usûli beyanlarda

³⁶⁶ Yargıtay tarafından sıklıkla davada sıfat kavramı yerine dava açma ehliyeti teriminin kullanıldığı görülmektedir.”*Davacı vekili tarafından, 11.03.2015 gününde verilen dilekçeyle mirasçılık belgesi verilmesi talebi üzerine yapılan duruşma sonunda; davacının dava açma ehliyeti bulunmadığından davanın reddine dair verilen 22.06.2015 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı ... vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü..*”, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 09.10.2018 tarihli E. 2016/2810, K. 2018/6458 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (10.12.2018). Yargıtay’ın kullanmış olduğu bu ifade yerinde olmayıp bu iki terimin karıştırılmaması büyük önem taşımaktadır.

³⁶⁷ Türk Hukukunda bu kavram için çeşitli ifadeler kullanılmaktadır. Kavasoglu, dava temsil yetkisi ve dava takip ehliyeti ifadelerini kullanırken (s. 906, 909), Akkan, Avukatlık Kanunu madde 35’deki terminoloji ile aynı yönde dava açma ve davayı takip etme ehliyeti ifadesini kullanmıştır. Mine Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin, Ankara, (Avukatla Temsil), 2010.

³⁶⁸ Esas olarak dava açma ve davayı takip ehliyeti, dava ehliyetinden farklı bir kavram olup bu iki kavram birbirinin karşılığı değildir. Avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı hallerde dava ehliyetine sahip olan herkes taraf olduğu davalarda dava açma ve davayı takip etme ehliyetine de sahiptir. Avukatla temsil zorunluluğunun bulunduğu hallerde ise taraflar dava ehliyetine sahip olsa dahi bu zorunluluğun bulunduğu davalarda dava açma ve davayı takip ehliyetine sahip değildirler. Bu hususta bkz. Akkan, Avukatla Temsil, s. 42; Taş Korkmaz, s. 94.

³⁶⁹ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 68, N. 6; Akkan, Avukatla Temsil, s. 40.

³⁷⁰ Umur, s. 163; Kavasoglu, 128.

³⁷¹ Akkan, Avukatla Temsil, s. 40.

³⁷² Zöller, § 50, Rn. 15; §52, Rn. 1; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 3.

³⁷³ Guldener, s. 132; BGE 132 I 1 E. 3.2 s. 5, karar için bkz. www.swisslex.ch, (10.10.2018).

bulunabilmek ya da usûli sözleşmeler yapabilmek için bu ehliyeteye sahip olmak gerekmektedir.

İsviçre hukukunda dava ehliyetine sahip olan herkesin aynı zamanda dava açma ve davayı takip etme ehliyetine de sahip olduğu öngörülmüştür³⁷⁴. Özel olarak avukatla temsil zorunluluğu (*Anwaltszwang*) bulunmamaktadır³⁷⁵. Ancak İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 69. maddesinde mahkemeye açıkça tek başına davasını yürütemeyecek durumda olan kimseden kendisine bir temsilci atamasını isteyebileceği, bu süre içerisinde tarafın kendisine bir temsilci atamaması durumunda mahkemenin bir temsilci atayabileceğini düzenlemiştir. Mahkemece tarafa bir avukat atanması söz konusu ise taraf ve avukat arasında ceza hukukundaki zorunlu müdafilik benzeri bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu durumda avukat tarafın iradesine uygun davranmakla yükümlüdür. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 69. maddesinin 2. fıkrasında ise bir tarafın kendi davasını yürütemeyecek şekilde ehliyetsiz olması durumu vasi tayinini gerektiriyorsa mahkemece bu durumun vesayet makamına bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Esasında bu durum dava açma ve takip ehliyeti ile değil tarafın dava ehliyeti ile ilgili bir durumdur³⁷⁶.

İsviçre Hukukuna benzer şekilde Türk Hukukunda da bazı istisnai haller³⁷⁷ haricinde avukatla temsil zorunluluğu öngörülmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71. maddesine göre dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya

³⁷⁴ İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu'nun 68. Maddesinin birinci fıkrasına göre dava ehliyetine sahip herkes kendisine bir temsilci atayabilecektir.

³⁷⁵ İsviçre Federal Usûl Kanunundan önce de avukatla temsil zorunluluğu kabul edilmemekteydi. Bu hususta bkz. Akkan, Avukatla Temsil, s. 89.

³⁷⁶ Akkan, Avukatla Temsil, s. 90.

³⁷⁷ İstisnai hallerden ilk Avukatlık Kanunu ile getirilen düzenlemedir. Avukatlık Kanunun 35. maddesine göre 5728 s. Kanun (RG 08.02.2008 t. ve 26781 S.) m.329 ile değişik III. fıkra: "*Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgari ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idari para cezası verilir.*" Ancak bu hükmü, avukatla temsil zorunluluğunu öngören bir düzenleme olarak değerlendirmek doğru değildir. Çünkü buradaki zorunluluk, sözleşmeli bir avukat bulundurmaya ilişkindir. Bununla birlikte belirtilen şirket ve kooperatifler, açtıkları ya da kendilerine karşı açılan davaları kendileri yürütebilirler; kendilerini bir avukatla temsil ettirmek zorunda değildir. Bu hususta bkz. Nazlı Gören Ülkü, "Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, s. 319. Bir diğer istisnai hal olarak da HMK madde 80'de düzenlenen hakim taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak davayı bir vekil ile yürütmesini öngörmesi halidir.

tain ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir³⁷⁸. Hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğunun öngörölmemesinin temel sebebi eski hukukta böyle bir düzenleme olmayışı ve mehz İsviçre Neuchatel Kantonu Medeni Usûl Kanunun da böyle bir zorunluluğu kabul etmemiş olmasıdır³⁷⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 80. maddesi ise hukukumuzda yer alan avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin istisnai bir durum olarak değerdendirilebilir. Bu maddeye göre hâkim, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılır. Burada tarafın, davasını takip edecek ehliyetinde (*yetenek veya yeterlilik*) bulunmamasından kasıt dava ehliyetinin yokluğu değildir. Burada üzerinde durulan husus davayı gerektirdiği gibi takip edecek durumda olmama halidir³⁸⁰.

D. Davada Sıfat

Medeni usûl hukuku öğretisinde sıfat kavramı, farklı şekillerde tanımlanmış ve bu kavram üzerinde bir terminoloji birliği de kurulamamıştır. Sıfat kavramı yerine bazı yazarlarca ve uygulamada Yargıtay³⁸¹ tarafından pek çok defa husumet teriminin kullanıldığı görölmektedir. Aynı zamanda bazen bu kavramın kimi zaman dava³⁸² veya taraf ehliyeti³⁸³ kimi zaman ise dava takip yetkisi yerine kullanıldığını

³⁷⁸ Türk Hukukunda avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmasa da bu yönde bir düzenlemenin getirilmesinin gerekli olup olmadığı tartışma konusu oluşturmıştır. 27.01.2004 tarihli Bakan Olur'u ile oluşturulan Komisyon tarafından hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile bu yönde bir düzenleme önerisi öne sürölmüştür. Buna göre bu tasarının 77. maddesi hükmüne göre: "Dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemeleri ile, değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere, davasını ancak bir avukat aracılığı ile açıp yürütebilir ve kendisi aleyhine açılan davayı takip edebilir. Birinci fıkra hükmü, kanun yolu aşamasında da geçerlidir. Şahıs varlığına ilişkin dava ve işlerde avukat aracılığıyla temsil zorunluluğu yoktur." Bu hüküm bu hususun esasında Avukatlık Kanununda düzenlenmesi gerektiği gerekçesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın TBMM Başkanlığı'na sevki sırasında metinden çıkarılmıştır.

³⁷⁹ Akkan, Avukatla Temsil, s. 286.

³⁸⁰ Akkan, Avukatla Temsil, s. 93.

³⁸¹ Husumet teriminin kullanıldığını kararlar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. 30.10.2018, E. 2016/2331, K. 2018/4983, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, T. 30.10.2018, E. 2016/10758, K. 2018/6885, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T. 30.10.2018, E. 2016/1483, K. 2018/5006, kararlar için bkz. www.kazanci.com, (10.12.2018),

³⁸² "Davacı tapudaki söz konusu payını hükümden önce 4.6.1987 tarihinde dava dışı Ömer'e temlik etmiştir. Hal böyle olunca, davacının davada aktif dava ehliyeti kalmadığından davanın reddedilmesi

görülmektedir. Kimi zaman ise dava açma ehliyeti³⁸⁴ ya da aktif- pasif dava hakkı³⁸⁵ şeklinde ifadeler kullanılmaktadır. Bu sebeple özellikle uygulamada husumet ile neyin kastedildiğini anlayabilmek için, her somut olayın ayrı ayrı ele alınması gerekebilir. Davada davacının sıfatını ifade etmek için aktif taraf sıfatı (aktiv legitimation) ve davalının davadaki taraf sıfatını ifade etmek üzere ise “Pasif dava sıfatı” (passiv legitimation) kavramları kullanılmaktadır.

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleri ile ilgili olduğu halde, sıfat dava konusu subjektif hakka ilişkindir³⁸⁶. Bu anlamda, kimler maddi hukuka göre hak sahibi yahut hukuki ilişkinin süjesi iseler, bu kişiler davacı ya da davalı olmalıdırlar. Bir subjektif hakkı dava etme yetkisi kural olarak hakkın sahibine ait olduğuna göre, o hakka ilişkin bir davada da davacı olabilmek sıfatı hakkın sahibine ait olacaktır³⁸⁷. Örneğin bir alacak davasında davalı olma sıfatı o alacağın borçlusuna aittir. Alacak davası, o alacağın borçlusundan başka bir kişiye açılırsa davalının davalı sıfatına sahip olmadığından dolayı dava reddedilecektir³⁸⁸.

Bir subjektif hakkın sahibinin ve o hakka uymakla yükümlü olan kişinin kim olduğu maddi hukuka göre belirlenir. Bu sebeple, bir kişinin belirli bir davada gerçekten davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu, usûl hukuku

gerekirken...”, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 23.02.1988, E. 1987/12792, K. 1988/1946, karar için bkzn. Çelik, s.15.

³⁸³ *Davada sıfat ve taraf ehliyetini aynı kavram olarak nitelendiren bir Yargıtay kararı için bkzn. “Dava paydaşlar arasında el atmanın önlenmesine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki, davalılardan A. K. Tarafından açılan şufa davası sonunda verilen ve kesinleşen hükümle davacı payının iptal edildiği ve adı geçen davalı adına tescil edildiği saptanmıştır. Bu durumda, davacının çekişmeli taşınmazda payının kalmadığı ve davacı sıfatını yitirdiği sabittir. Bilindiği üzere davada sıfat (taraf ehliyeti) kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gereken bir usûl kuralıdır. Hal böyle olunca sıfat yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken...”*, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi T. 2.10.1996, 1996/9813-10720, karar için bkzn. Çelik, s. 14.

³⁸⁴ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 24.10.2018, E. 2018/4299, K. 2018/13864, 10.12.2018, karar için bkzn. www.kazanci.com, (10.12.2018).

³⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 30.03.1994, E. 1993/2-949, K. 1994/189, karar için bkzn. www.kazanci.com, (10.12.2018).

³⁸⁶ Kuru, Medeni Usûl, s. 173.

³⁸⁷ Kuru, C. I, s. 1158; Erişir, s. 62.

³⁸⁸ Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemeyeceğinden, dava sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir. Taraf sıfatı, usûl hukuku sorunu olmayıp dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def’i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir olgudur (HGK 27.1.2016, 13/684-106) bkzn. Kuru, Medeni Usûl, s. 173.

sorunu olmayıp, dava konusu (sübjektif) hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olarak değerlendirilmelidir ³⁸⁹.

Taraf sıfatı, dava ehliyetinden farklı olarak bir dava şartı değildir. Çünkü sıfat usûl hukuku sorunu olmayıp dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Dava ehliyeti, kaynağını esas olarak usûl hukukunda bulurken sıfatın özünde ise maddi hukuk bulunmaktadır. Ancak dava ehliyeti usûli bir mesele olup bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. Sıfat yokluğu bir def'i değil, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olan bir itirazdır. Bu sebeple yargılama esnasında mahkeme artık kendisine sunulmuş olan dava malzemelerinden bir itiraz sebebinin varlığını öğrenirse bunu kendiliğinden gözeteyeceğinden sıfat eksikliği durumunu da kendiliğinden gözeteyecek ve davayı sıfat yokluğundan red edecektir. Ancak verilen bu karar davanın esasına ilişkin bir karardır ve davanın tarafları açısından maddi anlamda kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil edecektir³⁹⁰. Bu kararın verilebilmesi ise ancak uyuşmazlığın esasına girilerek mümkün olabilir. Dava ehliyeti eksikliği halinde ise uyuşmazlığın esasına girilmeyecektir. Dava ehliyeti, sıfata göre hakim tarafından daha önce değerlendirilecektir. Dava ehliyeti eksikliği halinde dava, sıfat yokluğunda olduğu gibi esastan değil, usûlden reddedilecektir (HMK m. 115/II).

VI. DAVA EHLİYETİNİN ÖZELLİK GÖSTERDİĞİ BAZI DURUMLAR

A. Çekişmesiz Yargıda

Çekişmesiz yargı, çekişmeli yargıda olduğu şekilde iki taraf sisteminin üzerine kurulmamıştır. Bu sebeple çekişmesiz yargıda dava, davacı ve davalı gibi çekişmeli yargıda kullanılan terimlerin çekişmesiz yargıda kullanılması doğru olmayacaktır³⁹¹. Her ne kadar çekişmesiz yargıda ikili bir taraf sistemi olmasa da yargılama esnasında çeşitli sebeplerle bu sisteme ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse tebligatların yapılabilmesi, itiraz hakkı, yargılama masrafları, adli yardım gibi müesseselerin işlerliğinin sağlanabilmesi için çekişmesiz

³⁸⁹ Baki Kuru, Medeni Usûl, s. 173; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 121.

³⁹⁰ Kuru, Medeni Usûl, s. 174.

³⁹¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 140; Atalı, Pekcanitez Medeni Usûl C. III, s. 2119.

yargı işinde ilgililerin tespitine ihtiyaç vardır³⁹². Ancak buradaki ilgililerin tespiti çekişmeli yargıdaki kadar kolay olmayabilir. Çünkü çekişmesiz yargıda hukuki taleple maddi hukuk bakımından alakalı olup olmadığı araştırılmaksızın şekli bir taraf tespiti anlayışı vardır³⁹³. Bir tanım vermek gerekirse “*işi hakkında verilecek karar ile hukuki durumlarına herhangi bir şekilde dokunulan veya da dokunulmak ihtimali bulunan bütün kimseler ilgili sayılırlar*”³⁹⁴. Başka bir ifade ile ilgili kavramı mahkemeye yapılan başvuru üzerine talebin kabulü halinde verilen karardan hukuki durumları etkilenebilecek olanları ifade eder. Burada etkiden anlaşılması gereken hukuki durum üzerinde doğrudan oluşacak bir etkidir. Dolaylı ya da salt fiili bir etki, kişilerin ilgili olarak kabul edilmesini sağlamaz³⁹⁵.

İlgililer, bir kişi veya birden fazla kişiden oluşabilir. İlgililer, başvuru dilekçesinin kabul edilmesi halinde verilecek karardan etkilenecek olan kişiler “*maddi anlamda ilgili*” olacaklarından başvuru sahibinin bu kişileri başvuru dilekçesinde göstermesi durumunda “*şekli anlamda ilgili*” olma vasfını kazanmış olurlar³⁹⁶. Şekli anlamda ilgili vasfı kazanan kişiler, yargılamanın süjesi olarak yargılamaya katılma ve usûli işlemleri kendi adına yapabilme ehliyetine sahip olurlar. Bu ilgililerin maddi anlamda ilgili olması durumunda kural olarak eğer ki yargılamaya dâhil edilmemişlerse bu kişiler, usûli işlemleri gerçekleştiremezler. Sadece ilk derece mahkemesinin verdiği karara karşı kanun yoluna müracaat edebilme hakkı tanınmıştır (HMK m. 387). Burada kanun yoluna başvurabilmek için şekli anlamda ilgili sıfatıyla yer almış bulunmak şart olmayıp maddi anlamda ilgili olmak ve hukuki yarara sahip bulunmak yeterlidir³⁹⁷.

Çekişmesiz yargıda genellikle mahkeme, kendiliğinden harekete geçer. Bu gibi işlerde çekişmeli yargıdaki davacıya karşılık gelen bir kimse olmadığı gibi böyle bir kimsenin de kendisinden hukuki talepte bulunduğu bir davalı da yoktur. Takibi talebe bağlı işlerde dahi mahkeme talepte bulunan ilgilinin talebi ile bağlı değildir.

³⁹² Kuru, Nizasız Kaza, s. 140.

³⁹³ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 139-140.

³⁹⁴ Bknz., Kuru, Nizasız Kaza, s. 139-144, 158-159; Walther Habscheid, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 7. Bası, C.H. Beck, 7. Bası, Münih, 1983, ss. 92-102.

³⁹⁵ Atalı, Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2121.

³⁹⁶ Atalı, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2121.

³⁹⁷ Atalı, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2121.

Mahkeme, vereceği kararın koşullarının oluşup oluşmadığını ilgililerin taleplerinden bağımsız olarak incelemekle yükümlüdür³⁹⁸.

Çalışma konumuz kapsamında Kuru, çekişmesiz yargıda usûli işlem gerçekleştirebilme ehliyeti için çekişmesiz yargı işi ifadesinden hareketle “iş ehliyeti” ifadesini kullanmıştır. Burada davacı ve davalı yerine ilgili (*Beteiligter*) terimi kullanılmaktadır³⁹⁹. Dava ehliyeti yerine kullanılan iş ehliyeti (*Verfahrensfähigkeit*) ilgilinin usûli fiil ehliyeti olarak kabul edilmektedir. İş ehliyeti, ilgili olabilmenin yanı sıra mahkeme önünde durabilme ehliyeti olarak tanımlanabilir. Başka bir deyişle iş ehliyeti, mahkeme önünde ilgilinin tek başına ya da yetkilendirdiği bir temsilcisi aracılığı ile çekişmesiz yargıya ilişkin usûli işlemleri gerçekleştirebilmesi ya da kabul edebilmesi hakkındadır⁴⁰⁰.

Çekişmesiz yargıda iş ehliyeti, bir usûli işlem gerçekleştirebilmek için gerekli bir şarttır. Çekişmesiz yargı işleri için niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır (HMK m. 385/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve diğer kanunlarda basit yargılama usûlü hakkında hüküm bulunmayan hâllerde, yazılı yargılama usûlüne ilişkin hükümler uygulanacaktır (HMK m. 322/I). Bu sebeple dava şartları, çekişmesiz yargıda mahkeme tarafından kendiliğinden gözetilmesi gereken bir yargı işi şartı olarak karşılık bulacaktır. İş ehliyetinin varlığı aynı zamanda kanun yollarında da gözetilmelidir. İlgilinin bu ehliyet olmadan gerçekleştirdiği usûli işlemler etkisizdir. Bunun bir sonucu olarak da iş ehliyeti olmayan bir kimsenin kanuni temsilcisi olmadan gerçekleştirdiği yargılama geçersiz olacaktır.

³⁹⁸Kuru, Nizasız Kaza, s. 140. Aynı yönde Aras, s. 129. Bir işin çekişmesiz yargı işi mi yoksa çekişmeli yargıya mı ait olduğu yargılama esnasında mahkeme tarafından re’sen gözetilmesi gereken bir husus olduğundan başvuru dilekçesinde sırf ilgili ya da karşı taraf gibi terimlerin yer alması yeterli olmayacaktır. Bunun aksi de geçerli olabilir. Çünkü mahkemeye başvuran kişinin bu terimleri doğru olarak kullanmamış olma ihtimali bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre bir işin çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı ait olduğu hususunun mahkemenin tensip tutanağında belirtilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. Yönetmeliğin tensip tutanağına ilişkin olan 200. maddesinin birinci fıkrasının g bendinde dosyanın durumuna göre gerek görülen diğer hususların tensip tutanağında yer verilebileceği düzenlenmiştir. Başlangıç aşamasında bu yön hakkında ilgililerin de (yahut aksi durumda tarafların) değerlendirmede bulunması kolaylaşacaktır. Bu görüş için bkz. Atalı, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2116. İş ehliyeti bakımından da dava ehliyeti ile göstermiş olduğu farklılıkların göz önünde tutulabilmesi açısından tensip tutanağından yargılamanın niteliğinin belirtilmesinin benzer şekilde değerlendirme yapılmasını kolaylaştıracağı kanaatindeyiz.

³⁹⁹ Kuru, bu terim için çekişmesiz yargıda alakadar terimini kullanmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili ifadesini kullanmaktadır.

⁴⁰⁰ Thomas Rauscher, **Münchener Kommentar zum FamFG**, 3.Auflage, C.H. Beck, 2018, §9, Rn 1.

Alman Hukukunda iş ehliyeti Alman Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkındaki Kanun'un (FamFG) 9. maddesinde düzenlenmiştir.17.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanundan önceki Alman Çekişmesiz Yargı İşlerine ilişkin Kanunda (FGG) iş ehliyetine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamıştır. Bu dönemde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun dava ehliyetine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması yerine doğrudan maddi hukuka göre fiil ehliyetine ilişkin hükümlerin esas alınması tercih edilmiştir⁴⁰¹. Yeni düzenleme ise bir farklılık yaratarak çekişmesiz yargı işinin ruhuna özgü bir düzenleme getirmiş aynı zamanda iş ehliyetini Alman Medeni Usûl Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanmıştır⁴⁰². Bu Kanun hükmü getirilirken Alman İdari Yargılama Usûlü Kanunu madde § 62 (VwGO) 'den yararlanılmıştır. Bu hükme göre iş ehliyetine sahip olanlar:

“(1) İş ehliyeti olanlar:

- 1. Medeni hukuka göre fiil ehliyetine sahip kişiler,*
- 2. Medeni hukuka göre sınırlı ehliyetli olup çekişmesiz yargı işinin konusuna göre medeni hukuka göre fiil ehliyetli sayılan kişiler,*
- 3. Medeni hukuka göre sınırlı ehliyetli olup medeni hukuka göre güvence altına alınmış kendilerini etkileyen çekişmesiz yargı işlerinde 14 yaşını doldurmuş olan kişiler,*
- 4. Bu ya da başka kanunlar ile belirlenmiş olan kişilerdir.*

(2) Fiil ehliyetine sahip olmayan ya da sınırlı ehliyetli olup iş ehliyetine sahip olmayan kişilerin işlemlerini medeni hukuka göre yetkilendirilmiş olan kişiler yürütecektir.

(3) Tüzel kişiler ve kamu kurumları kanuni temsilcileri ve yöneticileri aracılığı ile temsil edilir.

(4) Kanuni temsilcinin kusuru ilgilinin kusuru olarak kabul edilecektir.

(5) Medeni Usûl Kanununun 53 ila 58. maddeleri kıyasen uygulanacaktır. “

⁴⁰¹Rauscher, § 9, Rn. 1; Theodor Keidel, Karl Winkler ve Joachim Kuntze, **Freiwillige Gerichtsbarkeit: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtsstand: 1. Juli 2002, FGG**, 15. Auflage, Beck, München, 2003, § 12, Rn. 144.

⁴⁰²Avusturya medeni usûl hukukunda dava ve taraf ehliyeti bakımından çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında herhangi bir fark bulunmadığını belirtmiştir. Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun 2. paragrafın üçüncü cümlesi bu konular ile kanuni temsil hakkında çekişmeli yargıya yollama yapmakla yetinmiştir” Bu hususta bkz. Murat Atalı, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV**, Ankara, 2005, s. 58 vd.

Bu hükme göre Alman Hukukunda fiil ehliyeti tam olan kişiler iş ehliyetli olarak kabul edilmektedir. Fiil ehliyeti ise Alman Medeni Kanunu'nun (BGB)104. ve 106. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre 18 yaşını doldurmuş ve geçici olmaksızın özgür iradesini sürekli olarak etkileyen akli bir rahatsızlığa sahip olmayan kişiler tam ehliyetli kabul edilmişlerdir. Bu tür rahatsızlıklar, hayatın olağan akışından istisna olarak kabul edildiğinden ancak mahkemenin özellikle bunu incelemesi bir sebepten ötürü makul bir şüphe oluşması durumunda ortaya çıkacaktır. Vesayet makamından ilgilinin ehliyetine ilişkin bir karar verilene kadar herhangi bir hüküm verilmeyecektir. Bir kanuni temsilci atanması durumunda ise etkileri Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca belirlenecektir.

Alman hukukunda fiil ehliyeti hakkında yapılan sınıflandırmalar Türk hukuku bakımından farklılık göstermektedir. Bu farklılıklardan biri ehliyetlerin sınıflandırılmasına ilişkin terminolojidir. Şöyle ki, Türk hukukuna göre ayırt etme gücüne sahip olan küçükler sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılırken Alman hukukunda bu kategori sınırlı ehliyetliler olarak ifade edilmiştir.

İş ehliyeti, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde eksikliği yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulması gereken bir iş şartıdır. Bu inceleme aynı zamanda kanuni temsilcinin temsil yetkisinin incelenmesini de içerir. İşlem ehliyetine ilişkin gerçekleştirilen yargılamada ehliyeti tartışmalı olan kişinin ehliyeti yargılamaya ilişkin en son karar verilinceye kadar tam kabul edilmektedir. Bu kural kanun yollarında da uygulanacaktır. Bunun temel sebebi verilen bir ara karar ile iş ehliyetli olan bir kimsenin yargılamadan izole tutulmasına sebebiyet vermemektir. İş ehliyeti olmayan bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemler geçersizdir. Ancak bu işlemlerin geçersiz olması mahkemenin kararını yok hükmünde olması sonucunu doğurmaz. Eksikliği yargılamanın her aşamasında tamamlanabilir.

Türk hukukunda da çekişmesiz yargı işlerinde usûli işlemleri yapabilmek ve bu usûli işlemlerden doğan hakları şahsen ya da vekil aracılığı ile kullanma ehliyeti olan iş ehliyetinin önemi çekişmeli yargıdaki dava ehliyetinden daha azdır⁴⁰³. Bunun temel sebebi hâkimin çekişmesiz yargıda re'sen takip edilen işlerde iş ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından yapılan talep, ikaz ve ihbarları da göz önüne alma

⁴⁰³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 146; Aras, s. 130.

yetkisinin bulunmasının yanı sıra iş ehliyetine sahip olmayan ilgilileri de dinleyebilmesidir. Bununla birlikte takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde iş ehliyeti çekişmeli yargıdaki dava ehliyeti kadar önemlidir. İş ehliyetinin de çekişmeli yargıdaki temel kurala göre tespit edilmesi çekişmesiz yargı işlerindeki bu tür işler için mahiyete uygun düşecektir. Buna göre medeni hakları kullanma ehliyetine sahip kişiler çekişmesiz yargıdaki iş ehliyetine de sahip olacaklardır⁴⁰⁴.

Bazı hallerde Medeni Kanun iş ehliyeti için ayırt etme gücünü yeterli görmekte ve erginlik şartını aramamaktadır. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 461. maddesine göre *“Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir.”* Böylelikle ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların dava ehliyetine sahip olmasa da iş ehliyetine sahip olarak kabul edilmiş ve bu kişilere şikâyet ve denetim makamına başvuru hakkı tanınmıştır. Benzer şekilde Türk Medeni Kanun'un 481. maddesi *“Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi veya her ilgili, vasiinin görevden alınmasını isteyebilir. Görevden alınmayı gerektiren sebebin varlığını başka bir yoldan öğrenen vesayet makamı, vasiyi re'sen görevden almakla yükümlüdür.”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre azil konusunda vesayet makamına yapılacak başvurularda ayırt etme gücüne sahip kişiler de ehliyetlidir. Bu örneklerden hareketle genel olarak iş ehliyetinin bulunmasının sadece takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde yargılama şartlarından biri olduğu sonucuna varılabilir⁴⁰⁵.

B. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinde

Yargılamanın sonucunun, yargılamaya başlandığı sırada, hatta ondan da önce güvence altına alınması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu hukuki koruma kesin bir koruma elde edilinceye dek geçici hukuki koruma tedbirleri ile elde edilecektir⁴⁰⁶.

Geçici hukuki korumalardan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, yaklaşık ispat seviyesi ile sınırlı olan bir yargılama faaliyetini gerektirdiğinden talepte bulunan

⁴⁰⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 146; Aras, s. 130.

⁴⁰⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 146; Aras, s. 130.

⁴⁰⁶ Özekes, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2436.

kişilerin dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir⁴⁰⁷. Ancak İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda Türk hukukundan farklı olarak ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizlerin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dava ehliyetine sahip oldukları hüküm altına alınmıştır (schZPO m. 67/III, b)⁴⁰⁸. Bu hallerde bu kişilerin kanuni temsillerinin sağlanmasına gerek yoktur⁴⁰⁹. Gecikmesinde sakınca bulunan hallere hak düşürücü süre ya da zamaşımı sebebiyle bir hak kaybının ortaya çıkacak olması ya da kanun yoluna başvuru süresinin geçirilme ihtimali gösterilmiştir⁴¹⁰. Kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip kişiler bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dava ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilebilir. Çünkü dava ehliyeti eksikliği, eksikliği giderilmesi mümkün bir dava şartıdır. Dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik bulunmasında dava, doğrudan usûlden reddilmeyecek bu eksiklik giderilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ayırt etme gücüne sahip ehliyetsiz kişiler bakımından geçici hukuki koruma tedbir talebini dikkate alabileyeceği düşüncesindeyiz. Ancak bu tedbir kararı verildikten sonra dava ehliyeti eksikliği giderilmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendi uyarınca vasi dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması gibi işlemler gerçekleştirmeden önce vesayet makamının iznini almak zorundadır. Ancak bu bendin başına acele hallerde vasiinin geçici önlemler alma yetkisi ibaresi konulmak üzere bir istisna getirilmiştir. Hak düşürücü sürenin geçecek olması, zamaşımı süresinin geçecek olması, davanın açılmaması halinde telafisi mümkün olmayan zararların oluşacak olması gibi hallerde vasi vesayet makamının izni bulunmadan dava açabilecektir. Delillerin kaybolma olasılığı gibi hallerde delil tespiti de yapılması bu hallere örnek olarak gösterilmektedir⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 1981, s. 5; Erişir, s. 108.

⁴⁰⁸ Hausheer ve Walter, bu düzenlemenin kantonal düzenlemelerden özellikle Zürich Kanton'undan etkilenecek getirildiğini belirtmiştir. Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 14

⁴⁰⁹ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 22.

⁴¹⁰ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 15.

⁴¹¹ Aynı yönde Gençcan, Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri, s. 1080.

C. Davaya Müdahalede

1. Fer'i Müdahalede

Davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunur ve dava bu iki taraf arasında gerçekleşir. Dava sonucunda verilecek karar da bu iki tarafı etkileyecektir⁴¹². Genel kural, hükmün üçüncü kişiler açısından kesin hüküm niteliği teşkil etmemesidir⁴¹³. Ancak bazı durumlarda davanın tarafı olmayan üçüncü kişi dava sonunda verilen hükümden etkilenebilir. Bu etkilenme, kişinin tarafı olmadığı davanın sonucuna göre olumlu ya da olumsuz olabilecektir. Bu etkilenmenin olumsuz olabileceğini varsayan kişi, davanın tarafına yardımcı olmak isteyebilir. Bu yardım, davaya müdahale etmeden yapılabilse de çoğu zaman yeterli olmayacaktır. Bu sebeple bir tarafın davayı kazanması için davaya onun yanında katılması ve davada ileri sürebilecek iddia ve savunma vasıtaları için tarafa yardımcı olması amacıyla katılması fer'i müdahale (*Nebenintervention*) (HMK m. 66) ile mümkün olmaktadır⁴¹⁴. Ancak burada önemle belirtilmesi gereken bir husus fer'i müdahil olarak davaya katılan üçüncü kişinin kendi hakkında bir talepte bulunmadığıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak da dava sonunda onun hakkında bir karar verilmeyecek fer'i müdahil üçüncü kişi olarak kalacak ve esasında davanın tarafı olmayacaktır⁴¹⁵.

Dava şartlarından dava konusuna ve mahkemeye ilişkin dava şartlarının fer'i müdahil olarak davaya katılmak isteyen üçüncü kişi açısından açısından aranmayacaktır⁴¹⁶. Ancak fer'i müdahilin özel olarak aranan dava şartlarının yanı sıra taraflara ilişkin dava şartlarını da sağlaması gerekmektedir⁴¹⁷. Taraflara ilişkin dava şartları, burada kıyasen uygulanacaktır⁴¹⁸. Burada fer'i müdahil olarak davaya katılmak isteyen üçüncü kişinin taraf ve dava ehliyetine aynı zamanda usûlüne uygun

⁴¹² Pekcanitez Hakan, **Fer'i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1992, (Fer'i Müdahale), s. 17.

⁴¹³ Üstündağ, s. 574; Belgesay, s. 152, Pekcanitez, s. 18.

⁴¹⁴ Berkin, s. 157; Pekcanitez, s. 18; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 151.

⁴¹⁵ Berkin, s. 158; Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 18.

⁴¹⁶ Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 82.

⁴¹⁷ Dressler in: Vorwerk ve Wolf, BeckOK ZPO, §66, Nr. 16.

⁴¹⁸ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 74, N. 11.

bir şekilde atanmış kanuni temsilciye sahip olması gerekmektedir⁴¹⁹. Çünkü dava şartlarından taraf ve dava ehliyetine sahip olma ferî müdahilin davada usûlî işlemler yapabilmesi için gereklidir⁴²⁰.

Yargılamada taraf olarak yer alan kişiler, tüm usûle ilişkin haklara sahiptir. Başka bir deyişle usûl hukuku ile tanınan tüm haklar üzerinde sınırsız yetkiye sahiptirler⁴²¹. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemlerini yapabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68. maddesine göre müdahale talebinin kabulü hâlinde ferî müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilecektir. Bu durum dava ehliyetinin bir yandan da usûlî işlem yapabilme şartı (*Prozesshandlungsvoraussetzungen*) olmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle Alman medeni usûl hukuku literatüründe taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve sonraki aşamada davanın kanuni temsilci tarafından yürütülmesi sadece dava şartı (*Prozessvoraussetzungen*) olarak değil aynı zamanda usûlî işlem yapabilme şartı (*Prozesshandlungsvoraussetzungen*) olarak kabul edilmiştir⁴²². Dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik hakim tarafından re'sen gözetilecek eksikliği halinde ferî müdahale talebi reddedilecektir⁴²³.

Medeni hukuk tarafından sınırları çizilen dava ehliyetine ilişkin kurallar, burada davaya müdahale konusunda da geçerli olacaktır. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olmayan kişiler, dava ehliyetleri bulunduğundan davada ferî

⁴¹⁹ Roger Zuber ve Balz Gross in: Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar Band I: Art. 1-149 ZPO**, Stämpfli Verlag AG, 2012, §74 Nr. 11; Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget ve Gregor Wiget, **Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997, § 44, Nr. 2; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 74, N. 11; Daniel Willisegger, **Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2012, s. 96; Pekcanitez, Ferî Müdahale, s. 80; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 155.

⁴²⁰ Pekcanitez, Ferî Müdahale, s. 83.

⁴²¹ Willisegger, s. 95.

⁴²² Thomas Groger, **Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen Zivilprozessualen Verfahren**, Göttingen, 1964, s. 1; Rosenberg, Schwab, Gottwald, § 44, Rn. 21; Zöller, §53, Rn. 13; Kern ve Diehm, §51, Rn. 1; Saenger, §51, Rn. 4; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §51, Rn. 6; Oda, s. 26; Wieczorek ve Schütze, §52, Rn. 21; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 588; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303.

⁴²³ Dressler in: Vorwerk ve Wolf, BeckOK ZPO, §66, Nr. 16. Alman hukukunda taraflara ilişkin dava şartlarının ferî müdahalede uygulanması gerektiğine ilişkin birçok karar bulunmaktadır. Bu kararlardan ferî müdahalede taraf eksikliğine ilişkin için bkz. BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – KZB 46/15 (KG), erişim için bkz. www.beckonline.com, (21.01.2019); benzer şekilde ferî müdahilin taraflara ilişkin dava şartlarını taşıması gerektiğine ilişkin olarak bkz. BGH, Beschluß vom 10. 1. 2006 - VIII ZB 82/05 (LG Stuttgart), www.beckonline.com, (21.01.2019)

müdahil olarak da yer alabileceklerdir. Tüzel kişiler de yetkili organları aracılığı ile davaya müdahale edebilirler. Sınırlı ehliyetsizler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanımında bir davaya ferî müdahil olarak katılabilirler. Ancak karşılıksız kazanma ile ilgili bir dava açamayacaklarından bu konuya ilişkin bir davanın görülmesi esnasında davaya ferî müdahil olarak da katılamayacaklardır⁴²⁴.

Kendilerine bir meslek ya da sanatı icra etme izni verilen ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ve küçükler bir meslek ve sanatın gerektirdiği her türlü tasarrufta bulunabilirler. Bunun bir sonucu olarak da bu tasarruflarla ilgili açılacak davalarda dava ehliyetlerine sahiptirler. Dolayısıyla ferî müdahil olarak da davaya katılabilirler.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu kişiler, doğrudan ferî müdahil olarak davaya katılamasalar da kanuni temsilcileri aracılığı ile davaya müdahale edebilirler. Bu kişilerin de temsil edilmeye hakkı vardır⁴²⁵. Eğer kanuni temsilci vasi ise vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden müdahale izni alması gereklidir. Çünkü dava ferî müdahilin yanında davaya katıldığı tarafın aleyhine sonuçlanırsa müdahil müdahale giderlerine mahkûm edilecektir. Son olarak bir tarafın kanuni temsilcisi görülmekte olan davaya ferî müdahil olarak katılamamalıdır⁴²⁶.

2. Asli Müdahalede

Davada iki taraf sistemini esas alan hukuk sistemimize göre dava konusu üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişilerin görülmekte olan dava içinde üçüncü bir taraf olarak yer almaları mümkün olmaz⁴²⁷. Bunun yanı sıra bu üçüncü kişi ferî'i müdahil olarak da derdest olan dava

⁴²⁴ Walsmann, s. 198; Pekcanitez, Ferî'i Müdahale, s. 81.

⁴²⁵ İsviçre hukukunda da davada temsil üçe ayrılarak değerlendirilmektedir. Buna göre ilki İsviçre Medeni Usûl Kanunu'un 67. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dava ehliyetinin eksik olması sonucu kanuni temsili, ikincisi İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca mahkemenin bir tarafın açıkça kendisinin yargılamayı yürütemeyeceği düşüncesinde olması durumunda bir temsilci ataması için süre vermesi ve bu süre sonunda temsilci ataması (Mahkeme aynı zamanda gerekli olduğunu düşünürse vesayet makamına bu durumu bildirebilecektir) son olarak da çocuğun İsviçre Medeni Usûl Kanunu madde 299 uyarınca gerekli durumlarda kayyım tarafından temsili durumudur. İsviçre hukukunda bu temsil durumlarının hepsine ferî'i müdahilin de sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu hususta bkz. Willisegger, s. 107.

⁴²⁶ Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11; Kern ve Diehm, §51, Rn. 9.

⁴²⁷ Mehmet Kodakoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Asli Müdahale**, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 33.

konusu hakkında hak iddia edemez. Böyle bir durumda asli müdahale kurumu sayesinde üçüncü kişi dava konusu üzerinde hak iddia ederek ilk davanın taraflarına karşı bağımsız bir dava açabilecektir. Burada asli müdahil, üçüncü bir kişi olarak davaya müdahale eder ve esasında her iki tarafı da dışlayan, karşısına alan daha iyi bir yargılama talep eder (*Prozess gegen den Prozess*)⁴²⁸. Asli müdahil böyle bir durumda üçüncü bir taraf haline gelmese de kendi açtığı davanın davacı ilk davanın tarafları ise asli müdahilin davasının davalıları olarak yer alacaktır. Böylelikle mevcut hukuk sistemimizdeki hem iki taraf sistemi hem de hak arama hürriyeti kapsamında üçüncü kişinin hukuki korunma talebi koruma altına alınmış olacaktır⁴²⁹.

Asli müdahale, öncesinde uygulama alanı bulmasına rağmen hukukumuzda pozitif bir düzenleme olarak ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda yer edinmiştir. Bu kanunun “*Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale*” Başlıklı Üçüncü Ayrımının “*Asli Müdahale*” üst başlıklı 65. maddesinde “*bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açılabilmesi*” düzenlenmiştir. Kanun hükmünden hareketle asli müdahale için “*Asli Müdahale, görülmekte olan bir davada, o dava konusu şey veya hak üzerinde, kısmen veya tamamen hak iddia eden ve davanın tarafları ile hukuki yararı çatışan üçüncü bir kişinin, bu kişilere karşı davanın görüldüğü mahkemede hüküm verilinceye kadar bağımsız bir dava açmasıdır*” şeklinde tanımlanabilir⁴³⁰.

Asli müdahil, asli müdahale davası içinde kendi başına taraf olarak yer almakta ve asli müdahalede bulunmakla davacı sıfatını kazanmaktadır. Bu sebeple asli müdahale davasının davacısı, ilk dava konusu üzerinde hak iddia eden asli müdahil taraf ve dava ehliyetine sahip olmalıdır⁴³¹. Asli müdahale, esasen bağımsız bir dava olduğundan, asli müdahilin taraf ve dava ehliyetine ayrıca dava açabilmesi için gerekli dava şartlarına da sahip olması gerekmektedir. Taraf ve dava ehliyeti bulunmayanlar tarafından açılan asli müdahale davası ehliyet yönünden reddedilecektir.

⁴²⁸Willisegger, s. 95.

⁴²⁹ Kodakoğlu, s. 33.

⁴³⁰ Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Asli Müdahale**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 195, s. 16; Kodakoğlu, s. 32.

⁴³¹ Kodakoğlu, s. 159.

Asli müdahale davasının diğer davalardan temel farkı, asli müdahalede bulunmakta hukuki yararı olan, taraf ve dava ehliyetine sahip davanın taraflarının dışında üçüncü bir kişinin⁴³², ilk davanın görüldüğü görevli ve yetkili mahkemede ilk dava taraflarına karşı ayrı bir dava açması ve bu iki davanın birlikte görülmesidir. Dolayısıyla asli müdahale davasında mahkeme dava şartlarını ve re'sen gözetilmesi gereken diğer hususları bu konuda ilk davanın taraflarının bir itirazı olsun olmasın re'sen gözeterek değerlendirmelidir⁴³³.

Asli müdahil olarak ilk davanın taraflarının dışında yer alan üçüncü bir kişinin dava açması gerekir. Nitekim tarafların kanuni temsilcileri davanın tarafı olmayıp davada üçüncü kişi olduğundan asli müdahale davası açabilirler. Ancak her ne kadar kanuni temsilci davanın tarafı olmasa da temsil ettiği kişi adına hareket edeceğinden kanuni temsilcinin temsil edilenin menfaatine uygun davranması gereklidir. Çünkü artık burada kanuni temsilci, ilk davanın konusu üzerinde iddiasında bulunmak suretiye bir asli müdahale davası açtığında artık kendisinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışmaktadır. Bu durumda vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi ilgisinin talebi üzerine veya resen temsil kayyımı atar (TMK m. 426, 2).

D. Tahkim Yargılamasında

1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunda tanımlanmayan tahkim sözleşmesi, ilk olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412. maddesinde *“tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakemler aracılığı ile çözülmesini öngören bir sözleşmedir⁴³⁴.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Bu yönde üç görüş bulunmaktadır. İlki, taraflar arasında mevcut bulunan bir uyuşmazlığın çözümü için gerçekleştirildiğinden tahkim sözleşmesinin usûl hukuku

⁴³² Özkes, Asli Müdahale, s. 29 vd; Atalı, Pekcanitez Usûl C. I, s. 770.

⁴³³ Kodakoğlu, s. 172.

⁴³⁴ Yeşilırmak, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2596.

sözleşmesi olduğu yönündedir⁴³⁵. Bir diğer görüş ise tahkim sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması ve tarafların iradeleri çerçevesinde hüküm ifade etmesi sebebiyle maddi hukuka ilişkin bir sözleşme türü olduğudur⁴³⁶. Karma görüş ise sözleşmenin tarafların serbest iradesi ile oluşturulması yönünden maddi hukuk, sözleşmenin uygulanmasının doğurduğu sonuçlar açısından ise usûl hukuku sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir⁴³⁷.

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin⁴³⁸ görüşü tahkim sözleşmesinin usûli bir sözleşme olduğu yönündedir.

Tahkim yargılamasına gidilebilmesi için taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir⁴³⁹. Tahkime elverişlilik tarafların aralarında

⁴³⁵ Bu yönde bkz. Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 357, N. 2; Staehelin, Staehelin ve Grolimund, §29, Rz. 19; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 357, N. 23; Kuru, C. VI, s. 5937; DerenYıldırım Nevhis, "Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, 2007, (Tahkime Elverişlilik), ss. 48-49.

⁴³⁶ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, AÜHF Yayını No: 442, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 352.

⁴³⁷ Werner Wenger ve Christoph Müller, **Basler Komm. IPRG**, 2. Auflage, Basel, 2007, Art. 178, N. 4; Girsberger, Basler Komm. ZPO, Art. 357, N. 5; Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter, **ZPO Berner Kommentar Band III**, Stämpfli Verlag AG, 2014, Art. 357, N. 24; Berkin, s. 229.

⁴³⁸ Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu bir kararında tahkimin hukuki niteliğine ilişkin bugüne kadar getirilen değerlendirmeler gözden geçirilerek tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır. " *Tahkimin tanımlanması ve iç tahkime ilişkin kanuni düzenlemelerin açıklanmasından sonra tahkimin niteliği üzerinde de durmakta yarar vardır. Zira kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerin eldeki uyuşmazlığa ne şekilde yansıtılacağı ancak bu suretle mümkün olacaktır.*

İç (millî) tahkimin hukuki niteliğini maddi hukuka ve usûl hukukuna dayandıran görüşler olduğu gibi bunun karma bir sözleşme olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Alman ve İsviçre hukukunda da ağırlıklı olan görüş, tahkim sözleşmesinin usûl hukuku sözleşmesi olduğu yönündedir.

Sözleşmenin kurulması, şekli, ehliyet gibi noktalarda maddi hukuka ilişkin hükümler uygulansa da, tahkim sözleşmesi yargılama hukuku alanında cereyan eder ve sonuçlarını da bu alanda doğurur. Bu haliyle tahkim sözleşmesinin, bir maddi hukuk sözleşmesi gibi mevcut olmayan bir hakkı yaratan veya mevcut bir hakkı ortadan kaldıran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesi ile bir alacak hakkı ya da yenilik doğuran hak oluşturulmamaktadır. Bu özelliği itibariyle sözleşmenin maddi hukuk karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Hakem yargılaması sonunda verilecek kararın da sözleşme niteliğinde olduğu söylenemez (Aydemir, F.: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmeleri. İstanbul 2017. s. 17). Bu görüşü savunanlara göre tahkim sözleşmesinin en önemli etkisinin, tarafların mahkemeye başvurmalarını engelleyerek, hakem veya hakemlere yargılama yetkisi vermesine ve süreç sonunda çıkacak kararların, mahkeme kararı gibi kesin hüküm doğurmasına dayandırılır. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı taraf iradeleri ile belirlenmemekte, tahkimin cereyan ettiği ülkenin ulusal hukuku anlaşmaya böyle bir sonuç bağladığı için tahkim sözleşmesi bağlayıcı etkiye sahip olmaktadır. Hakem kararları mahkeme kararları ile aynı nitelikte olup. bunun da hakem kararlarının usûli nitelikte olduğunu, ayrıca, tahkim sözleşmesinin usûl hükümleri içinde düzenlenmesi, usûl sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan ulaşılan sonuç: tahkimin baskın biçimde usûl hukuku sözleşmesi mahiyetini haiz olduğudur." YİBGK, 13.4.2018 tarihli E. 2016/2, K. 2018/4 sayılı kararı için bkzn. www.kazanci.com. İsviçre federal Mahkemesinin bu yöne kararları için bkzn. BGE 41 II 534 E. 2; 67 II 146 E. 2; 78 II 393 E. 2; 88 I 100 E. 1; 101 II 168 E. 1; 116 Ia 56 E. 3a kararlar için bkzn. swisslex.ch, (05.02.2019).

doğmuş ya da doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkları mahkeme önüne değil tahkime götürmeleri hususundaki irade serbestliğinin sona erdiği ve kamusal çıkarların devreye girdiği bir kavramdır⁴⁴⁰. Öncelikli olarak terminolojik olarak elverişlilik objektif ve sübjektif (*ratione personae*) (kişi bakımından uygulama) olarak ayrılmalıdır. Tahkime elverişlilik sadece tahkim sözleşmesinin geçerlilik koşulları bakımından değerlendirilen bir husus değildir. Geçerlilik koşullarının yanı sıra tarafların tahkime gitme hususunda ehliyetlerini (ve temsil yetkilerini) de ele almaktadır. Tahkime elverişlilik kavramına dâhil edilmektedirler. Böylece tahkime elverişlilik üst başlığı altında bu kavram, konu bakımından (*objektive schiedsfähigkeit*) objektif tahkime elverişlilik; taraf ehliyeti bakımından ise sübjektif tahkime elverişlilik (*subjektiven Schiedsfähigkeit*) olarak adlandırılmaktadır⁴⁴¹.

Sübjektif tahkime elverişlilik, bir gerçek veya tüzel kişinin tahkim sözleşmesi yapabilmesi veya yargılamasının tarafı olması hususu ile ilgilidir⁴⁴². Esasında sübjektif tahkime elverişlilik, tahkim yargılamasında taraf ve dava ehliyetini birlikte içeren üst bir kavramdır. Başka bir deyişle tahkime sübjektif elverişlilik eksikliği durumunda usûle ilişkin red kararı verilmesi sonucunu doğuracak devletin yürütmüş olduğu medeni yargılama hukukundaki taraf ve dava ehliyetlerinin karşılığını oluşturmaktadır⁴⁴³. Dolayısıyla genel bir hukuk kuralı olarak, sözleşmeye taraf olabilmek için her gerçek veya tüzel kişinin gerekli ehliyetlere sahip olması gerekmektedir.

Alman hukukunda Alman Medeni Usûl Kanunu'nda özel bir hüküm olmadığı için tahkim yargılamasında sübjektif tahkim ehliyeti için dava ehliyetine ilişkin kuralların uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴⁴. Benzer şekilde İsviçre Hukukunda da sübjektif ehliyet belirli bir şekilde standarda sokulmamıştır. Tahkime sübjektif elverişlilik uyuşmazlığın tarafının kişiliği ile ilgilidir ve bu kişiler tahkim anlaşması yapıp tahkim yargılamasında taraf olarak hareket edebileceklerdir⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Fatih Aydemir, s. 218.

⁴⁴⁰ Aydemir, s. 219.

⁴⁴¹ Christoph Liebscher, Objektive Schiedsfähigkeit- eine Skizze, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 1625; Aydemir, s. 220.

⁴⁴² Liebscher, s. 1625; Aydemir, s. 220.

⁴⁴³ Lennart Chrobak, **Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen**, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 286, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 131.

⁴⁴⁴ Vorwerk ve Wolf, §1029, Rn. 7-9.

⁴⁴⁵ Chrobak, ss. 130-131.

Türk hukukunda geçerli bir tahkim sözleşmesi yapabilmek için tarafların fiil ehliyetlerinin bulunması gereklidir⁴⁴⁶. Tahkim sözleşmesinin taraflarından birisinin fiil ehliyetine sahip olmaması Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesi gereğince butlanını gerektirse de fiil ehliyetinden yoksun olan kişi ile sözleşme yapan kişinin iyiniyetli olması bu sözleşmeyi geçerli kılmayacaktır. Bunun yanı sıra, tahkim sözleşmesi bir temsilci veya vekil marifetiyle yapılıyorsa temsilci veya vekilin özel yetkisinin bulunması gerekir ancak fiil ehliyetine sahipken tahkim sözleşmesi yapmış olan kişinin sonraki aşamalarda bu ehliyetini kaybetmesi tahkim sözleşmesini geçersiz kılmayacaktır⁴⁴⁷.

Türk Hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde “*tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu*” haller hakem kararlarının iptali için açılacak davalarda bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür.

E. İcra ve İflas Hukukunda

Medenî usûl hukuku ile icra hukuku arasındaki benzerlik, her iki hukuk dalındaki bazı kavramların her ne kadar bazı farklılıklar içerse de birlikte değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁴⁸. Bununla birlikte bu kavramların birlikte değerlendirilmesinin tek nedeni, her iki hukuk dalında da var olması ve medenî usûl hukuku ile icra hukuku arasındaki ilişki veya benzerlik değildir. Bunun temel sebebi esasında bu kavramların temelinin maddî hukuka dayanması ve medenî usûl ve icra hukukunun maddî hukuktan kaynaklanan hakları gerçekleştirmeyi amaçlamasıdır. İcra hukukundaki takip ehliyeti ile medeni usûl hukukundaki dava ehliyeti de bu birlikte değerlendirilmesi gereken kavramlara örnek olarak verilebilir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2740.

⁴⁴⁷ Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2740.

⁴⁴⁸ Buse Dişel, **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On İki Levha, İstanbul, 2014, (Takip Arkadaşlığı), s. 36.

⁴⁴⁹ Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 36.

Takip ehliyeti, bizzat ya da bir vekil aracılığı ile alacaklı olarak takibi sürdürebilmek veya borçlu olarak takibe karşı koyabilme yeteneğidir⁴⁵⁰. Türk Medeni Kanunu'na göre fiil ehliyetine sahip olanlar, takip ehliyetine de sahiptir⁴⁵¹. Takip ehliyeti medeni usûl hukukundaki dava ehliyetinin icra ve iflas hukukundaki görünümüdür⁴⁵².

Medenî usûl hukukundaki dava ehliyeti ve icra iflas hukukundaki takip ehliyeti maddî hukuktaki fiil ehliyetinden kaynaklanmaktadır. İcra İflas Kanunu'nda takip ehliyetine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak böyle bir düzenlemenin olmaması, icra hukukunda takip ehliyetinin olmayacağı anlamına gelmez. Medenî usûl hukukunda tarafların dava ehliyetine sahip olmaları gerektiği gibi icra hukukunda da tarafların takip ehliyetine sahip olmaları gerekir⁴⁵³.

Takip ehliyeti bulunmayan kişilerin temsilde kanuni temsile ilişkin genel kurallar geçerlidir⁴⁵⁴. Takip ehliyetine sahip olmayan bir borçluya karşı icra takibi yapılmak istenirse takip ehliyeti bulunmayan kişinin temsili sağlanmalıdır⁴⁵⁵. Takip talebinde borçlunun kanuni temsilcisinin de gösterilmesi gerekir. Takip ehliyetine sahip olmayan kişinin başlattığı takip veya ona karşı yapılan takip süresiz şikayet

⁴⁵⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, On iki Levha, İstanbul, 2019, s. 81; Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 57; Ferhat Kayış, **Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 229. “Dava, icra müdürlüğü işlemini şikayete ilişkindir. Kısmi itiraz halinde itiraz edilen kısmın açıkça belirtilmesi gerekir. Yetkiye ve imzaya itiraz halinde de buna ilişkin itirazlar, kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde belirtilmelidir. Buna karşın borcun tamamına itiraz halinde bunun itiraz dilekçesinde açıkça beyan edilmesine gerek yoktur. Ödeme emrine itirazın geçerli olabilmesi için ödeme emrine itiraz edebilme ehliyetinin (takip ehliyetinin) varlığı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yasal süre içinde itirazın yapılması ve itiraz iradesinin ortaya konması gerekli ve yeterlidir. Başka bir anlatımla, borcun tamamına itirazda belirli sözcüklerin kullanılması zorunlu değildir. Dilekçeden genel olarak itiraz iradesi çıkarılabiliyorsa geçerli itiraz olarak kabul edilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.5.2009 tarihli E. 2009/12-185, K. 2009/182 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (20.12.2019).

⁴⁵¹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s. 81; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt: I, Adalet, Ankara, 2013, (İcra), s. 135.

⁴⁵² Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s. 81, Muşul, C. I, s. 137.

⁴⁵³ Kuru, Dava Şartları, s. 159; İlhan E. Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, Sulhi Garan, İstanbul, 1975, (İcra), s. 118; Saim Üstündağ, **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, 2004, (İcra), s. 80; Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, İstanbul 2013, (El Kitabı), s. 163; Muşul, İcra, ss. 135-136; Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **İcra Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 9; Dişel, s. 57.

⁴⁵⁴ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s. 82; Postacıoğlu, İcra, s. 120; Kuru, El Kitabı, s. 165; Recep Akcan, İcra Hukukunda Temsil, **SÜHFD**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 1999, (İcra), s. 36; Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 67.

⁴⁵⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s. 82.

yoluyla iptal edilir⁴⁵⁶. Bu eksiklik dava ehliyetinde olduğu gibi icra dairesi ve icra mahkemesi tarafından da re'sen dikkate alınabilir⁴⁵⁷. Alacaklı adına takip talebinde bulunan kimsenin kanunî veya iradî temsilcisi olmaması da bir şikâyet sebebidir. İcra memuru takip ehliyetinin olup olmadığını re'sen araştırdığı gibi temsilcinin temsil yetkisine sahip olup olmadığını da kendiliğinden araştırır⁴⁵⁸. Temsil yetkisinin olmadığı durumlarda hiçbir işlem yapamaz⁴⁵⁹.

Birden çok kimse tek bir temsilci ile de temsil edilebilir. Birden çok borçlunun ortak bir kanunî temsilcisinin olması hâlinde, kanunî temsilciye tek bir ödeme emri gönderilebilir (İİK m. 61/2). Ancak birlikte takip edilen borçlulardan biri diğerinin kanunî temsilcisi ise ödeme emrinin ayrı ayrı tebliğ edilmesi lazımdır⁴⁶⁰.

Takip ehliyeti de aynen taraf ehliyetindeki gerekçelerle, hem mecburî takip arkadaşlığının hem de ihtiyarî takip arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllerde, her bir takip arkadaşının sahip olması gereken bir takip şartıdır.⁴⁶¹

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde: *"Karı koca, evlenmenin devamı müddetince kanunen muayyen haller haricinde yekdiğerine karşı cebri icra talebinde bulunamaz.*

⁴⁵⁶ Necmettin Berkin, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1980 (İcra Hukuku Rehberi), s. 183; Üstündağ, İcra, s. 65; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, Ankara, 1988, (İcra C. I), s. 162; Kuru, El Kitabı s. 164; Hakan Pekcanitez, **İcra-İflâs Hukukunda Şikayet**, DEÜ Yayınları, Ankara, 1986, (Şikâyet), s. 86

⁴⁵⁷ Berkin, İcra Hukuku Rehberi, s. 183; Üstündağ, s. 65; Kuru, El Kitabı, s. 164; Kuru, İcra C. I, s. 162. Pekcanitez, Şikayet, s. 86; Muşul, İcra, s. 137; . Postacioğlu ise tarafların takip ehliyetine sahip olmaları gerektiğini kabul etmekle birlikte, alacaklının takip ehliyetinden yoksun olması hâlinde, sadece borçlunun buna karşı koyabileceğini, icra memurunun ise bu hususu kendiliğinden dikkate alamayacağı sonucuna varmaktadır. Postacioğlu, İcra, s. 118; Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 57.

⁴⁵⁸ Üstündağ, s. 60; Kuru, İcra C. I, s. 164; Kuru, El Kitabı, s. 165; Akcan, İcra, s. 25; Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 67. P ostacioğlu ise temsil yetkisinin yokluğu hâlinde, borçlunun itiraz etmesi gerektiğini, icra memurunun bu hususu kendiliğinden araştırma yetkisinin olmadığını belirtmektedir. Postacioğlu, İcra, s. 119.

⁴⁵⁹ Üstündağ, s. 60; Kuru, İcra C. I, s. 164; Kuru, El Kitabı, s. 165; Akcan, İcra, s. 25; Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 67.

⁴⁶⁰ Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 70.

⁴⁶¹ Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 58. Öğretide Dişel takip arkadaşlarından birisinin takip ehliyetini yitirmesinin sonucunun ne olacağını değerlendirmiştir. İhtiyari takip arkadaşlığın bulunduğu hallerde bir takip arkadaşının ehliyetini kaybetmesi diğerlerini etkilemeyecektir. Buna göre, takip ehliyetine sahip alacaklı taraftaki takip arkadaşları, icra takip işlemlerini yapabilecek, aynı şekilde borçlu taraftaki takip arkadaşları da ortak def'i yoksa sadece kendileri için takibe karşı koyabileceklerdir. Ancak taraflar arasında mecburî takip arkadaşlığı varsa farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Mecburî takip arkadaşlığında, takip konusu hak veya borç üzerinde birlikte tasarrufta bulunmaları gerektiğinden takip arkadaşları, birlikte hareket etmek zorundadır. Bu sebeple de içlerinden birinin takip ehliyetinin takip sırasında kaybolması durumunda, takibe devam edilmesi mümkün değildir ve bu eksikliğin giderilmesi için icra memuru tarafından süre verilip kanuni temsilin sağlanması gerekmektedir. Dişel, Takip Arkadaşlığı, s. 59.

Kanunen cebri icra caiz olan hallerde dahi karı kocadan birinin diğer taraf yüzünden uğradığı ziyan o taraf hakkında iflas veya semeresiz kalan hacizde cari mahrumiyetleri müstelzim olmaz.” ifadelerine yer verilmişti. Bu maddede eşler arasında cebri icra yasağı öngörülmüştü. Bu maddeye göre, eşler evlilik devam ettikçe takip yapma yasağı vardı. Bu yasağa aykırı takip işlemleri her zaman şikayet yolu ile iptal edilebilmekteydi. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile eşler arasındaki cebri icra yasağı kaldırılmıştır. Bu sebeple artık eşler birbirlerine karşı icra takibi yapabilirler.

F. Arabuluculukta

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “*Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi*” üst başlıklı 15. maddesinin 6. fıkrasında arabuluculuk müzakelerine tarafın bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığı ile katılabileceği düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda düzenlenecek son tutanağın ise arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanması gerekmektedir. Belgenin taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmaması durumunda ise sebebi belirtmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanacaktır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaya varabilmeleri için fiil ehliyetine ihtiyaçları vardır.

Tarafların anlaşması durumunda ise taraflarca bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Bu düzenlenen anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı Kanun’un 18. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Madde metninde ayrıca bu belgenin tarafın kanuni temsilcisi aracılığı ile imzalanabileceği düzenlenmemiştir. Ancak anlaşma belgesi, niteliği itibarıyla kendine özgü borçlar hukuku sözleşmesidir⁴⁶². Anlaşma, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflarca

⁴⁶² Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Temmuz 2017, s. 71; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Özer Selçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, s. 465; Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Husularda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2; (Arabuluculuk), s. 16; Emre, Kıyak, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 21, s. 545; Büşra Kazmaz Tepe, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2018-1, Yıl: 5, Sayı: 1, s. 140.

serbestçe yapılabilmeyle beraber, anlaşma belgesinin borçlar hukukunda yer alan kurallara uygun olarak akdedilmesi; yani tarafların fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekir. Ayrıca irade beyanlarının sağlıklı olması gerekir; aksi halde genel hükümler uyarınca söz konusu anlaşmanın iptalinin istenmesi mümkün olacaktır⁴⁶³. Bu çerçevede tarafların arabuluculuk faaliyetini yürütebilmeleri ve anlaşmaları durumunda arabuluculuk anlaşma belgesi düzenleyebilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesinin ikinci fıkrasında *“Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek”* zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce arabulucu da taraflardan birinin fiil ehliyetine sahip olmadığını düşünüyorsa yetkili vesayet makamına bildirmelidir.

VII. DİĞER YARGI KOLLARINDA DAVA EHLİYETİ

A. İdari Yargılama Hukukunda Dava Ehliyeti

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre dava ehliyeti ilk inceleme esnasında yargı mercileri tarafından değerlendirilmesi gereken

⁴⁶³ Akkan, Arabuluculuk, s. 22. Yargıtay irade fesadı bulunan hallerde dava açma yasağının bulunmadığına ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. *“Bütün bu işlemlerin davalı şirketin kayden avukatının arabuluculuğunda gerçekleştiği, arabulucunun davacı tarafı diğer tarafın avukatı olduğu konusunda bilgilendirdiğinin tespit edilemediği, emsal dosyalarda dinlenen tanık anlatımlarına göre, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı, hatta arabulucunun da işçilerin imzaladığı aşamada işyerinde olmadığının beyan edilmesi karşısında; usûlüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı gibi mevzuat hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır.*

Tüm bu tespitler karşısında; dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 Sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usûlüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usûlüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği ve dava tarihi itibarı ile zorunlu arabuluculuk şartının henüz yürürlüğe girmedeği de dikkate alınarak, davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı yönündeki gerekçeyle davanın usûlden reddi hatalı olup, bu yönde ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının BOZULMASINA karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.6.2019 tarihli, E. 2019/3694, K. 2019/13040 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (27.12.2019).

hususlardan biri olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre ehliyet konusunda bir eksiklik tespit edilirse davanın reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Dava ehliyetinin içeriği ise İdari Yargılama Usûlü Kanunu tarafından doğrudan düzenlenmemiştir. Kanun koyucu, idari yargı yerlerince bakılan uyuşmazlıkların gösterdiği gerekleri göz önünde bulundurarak buna özgü bir düzenleme getirmek yerine, 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 88. maddesinde düzenlendiği gibi benzer bir biçimde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa genel bir yollama yapma yolunu izlemiştir⁴⁶⁴.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usûl Kanununun uygulanacağı haller üst başlıklı 31. maddesinin 1. fıkrasına göre *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin”* uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa yaptığı yollamanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesinin 2. fıkrasında *“Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı”* hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple idari yargıda dava ehliyeti sorunu Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre çözümlenecektir.

Bunun yanı sıra İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 2. maddesinde dava türlerine göre davacı olabileceklerin sahip olması gereken bazı özel koşullar

⁴⁶⁴ İdari yargılama hukukunda ehliyetle ilişkin ilk düzenleme Danıştay Kanunu ile getirilmiş olup bu Kanundan önceki hukuki düzenleme olan 23.10.1925 tarih ve 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu ile bu Kanunda önemli değişiklikler gerçekleştiren 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Kanunda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa ilişkin herhangi bir yollamada bulunulmamıştır. Söz konusu dönemde konuya ilişkin olarak madde 30'da yer alan tek düzenleme, dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlar arasında sayılan *“tarafların adı ve sanı”* yolundaki kuraldır. Burada yasal düzenlemelerde ehliyetle ilişkin herhangi bir yollama yapılmamasına rağmen Danıştay ehliyetle ilişkin olarak Medeni Kanunun ilgili hükümlerine göre hareket etmiştir. Bu sebeple Kaplan, yürürlükteki hukukta yapılan yasal göndermenin gerekli ya da işlevsel olmadığını belirtmektedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2018).

öngörülmüştür. İdari Yargılama Usûlü Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre kişilerin iptal davası açabilmesi için menfaat ihlali denilen ikinci bir ehliyeteye sahip olması gerekmektedir. Tam yargı davasının açılabilmesi için de İdari Yargılama Usûlü Kanunun 2. maddesinin b bendine göre kişisel hakların doğrudan ihlal edilmesi gerekmektedir. İdare hukuku öğretisinde Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen genel ehliyet kuralları olan “*taraf ve dava ehliyeti*”⁴⁶⁵ objektif ehliyet olarak İdari Yargılama Usûlü Kanununda düzenlenen ehliyet kuralları ise subjektif ehliyet⁴⁶⁶ olarak sınıflandırılmaktadır⁴⁶⁷.

Sübjektif ehliyet ile kast edilen iptal davalarında dava konusu işlemin kişinin menfaatini ihlal etmesi⁴⁶⁸ ya da tam yargı davalarında maddi veya manevi bir zarar doğuracak bir hakkın ihlal edilmesidir⁴⁶⁹. Burada sübjektif ehliyet esasında medeni yargılama hukukundaki menfaat şartının (*hukuki yarar*) bir ifadesidir. Hangi hal ve şartlar altında kişilerin menfaatinin ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Çünkü bu konuya cevap verecek bir kural koymak, hukuksal işlemlerin karmaşık ve tek düze olmaması sebebiyle mümkün olmayacaktır⁴⁷⁰. Bu sorunun çözümü yargı yerlerinin değerlendirilmesine bırakılmıştır. Yargı yerlerinin uygulamasıyla zaman içerisinde ilke düzeyine ulaşmış, bazı kural yahut uygulamalar ortaya çıkmıştır. Buna göre ihlal edilen menfaatin kişisel, güncel ve meşru olması gerekmektedir⁴⁷¹. Burada söz konusu edilen menfaat ilişkisi, hak ihlali değil, iptal davasına konu edilen işlem ile davacı arasındaki ciddi ve makul bir alakadır⁴⁷². Bu iki şartın varlığı, iptal ve tam yargı davaları açabilme şartı olan genel yetki kurallarına ek olarak, her seferinde dava türüne göre ayrı ayrı olmak üzere, dava

⁴⁶⁵“Yapılan göndermede yalnızca “ehliyet” ifadesi kullanılmış ise de; bununla sadece dava değil ve fakat aynı zamanda taraf ehliyetinin de kast edildiği söylenebilir” bu hususta bkz. Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2008), aynı yönde F. Ebru Gündüz, **İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet**, Yekin Yayınları, Ankara, 2016, s. 19.

⁴⁶⁶ Bu terim bazı yargı kararlarında sübjektif dava açma ehliyeti olarak da yer almaktadır.

⁴⁶⁷ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. ; Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa, 2016, (Yargılama), s. 192; Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2018).

⁴⁶⁸ Kaplan, Yargılama, s. 192.

⁴⁶⁹ Malvarlığında doğan bir azalma, malvarlığının artması gerekirken artmaması, yoksun kalınan kar, cismani zarar (kişinin organlarından birini kaybetmesi, çalışma gücünün düşmesi, ölmesi) gibi durumlar hak ihlaline örnek olarak gösterilebilir. Bu hususta bkz. Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 270.

⁴⁷⁰ Kaplan, Yargılama, s. 193.

⁴⁷¹ Kaplan, Yargılama, s. 193.

⁴⁷² Çağlayan, s. 270.

dilekçesinin ön inceleme ölçütleri içinde yer almakta ve idari yargı organları tarafından öncelikle değerlendirilmektedir⁴⁷³.

İdare hukuku terminolojisinde ehliyet kavramı ve bu kavramla ilgili diğer benzer kurumlara ilişkin pek çok terim bulunmaktadır. Objektif ehliyet sınıflandırılması altında dava ehliyeti, dava ve taraf ehliyetini kapsayan üst bir kavram olarak kabul edilmekte medeni usûl hukukundaki anlamıyla dava ehliyeti kavramı yerine ise *dava açabilme ehliyeti* ya da *dava açabilme yeteneği*⁴⁷⁴ ifadeleri de kullanılmaktadır. Ehliyetin yanı sıra İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 14. maddesinde bahsedilen *husumet* kavramı bulunmaktadır. Medeni usûl hukukunda taraf sıfatı yerine kullanılan husumet kavramı, taraf ehliyeti ile ilişkilidir. Husumet ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikli olarak taraf ehliyetinin olması gereklidir. Taraf ehliyetine sahip olmayanların husumete daha doğru bir ifade ile husumete sahip olması mümkün değildir. İdari yargılama hukukunda husumet, idari davanın bir kişi veya kuruma yöneltilmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Burada kullanılan husumet terimi ile idari yargılamanın davalısının taraf ve dava ehliyeti ifade edilmektedir⁴⁷⁶. İdari Yargılama Hukukunda husumetin ehliyetten ayrı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle ehliyete ilişkin hükümlerin sadece davacılara uygulanması gerektiği, husumetin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerden bağımsız olarak tamamen idare hukuku kurallarına şekillendirilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşün aksini savunan bir başka görüşe göre bir davanın iki tarafının bulunması gerekmektedir. Yargılama yürütülürken gerekli olan usûli işlemlerin yapılabilmesi için gerekli olan “*ehil*” irade her iki tarafın ehliyetli

⁴⁷³ Katıman, s. 95.

⁴⁷⁴ Tan, s. 1000

⁴⁷⁵ Gündüz, s. 218.

⁴⁷⁶ İdari yargılama hukuku açısından husumeti İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesindeki ehliyetten ayrı bir kavram olarak değil de bu ehliyete ilave bir şart. olarak kabul edilse dahi medeni yargılama hukukundaki taraf sıfatından ayrılmaktadır. Örneğin, medeni yargılama hukukunda şekli taraf kavramı esastır. Dava dilekçesinde adının yer alması ile kişiler taraf sıfatını kazanır. Ancak idare hukukunda maddi taraf kavramı kabul edilmiştir. İdari yargılama hukukunda kendisine husumet yöneltilecek olan kamu tüzel kişinin idari işlemi ya da eylemi gerçekleştiren tüzel kişilik olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra medeni yargılama hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. Maddesinin 1. Fıkrasının b bendi uyarınca davalının ad, soyad ve adresinin dava dilekçesinde belirtilmesi gerekmektedir. İdari yargıda ise tam aksine davacı, davalıyı yanlış tespit etmiş olsa ve hatta dava dilekçesinde hiç hasım göstermemiş olsa dahi mahkeme kendiliğinden hasım tespit edebilir, dava dilekçesini hasma gönderebilir. Medeni yargılama hukukunda taraf değişikliğinin gerçekleşebilmesi için esas olarak tarafın rızası gerekmektedir (HMK m. 124). İdari yargılama hukukunda ise hasmın yanlış gösterilmesi durumunda ise mahkeme herhangi bir rızaya ihtiyaç olmaksızın re'sen davalı tarafta değişiklik yapabilecektir. Bu hususta bkznz. Gündüz. s. 222.

olması ile mümkündür. Aksi halde ehil iradeden bahsedilemeyecektir. Bu sebeple husumet olarak adlandırılan davalı tarafın taraf ve dava ehliyeti sadece idare hukuku kurallarına göre belirlenmemeli, açık bir mevzuat hükmü olmadıkça ve bazı zorunlu durumlar haricinde temel olarak medeni yargılama hukuku esas alınmalıdır⁴⁷⁷.

İdari yargılama usûlünde idari davalar taraf ehliyeti ve dava ehliyeti açısından medeni yargılama usûlünden farklı bir özellik göstermemektedir. Gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından açılacak davalar medeni hukukta özellik gösterdiği ölçüde gerçekleştirilecektir. Bunun bir sonucu olarak fiil ehliyetine sahip olan gerçek kişiler dava ehliyetine sahiptir. Bu kişiler idari yargılama sırasında bizzat dava açabilir ve bu davayı takip edebilmek için gerekli tüm usûli işlemleri tek başlarına ya da atamış oldukları temsilciler aracılığı ile yapabilir⁴⁷⁸. Dava ehliyeti olan bir kişi adına başkası tarafından açılan davalar örneğin ehliyetli kişi adına ana babanın açtığı davaları Danıştay ehliyet yokluğundan reddetmiştir⁴⁷⁹.

Davanın açılma anında tam ehliyetli olup yargılama esnasında dava ehliyetini kaybeden kişiler hakkında kısıtlılık kararı verilmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi sebebi ile kişinin dava ehliyetini kaybetmesi durumunda izlenilecek yol İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre dava ehliyetini kaybeden kişinin kanuni temsilcisi tarafından başvurulana kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak 1 yıl içerisinde yeni adres bildirmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulması talep edilmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir (İYUK m. 26/3).

⁴⁷⁷ Bu görüşler için bkz. Kaplan, s. 359; Gündüz, s. 219.

⁴⁷⁸ Gündüz, s. 45.

⁴⁷⁹ “Dosyanın incelenmesinden, davacının, 2000 yılında Ö.S.S.'ye girerek Sofya ST. Kliment Ohridski Üniversitesine kayıt yaptıran ve öğrenime başlayan oğlunun pasaport süresinin uzatılması istemi sırasında, Milli Eğitim Bakanlığınca öğrenciliğinin tanınmadığını öğrenerek 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebeler Hakkında Yasaya dayanılarak çıkartılan Türk Öğrencilerin Yabancı Ülkelerde Öğrenimleri Hakkında Yönetmelik Uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun birlikte çıkardığı ve yurtdışında okuyan öğrencilerin ÖSS sınavına girip en az 105 puan almaları ve merkezi yerleştirme yapılmasına ilişkin yönergenin iptalini istediği anlaşılmaktadır.

Olayda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Yasası ve Türk Medeni Yasasının yukarıda anılan hükümleri gereği, 1978 doğumlu olan oğlunun davanın açıldığı 16.08.2002 tarihinde 24 yaşında olup, dava açma ehliyeti bulunduğu açık olduğundan anne olduğu anlaşılan davacının dava açmasında usûl hukukuna uyarlık bulunmadığı açıktır.

Öte yandan davacının oğlunun pasaport sorunu nedeniyle yurda giriş yapamadığı görülmüşse de yurtdışından göndereceği vekaletname ile davasını açabileceği tabiidir.”, Danıştay 8. Dairesi'nin, 27.04.2004 tarihli E. 2002/360, K. 2004/1956 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (09.01.2019).

Medeni usûl hukukunda olduğu gibi idari yargılama hukukunda bazı istisnai durumlar haricinde fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin dava ehliyeti de yoktur. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların açtığı davalarda kanuni temsilcinin onay verebileceği kabul edilir⁴⁸⁰. Kanuni temsilci tarafından onay verilemez ise dava idari yargılama hukukunda da ehliyet eksikliği sebebi ile esasa girmeden reddedilecektir⁴⁸¹.

Tüzel kişiler de dava ehliyetine sahiptir ve bu ehliyetlerini kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanırlar. İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 26. maddesine göre herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmaya kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilecektir. Tarafların kişilik ya da niteliğinde değişiklik olması, tüzel kişiler için de gerçekleşebilecek bir durumdur. Dosyanın işleme kaldırılması durumunda yürütmenin durdurulması kararı, kendiliğinden hükümsüz kalır. Kişilik veya niteliğinde değişiklik olan tüzel kişi, dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (İYUK m. 26/3).

Özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin idari yargılama hukukunda dava ehliyeti, medeni usûl hukuku ile benzerlik göstermektedir. Bu sebeple bu hususlara bu başlık altında özellikle değinilmeyecektir. Tüzel kişiliği bulunmayan kamu kuruluşlarının taraf ve dava ehliyeti açısından ise idari yargılama hukukunda bazı duraksamalar bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun bu konuya ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde ilke olarak ehliyetsiz olan kişilerin taraf ve dolayısıyla dava ehliyetlerinin bulunmayacağı, bu kurum ve kuruluşların sadece bağlı oldukları kamu tüzel kişilikleri aracılığı ile davacı ya da davalı olabilecekleri söylenebilecek ise de uygulamada kimi zaman Danıştay, kişilik kavramı üzerinde durmayıp davaların açılacağı sonucuna varmaktadır⁴⁸².

⁴⁸⁰ Öğretide dava ehliyeti olmayan tam ehliyetsizin dava açma ehliyetinin davanın açıldığı tarihte bulunması gereken ve davanın görülebilmesi için varlığı zorunlu olan bir usûl hukuku şartı olduğundan hareketle tam ehliyetsizin açtığı davada kanuni temsilcisi daha sonradan icazet verse bile bu davanın reddedilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Bu hususta bkznz. Hüseyin Çelikkol, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", **Adalet Dergisi**, Y. 76, Sayı: 3, Mayıs Haziran 1985, s.757. Öğretide yer alan bu görüşe dava ehliyetinin idari yargılama hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanununa yapılan atıf ile düzenlenmiş olması ve medeni usûl hukukunda yargılama esnasında verilen icazetin ehliyetsizliğin sebebi gözetilmeden

⁴⁸¹ Gündüz, s. 48.

⁴⁸² Tan, s. 999.

Ehliyet konusunda tam yargı ve iptal davaları açısından ikili bir ayrıma gidecek olursak haklara ve borçlara sadece hukuk düzeni tarafından tanınan kişilerin sahip olabileceğinden hareketle kişisel bir hakkın ihlali koşulunu arayan tam yargı davaları için hem Danıştay hem de Fransız Danıştay'ı⁴⁸³, tüzel kişiliğe sahip olmayan oluşum, topluluk veya gruplarca açılmış bulunan davaları “*ehliyet yokluğu*” noktasından red ederken; iptal davaları açısından sınırlı da olsa amaçlarını ilgilendiren işlemlerle ilgili ve sınırlı olmak kaydıyla, dava açma hakkı tanımaktadır⁴⁸⁴.

Esas olarak iptal davaları idari bir karara karşı açılmış olan davalar olduklarından idare hukuku öğretisinde davalıyı belirtme durumunun söz konusu olmaması gerektiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır⁴⁸⁵. Bu görüşe göre davanın bu kararı alan yere karşı açılması yeterlidir. Bu durumun idarenin davacı olduğu davalarda da geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin bir kamu kuruluşunun başka bir kamu kuruluşunun kararını iptal ettirmek için iptal davası açması durumunda davalı taraf için tüzel kişilik şartı aranmazken davacı taraf için de ehliyet şartının aranmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Temel olarak iptal davası yönünden tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarının idarenin hukuka uygun hareketini sağlama açısından ana kurala bir istisna olarak kabul etme yönünde görüş ileri sürülmektedir⁴⁸⁶. Benzer yönde bir başka görüşe göre ise ehliyet konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göndermede bulunulmuş olması bu kurallara harfiyen uyulması zorunluluğu doğurmamaktadır. Bu görüşe göre kendilerine göndermede bulunulmuş olsun veya olmasın Medeni Kanun'un konuya ilişkin kurallarının olduğu gibi ve medeni usûl hukukunda uygulandığı haliyle değil idari yargıda görülen uyuşmazlıkların gösterdiği gerekliliklere cevap verecek şekilde anlaşılıp uygulanması gerekmektedir⁴⁸⁷.

Uygulamada idari yargı yerleri de daha baştan itibaren sorunu “*kamu düzeninden*” kabul ederek kendilerini göndermede bulunulan yasal düzenlemelere “*harfiyen*” uyma ve uygulama mecburiyetlerinin olmadığı yönünde

⁴⁸³ Fransız Danıştay'ının uygulaması hakkında bkzn. Tan, s. 999; Kaplan, www.idaare.gen.tr, (24.12.2018),

⁴⁸⁴ Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2008).

⁴⁸⁵ Tan, s. 1000.

⁴⁸⁶ Tan, s. 1000.

⁴⁸⁷ Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2018).

içtihatlar geliştirerek idari yargılama hukukunun özünün gerektirdiği ölçüde farklı uygulamalarda bulunabilme yetkisini kendilerinde görebilmişlerdir⁴⁸⁸.

Benzer şekilde idari yargılama hukukuna kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan idari birimlerin dava açma ehliyetleri hususunda tartışmalı durumlar bulunmaktadır. 1979 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararına göre o tarihte tüzel kişiliğe sahip olmayan Türk Mühendis ve Mimar Odaları'nın⁴⁸⁹ taraf ve dava ehliyetlerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu karardan hareketle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının tüzel kişiliği bulunmayan şubelerinin de dava ehliyeti olduğunu kabul eden kararları bulunmaktadır. Kararın gerekçesi olarak İdari Yargılama Usûlü Kanununun 10. ve 11. maddelerinde yer alan ilgililer ibaresinin gerçek ve tüzel kişilerden daha kapsamlı olduğu bu sebeple ifa ettikleri meslek ve sanat açısından şehirleşme ve dolayısıyla imar faaliyetleriyle çok yakından ilgileri bulunan mimarların oluşturduğu odalar tarafından kurulan ve yürütülen şubelerin de doğrudan dava açabilmeleri gerekliliği gösterilmiştir⁴⁹⁰.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesi tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıf dolayısıyla bir idari davayı açabilmek için öncelikli olarak taraf ehliyetinin yanı sıra dava ehliyetinin de bulunması gerekmektedir. Bu hususa ilişkin özel başka bir düzenleme bulunmadığı sürece tüzel kişiliğe sahip olmayan kuruluşların bir davanın davacısı olması kabul edilmemelidir. Yargılamanın yürütülebilmesi için davacı ve davalı olmak üzere hak ve fiil ehliyetine sahip iki tarafın bulunması gereklidir. Aksi, hukuk düzenince tanınmayan toplulukların taraf olarak kabulü sonucunu doğurur. İdari yargılama hukukunda medeni usûl hukukundan farklı olarak bu durumu oluşturabilecek herhangi farklı bir hukuki düzenleme de bulunmadığından bu gibi durumlarda taraf ve dava ehliyetinin eksik olduğu kabul edilmelidir⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Kaplan, www.idare.gen.tr, (24.12.2018).

⁴⁸⁹ Anayasanın 135. maddesine göre Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kamu tüzel kişiliğine haizdir.

⁴⁹⁰ Danıştay 6. Dairesi'nin 12.3.1997 tarihli E. 1996/1616, K. 1997/1320 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (12.02.1209).

⁴⁹¹ Aynı yönde bkz. Gündüz, s. 69; aksi yönde bkz. Çelikkol, s. 761.

B. Vergi Yargılamasında Dava Ehliyeti

Vergi dairesinin işlemlerinden zarara uğradığını iddia edenler, yetkili mahkemelere başvurarak işlemin iptalini ya da bu sebeple uğradığı zararın giderilmesini talep edebilseler de mahkemeler kendiliğinden bu denetimi yapmazlar. Yargılama faaliyetlerinin başlayabilmesi için bir davacıya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sebeple vergi hukukunda dava ehliyeti, vergi idaresinin de denetlenmesi açısından özel bir önem teşkil etmektedir⁴⁹². Bunun yanı sıra duruma göre vergi dairesi başkanlığı ile vergi dairesi müdürlüğüne ek olarak il özel idareleri ve belediyeler de dava açabilmektedir ancak vergi dairesi başkanlıkları ile vergi daireleri Vergi Usûl Kanunu'nun 377. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca belirlenen tutarları aşan davalarda Gelir İdaresi Başkanlığının muvafakatini almadan vergi mahkemesi kararları aleyhine temyiz yoluna gidemeyeceklerdir⁴⁹³.

İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasının mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı yollamanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 44. maddesinin 2. bendi uyarınca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapıldığının kabulü gerektiğinden vergi davalarında da dava ehliyeti belirlenirken temel olarak Türk Medeni Kanunu'nun ehliyetle ilişkin hükümleri esas alınacaktır.

Medeni usûl hukukunda ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların ya da küçüklerin fiil ehliyetlerinin bazı durumlarda var olduğu bunun bir sonucu olarak fiil ehliyetinin var olduğu hallerde dava ehliyetinin de var olduğu kabul edilse de bu durum gerçek kişilerin vergi yargısı karşısındaki durumunda özellik göstermektedir. Çünkü vergi yargılamasında dava ehliyeti açısından dava ehliyetleri sınırlandırılmış bir gruptan bahsedebilmek mümkün değildir. Nitekim bu durum Vergi Usûl Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasında “*Tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan*

⁴⁹²Süleyman Önel, Vergi **Davalarında Dava Ehliyeti**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 207.

⁴⁹³Bazı özel durumlarda belli kuruluşlara da dava açma hakkı tanınmıştır. Emlak vergisiyle ilgili olarak, belirlenen bina metrekare inşaat maliyetlerine karşı Türkiye Ticaret, Deniz Ticaret Odaları ve Türkiye Borsalar Birliği'nin dava açabilme yetkisi (VUK m. 49/a) buna örnek olarak gösterilmektedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 832.

teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Vergi Usûl Kanununa göre küçüklerin ve kısıtlıların mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin dahi kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmışken, bu durumdakilerin kendi adlarına dava açabilme ehliyetlerinin bulunduğunu kabul edilmemektedir⁴⁹⁴. Uygulamada küçüklerin ve kısıtlıların adlarına kanuni temsilcileri tarafından vergi davaları açıldığı görülmektedir. Bu anlamda vergi davaları açısından gerçek kişilerde dava ehliyetinin “*dava ehliyetine sahip gerçek kişiler*” ve “*dava ehliyetine sahip olmayan (ehliyetsiz) gerçek kişiler*” olarak iki başlık altında incelenmesi uygun olacaktır⁴⁹⁵.

Tam ehliyetli kişiler, vergi yargısında da dava ehliyetine sahip kişiler olarak kabul edileceklerdir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler, kısıtlılar ve ayırt etme gücüne sahip olmayanların taraf oldukları hususlara ilişkin olarak vergi yargısı açısından dava açma ehliyetleri mevcut değildir. Bunlar vergi yargısı açısından dava açma ehliyetine sahip olmadıklarından, bunlara ait davalar kanuni temsilcileri ya da kanuni temsilcilerin vekil olarak tayin edeceği avukatlar aracılığı ile açılır⁴⁹⁶.

İdare hukukunda kural olarak henüz tüzel kişilik kazanamamış toplulukların taraf ehliyeti yoktur. Bununla birlikte vergi hukuku açısından konu değerlendirildiğinde özellik gösteren farklı düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. Vergi Usûl Kanunu’nun 9. maddesine göre “*Mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir. Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz*”. Bu hüküm uyarınca tüzel kişiliğe haiz olmayan vakıf, topluluk ve cemaatlerin vergi mükellefi, sorumlusu ve kendilerine ceza kesilen durumunda olmaları ve Vergi Usûl Kanununda belirtilen diğer hallerde vergi davasında taraf ve dava ehliyetlerinin mevcut olduğu görülmektedir. Kişiliği olmayan bu toplulukların temsili açısından ise Vergi Usûl Kanunu’nun 10. maddesinin birinci fıkrası bir düzenleme getirmiştir. Bu hükmeye göre, “*Tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği*

⁴⁹⁴ Önel, s. 90.

⁴⁹⁵ Önel, s. 90

⁴⁹⁶ Önel, s. 91; Turgut Candan, **Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, ss. 11-12; Şükrü Kızılot, Doğan Şenyüz, Metin Taş ve Recai Dönmez, **Vergi Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 240; Yılmaz Özbacı, **Vergi Davaları**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 311.

olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir". Bu durumda tüzel kişiliği bulunmayan topluluk ve cemaatleri açılacak olan davada idare edenler veya varsa bunların temsilcileri temsil edeceklerdir⁴⁹⁷.

Bunun yanı sıra vergi hukukunda kanunlarla tüzel kişiliği olmayan bazı idari birimlere de dava açma yetkisi tanınmıştır. Örneğin; Vergi Usûl Kanunu'nun 377. maddesinin 2. fıkrasına göre vergi dairesi, tadilat ve takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi mahkemesinde dava açabilecektir.

C. Ceza Yargılamasında Ceza Ehliyeti ve Şikâyet Etme Hakkı Bulunanlar

Ceza hukukunda yer alan ceza ehliyeti ve şikâyet etme hakkı medeni usûl hukukunda yer alan dava ehliyetinden çok daha farklı anlamlar ifade etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasına göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Kovuşturma iddianamenin kabulüyle (CMK m. 2) başlayacağından fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış küçükler için ceza kovuşturulması yapılamayacağı için kamu davası da açılmayacak demektir. Her ne kadar kamu davası açılmasa da bu çocuklar için çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine karar verilebilir (ÇKK m. 13/1).

Fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastalığı sebebiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiler hakkında da ceza verilemez ancak bu kişilere ilişkin olarak güvenlik tedbirine hükmolunabilir (TCK m. 32, 57).

Suçların adli makamlarca resen takip edilmesi esas kural, şikâyet üzerine takip edilmesi ise istisnadır. Bu sebeple, suçun şikâyet tabi olduğu kanunda açıkça belirtilmemişle o eylemden zarar gören kişi şikâyetçi değil, ihbar eden muhbir olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde şikâyet hakkı olan kimseler

⁴⁹⁷ Önel, s. 130.

yetkili kimse, suçtan zarar gören kişi olarak belirtilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı doğrudan doğruya dava ve şikâyet hakkına sahiptirler⁴⁹⁸. Kanuni temsilci ancak temsil ettiği kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle onun adına bu hakkı kullanabilir. Temsil yetkisi bulunan bu kişilerin bu konudaki yetkileri, sezgin küçüklerin dava ve şikâyetinde bulunamamaları durumunda onların yerine geçerek çıkarlarını korumaktan ibarettir. Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bununla birlikte Yargıtay Genel Ceza Kurulu suç mağdurunun ayırt etme gücüne sahip olmadığına katılma konusundaki haklarını kanuni temsilcisinin kullanabileceği yönünde karar vermiştir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ “Suçtan zarar gören küçüklerin gerek müdahale yoluyla ve gerek şahsi dava müddeisi sıfatıyla dava ve şikâyet hakkına malik olup olmadığını tayin emrinde Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununda ve Kanunu Madenide mevcut olan ahkam gözden geçirildikte, resen takibine cevaz olan veya Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun 344. maddesinde gösterilen ve takibi şikâyetle bağlı bulunan suçların gayrisinde küçüklerin dava hakkına malik olup olmadıkları hakkında mezkur Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununda bir sarahat mevcut değilse de Kanunu Medeninin 16. maddesinde şahsa merbut olan haklarından dolayı mümeyyiz olan küçüklerin dava hakkına malik bulundukları tasrih edilmek suretiyle suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin kendi kendilerine dava ve şikâyetinde bulunmaları kanunen tecviz edilmiş olmasına ve Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun 344. maddesi hükmünce kanuni mümessillere şahsi dava açmak hakkının verilmesi, doğrudan doğruya suçtan zarar gören ve Kanunu Medeni hükmünce şahsa merbut olan haklarından dolayı dava açmağa filesas salahiyetleri mümeyyiz küçüklerin dava ve şikâyetinde bulunmadıkları takdirde onların yerine kaim olarak menfaatlarını himaye etmekten ibaret bulunmasına nazaran kanuni mümessilinin rızası olsun olmasın mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına malik olduklarına mevcudun üçte ikisinin reyleriyle 15.4.1942 gününde karar verildi.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 15.4.1942 tarihli E. 1940/15, K. 1942/9 sayılı kararı için bkz. resmigazete.gov.tr, (20.12.2019).

⁴⁹⁹ “Katılma konusunda asıl hak sahibi olan kişi suçun mağduru veya suçtan zarar görenin bizzat kendisidir. Fakat bu halde suçun mağduru veya suçtan zarar görenin yaşının küçük ya da malul olması durumunda bu hakkını kullanmasında yani fiil ehliyetinde bir sorun bulunmaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun fiil ehliyetine dair hükümleri gözden geçirildiğinde, şu şekilde hükümler bulunduğu görülmektedir.

1-) Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. (m.14)

2-) Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacaktır. (m.15)

3-) Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Bunun yanında ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar. (m. 16)

Katılmanın niteliği itibarıyla şahsa sıkı surette bağlı haklardan olması ve Türk Medeni Kanunun anılan hükümleri birlikte gözetildiğinde; suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise davaya katılma veya katılmama noktasında iradesine bakılacak kişi mağdurun bizzat kendisi olup, gerek kanuni temsilcisinin gerek baroca görevlendirilen vekilin bu konudaki beyanının bir önemi olmayacaktır. Ancak suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değil ise, katılma ile ilgili kendisinin iradesinin önemi bulunmamaktadır. Böyle bir halde, katılma konusundaki haklarını onun yerine kanuni temsilcisi kullanabilecektir.” YCGK’nun 13.3.2018 tarihli E. 2015/14-136, K. 2018/98 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (25.01.2019).

Koruma tedbirlerinin Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı uygulanması halinde haksız tutuklama, haksız gözaltı, haksız yakalama, haksız el koyma söz konusu olur. Ceza Muhakemesi Kanunu ile güvence altına alınan bazı haklarının suç soruşturması ya da suç kovuşturması sırasında haksız yere ihlal edildiği iddia eden kişiler, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesine göre maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ya da kısıtlılar, tazminat davalarını bu talebin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle kanuni temsilcileri olmadan bizzat açabileceklerdir⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ "Olay ayrıntıları ile ve özetle yukarıda açıklanmıştır. Görülüyor ki burada çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, mümeyyiz küçük olan davacı Kerim'in bizzat veya vekili aracılığı ile 466 sayılı Yasaya göre tazminat davası açmaya ehil olup olmadığının saptanmasından ibarettir.

MK.nun 16. maddesinin ikinci fıkrasında, mümeyyiz küçüklerin ivazsız iktisapta ve münhasıran şahsa bağlı hakları kullanmakta kanuni mümessillerinin rızasına muhtaç bulunmadıkları öngörülmüştür. Ancak, kendilerini borç altına sokan, başka bir deyişle mükellefiyet yükleyen hukuki muameleleri yapabilmeleri için kanuni mümessillerinin rızası gerektir. MK.nun 16. maddesi ile güdülen amaç mümeyyiz küçük ve mahcurların korunmasından ibarettir.

Bunun doğal sonucu, mümeyyiz küçüklerin münhasıran şahsa bağlı hakları ile ilgili davalarda dava ehliyetini haiz olmalarıdır. Bizzat veya tayin edeceği bir vekil vasıtası ile böyle bir davayı açmak, takip etmek ve usul işlemlerini yapmak ehliyetine sahiptirler. İçtihat ve doktrinde bu kural benimsenmiştir. Nitekim; 15.4. 1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, kanuni mümessillerin rızası olsun veya olmasın mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarından dolayı dava ve şikayet hakkına sahip bulundukları açıkça izah ve kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü bu yoldadır. Ceza Genel Kurulu'nun 18. 12. 1967 gün, 416/371 sayılı ve 15.2. 1971 gün, 43/50 sayılı kararları da örnek olarak gösterilebilir. "şahsi menfaatlere vaki tecavüzün tesbit ve men'i ve manevi tazminat davalarını açmak hakkı, reşit olmayan mağdura ait olup, bunun için bir avukat dahi tutabilir", "... ezcümle, masum olduğu halde tevkif edilmiş olan ve devletin tazminat vermekle mükellef olduğunu dermeyer eden kimseye, tazminat hakkının bahşedilmesinde olduğu gibi" (A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Çeviren : V. Çernis, Sahife : 199 ve 202, Ankara - 1947) Aynı şekilde "bütün hukuki muameleler gibi vekalet dahi temsil kudreti veren kimsenin ehliyetine lüzum gösterir. İş bu kimse ancak mahdud bir ehliyetle malik ise, kanuni mümessilin rızası lazımdır, meğer ki temsil edilen kimse bahis mevzuu muameleyi yapmak hakkını haiz olsun" (Von Tuhr. Borçlar hukukunun Umumi kısmı, Çeviren : C. Edege, Cilt 1, Sahife : 345, İstanbul - 1952).Anayasa'nın "Kişinin hakları ve ödevleri" başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan 14 ve 30. maddelerinde kişi dokunulmazlığını, kişi güvenliği, kişinin hangi hallerde tutuklanabileceği veya yakalanabileceği, bu konuda yapılacak işlemler ayrıntılı bir biçimde belirtilmiş; 30. maddenin son fıkrasında da, bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararların kanuna göre Devletçe ödeneceği hüküm altına alınmıştır. "Temel hak ve hürriyetlerin en başında geleni, bir şahsın kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve fizik hürriyetidir. Can emniyeti ve vücut bütünlüğünün masun olması bütün hürriyetlerin ilk şartıdır... Tevkif ve yakalama ile ilgili 30. madde hükümleri dahi şahıs hürriyetini sağlayan garantilerdendir. (Anayasa, madde - 14 gerekçesi), Anayasa'nın haksız tutuklamadan ve bundan doğan tazminat hakkının nitelik ve kapsamından ne anladığı kuşkuyla yer vermeyecek bir biçimde açıkça görülmektedir. Bunun ilk sonucu, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak belirlendiği biçimindedir. Anayasa'nın bu buyruğu uyarınca kabul edilen 466 sayılı Yasa, Yasa Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesini öngörmekte ve Yasanın 1. maddesinin 6. bendinde kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra beraatine karar verilen kimselerin durumunu kanun dışı tutuklama olarak öngörmüş bulunmaktadır. Haksız yere tutuklandığı anlaşılan kişinin zarara uğradığında kuşku yoktur. Kişi bundan dolayı uğradığı hertürlü zararının ödenmesini talep edebilir.

O halde, mümeyyiz küçük davacı Kerim; münhasıran şahsa bağlı bir hak niteliğindeki, haksız yere tutuklanmasından dolayı uğradığı her türlü zararının ödenmesi isteği ile bizzat veya vekili vasıtası ile

Tüzel kişiler için ise soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçun mağduru olan tüzel kişi adına tüzel kişiyi temsile yetkili organ kullanacaktır. Bu organ aynı zamanda vazgeçme yetkisine de sahiptir⁵⁰¹.

D. Anayasa Mahkemesine Başvuru Ehliyeti

Anayasa'nın 148. maddesinin 2. fıkrasına ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre kamu gücünün bir işlemi nedeniyle Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden herkes bireysel başvuru hakkına sahip kılınmıştır. Burada Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde mahkûm olma ihtimalini en aza indirme amaçlı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmadan önce son başvurulacak bir imkân olarak ifade edilebilir⁵⁰². Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru klasik anlamda bir dava olarak nitelendirilemeyeceğinden terimsel olarak davacıdan ya da davalıdan söz edilemez⁵⁰³. Kanunda kamu gücü işlemi ya da eylemi nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişi için başvuru terimi kullanılmıştır. Bu kavramın yerine şikâyetinde bulunan, davacı, ilgili terimlerinin kullanılması doğru olmayacaktır.

Anayasa'nın 148. maddesinde herkes şeklinde çok geniş bir biçimde ifade edilen başvuru kavramı 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde somutlaştırılmıştır. Buna göre, bireysel başvuru, ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilecektir. Kamu tüzel kişileri, bireysel başvuru yoluna gidemezken özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzelkişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Yabancılar içinse bireysel başvuru sadece Türk

dava açmak, takip etmek ve usûl işlemlerini yapmak ehliyetine sahiptir” Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7.5.1979 tarihli E. 1979/1-122, K. 1979/203 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.10.2019).

⁵⁰¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, s. 2016, s. 90.

⁵⁰² Akkan, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2852.

⁵⁰³ Hüseyin Ekinci, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi**, s. 181. Aksi yönde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda taraf ve dava ehliyeti kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. Berkan Hamdemir, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2108, s. 235.

vatandaşlarına tanınan haklar haricinde tanınmıştır (6216 s. K. m. 46/3). Bireysel başvuru bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir (İçtüzük m. 61/1).

6216 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru prosedüründe dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin başvuru hakkını nasıl kullanacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir⁵⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından hazırlanan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kabul edilebilirlik kriterleri rehberinde “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 10. maddesinde, genel olarak, fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak ve ergin olmanın yanında, aynı zamanda ilgili kişinin kısıtlı da olmaması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Ancak gerçek kişilerden, dava veya taraf ehliyeti bulunmasa dahi velayet veya kısıtlılık altında bulunan küçükler, akıl hastası, mahcur, engelli ve mahkûmların da Anayasa Mahkemesine bizzat bireysel başvuruda bulunma hakları bulunmaktadır.” denilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi başvuru kriterleri arasında taraf ve dava ehliyetini kabul edilebilirlik şartı olarak aramamaktadır⁵⁰⁵.

Anayasa mahkemesinin bir kararında ihlal esnasında küçük olup sonradan fiil ehliyetini kazanan kişilerin başvuru ehliyeti (B. No: 2014/7115, 22.9.2016)⁵⁰⁶ tartışılmıştır. Gazetede yayınlanan bir haber nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasıyla başvuru anne ve baba kendileri adına asaleten, kızları adına velayeten ilk derece mahkemesinde manevi tazminat davası açmışlardır.

⁵⁰⁴ Öğretide bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunda dava ehliyetine sahip olmayanlar, kanuni temsilcileri vasıtasıyla bireysel başvuru yoluna gidebilirler. Bu hususta bkzn. Akkan, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2854; Ramazan Korkmaz, **Medeni Usûl Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 96.

⁵⁰⁵ Muharrem İlhan Koç ve Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 126. Doktrinde Hamdemir öncelikli olarak dava ehliyeti meselesinin Medeni kanun hükümlerini esas alarak çözüme kavuşturulacak olursa tam ehliyetsizler adına hukuki işlemleri ancak kanuni temsilcilerinin yapabileceğini dolayısıyla bunların dava ehliyetlerinin olmadığını, diğer ehliyet gruplarının da Medeni Kanun’a göre işlem yetenekleri doğrultusunda dava ehliyetine sahip olmaları gerektiğini belirtmiştir. Devamında ise dava ehliyeti olmayanların Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmenin bazı sorunlara yok açabileceğini belirtmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte haklar olması sebebiyle bu hakların ihlal edilmesi durumunda hakın süjesinin bizzat başvuruda bulunabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini sonuç olarak ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin dava ehliyeti ve taraf ehliyeti arasında bir fark gözetmeyen, hak süjesine o hakla ilgili dava açma hakkı da tanıyan içtihatlarını benimseyerek hak süjesine o hakla ilgili dava açma hakkı da tanıyan içtihatlar doğrultusunda; Medeni Kanun’daki veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki hükümleri bireysel başvuru kurumunun niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulama çözüm yolunu önermiştir. Bu hususta bkzn. Hamdemir, ss. 235-238.

⁵⁰⁶ Karar için bkzn. www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, (15.01.2019).

Başvurucuların kızı, ilk derece mahkemesi yargılaması devam ederken erginliğe erişip dava ehliyetine kavuşmuştur. Yargılamanın sonraki aşamalarında davacı sıfatıyla yer almıştır. Anayasa Mahkemesi, kamu gücü tarafından hakkı ihlal edilen kişinin dava ehliyeti bulunan reşit bir kişi olması durumunda bu kişi adına bir başkası tarafından bireysel başvuru yapma imkânı bulunmadığını belirtmiştir. Başvuru, anayasal hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı yönünden başvuru yapanın mağdur sıfatı taşımadıkları ve de kızlarının bireysel başvurunun yapıldığı tarihten önce reşit olması sebebiyle başvuru yapanın kanuni temsil haklarının sona ermiş olması sebebiyle velayeten yapılan başvuru kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilmiştir⁵⁰⁷. Buradan başvuru tarihi esnasında dolaylı mağdur da olsa dava ehliyetine sahip bir kişi için Anayasa Mahkemesine başvuru yapma imkânının olmadığı görülmektedir. İlgili kararlarda medeni yargılama usûlünde olduğu üzere ehliyetli kişi adına açılan davalarda ehliyetli kişinin onayını arama yoluna gidilmediği görülmektedir.

Kısıtlıların hükümlüler, haklarında uygulanan yargısal bir karardan kaynaklanan şikâyetlerin yanında, cezaevi koşulları ve burada kendilerine verilen hizmetlerin yetersizliğinden dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'nın

⁵⁰⁷Benzer yönde bir karar reşit olan oğluna yapılan ihlal hakkında başvuruda bulunan baba hakkında verilmiştir. “60. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla medeni haklara sahip gerçek ve tüzel kişiler bireysel başvuru yönünden dava ehliyetine sahiptir (Büğdüz Köyü Muhtarlığı, B. No: 2012/22, 25/12/2012, § 24).

Bireysel başvuru bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir (İçtüzük m. 61/1). Kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan işlem veya eylem, mağdurla yakın ilişkisi olan başka kişileri de dolaylı olarak etkileyebilir. Ancak dava ehliyeti bulunan reşit bir kişinin olması durumunda bu kişi adına dolaylı mağdur da olsa bir başkası tarafından bireysel başvuru yapma imkânı bulunmamaktadır (Sabriye Yürekli ve diğerleri, B. No: 2014/7115, 22/9/2016, § 35).

Başvuru konusu olayda ise başvuru B. T. Yıldırım'a karşı işlendiği iddia edilen kasten yaralama, eziyet, işkence, görevi kötüye kullanma ve asta karşı yaralama eylemlerinden kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi ve buna yapılan itirazın reddedilmesi nedeniyle anayasal hakların ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Başvuru formunda, oğlunun yaşadığı olayların ikinci başvuru yapanın kendisinde her ebeveynin yaşadığı ıstıraptan öte ilave ne tür bir mağduriyet oluşturduğu noktasında özellik gösteren bir açıklama mevcut değildir.

Diğer başvuru babası olan başvuru H. Y.'in -kişisel haklarıyla ilgisi olmayan başvuru konusu iddiaların mağduru olmadığından- bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır. Zira başvuru B. T. Yıldırım 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca başvuru anında ergin olup fiil ehliyetine sahiptir. Bu nedenle yasal temsilci sıfatı da bulunmayan başvuru H. Yıldırım, başvuru ehliyetini haiz değildir.

Açıklanan gerekçelerle bu başvuru bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Karar için bkz. www.kazanci.com, (15.01.2019).

ortak koruma alanında kalan haklarının ihlalinin başvuru ehliyetlerinin olduğu kabul edilmiştir⁵⁰⁸. Benzer şekilde hükümlülerin yabancı dil sınavına ve yükseköğretime geçiş sınavına katılamamaları nedeniyle eğitim hakkının ihlal edildiği iddiası ile bizzat bireysel başvuru yoluna başvurabilecekleri kabul edilmiştir. Başka bir örnekte ise tam yargı davası esnasında mahkûmiyet sebebi ile kısıtlı hale gelen başvuru alanının atanmış vasisinin davaya icazet vermemesi sebebiyle davanın ehliyet yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvurusunda, kısıtlının dava ehliyeti bakımından uygulanan sınırlandırmaların adil yargılanma hakkı kapsamında bir ihlale sebebiyet vermediği yönünde karar verse de kısıtlının Anayasa Mahkemesine başvuru ehliyetinin olduğunu kabul edip esasa ilişkin incelemeye girişmiştir⁵⁰⁹.

Özel hukuk tüzel kişilerinin başvurularını, kendilerini temsile yetkili kişi veya kişiler ya da bunların yetkilendirdiği avukatları aracılığıyla yapmaları gereklidir⁵¹⁰. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkların, hak ve borçlarının ortaklara ait olduğu kabul edildiğinden, bireysel başvurunun ortaklık tarafından değil, ortaklar tarafından yapılması gerekir⁵¹¹. Biz bu değerlendirmeye katılmakla beraber Anayasa Mahkemesi'nin izlediği yöntemle katılmamaktayız. Aynı kitapçıkta bu bağlamda,

⁵⁰⁸ Mehmet Ali Oyunlu, AYM, Başvuru No: 2014/166, 9.6.2016. Verilen kararda bu hususa ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamasına rağmen bu sonuç başvurunun kişi yönünden reddedilmeyip işin esasına ilişkin incelemeye geçilmesi hususundan anlaşılabilmektedir. Karar için bkz. Koç ve Kaplan s. 127.

⁵⁰⁹ Ancak karşı oy yazısında “Kanaatimce, başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermeden önce, başvuru alanının başvuru ehliyeti açısından durumunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Tıpkı dava ehliyeti gibi, başvuru ehliyeti de bir kabul edilebilirlik şartı olup, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, diğer kabul edilebilirlik şartları gibi Anayasa Mahkemesince re'sen incelenmelidir.” şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür. AYM, Başvuru No: 2013, 13.04.2016. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 7. fıkrasında “*Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usûl kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır*” hükmü bulunmaktadır. Buna göre, bireysel başvuru ehliyeti açısından ilgili usûl kanunu'nun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) olduğu açıktır.” Gereğesiyle Başvuru alanının, vasisinin iznine tabi bir davanın ehliyet yokluğu nedeniyle reddedilmesinden dolayı bireysel başvuruda bulunabilmesi için de yine vasisinin izninin alınması gerektiği ve bu durumun, bir başvuru ehliyeti olarak, kabul edilebilirlik aşamasında incelenip eksikliği giderilmezse, başvurunun kabul edilmezliğine karar verilmesi gerektiği yönünde düşünce belirtilmiştir.

⁵¹⁰ Anayasa Mahkemesi, başvuru Kaçkar Çay San. ve Tic. A.Ş.'yi temsile yetkili kişi veya kişileri gösteren imza sirküleri ve eklerinin incelenmesinden, yönetim kurulunun 27/5/2013 tarihli kararıyla, Şirketi temsile S. K. isimli kişinin seçildiğini ve bu kararın Çayeli Ticaret Sicil Memurluğuna aynı tarihte tescil ettirildiğini, ayrıca adı geçen kişinin 9/5/2013 tarihinden itibaren üç yıl süresince münferiden atacağı imza ile her hususta ve her alanda Şirketi temsil ve ilzama yetkili kılındığını tespit ederek, başvurunun Şirketi temsile yetkili kişi tarafından yapılmadığı gerekçesiyle “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. AYM, Başvuru No: 2014/2937, 21.7.2011.

⁵¹¹ Bu hususta bkz. Koç ve Kaplan, s. 128.

Anayasa'nın ve 6216 sayılı Kanun'un hükümlerinin, Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'in içtihadıyla sıkı bir bağı bulunduğu belirtilmiştir. Sözleşme ile 6216 sayılı Kanun'un organik bağının ilk görünümü, bireysel başvuru ehliyeti açısından özel bir önemi bulunan “mağdur” kavramının, 6216 sayılı Kanun'da açıkça anılmamış olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi içtihadı ile Sözleşme'nin 34. maddesi ve AİHM içtihadı paralelinde yorumlanarak, iç hukukumuzda aktarılmasıdır⁵¹² şeklinde ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda başvuru ehliyetinin tüm gerçek kişilere tanındığı kabul edilirken, kişi toplulukları açısından dar bir değerlendirmeye ne suretle gidildiğine ilişkin herhangi bir gerekçelendirme yapılmamıştır. Kanımızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bir hak ihlaline uğradığını ileri süren toplulukların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde topluluğu oluşturan kişileri belirtme koşuluyla temsilcisi olarak tespit edilebilecek kişiler aracılığı ile Anayasa Mahkemesine topluluk adına başvuru ehliyetlerinin olduğu kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesi, tüzel kişilik olmamasına rağmen bir kararında⁵¹³ site yönetimini özel hukuk tüzel kişiliği olarak kabul etmiş ve site yönetiminin başkanını temsile yetkili olarak başvuruya ehliyetli kabul etmiştir⁵¹⁴. Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunan tüzel kişilerin tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin bilgilerinin başvuru formunda yer alması gerekmektedir.

Bireysel başvuru usûlünü düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrasında, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacakları hüküm

⁵¹² Bu bağlamda, Anayasa'nın ve 6216 sayılı Kanun'un hükümlerinin, Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'in içtihadıyla sıkı bir bağı bulunmaktadır. Sözleşme ile 6216 sayılı Kanun'un organik bağının ilk görünümü, bireysel başvuru ehliyeti açısından özel bir önemi bulunan “mağdur” kavramının, 6216 sayılı Kanun'da açıkça anılmamış olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi içtihadı ile Sözleşme'nin 34. maddesi ve AİHM içtihadı paralelinde yorumlanarak, iç hukukumuzda aktarılmasıdır. Koç ve Kaplan, s. 125.

⁵¹³ “Başvurucu Acarkent Site Yönetimi, bir özel hukuk tüzelkişisidir. Başvuru, başvuru Acarkent Site Yönetimi'ni temsile yetkili başkanı Fikret MADRALI adına başvuru vekili tarafından yapılmıştır. Başvuru konusunun başvuru Acarkent Site Yönetimi'ne ödenmesi gereken aidatların tahsili amacıyla açılan davada verilen karara ilişkin şikayetler olduğu anlaşıldığından, başvuru özel hukuk tüzel kişisinin güncel ve kişisel bir hakkını doğrudan ilgilendiren başvurunun Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda kişi yönünden yetkisi kapsamında olduğu görülmüştür.” AYM, Başvuru No: B. No: 2013/834, 18.9.2014. Karar için bkz. Koç ve Kaplan, s. 130.

⁵¹⁴ Aynı yönde Hamdemir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde tüzel kişiliği olmayan kişi gruplarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabileceğinin düzenlendiğini ve Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ilk fıkrası ile 46. maddesinin 2. fıkrasının bir arada değerlendirildiğinde Türk hukuku açısından da buna bir engel olmadığı bu sebeple tüzel kişiliği olmayan kişi gruplarının Anayasa Mahkemesine bireysel başvurabileceğini belirtmiştir. Bu hususta bkz. Hamdemir, s. 239.

altına almıştır. Aslında kamu hukuku tüzel kişileri ya da kamusal yetkileri kullanan tüzel kişilerin başvuru olamamasının temelinde bireysel başvurunun kamusal organların kamusal tasarruflarına yönelik olması yatmaktadır⁵¹⁵. Kamusal yetkileri kullanan kurum ve kuruluşlar Devlet sistemi içine dâhil olduklarından, bunların başvuru olarak kabulleri Devletin kendini dava etmesi gibi garip bir durumu ortaya çıkarır. Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hususta verdiği kararlarla benzer şekilde tüzel kişiliği son bulan özel hukuk tüzel kişiliklerinin, tüzel kişiliği temsile yetkili organlarının tüzel kişilik sona erdikten sonra da tüzel kişiliğe ilişkin davalarda dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁶.

E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yapma Ehliyeti

İnsan hakları ve temel hakların her bir somut olayda ulusal hukuki korumanın yanı sıra, uluslararası bir hukuki çare ile de korunması öngörülmüştür. Bu başvuru, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayanarak yapılabilmekte ve bu madde kapsamında yargılamadaki birçok temel hak insan hakkı olarak kabul edilmektedir⁵¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre *“Bu sözleşme veya protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir”*. Bu hükme göre bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikli olarak başvuru kategorilerinden biri içinde olmak ve Sözleşmenin tanıdığı haklardan birinin ihlali ile ilgili mağdur olmak gerekmektedir.

Belli bir kişi veya kişi grubuna aidiyet bireysel başvuruda mağdur olarak görülmenin birinci şartıdır⁵¹⁸. Öncelikli olarak gerçek kişiler, bireysel başvuruda bulunabilecek kişilerin başında gelmektedir. Gerçek kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilmeleri için iç hukuk kurallarına göre

⁵¹⁵ Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı, Ankara, 2018, s. 17.

⁵¹⁶ Hamdemir, s. 239

⁵¹⁷ Akkan, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2852.

⁵¹⁸ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Katıman, s. 130 vd.

dava ehliyetine sahip olmaları şartı aranmamaktadır⁵¹⁹. Bunun temel sebebi Sözleşme'nin başvuru için dava ehliyetine ilişkin herhangi bir şart getirmemiş olmasıdır. İç hukukta usûlî işlemleri gerçekleştirebilmek için temsilciye ihtiyaç duyan gerçek kişiler bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir. Burada yaş, ayırt etme gücü gibi kavramlar özellik göstermemektedir. Başvurucunun fiil ehliyetinin kapsamına bakılmaz. Başka bir ifade ile bu kapsamda küçükler, özürllüler, özgürlüğünden yoksun kişiler, hatta akıl hastaları bile mahkemeye başvuruda bulunabilirler⁵²⁰.

Gerçek kişiler başvuruyu bizzat yapabilecekleri gibi bir temsilci aracılığı ile de gerçekleştirebilirler. Bir kimsenin Sözleşme organları önünde bir kişiyi temsil edebilmesi için temsilcinin asıl başvurunu temsil yetkisine sahip olması ve bunu belgelendirmesi gerekir⁵²¹. Gerçek kişilerin temsili açısından uluslararası bireysel başvuru yolu içerisinde kanuni temsil ile ulusal hukuktaki kanuni temsilin benzerlik teşkil ettiği söylenebilir. İç hukukta temsil yetkisine sahip olan kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde de kişiler adına bireysel başvuruda bulunabileceği kabul edilmektedir⁵²². Birleşmiş Milletler İnsan Haklar Tüzüğü'nün "*Başvuranların Temsili*" üst başlıklı 36. maddesine göre "*Kişiler, sivil toplum örgütleri veya kişi grupları, Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca başvurularını, başlangıçta bizzat kendileri veya bir temsilci aracılığıyla yapabilirler*". Örneğin iç hukuka göre velayet hakkına sahip ana babanın, vasinin ya da kayyımın hak ihlaline uğrayan kişi adına başvuru işlemlerini yürütebilecektir ancak temsil yetkisi bu kişiler ile sınırlı değildir. Yasal hakları çiğnenmiş küçükler açısından kanuni temsilcileri olarak ebeveynleri haricindeki kişilerin de bireysel başvuru yapabileceği ileri sürülmektedir⁵²³.

⁵¹⁹ Mustafa Baysal, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı*", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C. 5, Sayı 5, Şubat 2015, s. 196; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004, s. 58.

⁵²⁰ Baysal, s. 196; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, ss. 58-59.

⁵²¹ Baysal, s. 196.

⁵²² Katıman, s. 253 karar için bknz. s. 257.

⁵²³ Temsile ilişkin durumların çok sert bir şekilde uygulanmadığına dair bir çok örnek bulunmaktadır. Örneğin Lybuov Kovaleva et Tatyana Kozyar/ Beyaz Rusya kararında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi İç Tüzüğü gereğince başvurucunun bizzat başvurucular ve başvurucunun temsilcisi tarafından yapılması gerektiği belirtilse de başvuruyu yapmakta bir imkânsızlık, yetkisizlik hali var ise başvurucu adına başvurucuya yakın akraba olan bir kişi tarafından yapılmış olan başvurunun kabul edilmesi gerektiği hususu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra bir başka kişi adına başvuruda bulunma özellikle, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış haklardan biri ihlal edilmiş olan kişinin ölmesi durumunda da gündeme gelmektedir. Doğrudan mağdurun bireysel başvuruda bulunamadan ölmesi

Mahkemece izin verilmesi, mağdur kavramının otonom biçimde yorumlanıp uygulanması ilkesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmede geçen terimler, özerk kavramlar olup, Mahkeme, bunların iç hukuk sistemlerindeki belirli durumlara uyarlanmasını değerlendirmede serbesttir⁵²⁴.

Bunun yanı sıra sözleşmede tüzel kişi kavramı sözleşmenin 34. maddesinde yer almamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içerisinde kişi gruplarının başvuru sınıflarına sahip olabilmeleri için hükümet dışı kuruluşlar olması gerekmektedir⁵²⁵. Yüksek sözleşmeciler, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler düzenlemesi ile kişi gruplarının Mahkeme önünde başvuru yapma ehliyetlerinin bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Bu durum tüzel kişiliği olmayan kişi grupları açısından farklılık göstermektedir. Hukukumuzda her ne kadar yargı kararları ile bazı esneklikler sağlansa da tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların taraf ehliyetinin ve bunun doğal bir sonucu olarak dava ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin adi ortaklık gibi tüzel kişiliğe sahip olmayan toplulukların davada taraf ehliyeti grubu oluşturan gerçek kişiler yönünden değerlendirilir ve dava arkadaşlığı yolu ile taraf teşkili sağlanır. Ancak bu temel kural uluslararası hukuk yönünden farklı bir şekilde işlemektedir.

Burada anlaşılması gereken kişi grubundan kasıt ne olmalıdır? Gerçek kişilerin bir başvuru formu altına imza atmaları halinde bir kişi grubu oluşmuş olacaktır. Aynı şey birden çok hükümet dışı kuruluşun kanuni temsilcilerinin bir grup oluşturmak suretiyle başvuru yapmaları halinde de söz konusu olabilir⁵²⁶. Gerçek kişi ya da hükümet dışı kuruluşların başvuru yapmak üzere birine yetki vermeleri halinde de temsilcinin temsil ettiği grup bir kişi grubu sayılacaktır. Böyle bir durumda da sonuçta başvuranlar, gruptaki kişiler olmakla birlikte onları bireysel başvuruda

durumunda ise başvurunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 34 kapsamı içinde, locus standi kabul edilebilirlik ölçütünü sağlamadığı tespiti yapılan kararlar da bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Katıman, ss. 253-257.

⁵²⁴Karen Reid, **Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2014, ss. 61-62; Baysal, s. 196.

⁵²⁵ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Times Newspapers Ltd başvurusunda ulusal hukuka uygun olarak kurulmuş olup hukuk kişiliği olan, bir tüzel kişi olarak sınırlı sorumlu bulunan bir limited şirketin sözleşmenin o dönem için 25. maddesinde (yürürlükteki sözleşme için 34. madde) sayılan kişilerden olup hükümet dışı kuruluş arasında yer aldığı belirtilmiştir. Hükümet dışı kuruluş ifadesinden hareketle özel hukuk tüzel kişisi olan şirketler de başvuru sınıflarına sahiptir. Bu hususta bkz. Katıman, s. 132.

⁵²⁶ Baysal, s. 202.

temsil, yetki verdikleri temsilci tarafından yerine getirilir⁵²⁷. Başka bir deyişle uluslararası bireysel başvuru yolu içerisinde mağdur kimliği, mutlaka ulusal hukuk tarafından tanınmış hukuki kişiler üzerinden oluşturulmamıştır⁵²⁸. Eğer bir özel hukuk kişisi olmamasına rağmen bir grup kişi bir arada hareket ediyorsa bu örgütlenme hangi yapı altında olursa olsun başvuru örgütün veya hareketin yetkilileri tarafından grup adına yapılabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu grupların başvuru olabileceğini hüküm altına almışsa da bu örgütlenmenin içerisinde kimlerin olduğunun tespitini şart koşturmuştur. Bu kişilerin tek tek kimliklerinin bildirilerek tespit edilebiliyor olması başvurunun kabul edilebilmesi için bir şartı olarak öngörülmüştür⁵²⁹. Örneğin tüzel kişiliği olmayan bir adi ortaklığı ele aldığımızda Sözleşmede korunan bir hakkın ihlalden başvuru olmak isteyen adi ortaklık, bunu kendi adına gerçekleştirebilecektir. Ulusal hukukumuzda olduğu gibi her ortağın yargılamaya başvurma şartı yoktur. Tüzel kişiliği olmayan bu ortaklık, başvuru sıfatına haiz olabilecektir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşmiş olan içtihatlarına göre bu gruba yani adi ortaklıkta ortak sıfatına sahip kişilerin tek tek belirlenebiliyor olması gerekmektedir.

Ortaya çıkabilecek bir başka problem özellikle medeni usûl hukukundaki dava ehliyeti ve ehliyetsiz kişilerin temsili durumuna benzer bir durumun tüzel kişiliğe sahip olmayan bu grupların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılaması kapsamında kendisini nasıl göstereceği üzerine olacaktır. Tüzel kişilerin yargılamada temsili, temsile yetkili organları tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak hukuken tanınmış belirli bir temsil organına sahip olmayan bu grupları temsile yetkili kimselerin belirlenmesi uyuşmazlıklara yol açabilir. Örneğin, Yehova Şahitleri Hareketi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesine ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesine ilişkin ihlaller hakkında başvuru yapan üç başvuruçunun temsil yetkisine haiz olmadığı kabul edilmiştir. Bunun temel sebebi olarak da bu üç kişinin her ne kadar bu hareket içerisinde sorumlulukları olan kişiler olsalar da doğrudan hareketin yönetici

⁵²⁷ Baysal, s. 202.

⁵²⁸ Her ne kadar böyle bir zorunluluk olmasa da iç hukukta taraf ehliyetine sahip olma Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki sonuca etkin olacak kesin bir unsur olmasa da Mahkeme tarafından dikkate alınmaktadır. Bu hususta bkz. Katıman, s. 267.

⁵²⁹ Katıman, s. 140.

kadrosuna sahip olmaması gösterilmiştir⁵³⁰. Burada başvuruda bulunan her grubun organizasyon yapısı ve grup içerisindeki dinamiklerinin göz önünde tutulması gereklidir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun⁵³¹ da kişi gruplarının temsiline ilişkin bir kararı bu durum göz önüne alınarak temsil açısından değerlendirilebilir. Times newspaper Ltd. The Sunday Times, Harold Evans/Birleşik Krallık kararında komisyon grubu oluşturan kişilerin tespit edilebiliyor olması şartının sağlanması durumunda düşünce özgürlüğü ihlali mağduru gazeteciler adına bu gazetecilerden biri olan başvurucunun temsil yetkisine sahip olduğu yönünde karar vermiştir⁵³². İlk karardan farklı olarak burada karşımıza çıkan organizasyonda kişi grubunu oluşturan bireylerin eşit özelliklere sahip olduğu herhangi bir örgütlenme yapısının bulunmadığı göz önüne alınırsa Komisyonun grubu oluşturan üyelerden birinin başvurabileceği kabul edilmiştir.

Tüzel kişilerin bireysel başvuru ehliyetlerini yetkili organları ve kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanacağı genel kural olarak kabul edilmiştir. Bu genel kurala istisna oluşturan bazı durumlar da bulunmaktadır. Bu duruma örnek olarak tüzel kişiliğin yetkili organları aracılığı ile bireysel başvuru yapılmasının imkânsız olması hali verilebilir. Ancak bu durumun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ispatı şarttır⁵³³. Benzer şekilde şirketin tüzel kişiliği ilgilendiren bir bireysel başvuruda temsildeki genel kurala istisna oluşturabilmek amacıyla öne sürülen tüzelkişilik perdesinin kaldırılması yönündeki iddialar her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul görmese de şirketin başvuru ehliyetinin şirket yetkili

⁵³⁰ Katıman, s. 139.

⁵³¹ “Eski düzenlemede sözleşme ile öngörülen haklardan birinin ihlal edildiği iddiasına dayanılarak bir başvuru yapıldığında, öncelikle Komisyon bu başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı yönünde bir karar vermekteydi. Eğer Komisyon başvurunun kabul edilemez olduğu düşüncesindeyse (AİHS eski madde 27) bunu bağlayıcı ve davayı sona erdiren bir kararla tespit etmekteydi. Diğer denetim organları olan Divan ve Bakanlar Komitesi ancak Komisyonun kabul edilebilir kararı vermiş olması ve Sözleşmenin ihlali hakkında bir rapor düzenlemesinden sonra (AİHS eski m. 31) bu rapor kesin olmadığı gibi, bağlayıcı da değildir. Yalnızca diğer organlardan birinin kesin karar vermesinde hazırlayıcı bir rol almaktaydı. Komisyon kabul edilebilir kararından sonra taraflar arasında dostane bir çözüm, dostça çözüm yoluna (AİHS eski m. 281-b) da gidebilmekteydi. Komisyonun tüm çalışma şekli ve oturumları gizlilik içinde yapılmaktaydı (AİHS eski md. 33). Bu hususta daha fazla bilgi için bknz. Erol Karaaslan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2004, ss. 110-111.

⁵³² Katıman, s. 139.

⁵³³ Katıman, s. 267.

organı ve temsilcisi eliyle kullanımı genel kuralından ayrılma sonucunu yaratabilecek özel veya istisnai bir durum olarak değerlendirilebilir⁵³⁴.

Bunun yanı sıra bir başka önemli nokta da şirketin temsil yoluyla hareket etmesi ile doğan davalarda temsilcinin şahsına bağlı olarak doğmuş davaların birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekliliğidir. Bireysel başvuru esnasında başvuruların temsilci tarafından bir gerçek kişi başvurusu olarak kişinin kendi adına mı yapıldığı yoksa şirketin temsilcisi aracılığıyla şirket adına bir başvuru mu olduğu hususları mağdur statüsünün tespiti ve başvurunun kabul edilebilirliği açısından önemli bir husus teşkil etmektedir⁵³⁵.

⁵³⁴ Katıman, s. 269.

⁵³⁵ Katıman, ss. 268-269.

İKİNCİ BÖLÜM

GERÇEK VE TÜZEL KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ VE DAVADA KANUNİ TEMSİLİ

I. GERÇEK KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ

A. Tam Ehliyetli Kişilerin Dava Ehliyeti

Hak ehliyeti, pasif bir ehliyet iken fiil ehliyeti (*Handlungsfähigkeit, capacité active ya da exercice des droits civils*), aktif bir ehliyettir⁵³⁶. Bu sebeple bu ehliyetin kazanılması için tam ve sağ doğum yeterli olmaz. Türk Medeni Kanunu’nun 10. maddesinde ayırt etme gücüne sahip olan ve ergin olup da kısıtlı olmayan her kişinin fiil ehliyetinin tam olduğu, başka bir deyişle bu kişilerin tam ehliyetli olduğu kabul edilmiştir. Böylece bir kişinin tam ehliyetli olabilmesi için ikisi olumlu, birisi olumsuz olmak üzere üç şart aranır⁵³⁷.

Türk Medeni Kanunu’nun 13. maddesine göre: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*”. Ayırt etme gücü, makul olarak davranabilme yeteneğidir⁵³⁸. Esasında ayırt etme gücü iki unsur içermektedir. Bunlardan ilki belirli bir durumu anlamak ve bu durumu makul değerlendirme yeteneği olan entelektüel unsur, bir diğeri ise olaylara ilişkin toplumda uygulanan değerlerle uyumlu bir irade oluşturabilme yeteneğidir⁵³⁹. Bu, erginliğin aksine göreceli bir kavramdır⁵⁴⁰. Karışık ve güç bir işte karar vermek için aranacak bilinç ile günlük bir ihtiyacın

⁵³⁶ Dural ve Ögüz, s. 48; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 50; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Kişiler), s. 429.

⁵³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 53; Serozan, Kişiler, s. 429.

⁵³⁸ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 7; Serozan, Kişiler, s. 430; Dural ve Ögüz, s. 57; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 88.

⁵³⁹ Herzig, Das Kind, s. 12; Ömer Uğur Gençcan, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu**, 1. Cilt, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015, (TMK), s. 209; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 88; Kılıçoğlu, s. 137.

⁵⁴⁰ Reich, s. 59; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 7; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N. 12; Christophe A. Herzig, **Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren**, Schulthess, Zürich, (Das Kind), 2012, s. 14; Gençcan, TMK, s. 212; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Kılıçoğlu, s. 138.

giderilmesine yönelik bir hukuki fiil için gerekli irade ve bilinç farklı farklı değerlendirilmelidir. Örneğin, bir kişinin kolayca kavranabilecek bir durumda ayırt etme gücüne sahip olduğu ancak daha zor ve karmaşık bir işte ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilebilir⁵⁴¹. Bu sebeple ayırt etme gücüne ilişkin belirli bir yaş sınırı konulmaz. Her zaman somut olay ile belirlenir. Benzer şekilde dava ehliyeti ile ilgili olarak da bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı özel olarak değerlendirilmelidir⁵⁴².

Bir kişinin tam ehliyetli sayılabilmesi için belirli akılsal ve psikolojik olgunluğa sahip olmasının yanı sıra ergin olması da gerekmektedir⁵⁴³. Ergin, kanunun öngördüğü erginlik yaşına erişmiş veya kanunun öngördüğü başka bir yolla ergin durumuna getirilmiş kimsedir⁵⁴⁴. Erginlik üç şekilde kazanılabilir. Bunlardan ilki, Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesine göre on sekiz yaşın doldurulması ile kazanılan normal erginliktir. Bir diğeri ise evliliğdir. Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, evlenmek de kişiyi ergin kılar. Son olarak da Türk Medeni Kanunu'nun 12. maddesi ile bazı şartları sağlaması halinde on sekiz yaşını doldurmamış bir küçüğün mahkeme kararı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiştir. Bu maddeye göre: *“On beş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir”*.

Kısıtlı olmamak ise, tam ehliyetli olarak kabul edilebilmenin olumsuz şartıdır. Ergin bir kimsenin kısıtlanması ancak mahkeme tarafından kısıtlanmasına karar verilmesi ile olur. Türk Medeni Kanunu'nda kısıtlama sebepleri zorunlu kısıtlama sebepleri ve ilgilinin isteğine bağlı olmak üzere iki farklı kategoride düzenlenmiştir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı⁵⁴⁵, savurganlık, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl ya da daha uzun süre

⁵⁴¹ Reich, s. 58-59; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 61, Serozan, Kişiler, ss. 430-431; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Kılıçoğlu, s. 138; Gençcan, TMK, s. 212.

⁵⁴² Herzig, Das Kind, s. 14; Gençcan, TMK, s. 212.

⁵⁴³ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85; Dural ve Ögüz, s. 52; Kılıçoğlu, s. 139; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 66; Helvacı ve Erlüle, s. 66; Serozan, Kişiler, s. 432; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 19; İnan, s. 137.

⁵⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 66; Serozan, Kişiler, s. 432; Dural ve Ögüz, ss. 52-53; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Gençcan, TMK, s. 204.

⁵⁴⁵ Ayırt etme gücünden yoksunluk psikolojik bir kavramdır. Akıl hastalığı ise tıbbi bir kavramdır. Her akıl hastasının akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olduğu söylenemez. Bu anlayışla *“Akıl hastalıklarından birine müptela olan kimse asla evlenemez”* hükmü kanundan çıkarılmıştır. Akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanan bir kimsenin o olayda ayırt etme gücüne uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olup olmadığı konusunda olaya göre uzman bilirkişi raporu alınmalıdır. Bu hususta bkz. Gençcan, TMK, s. 212.

özgürlüğü bağlayıcı ceza zorunlu kısıtlama sebepleri arasında yer almakta iken yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ve ağır hastalık ilgisinin isteğine bağlı kısıtlama sebepleri arasında yer almaktadır (TMK m. 405-408).

Akıl sağlığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanacak kimselerin kısıtlanabilmesi için bu kimseler hakkında resmi sağlık kurulu raporu alınmalıdır. Rapor alınmadan kısıtlama kararı verilemez. Hakim, karar vermeden önce bu kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir (TMK m. 409/II). Kanaatimizce kısıtlama nedeni isteğe bağlı bir neden olsun ya da olmasın, kısıtlanacak kişinin mahkemece önce dinlenilmesi gerekmektedir. O dinlenilmeden herhangi bir kısıtlama kararı verilmemelidir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 409. maddesinin birinci fıkrasında savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya isteği sebebiyle ancak *“kendisinin dinlenilmesinden sonra”* bu kişilerin kısıtlama altına alınabileceği hüküm altına alınmış ise de akıl sağlığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanacak kişi için ise hakim bu kişileri dinleyebileceği belirtilmiş ancak böyle bir zorunluluk getirilmemiştir⁵⁴⁶. Ancak kişinin bu duruma engel bir hali (hastalığının kötüye gitmesi gibi)⁵⁴⁷ olmadığı sürece dinlenilmesinde fayda bulunmaktadır⁵⁴⁸. Böylelikle elde edilen resmi sağlık kurulu raporu değerlendirilerek mahkemece kısıtlamaya konu olan kişiye söz hakkı verilmesi sağlanmış olur. Ayrıca özellikle madde gerekçesinden hareketle uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere esasen akıl hastası ya da akıl zayıfı olmadığı halde yokluklarında kişilerin kısıtlanması yönünde

⁵⁴⁶Hakimin resmi sağlık kurulu raporuna rağmen kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebileceği Türk Kanun'u Medenisinde düzenlenmemiştir. Bu fıkra Kanunun gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: *“Bu fıkraya eklenen yeni bir hükümle hakimin kurul raporuna rağmen, bu rapor göz önünde tutularak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm sayesinde, uygulamada zaman zaman yakınmalara neden olan, kötü niyetli olarak, aslında akıl hastası ya da akıl zayıfı olmadığı hâlde kişilerin gıyaplarında mahkeme kararlarıyla kısıtlanmalarının önüne geçilmek istenmiştir.”*

⁵⁴⁷ Uygulamada her ne kadar istisnai olarak karşılaşılsa da bazı hallerde mahkemece yapılacak dinleme, kişinin sağlık durumunun olumsuz yönde etkilenmesi tehlikesini doğurabilir. Ayrıca akıl hastalığının oldukça ileri boyutta olduğu durumlarda hastayı dinleme imkanı da olmayabilir. Böyle bir durumda hakim, ilgili sağlık raporunda kişi hakkında ileri derecede akıl hastalığı teşhisi konulduğu takdirde doğrudan doğruya bu rapora dayanarak kişinin dinlenmesini faydasız bulabilir. Bu hususta bknz. Açıkgöz, s. 167.

⁵⁴⁸ Açıkgöz, s. 116; Tülay Karakaş, **Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, s. 152.

karar verilmesinin önüne geçilmiş, özellikle kötü niyetli akrabaların ileri sürdüğü iddia ve beyanlara dayanılarak kısıtlanma ihtimali ortadan kalkmış olacaktır⁵⁴⁹.

Kısıtlama kararı kesinleşince hemen ilan edilmelidir. Bu ilan kısıtlanan kişinin hem nüfusa kayıtlı olduğu yerde hem de yerleşim yerinin bulunduğu yerde yapılır (TMK m. 410/I) İlanın yapılmasında, kamu yararı bulunmaktadır, zira bu ilan zorunluluğu günlük hayatta güvence sağlama amacına yöneliktir⁵⁵⁰. Kısıtlama her ne kadar iyiniyetli kişileri ilandan önce etkilemese de (TMK m. 410/II), Kanunda ayırt etme gücüne sahip olmanın sonuçlarına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (TMK m. 410/III).

Kısıtlamanın en önemli sonucu, kısıtlanan kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılma ya da kalkmasıdır. Kişi, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle ayırt etme gücüne sahip değilse kural olarak tam ehliyetsiz olarak kabul edilecektir. Buna karşılık başka bir nedenden kısıtlanması halinde sınırlı ehliyetsiz olacaktır⁵⁵¹.

Kısıtlama kararı geçmişe yürümez ve kesinleşme tarihinden başlayarak sonuçlarını doğurur. Ayrıca üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için ilan da edilmesi gerekmektedir. Ancak kısıtlı akıl hastası ya da akıl zayıfı ise o kişi kısıtlama kararı verilmeden önce de Kanun gereği tam ehliyetsiz sayılacağından henüz kısıtlanmamış olsa da kural olarak hiçbir hukuki işlemi tek başına yapamaz⁵⁵².

Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen ve taraf ehliyetine sahip olan kişiler yargılamanın süjeleri olarak davaya devam edilebilirler; ancak bu kişilerin davada gerekli usûlî işlemleri yapabilmeleri için dava ehliyetlerinin de bulunması şarttır⁵⁵³.

Kısıtlı olmayan ayırt etme gücüne sahip ergin, fiil ehliyetinin içeriğine giren tüm ehliyetlere örneğin hukuki işlem ehliyetine, haksız fiil ehliyetine, dava ehliyetine ve tasarruf ehliyetine sahip olacaklardır⁵⁵⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesine

⁵⁴⁹ Açıkgöz, s. 117.

⁵⁵⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 488; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 364.

⁵⁵¹ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 364.

⁵⁵² Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 364.

⁵⁵³ Umar, Ehliyet, s. 608; Kuru, C. I, s. 1027; Üstündağ, s. 281; Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 588; Budak ve Karaaslan, s. 91; Tanrıver, s. 497 vd.; Erişir, s. 57.

⁵⁵⁴ Kişinin, bir hukuki işlemle, kendisini geçerli olarak hak sahibi yapabilmesi ve borç altına sokabilmesine hukuki işlem ehliyeti ya da kısaca işlem ehliyeti denir. Gerçekte fiil ehliyeti (*Handlungsfähigkeit*) sadece hukuki işlemlerde değil hukuka uygun sonuç doğuracak tüm fiillerde de aranmaktadır. Bazı durumlarda bu terim, anlam yönünden dar kalmaktadır. Bu sebeple yine hukuki işlem ehliyetinin bir türü olarak yapılan işlem sözleşme ise sözleşme ehliyeti (*Vertragsfähigkeit*), yapılan işlem bir tasarruf işlemi ise tasarruf ehliyeti (*Verfügungsfähigkeit*), nihayet yargılamada usûlî

göre fiil ehliyetine sahip kişiler kendi fiilleriyle hak elde edinebilecekleri gibi, borç altına da girebilirler. Fiil ehliyeti, sadece fırsatları değil aynı zamanda riskleri de, başka bir deyişle kişinin kendi eylemlerinden doğan sorumluluğu da beraberinde getirecektir⁵⁵⁵. Böylece, her türlü hukuki işlemi şahsen yapabilecekleri gibi tüm haklarını da doğrudan kullanabilirler⁵⁵⁶. Çekişme halinde bulunan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için bizzat dava açabilecekleri gibi kendilerine karşı açılmış olan davalarda da mahkemede taraf olarak hazır bulunarak medeni usûl hukuku ile ilgili tüm işlemleri bizzat yapabilirler⁵⁵⁷. Bir kimsenin tam ehliyetli olması, yargılama esnasında, kanuni temsile ihtiyaç duymaksızın tüm usûlî işlemleri yapabilmesi ya da kendisine yapılan usûlî işlemleri kabul edebilmesi anlamına gelmektedir⁵⁵⁸. Tam ehliyetli olmayan kimse ise kural olarak dava ehliyetine de sahip olmayacak ve yargılamada kanuni temsilcisi olmadan yer alamayacaktır.

işlemleri yapma ehliyeti söz konusu ise dava ehliyeti (*Prozessfähigkeit*) söz konusu olur. Bu hususta bknz. Dural ve Ögüz, s. 50; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 49; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 303; İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usûl Hukuku Dersleri**, genişletilmiş 4. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1968, s. 175; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2000, s. 282; Serozan, Kişiler, s. 429; Kılıçoğlu, s. 147; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk s. 12; Helvacı ve Erlüle, s. 66; İnan, s. 133; Gençcan, TMK s. 199.

⁵⁵⁵ Kostkiewicz, Wolf, Amstutz ve Fankhauser, s. 197; Oğuzman, Seliçi, ve Oktay Özdemir, s. 79; Dural ve Ögüz, ss. 47-48; Zevkiler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 85; Kılıçoğlu, s. 136, Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 12; Helvacı ve Erlüle, s. 65; İnan, s. 133.

⁵⁵⁶ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 303; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 51; Dural ve Ögüz, s. 50 vd. ; Kılıçoğlu, s. 136; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, Helvacı ve Erlüle, s. 66; s. 12; İnan, s. 133.

⁵⁵⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 303; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 52; Dural ve Ögüz, s. 47; Kılıçoğlu, s. 146; Ansay, s. 109; Umar, Ehliyet, s. 603; Necip Bilge, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965, s. 175; Kuru, C. I., ss. 1027-1028; Üstündağ, s. 282; Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 585; Görgün, s. 130; Tanrıver, s. 496; Budak ve Karaaslan, s. 91; Serdar Kale, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 21; Erişir, s. 58.

⁵⁵⁸ Evlilik birliği içerisinde eşlerin de dava ehliyeti tamdır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabildiği için (TMK m. 193) dava ehliyetine sahiptir. Karı ve koca, evlilik süresi içinde birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı dava açabilirler ve birbirlerine karşı cebri icraya başvurabilirler. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, ve Hanağası, s. 254. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 165. maddesinin ilk fıkrasında eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından dolayı, birbirlerine karşı icra takibinde bulunamayacağı kabul edilmişti. Burada ilgili hüküm eşlerin dava ehliyetine ilişkin değil, yalnız icra ve iflas hukukuna ilişkin takiplere ilişkindi. Eşler arasındaki davalar sonunda verilen ilam evlilik süresince icraya konulamadığından, bu davalarda mahkemece ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı da verilmemekteydi. Bunun yanı sıra Türk Kanunu Medenisi'nin 160. maddesinde her ne kadar evlilik birliği içerisinde kadının dava ehliyetine sahip olduğu hüküm altına alınmış olsa da karının şahsi mallarına ilişkin bir davada kocanın davayı yürüteceği hüküm altına alınmıştı. Bu halde mal birliği rejiminde koca, karının kişisel mallarına ilişkin davalarda dava takip yetkisine sahipti. Ancak Türk Medeni Kanunu ile eşler arasında eşitlik ilkesi kabul edilmiş ve karı koca arasındaki cebri icra yasağı da kaldırılmıştır. Bu hususta daha fazla bilgi için Kuru, C. I, s. 1028, 1156; Umar, Ehliyet, s. 617.

Yargılama esnasında ehliyetsiz kimse, tam ehliyetli hale gelebilir. Böyle bir durumda kanuni temsilcinin temsilcilik görevi sona erer⁵⁵⁹. Artık burada davanın tam ehliyetli hale gelen kimse tarafından bizzat ya da vekâlet verdiği bir avukat tarafından takip edilmesi gerekmektedir⁵⁶⁰. Örneğin, veli sıfatıyla küçük adına dava açan ve yürüten bir kimse, mahkemece karar verildikten sonra küçüğün ergin olması ile kanun yoluna başvuramayacaktır⁵⁶¹. Çünkü tam ehliyetli kişiler aynı zamanda

⁵⁵⁹ “Somut olayda dava her ne kadar küçük adına velayeten annesi ve babası tarafından açılmış ise de; 04.02.1998 doğumlu'nın yargılama sırasında 04.02.2016 tarihinde reşit olduğu re'sen gözetilerek bizzat ya da vekili marifetiyle davada temsili ile taraf teşkilinin sağlanması gerekirken, bu husus gözetilmeksizin velayet hakkı yasa gereği ortadan kalkan dolayısıyla davada taraf ve temsilci sıfatı kalmayan ... ve ... davacı taraf olarak gösterilmek suretiyle taraf teşkili sağlanmadan yargılama yapıp hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.4.2018 tarihli, E. 2016/16940, K. 2018/4355 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (14.08.2019).

⁵⁶⁰ “Hakkındaki dava velisi tarafından takip edilen çocuk dava sırasında ergin olursa velisinin yasal temsilci sıfatı sona erer. Bundan sonra davanın ergin olan çocuk tarafından veya vekalet verdiği bir avukat tarafından takip edilmesi gerekir. Aksi halde velinin yaptığı veya veliye karşı yapılan işlemler geçersiz olur. Ehliyet konusu dava şartlarından olup yargıç tarafından kendiliğinden gözetilir. Davacılar S... D... ergin olduğuna göre davacı anne ve babanın, ergin olan çocuklarını davada temsil etme olanağı kalmamıştır. Dava sırasında ergin olduğu anlaşılan S... D... 'a davetiye çıkarılarak onun da duruşmada bulunması sağlanarak davaya bakılması gerekir.

Ehliyet hususu dava şartlarından olup re'sen aranması gerekir. Mahkemece, dava görüldüğü sırada reşit olduğu anlaşılan S... D... 'a davetiye çıkarılarak onun huzurunda davaya bakılması gerekirken, işin esasına geçilerek davanın sonuçlandırılmış olması isabetsiz görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21.12.2009 tarihli, E. 2009/2852, K. 2009/14473 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (14.08.2019). Kanuni temsilcinin temsil yetkisi, ehliyetsiz kimsenin tam ehliyetli hale gelmesi ile sona erer. Ehliyeti kazanma, yargılamanın her aşamasında söz konusu olabilir. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında farklı sebeplerden kaldırılıp, yerel mahkemeye geri göndermeye ilişkin bir kararında, davanın açılma ve karar tarihinde ergin olmayan çocuğun, Bölge Adliye Mahkemesi'nin kaldırma kararı verdiği tarihte ergin hale geldiğinin göz önünde tutulması gerektiği, yerel mahkemenin artık yargılamaya ergin olarak tam ehliyetli hale gelen kişi eliyle devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir. “Öte yandan dava ve karar tarihinde reşit olmayan 02.03.2000 doğum tarihli K2 adına annesi K3 tarafından velayeten dava açılmış isede, dairemizin kararı kaldırma tarihi itibarı ile adı geçen reşit olmuştur. Bu nedenle bundan sonraki aşamada K2 tarafından asaleten verilen vekâletnamenin ibrazının istenmesi, bu mümkün olmazsa adı geçene duruşma gününün tebliğ edilmesi ve sonucuna göre işlem yapılması gerekmektedir” Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2018 tarihli, E. 2018/8, K. 2018/539 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (14.08.2019).

⁵⁶¹ “Temyiz dilekçesinde N.P. 'nin temyiz eden davalılar arasında adı yazılı ise de, N. P. 'nin A. P. 'ye velayeten davaya katıldığı ancak, davanın devamı sırasında A. P. 'nin reşit olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle N. P. 'nin velayet hakkı sona ermiş olup davada taraf sıfatı kalmamıştır. Hükmü temyiz etmeye de hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenlerle N. P. 'nin temyiz inceleme isteğinin reddine...” Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 16.2.2001 tarihli, E. 2001/677, K. 2001/654 sayılı kararı için bknz. www.kazanci.com, (10.09.2019). Aynı yönde Üstündağ, s. 282. Umar da küçüğün dava esnasında ergin olması durumunda kararın kanuni temsilcisine tebliğ edilmesi ve bu kararın kanuni temsilci tarafından kanun yoluna götürülmesi halinde, bölge adliye mahkemesinin bu usûlsüzlüğü anlayabildiği takdirde başvuranın yetkisizliği nedeniyle bozma başvurusunu işleme koymayı reddetmesi gerektiği ve dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilerek ergin olan çocuğun kendisine tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar küçüğün eski veliye yapılmış olan tebliği öğrenmiş olmasının durumu değiştirmeyeceğini vurgulamıştır. Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinin burada uygulanma imkanı yoktur. Çünkü ilgili madde ancak doğru kişiye ama usûlsüz tebliğ yapıldığı zaman uygulanabilir. Sonradan ergin olan küçüğün kanuni temsilcisine tebliğ yapılması halinde ise

dava ehliyetine sahip oldukları için davada, usûli işlemleri bizzat ya da yetkili kıldıkları kimseler aracılığı ile yapmalıdır⁵⁶². Bazı hallerde, tam ehliyetli kişi dava ehliyetine sahip olsa dahi yetkisiz temsilci tarafından bu kimse adına dava açılmış olabilir. Örneğin on sekiz yaşını doldurarak tam ehliyetli hale gelen çocuğun velisinin ya da kısıtlılık hali kalkan kimsenin kanuni temsilcisinin, bu kişiler adına dava açması söz konusu olabilir. Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları, kanuni temsilci olmayan kişi tarafından açılmış olan davaya sonrasında tam ehliyetli taraf icazet verse dahi davanın görülemeyeceği yönündedir⁵⁶³. Yargı kararlarında, kanuni temsil yetkisi olmayan kişinin, tam ehliyetli adına vekaletname alarak davayı takip ettiğini bildirmesinin yeterli olmayacağı⁵⁶⁴ gibi bu eksikliğin ıslah yolu ile de iyileştirilemeyeceği belirtilmiştir⁵⁶⁵. Bu kararlara göre davacı vekilinin sonradan ergin olan kişiden vekâletname alarak, asıl adına davayı takip ettiğini bildirmesi, usûlsüz açılan davaya sıhhat kazandırmayacaktır. Çünkü kanuni temsil yetkisi

yanlış kişiye tebliğ vardır. Bunun sonucu olarak da muhatap, olması gereken muhatap değildir. Bu hususta bkz. Umar, Şerh, s. 196.

⁵⁶² Bu hususta bkz. Birinci Bölüm II/A.

⁵⁶³ “Evlenmek suretiyle reşit olan kızını kanuni temsil yetkisi olmayan babanın, velayeten açtığı davanın usûlüne uygun olarak açılmış bir dava niteliğinde olmamasına ve davacı vekilinin sonradan Ş'den vekaletname alarak asıl adına davayı takip ettiğini bildirmesi usûlsüz açılan davaya sıhhat kazandırmaz. Dava, reşit kızın ayrıca dava açmakta muhtar olmak üzere reddedilmelidir “ Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.1972 tarihli 2/806-195 sayılı kararı için bkz. Kuru, C. I, s. 1031. Aynı yönde Üstündağ, s. 282.

⁵⁶⁴ “Dava ehliyeti olmayan bir kişi adına kanuni temsilci tarafından dava açılacaktır.

Kanuni temsil yetkisi olmayan babanın, açtığı davanın usûlüne uygun olarak açılmış bir dava niteliğinde değildir. Davacı vekilinin sonradan, reşit olan olan kişiden vekaletname alarak asıl adına davayı takip ettiğini bildirmesinin usûlsüz açılan davaya sıhhat kazandırmayacaktır(Y.HGK. 22/03/1972; 1971/2-806 Esas 1972/195 Karar).

HMK'nun 56'ncı maddesi, davayı kendisi açmış olan dava taraflarından birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse, bu konuda kesin bir karar verilinceye kadar yargılamanın ertelenebileceğine ilişkin olan yasa hükmüdür. Dava konusu olayda da HMK'nun 56'ncı maddesi hükmünün uygulanma yeri yoktur.

İnceleme konusu dosyada da; Yerel mahkemece; K2'nin K1'ya vesayeten bu davayı açtığını bildirdiği ancak söz konusu kişinin davanın açıldığı tarihte kısıtlanmış bir kişi olmadığı, K2'nin da vasi sıfatını taşımadığı gerekçesi ile açılan davanın aktif husumetten reddedilmesine karar verilmiş olup, davacı vekilince istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

Bu nedenlerle, yapılan istinaf incelemesinde de yerel mahkeme kararının usûl ve yasaya uygun olduğu kanaatine varılmıştır.” Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2017/168, K. 2017/158 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (30.05.2019).

⁵⁶⁵ “Evlenmek suretiyle reşit olan kızını kanuni temsil yetkisi olmayan babanın, velayeten açtığı davanın usûlüne uygun olarak açılmış bir dava niteliğinde olmamasına ve davacı vekilinin sonradan Ş'den vekaletname alarak asıl adına davayı takip ettiğini bildirmesi usûlsüz açılan davaya sıhhat kazandırmaz, dava reşit kızın ayrıca dava açmakta muhtar olmak üzere reddedilmelidir” Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.1972 tarihli, 2/806-195 sayılı kararı için bkz. Kuru, C.I, s. 1031.

olmayan kişinin açtığı dava, usûlüne uygun olarak açılmış bir dava niteliğinde değildir.

Öğretide Kuru, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına katılmadığını belirtmektedir. Yazara göre, ergin olan çocuğu adına velisi olarak dava açan anne ya da baba, yetkisiz temsilci statüsündedir. Yetkisiz temsilcinin açmış olduğu davaya, asıl taraf bir defaya mahsus olmak üzere icazet verebilir. Bu nedenle ergin çocuk ya da yetkilendirmiş olduğu vekili ıslah yoluna dahi gitmeden davaya icazet verip devam edebilmelidir⁵⁶⁶. Kanaatimizce bu durum mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek iki farklı şekilde ele alınmalıdır. Bu durumda her ne kadar kanuni temsil söz konu olmasa da olay, yetkisiz temsilcinin dava açması bakımından değerlendirilebilir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu'nun 61. maddesinde *“Davaya vekalet deruhte etmesine kanunen imkan bulunmıyan vekil mahkemeye kabul olunmaz. Bu takdirde, mahkemeye kabul edilmıyen vekilin müvekkiline, keyfiyetten bahisle, bir defaya mahsus olmak üzere re'sen davetiye gönderilir.”* hükmü yer almaktaydı. Bu hükmün kıyas yoluyla kanuni temsilciye de uygulanabileceği düşünülebilirdi. Böylece tarafın bir defaya mahsus vereceği icazet ile eksikliğin giderilmesi söz konusu olabilirdi. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71. maddesinde dava ehliyeti bulunan herkesin davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açıp takip edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince dava, dava ehliyetine sahip olan kişi tarafından bizzat veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açılacaktır. Davacının dava ehliyetine sahip olmaması halinde ise onun kanuni temsilcisi (HMK m. 52) veya onun tayin ettiği vekil aracılığı ile açılacaktır. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine göre: *“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir”*. Böyle bir durumda hem iradi hem de kanuni temsilci olmayan kişilerin dava açamayacağı ve bu eksikliğin giderilemeyecek bir eksiklik olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun vekaletsiz dava açılması ve işlem yapılmasına ilişkin 77. maddesi iradi

⁵⁶⁶ Kuru, C. I, s. 1032.

temsile yetkili olan avukatlara ilişkindir. Benzer şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesinin de somut olayda uygulanmasının imkanı yoktur. Kanaatimizce hem kanuni hem de iradi temsilci olmayan bu kişilerin dava açmasına imkan bulunmamaktadır. Bu eksikliğin giderilebilecek bir eksiklik olduğunun kabulü, tarafların davada sadece avukatla temsil edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırma sonucuna gidebilir. Bu sebeple kanuni temsilci olmayan babanın ergin kızı hakkında dava açamayacağına ve kızın sonrasında davaya icazet vermesinin bu eksikliği gidermeyeceğine ilişkin ilgili Yargıtay kararına katılmaktayız.

Ehliyetsiz kişi dava esnasında tam ehliyetli hale gelebilir. Davacının yargılama esnasında ehliyetli hale gelmesi halinde bu durum mahkemece re'sen gözetilmelidir. Tam ehliyetli hale gelen taraf yargılamaya bizzat kendisi devam edebileceği gibi kendi tayin edeceği yeni bir vekile ya da öncesinde velisinin ya da vasisinin vekalet vermiş olduğu vekile vekalet vermek suretiyle yargılamaya katılabilir⁵⁶⁷. Böyle bir durumda mahkeme, tam ehliyetli hale gelen tarafı kanuni temsilcileri aracılığı ile görevlendirilen vekilin vekalet görevinin kişinin ergin olması

⁵⁶⁷ “Mahkemece direnme kararı ve ekleri temyiz incelemesi için gönderilmiş ise de yapılan incelemede; eldeki davada, dava tarihi (27.10.2009) itibariyle reşit olmayan 21.09.1993 doğum tarihli küçük ile 25.07.1997 doğum tarihli küçük adına kanuni temsilcileri olan anneleri tarafından küçük çocukları adına velayeten verilen vekaletname uyarınca vekil aracılığıyla dava açıldığı, ancak adı geçen küçüklerin yargılama sırasında reşit oldukları halde, küçüklerin reşit olduktan sonra kendileri adına asaleten verilmiş bir vekaletname aslına veya onaylı örneğine tüm aramalara rağmen dosya içerisinde rastlanamamıştır.

Bu nedenle ki Hukuk Genel Kurulundaki görüşmede, işin esası incelenmeden önce dava açıldıktan sonra reşit oldukları anlaşılan çocukların kendi adlarına verilmiş bir vekaletname aslı veya onaylı örneğinin ibrazı için dosyanın yerel mahkemeye geri çevrilmesinin gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak ele alınıp tartışılmıştır.

Bilindiği üzere, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 335. maddesine göre ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır. 4721 Sayılı TMK'nın " çocuğun temsil edilmesi " başlıklı 342. maddesi uyarınca da ana ve baba, üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Ancak çocuğun ergin (reşit) olması ile velayetin, buna bağlı olarak da velinin temsil görevinin sona ereceği açıktır.

Bu sebeple bir dava sırasında çocuğun ergin (reşit) hale gelmesi halinde, kanuni mümessilin (velinin) temsil görevi de sona erer ve davaya (ergin olan) çocuk tarafından devam edilir. Vekil ile müvekkili arasındaki vekalet ilişkisi güvene dayalıdır. Kural olarak, vekaletten azil veya istifa her zaman olanaklıdır. Çocuk, ergin (reşit) olduktan sonra davasını bizzat kendisi takip edebileceği gibi kendi adına düzenlenecek vekaletname ile daha önce görevlendirilen avukatı ya da bir başka avukatı da vekil olarak ataması olanaklıdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.04.2016 gün ve 2014/3-604 E., 2016/565 K. sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

Bu durumda mahkemece; dava açıldıktan sonra reşit olduğu anlaşılan E. G. ile N. O. G.'in kendi adlarına verilmiş bir vekaletname aslı veya onaylı örneğinin dosyaya sunulması için olanak verilmeli ve belirtilen eksiklik tamamlandıktan sonra dosya Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmelidir. O halde, belirtilen eksikliklerin giderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.05.2017 tarihli, E. 2017/13-670, K. 2017/931 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (16.10.2019).

ya da başka bir sebeple tam ehliyetli hale gelmesi sebebiyle sona erdiğinden haberdar etmeli, davayı bizzat takip ederek ya da başka bir avukat görevlendirmek suretiyle mevcut olan usûli sorunun ortadan kaldırılabilceğini tarafa açıklamalıdır.

Davalı açısından ise dava dilekçesinde eski velisinin ya da vasisinin kanuni temsilci olarak gösterilmesi durumunda, mahkemenin bu hususu re'sen gözetip, dava dilekçesini dava ehliyeti olan davalıya tebliğ etmesi gerekmektedir. Dava dilekçesinde eski kanuni temsilcinin adının yazılı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilemez⁵⁶⁸. Dolayısıyla davalı bakımından kişinin kanuni temsilci ile temsil edildiğine ilişkin yanılma hali sadece gerçekleştirilen usûli işlemlerin yenilenmesini gerektirecek, davanın reddi sonucunu doğurmayacaktır.

B. Tam Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca⁵⁶⁹ kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiil ehliyeti yoktur. Tam ehliyetsizler olarak sınıflandırılan bu kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ “Ancak, avukatının anılan yükümlülüğü yerine getirmediğinden haberdar bulunmayan müvekkilin, salt bu nedenle, açtığı veya davalı sıfatıyla tarafı olduğu davayla ilgili olarak herhangi bir şekilde hak kaybına uğraması düşünülemez. Bu görüşün aksine düşünce, İHAM'ın 6. maddesine ve Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesi hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

Tüm bu hususlar somut olay özelinde yeniden değerlendirildiğinde; davacılar.....kanuni temsilcileri vasıtasıyla görevlendirilen vekilin, vekalet görevinin ergin olmaları nedeniyle sona erdiğinden haberdar edilmeleri; davayı bizzat takip yahut başka bir avukat görevlendirmek suretiyle mevcut usûli sorunu ortadan kaldırabilecekleri açıklanarak, bu yönlerden karar almalarına yetecek uygun bir süre verilerek ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde işlem yapmak gerekir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 19.9.2018 tarihli E. 2016/20929, K. 2018/8734 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (17.10.2019).

⁵⁶⁹ Türk ve İsviçre Hukukunda yaştan kaynaklanan bir tam ehliyetsizlik durumu yoktur. Alman Hukukunda Roma-Cermen Hukuk sisteminin günümüze kadar gelen etkisi ile 7 yaşını doldurmamış küçüklerin fiil ehliyetinin mutlak olarak olmadığı kabul edilmiştir (BGB m. 104). Bu hususta bkz. A. Egger ve Volf Çernis (Çeviren), **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku**, Ankara, 1947, md. 18, s. 1983; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 66; Dural ve Ögüz, s. 58; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 19.

⁵⁷⁰ İsviçre Medeni Kanunu'nun 18. maddesinde de benzer şekilde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin kendi fiilleri ile hukuki sonuçlar yaratamayacağı hüküm altına alınmıştır. Alman hukukunda ise 7 yaşın altındaki çocuklar ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler tam ehliyetsiz olarak sınıflandırılmaktadır (BGB m. 104-105).

Tam ehliyetsizlerin ayırt etme gücü bulunmadığından hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Yapmış oldukları tüm sözleşmeler ve hukuki işlemler hükümsüzdür⁵⁷¹. Bu hükümsüzlük, karşı tarafın ehliyetsiz kişinin ehliyetli olup olmadığını bilip bilmemesine göre de değişiklik göstermeyecektir. Bir hukuki işlem, karşı tarafın o kişinin ehliyetsiz olmasını anlayamayacak durumda olması halinde dahi hükümsüz kalacaktır⁵⁷².

Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz kişi, hukuki işlemi yaptıktan sonra tekrar ayırt etme gücünü kazansa dahi yaptığı işlemi geçerli hale getiremez. O hukuki işlemi ancak tekrar yaparak hukuk alanında geçerli bir sonuç meydana getirebilir⁵⁷³. Çünkü ehliyetsizlikte kural olarak iyiniyetin korunması yoktur. Bir kimse, başkasının fiil ehliyeti olduğuna ilişkin olan güveninden ötürü korunmaz. Burada ayırt etme gücü olmayan ehliyetsiz kişinin korunması amaçlanmaktadır⁵⁷⁴. Bununla birlikte bu durumun tersi de gerçekleşebilir. Tam ehliyetsizin korunmasını gerektirmeyecek aksine hükümsüzlüğü tam ehliyetsizin aleyhine sonuçlar doğurabilecek durumlarla da karşılaşılabilir. Özellikle hükümsüzlüğü ileri süren tarafın uzun süre bekleyerek tam ehliyetsizle yapmış olduğu sözleşmenin geçerli olduğu izlenimini bizzat yaratması halinde dürüstlük kuralına aykırılık daha belirgin olarak görülür⁵⁷⁵. 1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre tam ehliyetsiz kişi tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmek somut olay

⁵⁷¹Bu hükümsüzlük her ilgili kişi tarafından ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da resen nazara alınabilmesi kuralının bir istisnası ölüme bağlı tasarruflardır. Buna göre ölüme bağlı bir tasarruf (vasiyetname ya da miras sözleşmesi) tam ehliyetsiz tarafından yapılmış olsa bile Medeni Kanunumuzca mutlak yaptırımına tabi olmayıp ancak iptal edilebilirler (TMK m. 557). Bu hususta bkznz. Kılıçoğlu, s. 149; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 96; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 79 vd.; Dural ve Ögüz, s. 69; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 22; Helvacı ve Erlüle, s. 72; İnan, s. 142.

⁵⁷² Bucher ve Aeibi-Müller, s. 32; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 83; Dural ve Ögüz, s. 70; Serozan, Kişiler, s. 437; Kılıçoğlu, s. 149.

⁵⁷³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 82; Dural ve Ögüz, s. 69; Kılıçoğlu, s. 149; Helvacı ve Erlüle, s. 72; Abdurrahman Kavasoglu, **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 153.

⁵⁷⁴ Bucher ve Aeibi-Müller, s. 32; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 83; Dural ve Ögüz, s. 70; Kılıçoğlu, s. 149, Helvacı ve Erlüle, s. 74; Ekrem Kurt, “Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları,” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 132.

⁵⁷⁵ Egger ve Çernis, s. 194; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 85; Dural ve Ögüz, s. 72; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 314; Açıkgöz, s. 188.

bakımından dürüstlük kuralına aykırı bir durum oluşturuyorsa ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise artık dikkate alınmamalıdır⁵⁷⁶.

Hukuki hayata katılma, sùjelerinde belli ölçüde bir manevi yeterlilik ve işlemlerde tecrübe aramaktadır. Bu sebeple kanun koyucu kural olarak kısıtlı olmayan, ayırt etme gücüne sahip olarak ifade ettiğimiz fikri bakımdan normal ve yeterli tecrübe yaşı olarak kabul edilen erginlik yaşına ulaşan kimselerin hukuki ilişkiler içerisine katılabileceklerini kabul eder⁵⁷⁷.

Türk hukukunda ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz kişilerin ise fiil ehliyetlerinin olmaması sebebi ile dava ehliyetleri bulunmamaktadır. Esasında ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin hiçbir zaman dava ehliyeti olmayacaktır⁵⁷⁸. Bununla birlikte hak ehliyeti olan herkesin aynı zamanda taraf ehliyeti de bulunmaktadır. Bu sebeple ayırt etme gücüne ya da yaşa bakılmaksızın taraf ehliyeti olan herkes (buna tam ehliyetsiz kişiler de dahildir) davada taraf olabilecektir⁵⁷⁹. Bu sebeple bu kimselerin usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmesi gerekmektedir. Usûlüne uygun temsilciler tarafından değil de dava ehliyeti olmayan kimseler tarafından gerçekleştirilen usûli işlemler geçersizdir⁵⁸⁰. Bu sebeple usûlüne uygun temsil edilmeleri sağlanmadan bu kimseler lehine ya da aleyhine karar verilemez⁵⁸¹. Dava ehliyeti, doğrudan kamu düzeninin (*ordre public*) sağlanması ile ilgilidir⁵⁸².

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin oluşturduğu tam ehliyetsizler, hak ehliyetine sahip olduklarından bu hakları bizzat kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanırlar. Tam ehliyetsizler kategorisine giren kişilerin kanuni temsilcileri onlar

⁵⁷⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 1954/22, K. 1955/2 sayılı 9.3.1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. RG 9039, erişim tarihi 18.03.2019. Serozan, bu İçtihadı Birleştirme Kararı ile Kanun'un ayırt etme gücünden yoksunluğa bağladığı köktenci butlan yaptırımının, tam ehliyetsiz kişinin üstün yararına açıkça ters düştüğü ve kuralın özündeki koruma amacından açıkça saptırıldığı durumların törpülenmeye çalışıldığını ifade etmiştir. Bknz. Serozan, Kişiler, s. 439. Burada, maddi hukukta da medeni usûl hukukunda da esas olarak mümkün olduğunca ehliyetsiz kimselerin korunmasının hedeflendiği, bunun aksine ortaya çıkabilecek sonuçların ise mümkün olduğunca ortadan kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

⁵⁷⁷ Yenice, s. 1192; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 66; Dural ve Ögüz, s. 52 vd.; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Kılıçoğlu, s. 139; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 20; Helvacı ve Erlüle, s. 66 vd.

⁵⁷⁸ Reich, s. 61; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 6, N. 9; Budak ve Karaaslan, s. 92.

⁵⁷⁹ Herzig, Das Kind, s. 389; Üstündağ, s. 278; Bilge, s. 173; Postacıoğlu, s. 171; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 246; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 560; Murat Atalı Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, **Medeni Usûl Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2018, s. 234; Budak ve Karaaslan, s. 87.

⁵⁸⁰ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 7; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 16.

⁵⁸¹ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 7.

⁵⁸² Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 7; Wieczorek ve Schütze, §56, Rn. 1.

adına hukuki sonuç doğuracak işlemleri ve yargılama hukukuna ilişkin işlemleri yapmaya yetkilidirler⁵⁸³.

Bu kişilerin kanuni temsilcileri olmadan bizzat gerçekleştirmiş oldukları usûli işlemler geçersizdir. Dava ehliyetine sahip olmayan kimselerin gerçekleştirmiş oldukları usûli işlemler her ne kadar geçersiz olsa da, usûlüne uygun olarak atanmış kanuni temsilcisinin vermiş olduğu icazet ile bu işlemlerin iyileştirilmeleri mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usûlden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddeder*”. Hükümden anlaşıldığı üzere dava ehliyeti gibi eksikliği giderilmesi mümkün bir dava şartının tamamlanması için kesin süre verilecektir.

Bu süreyi belirlemek mahkemenin kendi takdirindedir⁵⁸⁴. Bu süre sonunda kanuni temsilci, tam ehliyetsiz kimsenin yapmış olduğu ya da bu kimselere karşı gerçekleştirilen usûli işlemlere (vesayet makamından izin alması gerekiyorsa ilgili izin alındıktan sonra) icazet verebilir. Böyle bir durumda bu işlemler, maddi hukuktan farklı olarak tam ehliyetsizler bakımından da geçerli hale gelecektir. Burada maddi hukukun aksine kanuni temsilcinin bu işlemleri en baştan yapmasına gerek yoktur. Bu durum, medeni usûl hukukunun kendine özgü niteliğinden doğmaktadır⁵⁸⁵.

Maddi hukuk açısından ayırt etme gücüne sahip olmayanların gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin geçerli olmadığı onların zararına ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımını oluşturabileceğini belirtmiştik⁵⁸⁶. Ancak medeni usûl hukukunda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yaptığı usûli işlemlerin geçerli olmadığı onun zararına olarak öne sürülmesine iyiniyet esasının engel olmayacağı kabul

⁵⁸³ Bilge, s. 175; Kuru, Şerh, 1047; Umar, Ehliyet, s. 608; Üstündağ, s. 287; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 586; Tanrıver, s. 504; Budak ve Karaaslan, s. 92; Açıkgöz, s.193. ; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 312; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 80; Dural ve Öğüz, s. 69; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 96; Kılıçoğlu, s. 150; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 22; Helvacı ve Erlüle, s. 71; İnan, s. 142.

⁵⁸⁴ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 8; Üstündağ, s. 290; Postacıoğlu, s. 181.

⁵⁸⁵ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm I/F/2/b.

⁵⁸⁶ Bu hususta bkz. I. Bölüm, A, 2.

edilmektedir⁵⁸⁷. Burada görüldüğü üzere dava ehliyeti, fiil ehliyetinin belirli ölçülerde medeni usûl hukukundaki görünümü olarak kabul edilse de, eksikliği halinde tam ehliyetsizler açısından doğurduğu etkiler yargılama hukukunda daha farklı olabilmektedir.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinin ilk fıkrasında öncelikli olarak fiil ehliyetli kişilerin dava ehliyetine sahip olduklarının kabul edileceği düzenlenmiş ve devamında ikinci fıkrada fiil ehliyeti olmayan kişilerin kanuni temsilcileri ile yargılamada temsil edilecekleri hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise fiil ehliyetine sahip olmayan ancak ayırt etme gücüne sahip kişilerin kişiliklerine bağlı haklara ilişkin davalarda ve gecikmesinde tehlike bulunan hallerde işlem yapabileceği düzenlenmiştir. Burada Türk hukuku ile benzer şekilde ayırt etme gücü olmayan kişilerin yargılamada esas olarak usûli işlemler gerçekleştirilemeyeceğinin kabul edildiği, fiil ehliyetine sahip olmayan ancak ayırt etme gücüne sahip olan kişilerin de ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması gibi belirli hallerde dava ehliyetine sahip olduğu görülmektedir. Ancak ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanmaları da mümkün değildir⁵⁸⁸. Bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların hakkın sahibi kişi tarafından doğrudan kullanılması esassından hareketle ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin bu haklar bakımından davada temsili tartışma yaratmaktadır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar hakkında mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar şeklinde ayırım yapılarak kanuni temsilcilerin bazı davalarda tam ehliyetsizi temsilen dava açabilecekleri kabul edilmektedir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Umar, Ehliyet, s. 608.

⁵⁸⁸ Kristina Tenchio ve Karl Spühler (Herausgeber), **Schweizerische Zivilprozessordnung Basler Kommentar**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, s. 431; Bilge, s. 176; Üstündağ, s. 287; Serozan, s. 435; Tanrıver, s. 504; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 240; Kurt, s. 132.

⁵⁸⁹ Herzig, Das Kind, s. 22; Üstündağ, s. 288; Bilge, s. 176; Üstündağ, s. 287; Serozan, s. 435; Tanrıver, s. 504; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 240; Kurt, s. 132. Kavasoglu, s. 133.

2. Kişiy e Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarda Temsil Sorunu

a. Kişiy e Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Sınıflandırılması

Türk Medenî Kanunu’nun 16. maddesinin birinci fıkrasında bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken hakları ifade etmek için kişiy e sıkı sıkıya bağli hak⁵⁹⁰ kavramı kullanılmıştır. Bu maddeye göre “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiy e sıkı sıkıya bağli hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*”. Bununla birlikte gerek Türk Medenî Kanunu’nda gerekse İsviçre Medeni Kanunu’nun hiçbir yerinde kişiy e sıkı sıkıya bağli hakların tanımı verilmemiştir. Bu haklara ilişkin bir tanım verilmediğinden ya da sayma yoluna gidilmediğinden bir hakkın kişiy e sıkı sıkıya bağli olup olmadığını değerlendirebilmek için her hak bakımından özel bir değerlendirme yapılmalıdır⁵⁹¹. Bununla birlikte Türk hukuku öğretisinde Serozan, kanuni temsilcinin tam ehliyetsiz adına tek başına kullanabileceğ i kişiy e sıkı sıkıya bağli hakların kapsamının, tam ehliyetsiz hiçbir hakkı kullanamaz durumda olduğ u için ve ayrıca hak ehliyetinde eşitliğ i koruyabilmek için sınırlı ehliyetsizlerinkinden geniş tutulduğ unu belirtmektedir⁵⁹².

Kişiler ancak kanun koyucu tarafından bir kanunla tanınıp düzenlenmiş kişiy e sıkı sıkıya bağli hakların sahibi olabilirler. Kişilerin sözleşme özgürlüğ ü çerçevesinde hukuki işlemlerle kanunda öngörölmeyen bir kişiy e sıkı sıkıya bağli hak yaratması da mümkün değildir⁵⁹³.

Bir haktan yararlanma ancak o hakkın kullanılması yoluyla olacaktır. Kural olarak haklar, hak sahibi tarafından kullanılır. Bununla birlikte hukuk düzeninde, belirli hakların başkaları tarafından kullanılmasına sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre: “*kullanma yetkisinin bir başkasına bırakılmasının mümkün olmadığı, hak*

⁵⁹⁰ İsviçre Medeni Kanununda bu kavram için 2008 yılında gerçekleştirilen değışiklik ile kişiy e sıkı sıkıya bağli hakların düzenlendiğ i bağımsız maddenin kenar başlığında tam olarak Türkçedeki tam karşılığ ı ile en yüksek kişisel haklar anlamına gelen “*Höchstpersönliche Rechte*” ve metin içerisinde de kişilikleri dolayısıyla sahip oldukları haklar anlamına gelen “*um ihrer Persönlichkeit willen*” ifadeleri kullanılmıştır. İsviçre Kanun’un hazırlanış süreci ve bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Karakaş, ss. 11-18.

⁵⁹¹ Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 228; Herzig, Das Kind, s. 22; Karakaş, s. 27; Kurt, s. 124;

⁵⁹² Serozan, s. 445.

⁵⁹³ Şeref Ertaş, “Şahsa Sıkı Sıkıya Bağli Haklar”, **Noterler Birliğı Dergisi**, Sayı: 106, 2000, s. 2.

sahibinin bizzat kendi kullanması gereken iradi temsile imkân vermediği gibi kanuni temsile de izin vermeyen haklara kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar” denilmektedir⁵⁹⁴.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hakkın sahibi tarafından kullanılması bu hakların en belirgin özelliğidir ve bu özellik temsil yasağı ya da temsil düşmanlığı şeklinde de ifade edilebilir⁵⁹⁵. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kişinin gönül âlemiyle, onun duygusal yaşamıyla yakından bağlantılı olduğu için kural olarak devredilemeyeceği ve temsilci aracılığı ile de kullanılamayacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁶. Ancak bu tanım zamanla yumuşamıştır. Bazı hakların iradi temsille⁵⁹⁷ ya da kanuni temsile kullanılabileceği kabul edilmiştir⁵⁹⁸.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar çeşitli şekillerde sınıflandırılmışlardır⁵⁹⁹. Ancak bu sınıflandırmalardan mutlak ya da nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımı konumuz bakımından önem göstermektedir. Çünkü bu ayırmadan hareketle bazı hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından bu haklar için kanuni temsilin mümkün olabileceği kabul edilmektedir.

Mehaz Kanun olan İsviçre Medenî Kanunu’nda 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğe kadar Türk hukukuna benzer bir şekilde bu İsviçre

⁵⁹⁴ Mustafa Dural ve Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, s. 174; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 43; Dural ve Ögüz, s. 78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 86; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 315; Kılıçoğlu, s. 155; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 33; Helvacı ve Erlüle, s. 29; İnan, s. 144; Karakaş, ss. 34; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, **Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri**, Legal, İstanbul, 2016, s. 159; Hüseyin Altaş, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 106; Umar, Ehliyet, s. 609; Serozan, s. 230; Kurt, s. 134.

⁵⁹⁵ Fischer, Art. 67, N. 10.

⁵⁹⁶ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 2; Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba ve Martin Stettler, **FamKomm Erwachsenenschutz**, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, Art. 19c, N. 8; Dural ve Sarı, s. 174; Dural ve Ögüz, s. 78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 86; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 315; Kılıçoğlu, s. 155; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 33; Serap Helvacı, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 1993, (Kişilik Hakları), s. 87; Helvacı ve Erlüle, s. 76; İnan, s. 144; Altaş H., s. 106; Antalya ve Topuz, s. 159; Karakaş, s. 32; Kurt, s. 3; Açıkgöz, s. 262; Kurt, s. 128.

⁵⁹⁷ Bazı istisnai haklar haricinde bu hakların bizzat kullanılması zorunluluğu, hakkı koruyan davanın bir iradi temsilci eliyle takibine engel sayılmaz. Serozan, Kişiler, s. 231.

⁵⁹⁸ Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller üst başlıklı 74. maddesinde hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamayacağı ve takip edemeyeceği öngörülmüştür.

⁵⁹⁹ Bu sınıflandırmalardan bir diğeri Alman hukukunda Reichel tarafından gerçekleştirilen tam (*totale höchstpersönlichkeit*) ve kısmi (*partielle höchstpersönlichkeit*) kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Yazara göre tek taraflı kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemler ve işlemin her iki tarafı için de kişiye sıkı sıkıya bağlılığın söz konusu olduğu sözleşmelerde tam kişiye sıkı sıkıya bağlılık vardır. İki taraflı hukuki işlemlerde ise işlemin tek tarafı için kişiye sıkı sıkıya bağlılık varsa kısmi kişiye sıkı sıkıya bağlılık durumu ortaya çıkar bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Hans Reichel, **Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte**, Berlin-Grunewald, 1931. s. 6 vd.

Medeni Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasında ayırt etme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tek başlarına kullanabilecekleri hüküm altına alınmıştı. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin kişiye sıkı sıkıya haklarını temsilci aracılığı ile kullanma hususunda boşluk bulunmaktaydı. Bu doğrultuda yargı kararları ve öğretinin aynı yönde görüşleri ışığında 1 Ocak 2013 tarihli değişiklik ile İsviçre Medenî Kanunu'nun 19c maddesi ile bir değişikliğe gidilmiştir⁶⁰⁰. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre söz konusu kişiye sıkı sıkıya bağlı hak eğer kişinin kişiliği ile çok yakından ilişkili değil ise ayırt etme gücüne sahip olmayan fiil ehliyetsiz kişinin kanuni temsilci tarafından kullanılabilir.

Burada görüldüğü üzere Kanun metni, değişiklikten uzun zaman önce uygulamada ve öğretide kabul edilmiş olan mutlak ve nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımını dikkate almıştır⁶⁰¹. Bununla birlikte mutlak ve nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin ayrım bilinçli bir şekilde kanun koyucu tarafından öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmıştır⁶⁰². Türk hukukunda da kanunda doğrudan bu şekilde bir düzenleme yer almamasına rağmen öğretide ve yargı kararlarında bu ayrımın yapıldığı ve bazı haklar bakımından ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler açısından kanuni temsile izin verildiği görülmektedir⁶⁰³. Bu ayrım kapsamında Türk hukukunda da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar şu şekilde değerlendirilebilir:

⁶⁰⁰ Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 227; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N 12.

⁶⁰¹ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 4; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 239; Herzig, Das Kind, s. 23

⁶⁰² Büchler, Häfeli, Leuba ve Stettler, Art. 19c, N. 10; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 239; Herzig, Das Kind, s. 23; Büchler, Häfeli, Leuba ve Stettler, Art. 19 c, N. 1; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 88. Türk hukuku öğretisinde Dural ve Ögüz, hangi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak hangilerinin ise nisbi nitelikte olduğunun belirlenmesi konusunda bir fikir birliğinin olmadığını altını çizmiştir. Özellikle nişanlanmanın bazı yazarlar tarafından nisbi olarak kabul edilirken bazıları tarafından mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul edildiğini belirtmiştir. Aynı tartışmaların soybağının reddi ve evlenme için de yapıldığını dile getirmiştir. Bu hususta bkzn. Dural ve Ögüz, s. 81.

⁶⁰³ Buna karşılık öğretide Serozan, mutlak ve nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımının sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından ayrı ayrı değerlendirilme yapılması gerekliliği sebebiyle sakıncalı bulmaktadır. Serozan, Kişiler, s. 445.

(1) Mutlak Olarak Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar

Mutlak olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar (*absolut höchpersönliche Rechte*) temsilin hiçbir şekilde mümkün olmadığı başka bir deyişle temsil düşmanlığının söz konusu olduğu haklardır⁶⁰⁴. Mutlak olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar, kişinin gönül alemiyle ve duygusal yaşamıyla doğrudan alakalıdır⁶⁰⁵. Bu hakların kullanılıp kullanılmayacağı konusundaki kararın mutlaka hak sahibi tarafından alınması gerekmektedir⁶⁰⁶. Hak sahibinin ayırt etme gücü yoksa dahi bu haklar kanuni temsilcisi tarafından kullanılamayacaktır⁶⁰⁷. Bu haklar devredilemez, devir alınamaz ve bu hakların kullanımından önceden feragat edilemez⁶⁰⁸. Bu haklar bakımından, ayırt etme gücüne sahip kişilerin bu haklarını kanuni temsilcilerinden bağımsız olarak kullanabilmesi söz konusu iken, ayırt etme gücü olmayan kimseler bakımından bu hakları kullanabilmek mümkün değildir⁶⁰⁹. Ancak bazı hallerde hakkın sahibinin bu hakkı kullanmak için ayırt etme gücüne sahip olması ve bu yönde iradesini koyması da yeterli olmaz. Ayrıca bu hakkın kullanılmasında kanuni temsilcinin de izninin olması gerekebilir⁶¹⁰. Bu işler, sınırlı ehliyetsiz istemedikçe, temsilci eliyle ve dar anlamda kurucu temsil yoluyla gerçekleştirilemezler. Bunlarda birlikte hareket (*kooperasyon*) zorunlu sayılır. Bu haklar bakımından ne ehliyetsiz tek başına hareket edebilir; ne de kanuni temsilci ehliyetsizi temsil edebilir. Başka bir deyişle ehliyetsiz kişi ile kanuni temsilcisi kol kola hareket etmelidir⁶¹¹. Ancak bu haller Kanunda açıkça gösterilmelidir. Aksi belirtilmemişse kişiyeye sıkı sıkıya bağlı

⁶⁰⁴ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c N. 4; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 27; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c Nr. 240; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 9; Herzig, Das Kind, s. 26; Fischer, Art. 67, N. 12; Kuru, C. I, s. 1048; Dural ve Ögüz, s. 79; Rona Serozan, “Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimi ile İlgili Talihsiz Saplantılar”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, (Sınırlı), s. 818.

⁶⁰⁵ Serozan, s. 230; Dural ve Ögüz, ss. 78-79.

⁶⁰⁶ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c N. 4; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 240; Herzig, Das Kind, s. 26; Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 11; Aytekin M. Ataay, “Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXV, S: 1-4, 1960, s. 198; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 87; Dural ve Ögüz, s. 79; Karakaş, s. 65; Kurt, s. 80.

⁶⁰⁷ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 4; Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 11; Herzig, Das Kind, s. 26; Serozan, s. 230; Serozan, Sınırlı, s. 818; Karakaş, s. 65.

⁶⁰⁸ Herzig, Das Kind, s. 26.

⁶⁰⁹ BGH 116 II s. 385, www.swisslex.ch, (26.08.2019); Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 11; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 9; Kuru, C. I, s. 1047; Dural ve Ögüz, s. 79.

⁶¹⁰ Herzig, Das Kind, s. 26.

⁶¹¹ Büchler, Häfeli, Leuba ve Stettler, Art. 19c, N. 6 vd; Serozan, Sınırlı, s. 818.

hakkı, hakkın sahibinin tek başına kullanması esastır. Kanunda yer alan bu haller yorum yolu ile genişletilemez⁶¹².

Özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın mutlak nitelikte mi yoksa nispi nitelikte mi olduğunun tespiti tam ehliyetsizler bakımından bir temsil imkansızlığı doğuracağından bu tespitin çok dikkatli bir şekilde yapılması gerekmektedir⁶¹³.

Mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da iki grup altında incelenebilir. Buna göre ilk grup kanuni temsilcinin rızasını gerektiren kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Buna göre kanunda getirilen açık düzenlemeler sebebiyle bu hakların kişinin doğrudan doğruya kendisinin kullanması halinde dahi kanuni temsilcisinin rızası gerekmektedir⁶¹⁴. Örnek olarak ergin kılınma, çocuk derneklerine üye olma ve kurma, nişanlanma, evlenme⁶¹⁵, evlilik dışı doğan çocuğun tanınması, evlat edinme, tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahalelere rıza, mal rejimi sözleşmesi verilmektedir⁶¹⁶.

Bir diğer grup ise kanuni temsilcinin rızasını gerektirmeyen mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Bu haklar bir yükümlülüğün ortadan kaldırılması veya koruma amacıyla savunma niteliğindeki haklardır. Örnek olarak bu gibi haklara nişanlılığın sona erdirilmesi, dernek kurma ve derneğe üyelik, çocuk derneklerinden çıkma ve üyelikten doğan hakların kullanılması, evlenme izni başvurusu, evlenmenin geçersizliği davası, boşanma ve ayrılık davası, çocuğun tanınması, tanı ve tedavi amacı gütmeyen tıbbi müdahaleler, dinini seçme, ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı, mirastan yoksunluk durumunda af, miras bırakanın mirasçılar ile üçüncü şahıslar arasındaki sözleşmeye izin vermesi sayılabilir⁶¹⁷. Bu hakların kullanılıp kullanılmayacağına yalnızca hak sahibi karar verse de karar verdikten sonra iradi temsil yolu ile yargılama işlemlerini bir avukat aracılığı ile takip etmesi bu hakların

⁶¹² Büchler, Häfeli, Leuba ve Stettler, Art. 19c, N. 7.

⁶¹³ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 11.

⁶¹⁴ Serozan, Sınırlı, s. 818.

⁶¹⁵ Kanuni temsilci, haklı bir sebep olmaksızın evlenmeye razı olmazsa, hakim evlenmeye izin vermeyen kanuni temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük ve kısıtlının evlenmesine izin verebilir (TMK m. 128)

⁶¹⁶ Jaques-Michel Grossen, Herausgegeben Von Max Gutzwiller, **Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht**, Basel und Stuttgart, 1967, s. 328; Herzig, Das Kind, s. 28; Açıkgöz, s. 263

⁶¹⁷ Sınıflandırma için bkz. Karakaş ss. 65-66; Dural ve Ögüz, s. 80; Gençcan, TMK, s. 228.

niteliğine aykırı düşmeyecektir⁶¹⁸. Ancak evlenme, ölüme bağlı tasarrufta bulunma gibi bazı hukuki işlemlerde iradi temsil de mümkün değildir⁶¹⁹.

(2) Nisbi Olarak Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar

Ayırt etme gücünün bulunmaması halinde ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kanuni temsilcisi tarafından kullanılabileceği kabul edilen haklara nisbi olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar (*relativ höchstpersönliche Rechte*) denilmektedir⁶²⁰. Nisbi olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar da öğretide ikiye ayrılmaktadır⁶²¹.

İlk grupta hak sahibinin ayırt etme gücünün bulunması halinde sadece hak sahibi tarafından kullanılabilecek haklar yer almaktadır. Genellikle nisbi olarak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar bu gruba dâhildir. Bu haklara ilişkin olarak kişiliğin korunmasına ilişkin davalar, tanı ve tedavi amacına yönelik tıbbi müdahalelere rıza, adın korunması davası, nafaka davaları, ana baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasına veya ortadan kaldırılmasına ilişkin davalar örnek olarak verilebilir.

İkinci grupta ise hak sahibinin ayırt etme gücü olsa dahi hak sahibi ve yasal temsilcisi ile beraber birlikte kullanması gereken kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar bulunmaktadır. Buna göre evlat edinilen bakımından evlat edinme, adın değiştirilmesi bu grupta sayılabilir⁶²².

b. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklara Sahip Olma Bakımından Boşluk Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Tam ehliyetsizlerin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakları veya bu hakların nasıl kullanılacağına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinde kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri

⁶¹⁸ Kurt, s. 10.

⁶¹⁹ Kurt, s. 10.

⁶²⁰ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 4; Büchler, Häfeli, Leuba ve Stettler, Art. 19c, N. 9; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 227; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 27; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 12; Fischer, Art. 67, N. 12; Kuru, C. I, s. 1048; Dural ve Öğüz, s. 80; Karakaş, s. 58; Herzig, Das Kind, s. 27; Serozan, Sınırlı, s. 818.

⁶²¹ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 4; Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19-19c, Nr. 227; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 12; Karakaş, s. 58; Herzig, Das Kind, s. 27.

⁶²² Sınıflandırma için bkz. Karakaş, ss. 67-68; Dural ve Öğüz, s. 80.

hukuki sonuç doğurmaz denilmektedir⁶²³. Aynı şekilde Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceği ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hüküm altına alınmış fakat tam ehliyetsizler bakımından bir düzenleme getirilmemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 448. maddesinde ise vasiinin vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerde temsil edeceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemedeki temsil yetkisinin kapsamı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda geçerli olmayacaktır. Çünkü hak ile sahibi arasındaki sıkı ve derin bağ, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci tarafından kullanılmasını engellemektedir⁶²⁴. Böyle bir durumda da kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların hem ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsiz, hem de onun kanuni temsilcisi aracılığıyla kullanılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır ki bu sonuç adil bir sonuç değildir⁶²⁵. Bu sebeple tam ehliyetsizler bakımından haklara sahip olabilme ve hakları kullanabilme açısından bir boşluk bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir⁶²⁶.

Hak ehliyeti, Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre tüm insanlar hukuk düzeninin içerisinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittir. Hak ehliyetine sahip olmak için insan olmak yeterlidir. İnsanların dili, dini, maddi durumu, ırkı, rengi, cinsiyeti ne olursa olsun hepsi hak ehliyetine sahip olma açısından eşittirler ve bu bakımdan insanlar arasında bir ayırım yapılması söz konusu değildir⁶²⁷. Bu sonuç tüm haklar açısından geçerlidir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından bir farklılık teşkil etmemektedir⁶²⁸. Bununla birlikte bu hakları kullanma yeteneği ise Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesi ile fiil ehliyetine sahip olan

⁶²³ Hüküm İsviçre Medeni Kanunu madde 18'den iktibas edilmiştir.

⁶²⁴ İsviçre'de Medeni Kanunun 407. maddesine yapılan değişiklikler kapsamında yeniden düzenlenmiş ve bu temsil yetkisinin kapsamına sıkı sıkıya bağlı hakların girmediği hüküm altına alınmıştır. Karakaş, s. 54.

⁶²⁵ Karakaş, s. 55. Aksinin kabulü halinde hak ehliyetsizliği sonucunun doğacağı hususunda bkz. Dural ve Ögüz, s. 82; Üstündağ, s. 288.

⁶²⁶ Açıkgöz, s. 264.

⁶²⁷ Helvacı s. 44; Dural ve Ögüz, s. 40; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 82.

⁶²⁸ Bazı sınırlamalar getirilmesi bu temel ilkeyi değiştirmemektedir. Örneğin Türk Medeni Kanunun 502. maddesine göre vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne ve 15 yaşını doldurmuş olma şartına sahip olmak gerekmektedir. Dolayısıyla tam ehliyetsizler vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip değildirler. Bu gibi hallerde hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin çakıştığı söylenebilir. Bu hususta bkz Karakaş, s. 55.

kişilere tanınmıştır. Pasif bir ehliyet olan hak ehliyeti ancak aktif bir ehliyet olan fiil ehliyeti aracılığı ile kullanılabilir. Kanun koyucunun bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar için sınırlamalar getirmesi bu ilkenin aksinin kabul edildiği anlamına gelmez. Kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara sahip olması açısından bir boşluk olmadığı görülmektedir⁶²⁹.

c. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarının Kullanımına İlişkin Yargılamada Kanuni Temsilci Aracılığı ile Yargılamaya Katılmaları Sorunu

Tam ehliyetsizlerin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kanuni temsilciler vasıtasıyla kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin maddi hukukta ortaya çıkan problem, bu haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tam ehliyetsizlerin yargılamaya kanuni temsilcileri ile katılıp katılamayacakları şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Maddi hukuk öğretisinde kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kimin tarafından kullanılacağı daha doğrusu bu hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır⁶³⁰ ancak öğretide çeşitli görüşler ileri sürülerek tam ehliyetsizlerin en azından bir takım kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarını maddi hukukta ve yargılamada kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanabilecekleri kabul edilmiştir. Bununla birlikte hangi kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilciler aracılığı ile ileri sürülebileceği hakkında öğretide bir fikir birliği bulunmamaktadır.

⁶²⁹ Reich, s. 76; Üstündağ, s. 288. Öğretide Serozan, bu kişilerin, belirli bir yaş olgunluğunu şart koşan ve kanuni temsile de kapalı sayılan haklardan facto (fiilen) yararlanamayacaklarını belirtmektedir. Yazar, ayırt etme gücü olmayan kimseler bakımından bu hakların bizzat kullanılamayacağı gibi kanuni temsilcileri aracılığıyla da kullanamayacaklarından temsil düşmanı bu hakların aslında fiilen olmadığını olsa olsa kağıt üzerinde bulunduklarını belirtmiştir. Bu hususta bkzn. Serozan, Kişiler, s. 418. Postacioğlu da bazı kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından hak sahibi ayırt etme gücünden yoksun ise bu haklar bakımından ehliyetsizliğin hak ehliyetsizliği şeklinde görüldüğünü ifade etmektedir. Postacioğlu s. 175 vd. Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar ise hukuk düzenlerinde, yaş cinsiyet, yabancılık gibi nedenlere bağlı olarak farklılık gösterebileceğini, Türk Medeni Kanunu'nda da hak ehliyetini kısıtlayıcı bazı hükümlerin halen yer aldığını dile getirmiştir. Bunlara küçüğün dinini özgürce seçebilme hakkının olmaması (TMK m. 341); vasi olabilme bakımından ergin olma koşulu (TMK m. 413); kanuni temsilcilerin yapması yasak olan işler (TMK m. 449) örnek verilebilir. Bknz. Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, ss. 84-85.

⁶³⁰ Dural ve Ögüz, ss. 78-84; Karakaş s. 56.

(1) Ayırt Etme Gücü Olmayan Kimselerin Çıkarını Esas Alan Görüş

Bu görüşe göre kanuni temsilcilerin asıl görevi ayırt etme gücüne sahip olmayan kişileri, koruyup gözetmektir. Esasında kanuni temsil yetkisi, bu sebeple kanuni temsilcilere verilmiştir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsil yolu ile kullanılamaması durumunda tam ehliyetsiz kişilerin çıkarına ters durumlar ortaya çıkabilir. Hiçbir istisna olmadan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılamaması gerek kişiliğin saygınlığı gerekse tam ehliyetsizin korunması açısından elverişli olmayan sonuçlara yol açabilmektedir⁶³¹. Örneğin cana kast sebebi ile boşanma davası açmaya ya da yapılması zorunlu bir ameliyata izin verilebilir⁶³². Bu gibi durumlar ayırt etme gücü olmayan kişilerin çıkarına açıkça ters düşmektedir. Böyle bir durumda bu kişiler kendileri dava açamayacağından bu kişilerin mutlak hak ehliyetsizliği gibi bir sonuç ortaya çıkabilir⁶³³. Bu sebeple önemli bir zorunluluk olan hallerde bu davalar kanuni temsilci tarafından açılabilirdir⁶³⁴. Ancak yine de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren ve birçok kez onun hislerine tabi bulunması gereken haklar olduğundan kanuni bir sınırlandırmanın bulunmadığı her yerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci tarafından kullanılmasına da izin verilmemelidir⁶³⁵. Tam ehliyetsizlerin hukuki işlem ehliyetini ortadan kaldıran kanun hükmünün amacı, bu kişilerin mağduriyetini engellemektir. Bu görüşü savunan bazı yazarlar ise mutlak ve nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayırımını sakıncalı

⁶³¹ Açıkgöz, s. 284; Dural ve Ögüz, ss. 82-83. İsviçre Hukukunda da 2013 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle İsviçre Medeni Kanunu madde 19c/2 ile ayırt etme gücü bulunmayanların kişiliğe sıkı sıkıya bağlı oldukları için temsile kapalı olan haklar haricinde diğer kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kanuni temsilcileri tarafından temsil edilecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna göre bu temsil yetkisi öncelikli olarak vesayet ve kayımlık gibi kurumlarda önce ayırt etme gücünden yoksun kişinin iradesi ile yaptığı seçime ve bu yoksa yaşamsal bağlantıların yakın olduğu kişilere öncelik verilmiştir. Bu hususta bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 87; Tanrıver, s. 505; Antalya ve Topuz, s. 160.

⁶³² Dural ve Ögüz, ss. 82-83; Ertaş, s. 10; Tanrıver, s. 505; Antalya ve Topuz, s. 160; Kurt, s. 11 vd.

⁶³³ Dural ve Ögüz, s. 82; Ertaş, s. 10.

⁶³⁴ Kural olarak vasinin ayırt etme gücü olmayan kişi adına boşanma davası açamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin şiddetli geçimsizlik nedeni bir zorunluluk hali olarak nitelendirilmez. Ancak diğer eşin haysiyetsiz yaşam sürmesi veya fena muamele ya da cana kast hallerinde artık kanuni temsilcinin dava açabileceği kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Kuru, C. I, s. 1048. Dural ve Ögüz de zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk sebeplerinden birinde kanuni temsilcinin boşanma davası açabilmesini savunmaktadır. Dural ve Ögüz, s. 84. Öğretide Antalya ve Topuz da pek kötü ve onur kırıcı davranış ve zinayı kanuni temsilcinin boşanma davası açmaya yetkili olduğu hallerden kabul etmektedir. Antalya ve Topuz, s. 161.

⁶³⁵ Dural ve Ögüz, s. 83; Karakaş, s. 57.

bulmaktadır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların hangilerinde dar anlamda hangilerinde ise geniş anlamda temsilin söz konusu olacağı ancak somut olayda tam ve sınırlı ehliyetsiz arasında fark gözetilerek, ehliyetsizden yana duyarlı bir menfaat değerlendirmesiyle sonradan belirlenmelidir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı bir hakkın ne zaman kanuni temsilci tarafından bizzat kullanılabileceği ne zaman sınırlı ehliyetsizin bu hakkı kullanmasının ayrıca kanuni temsilcinin icazetini gerektireceği ancak her bir somut olayda menfaatler durumu duyarlılıkla değerlendirilerek saptanabilir. Bu konuda kavramsal kalıpların verilmesi yanlıştır⁶³⁶.

Yargıtay da bu gibi durumlarda tam ehliyetsizin çıkarını ölçü olarak almakta ve onun çıkarının korunması ve zarara uğramasının engellenmesinin gerektiği hallerde kanuni temsilcinin dava açabileceğini kabul etmektedir⁶³⁷. Bizce de tam

⁶³⁶ Serozan, Kişiler, s. 446.

⁶³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 88; bu yönde “Davacısı Bilal olan boşanma davasında, davalı eşin “akıl hastası olduğu” ortaya çıktığından bahisle, boşanma davasına bakan Asliye Hukuk Mahkemesi, vasi tayini için ihbarda bulunmuştur. Asliye mahkemesinin ihbarındaki açıklamaya göre, dava açıldığında, davalı eş Şükriye’nin kanuni ehliyeti haiz olmadığı anlaşılmaktadır.

Davada taraf teşkil yapılabilmesi için, davalıya bir vasi tayini ve ondan sonra davanın açılması gerekirdi. Bu işlem yapılmadan, dava açıldığı ve dava sırasında akıl hastası olduğu saptandığına göre, hacir altına alma yetkisi, boşanma davası açıldığı andaki eşlerin en son altı aydan beri yaşadığı yer mahkemesine aittir. Asliye Hukuk mahkemesince bir yetki uyumsuzluğu yaratılmadığına göre, vasi tayini isteklerinde ayrıca yetki araştırmasına gerek yoktur. Davanın açılmasından önce yapılması gereken vasi tayini işlemi, kocaya mevdu olup, müşterek ikametgahta açılacağına göre, olaya özgü vasi tayini isteğinde de Ankara Onaltıncı Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir.”, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 27.12.1994 tarihli, E. 1994/10866, K. 1994/16256 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (21.10.2019); Yargıtay bir kararında da boşanma davası esnasında ayırt etme gücü bulunmayıp daha sonra ölen kişinin dava esnasında dava ehliyeti bulunmadığından mirasçılarının ölüm sonrasında davaya devam edemeyeceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 8.12.2014 tarihli, E. 2014/25941, K. 2014/25026 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (21.10.2019). Alman Federal Mahkemesi ise her ne kadar boşanmaya ilişkin olmasa da bir kararında dava ehliyeti olmayan kimselerin ölümünden sonra açılan davaya herhangi bir mirasçısının vereceği icazet ile davaya devam edilebileceğini belirtmiştir. Alman hukukunda Alman Medeni Kanunu’nun 2039. maddesinde terekeye ait haklara ilişkin olarak her bir mirasçının talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Bu talep hakkı, medeni usûl hukukunda dava takip yetkisi ile bağdaştırılmıştır (Aynı yönde TMK m. 640/4). Türk hukukunda ise boşanma davası sürerken taraflardan birinin ölmesine ilişkin olarak özel bir hüküm getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrası ile “boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” Burada davaya devam edilmesi boşanmaya ilişkin bir hüküm alınmasına ilişkin olmayıp esasında kusurun belirlenmesine ilişkindir. Bu bağlamda mirasçılardan birinin davaya devam edip icazet vermesi ile dava ehliyetine ilişkin eksikliğin giderilmiş olacağı düşüncesindeyiz. Bu sebeple Yargıtay’ın söz konusu kararına katılmamaktayız. Bu hususta bkz. Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3. Alman Federal Mahkemesi’nin 30.1.1957 tarihli kararı için bkz. BGHZ 23, 207, 212 = NJW 57, 906, www.research.wolterskluwer-online.de, (26.12.2019). Wiczorek ve Schütze ise bu hususu icazetin geçmişe etkili olması ile açıklamışlardır. Yazarlara göre dava ehliyeti olmayan bir kimsenin açmış olduğu davaya verilen icazet, geçmişe etkilidir (ex tunc). Bu sebeple dava ehliyeti olmayan tarafın ölümünden sonra mirasçıları da birlikte ya da ayrı ayrı olarak davaya icazet verebilirler. Wiczorek ve Schütze, §51, Rn. 19. Aynı yönde Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §52, Rn. 5; Zöller, §52, Rn. 14.

ehliyetsizin çıkarına aykırı durumların oluşması durumunda kanuni temsilci aracılığı ile temsilleri mümkün olmalıdır.

Bu kişilerin çıkarları gözetilirken tek bir kıstasa bağlı kalmak doğru olmaz. Her olay ve hak türü yönünden ayrı ayrı değerlendirmek doğru olur. Ancak genellikle hak sahibinin korunması gereğinin bulunduğu ve kişiye bağlılığın çok sıkı olmadığı hallerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılmasında tam ehliyetsizin çıkarı vardır⁶³⁸. Ayırt etme gücü olmayan kişi adına dava açılmasının önemli bir zorunluluk olup olmadığı vesayet makamından dava açma izni alınırken araştırılacağından aynı zamanda bu şartın gerçekten var olup olmadığı vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecektir⁶³⁹.

(2) Türk Medeni Kanunu'nun 16. Maddesi'nin II. Fıkrası'nın Yorumundan Hareket Eden Görüş

Öğretideki bu görüşe bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi hak ehliyetinin bir gereğidir. Tam ehliyetsizler bakımından da kanunumuzda bu konuda açık kanun boşluğu bulunmaktadır⁶⁴⁰.

Kanunda düzenlenmesi gereken bir konuda hiçbir hüküm yoksa burada açık bir boşluktan söz edilecektir. Gerçek boşluğun bir türü olan açık boşluk, kanun koyucunun somut olayda uygulanabilecek soyut bir kural koyma konusunda eksik kalmasıdır⁶⁴¹. Başka bir deyişle kanunda somut olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunması gerekirken böyle bir hükmün bulunmaması hali açık boşluk olarak nitelendirilmektedir⁶⁴². Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesinin ilk fıkrasına göre hâkim kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa örf ve adet hukukuna göre bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermelidir. Böylesi durumlarda hâkim, uyuşmazlığı çözmekten kaçınmak yerine

⁶³⁸ Bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda ise hakkın niteliği gereği kişinin hisleri ağır bastığı ve kişiliği yakından ilgilendirdiği için, kanuni temsil hiçbir zaman söz konusu olamayacaktır. Örneğin nişanlanma, evlenme, af, ölüme bağlı tasarruf yapma ya da geri alma verilebilir. Bu hususta bkz. Dural ve Ögüz, s. 83.

⁶³⁹ Kuru, C. I, s. 1048.

⁶⁴⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, gözden geçirilmiş ilaveli 6. Bası, İstanbul, 1992, s. 230; Karakaş, s. 58.

⁶⁴¹ Altaş H., s. 253.

⁶⁴² Altaş H., s. 253.

hukuk oluşturma yolu ile boşlukları doldurma yoluna başvurur⁶⁴³. Hukukta boşluk ile karşılaşan hâkim hükümleri örnekseme ya da öncelikle uygulayarak çözmeye çalışacaktır. Bu şekilde çözüm elde edilemediği zaman genişletici yorum yoluna gidebilir⁶⁴⁴. Türk Medeni Kanun'un birinci maddesinin ilk fıkrasına göre kanunun sözüyle ve özüyle uygulanması gerekliliği bulunmaktadır. Tam ehliyetsiz kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bakımından kanuni temsilcileri aracılığıyla temsili hususundaki boşluk da kanunun özüne göre yorumlanmalıdır.

Hukuk düzeni, kişilere tanıdığı her bir hakkın kapsamı ile bunların kullanılmasının şartlarını ve şeklini ilgili hak yönünden özel olarak düzenlemiştir. Ancak hayatın sonsuz ihtimallerinin önceden görülmesinin ve buna göre en küçük ayrıntılara kadar düzenleme imkânının bulunmaması sebebiyle tüm hakların kullanılmasında dikkate alınacak genel bir sınırlama getirilmiştir⁶⁴⁵. Bir kanun hükmünün anlamının tespitinde hükmün lafzı ile birlikte özü de göz önünde tutulması gerektiğinden hükmün özünün araştırılması yapılırken dürüstlük kuralı ele alınacaktır⁶⁴⁶. Artık her somut olayda hâkim tarafından hakların kapsamının ve kullanma şartlarının varlığının belirlenmesinde dürüstlük kuralı esas alınacaktır⁶⁴⁷.

Türk Medeni Kanun'un 392. maddesine göre kanuni temsilcilerin yapamayacakları hukuki işlemler arasında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması sayılmamıştır. Her ne kadar ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin bu hakları kullanamayacağı açık olsa da kanuni temsilcinin bu hakları kullanmasına ilişkin herhangi bir engel yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin yorumundan hareketle tam ehliyetsiz kimseler bakımından bu hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴⁸. Aksine bir yorum tarzı tam ehliyetsizlerin hak ehliyetini sınırlayıcı bir sonuca ulaştıracaktır. Buna rağmen her türlü kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın da temsilci aracılığı ile kullanılabileceği de söylenemez. Bu kural istisnadır ve bu istisnanın ölçüsünü kanuni temsilcilerin bu hakları kullanmasında ayırt etme gücü olmayan kişinin açık bir

⁶⁴³ Altaş H., s. 247.

⁶⁴⁴ Dural, s. 142.

⁶⁴⁵ Dural ve Sarı s. 180.

⁶⁴⁶ Dural ve Sarı, s. 182.

⁶⁴⁷ Dural ve Sarı, s. 183.

⁶⁴⁸ Tekinay, Gerçek, s. 230.

menfaatinin olması veya haklarını kanuni temsilci tarafından kullanılamayacağını ileri sürmenin dürüstlük kuralına ters düşmesi halleri olacaktır⁶⁴⁹.

d. Yargılamada Kanuni Temsilci Aracılığı ile Kullanılabilecek Bazı Kişiy Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Değerlendirilmesi

(1) Yaş Düzeltme

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesine göre, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları⁶⁵⁰, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde görülür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.01.1954 tarihli bir kararında Cumhuriyet savcıları tarafından açılabilmesi sebebiyle bu hakların kişiy sıkı sıkıya bağlı haklardan olmadığını ileri sürerek, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından bu hakkın kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabileceği yönünde karar vermiştir⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Tekinay, Gerçek, s. 230; Ertaş, s. 11; Açıköz, s. 265.

⁶⁵⁰ Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde her ne kadar dava ifadesi yer almış olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 382/2 a-5'de kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, "Mahkeme Kararıyla Düzeltilmiş Nüfus Kayıtları Hakkında Tekrar Mahkemeye Başvurulabilir mi?", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Nüfus), s. 1852.

⁶⁵¹ "Kişiy bağlı haklar yasalarımızda açıkça belirlenmemekle birlikte kişiy bağlı hakkın mümeyyiz vasfını; başkası tarafından istimal edilmemesi teşkil eylediği halde; yaş tashihi davasının kanuni mümessillerle cumhuriyet savcıları tarafından dahi ikame edilebilmesi; yaş düzeltme hakkında münhasıran şahsa bağlı haklardan olamayacağı göstermekle bulunmuş..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.01.1954 tarihli 3/1 E., 1 K. sayılı karar için bkz. Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, , "Ayırt Etme Gücü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, dn. 89, s. 513. Bilge, s. 176. Aynı yönde daha yeni tarihli bir kararda da benzer esaslar kabul edilmiştir. Ancak kararın karşı oy yazısında: "Kocaya tanınan "soybağının reddi davası" açmak hakkı, kişiy sıkı sıkıya bağlı mutlak nitelikte olan haklardandır. Koca, bu hakkını doğrudan kendisi veya iradi temsilcisi eliyle kullanabilir. Bu hakkın, ayırt etme gücü bulunmayan kocanın adına kanuni temsilcisi (vasisi) tarafından kullanılması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile vasi, ayırt etme gücü olmayan kişi adına soybağının reddi davası açamaz. O nedenledir ki; yasa; kocanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde "diğer ilgililere" (kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi) (TMK. md. 291/1) dava hakkı tanınmıştır. Koca adına vasisi tarafından açılan soybağının reddi davasının bu sebeple reddine karar verilmelidir. Açıklanan sebeple değerli çoğunluk görüşüne katılmıyoruz." İlgili karara bu gerekçe ile katılmadığı belirtilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 17.05.2011 tarihli, E. 2011/6856, K. 2011/8576 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

Yargıtay'ın bu görüşü, varmış olduğu sonuç bakımından yerinde görülse de gerekçe bakımından eleştirilmektedir. Öğretideki bu görüşe göre, Cumhuriyet savcısının harekete geçebiliyor olması hakkın niteliğini kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmaktan çıkarmaz. Çünkü Cumhuriyet savcısına bu hakkın tanınması kamu düzeni düşüncesine dayanır. Nitekim soybağının reddi davasında da benzer şekilde hakkın sahibi haricinde kimselerin bazı durumlarda dava açabiliyor olması, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Benzer şekilde yaş düzeltme söz konusu olduğunda da Cumhuriyet savcısına tanınan bu yetki, hakkın niteliğinde bir değişiklik oluşturmaz⁶⁵². Bizce de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 70. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısının, hukuk davalarında ve gerektiğinde çekişmesiz yargı işlerinde yer almasının temelinde, kamu düzeninin korunması düzeninin korunması düşüncesi yatar. Cumhuriyet savcısına tanınan bu yetki, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Aksinin kabulü halinde ayırt etme gücüne sahip olan ancak fiil ehliyeti tam olmayanlar bakımından da bu hakkın kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi ihtimali doğacaktır. Bu sebeple öğretideki bu görüşe katılmaktayız.

(2) Adın Korunması

Kişinin manevi bütünlüğünün oluşmasında büyük önem taşıyan ve sahibinin dış dünyaya tanıtımında yansıtıcı görevi gören ad, korunması gereken bir olgudur⁶⁵³. Bu sebeple ad üzerindeki hakkı koruma düşüncesi her şahsın tek ve yerine konulamaz özelliğe sahip olmasından doğmuştur. Bu özellik, bireyleştirmeye ve diğer kişilerden ayırmaya yarayan kelimeler veya işaretlerle anlatılmıştır⁶⁵⁴. Kişinin aile, çalışma hayatı gibi toplumla sürekli temas halinde bulunduğu alanların da bir parçası haline gelen adın bir kişilik hakkı olduğu kabul edildiğinden adın korunmasında Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması ile ilgili hükümlerinden yararlanılacaktır. Ancak Türk Medeni Kanunu ada verdiği önem dolayısıyla kişiliğin

⁶⁵²Kuru, C. I, ss. 1040-1041, 1047; Postacıoğlu, s. 177; Ertaş, s. 11; Açıkgöz, s. 268.

⁶⁵³ Dural ve Ögüz, s. 165; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 113; Kılıçoğlu, s. 195; Esra Dursun, **Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 7.

⁶⁵⁴ Dural ve Ögüz, s. 165; Kılıçoğlu, s. 109; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 110; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta, İstanbul, 2001, Koruyucu Davalar, s. 75.

korunmasına yönelik genel hükümler dışında özel olarak adı koruma yoluna gitmiştir⁶⁵⁵. Kanun kişiyi ayırt etmeye yaran tüm işaretleri korur çünkü korumanın amacı adlandırılmış kişinin ayırt edilebilmesidir⁶⁵⁶.

Adın korunması, Türk Medeni Kanunu'nun 26. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre; *“Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir”*.

Türk Medeni Kanunu'nun 26. maddesine göre adın kullanılması çekişmeli olan kişinin hakkının tespitini dava edebilmesi ve adı haksız olarak kullanılan kişinin bunu talep edebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir, kanuni temsilci ile temsil edilmesine gerek yoktur. Ayrıca sınırlı ehliyetsiz kimselerin adın korunması kapsamında tek başına manevi tazminat davası açabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak maddi tazminat talebinin kanuni temsilci aracılığı ile talep edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵⁷.

Asıl sorun ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler bakımından bu hakkın nasıl kullanılacağıdır. Öğretide adın korunması nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler bakımından bu hakkın kanuni temsilci aracılığıyla kullanılması mümkündür⁶⁵⁸. Kanımızca da bu hak niteliği itibariyle nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple de tam ehliyetsiz kişinin korunması için kanuni temsilcisinin harekete geçebilmesi mümkündür.

(3) Adın Değiştirilmesi

Adın değiştirilmesi, adın sahibi olan kişinin haklı nedenlerle yeni veya değiştirilmiş bir isim talebinde bulunmasıdır⁶⁵⁹. Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesine göre *“Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden*

⁶⁵⁵ Dural ve Ögüz, s. 165; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 113; Dursun, s. 7.

⁶⁵⁶ Dural ve Ögüz, s. 165; Helvacı, Kişilik, s. 75.

⁶⁵⁷ Bucher ve Aebi-Müller, Art. 19, N. 234; Karakaş, s. 101.

⁶⁵⁸ Christian Brückner, **Das Personenrecht des ZGB**, Schuttlhess, Zürich, 2000, N. 217; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser, **Zivilgesetzbuch I**, 5. Auflage, Helbing Lichtenhan Verlag, Basel, 2014, Art. 19, N. 41; Karakaş, ss. 101-102.

⁶⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 200; Dural ve Ögüz, s. 177; Karakaş, s. 102.

istenebilir”⁶⁶⁰. Ad değişikliğinin amacı, bir önceki ad ile ortaya çıkan özellikle ahlaki, zihinsel ve manevi dezavantajların yanı sıra ekonomik dezavantajları da ortadan kaldırmaktır. Bununla birlikte, bu çıkarlar, objektif kriterler temelinde ve bu nedenle değiştirilecek adın çevreyi nasıl etkilediği üzerine değerlendirilmelidir; adın sahibinin sübjektif nedenleri bu değerlendirmede temel olarak önemsiz kalmaktadır⁶⁶¹.

Adın veya soyadının değiştirilmesinin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğuna ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. İsviçre hukuku öğretisinde bir grup yazar bu hakkın kişilik ile bağlantısı çok sıkı olmadığından nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak değerlendirmektedir. Bu yazarlara göre tam ehliyetsizler açısından, bu hakkın kanuni temsilci aracılığı ile kullanılması mümkündür⁶⁶². Benzer bir şekilde İsviçre’de yargı kararlarında da adın değiştirilmesi talebinin, ayırt etme gücü olmayan kimse için kanuni temsilcisi aracılığı ile yapılabileceği kabul edilmiştir⁶⁶³. Ayırt etme gücü bakımından ise genellikle 12 yaşın doldurulması ile artık bu kudrete sahip olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Esasında bu çıkarım İsviçre Medeni Kanunu’nun 270b maddesinden hareketle yapılmaktadır. Bu maddeye göre çocuk on iki yaşını doldurmuşsa adı sadece onun onayı ile değiştirilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında özellikle çocuğun soyadı değişikliği durumunda,

⁶⁶⁰ Türk Medeni Kanununun öngördüğü "haklı neden" bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hakim in bu konudaki takdiri ileri sürülen nedenin ve yeni alınmak istenen ad veya soyadının toplum değerlerine ve kanunun buyurucu kurallarına ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğu tespiti gerekir. Yargıtay uygulamalarında, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı ad ve soyadı ile anılmayı ve onu kayden de taşımayı istemesinin haklı neden teşkil edeceği kabul edilmiştir Bu hususta bkzn. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 8.2.2018 tarihli E. 2017/6911 K. 2018/1819 , www.lexpera.com, (10.10.2019)

⁶⁶¹ BGE 108 II 1.Ea, s. 4, karar için bkzn. www.swislex.ch, (06.08.2019).

⁶⁶² Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Vogel, s. 134.

⁶⁶³ BGE 117 II 6 E.1 b, s. 7; BGE 108 II 1.Ea, s. 4, www.swislex.ch, (01.10.2019). İsviçre’de, adın değiştirilmesi talebi, Türk hukukundan farklı olarak mahkemeye değil, haklı nedenlerin bulunması durumunda kişinin yerleşim yerinin bulunduğu kanton hükümetine yapılmaktadır (SchZGB m. 30). Kanton hükümeti, bu idari başvuruyu değerlendirip, bu konuda dikkate alınması gereken bir nedenin bulunup bulunmadığını inceler. İdarenin bu talebi reddetmesi halinde yargı yolu açıktır. Bu hususta daha fazla bilgi için bkzn. Büchler, Art. 30.

⁶⁶⁴ BGE 140 III 577, s. 579; Büchler, Art. 30, N. 7; Mirjam Werlen, **Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD ASR** - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 806, s. 450; Ursula Gontersweiler-Lüchinger, **Wahrung Höchstpersönlicher Rechte Handlungsunfähiger und Beschränkt Handlungsunfähiger Personen**, Verlag P. G. Keller, Zürich, 1955, s. 17; Bununla birlikte Öğretide Bucher ve Aebi-Müller, her durumda oniki yaşndan büyük çocukların isim değişikliği konusunda karar vermeye yeterli olduğunun kabul edilmesinin doğru olmayacağı kanaatindedir. Böyle bir görüşün bireysel davaya dayanan esnek karar sistemine aykırı olacağı kabul edilecektir. Bucher ve Aebi Müller, Art. 30, Nr. 259.

ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına talepte bulunan veli arasında çıkar çatışması bulunup bulunmadığı hususuna dikkat edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur⁶⁶⁵. Özellikle, soyadı değişikliği ile ilgili olarak kendi düşüncelerini aktaracak, kendi görüş ve değerlendirmelerini belirtecek olan anne ya da babanın çocuğun kanuni temsilcisi olarak görev alması tartışma konusu olmuştur⁶⁶⁶. Velinin çocuğa adını koyması ile artık bu husustaki temsil hakkının sona erdiği İsviçre Federal Kanunu'nun 306. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çocuğa artık bir temsil kayyımı (*Vertretungsbeistand*) atanması gerektiği ileri sürülmektedir ancak öncelikle anne ve babanın bu hususta fikir birliğine sahip olup olmadığı hususu üzerinde durulmalıdır. Eğer anne ve baba aynı fikirdeyse artık çocuk için bir çıkar çatışmasının olmadığı kabul edilebilir⁶⁶⁷.

Türk hukukunda ise adın değiştirilmesinin nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁸. Yargı kararlarında da tam ehliyetsizler bakımından bu hakkın kanuni temsilci aracılığı ile kullanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁹. Özellikle boşanma davasının sonuçlanması ile velayeti alan

⁶⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin önceki kararlarında bu hususa değinilmemiştir. Bu hususta bkz. Thoma Geiser, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 10.9.1998, Bemerkungen von Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, AJP 1998 s. 1512vd. 2008 yılında ise bu husus yargı kararlarında tartışılmaya başlanmış, özellikle olası çıkar çatışmasına dikkat çekilmiş ancak bu soru bilinçli olarak açık bırakılmıştır. Urteil des Bundesgerichts 5A_61/2008 vom 16. Juni 2008 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2010 vom 3. Juni 2010 E. 5.3.1

⁶⁶⁶ Büchler, Art. 30, N. 7; Burak Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", **MÜHF – HAD**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, s. 194.

⁶⁶⁷ KES 17 672, s. Entscheid des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts vom 14. Dezember 2017 N. 17, karar için bkz. www.swislex.ch, (06.08.2019).

⁶⁶⁸ Saymen, Yaş Tahsisi, s. 90; Helvacı, Kişilik İşlemleri Hakları, s. 89; Karakaş, s. 103.

⁶⁶⁹ Bilge, s. 176; Dural ve Ögüz, s. 179. "*Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:*

Davacılar dava dilekçesinde, küçük çocukları Berat Mirançan'ın, aile içinde ve çevresinde "Berat" adı ile bilinip çağrıldığını ileri sürerek "Berat Mirançan" olan adının "Berat" olarak değiştirilmesini istemiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 27. maddesi hükmü uyarınca kişi, haklı nedenlere dayanarak adının değiştirilmesini hakimden isteyebilir. Yargıtay uygulamalarında yasanın buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla bir kişi çevresinde tanındığı adını kullanabilir ve bu adla nüfusa tescilini isteyebilir.

Yargılama sırasında dinlenen tanıklar da küçüğün çevresinde ve aile arasında Berat adı ile bilindiğini beyan ettiklerinden ve kolluk araştırma tutanağında da küçüğün Berat adı ile bilindiği tespit edildiğinden davacılar tarafından haklı nedeni kanıtlanmadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 9.11.2015 tarihli E. 2015/1950, K. 2015/16125 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, 31.10.2019. Benzer şekilde: "*Davacılar dava dilekçesinde, müşterek çocuklarının çevresinde "K4" adıyla tanınmasına karşın nüfus kütüğüne*

tarafın, çocuğun adını çeşitli sebeplerle değiştirmek için başvurduğu görülmektedir. Böyle bir durumda velayeti elinde tutan taraftan bağımsız olarak çocuğun üstün yararı göz önünde tutulmalı ve gerçekten adın değiştirilmesi için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına ilişkin hukuka uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için çocuğa kayyım atanmalıdır. Çünkü burada ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk ile kanuni temsilcisi arasında adın değiştirilmesi sebebi göz önünde bulundurulduğunda bir menfaat çatışması bulunması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bazı yargı kararlarında anne ve babanın adın değiştirilmesi söz konusu olduğunda çocuk ortak velayet altında olmasa dahi bu yola birlikte başvurmaları gerektiğinden bahsedilmiştir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.12.2010 tarihli 2010/18-643 esas 2010/648 karar sayılı ilamında:

“... taraflar boşanmış ve velayet davacı anneye verilmiş olsa da; ... Velayet şartlarında daha sonra oluşabilecek değişiklik nedeni ile velayetin babaya verilmesi de ihtimal dahilindedir. Çocuğun adının anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirilmesi talebini de yasal şartların oluşması halinde mahkemeden birlikte istemeleri gerekir. Anne ve babanın bu taleplerini birlikte yapmamaları veya değişiklik üzerinden anlaşamamaları halinde birinin başvurusu üzerine diğerinin davada taraf olarak oyu sağlanmalıdır. Taraf teşkiline ilişkin bu husus dava şartı olup, kamu düzenine ilişkin olmakla

"K1" olarak kaydedildiğini ileri sürerek, tanınıp bilindiği adının, nüfus kayıtlarında yer almasını temin için K1 olan adının iptali ile K4 olarak nüfusa kayıt ve tescilini istemiş, mahkemece Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü ile Türk Dil Kurumu Kişi Adları Sözlüğünde yapılan incelemede Türkçe'de K1 ve K4 şeklinde ad kullanımı olmadığı bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar müşterek çocuklarının K1 olan adının K4 olarak düzeltilmesi için haklı nedeni bulunduğunu ileri sürmüştür. 5490 sayılı Nüfus Kanunu'nda ve gerekse yürürlükteki diğer yasalarda kişinin, almak istediği adın herhangi bir anlamının olması gerekmemektedir. Kişiyi mutlu edecek ve onu benimsediği yeni ad, haklı neden bulunduğu takdirde nüfusta kayıtlı bulunan adı ile her zaman değiştirilebilir.” Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 01.10.2012 tarihli E. 2012/9568, K. 2012/10483 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (31.10.2019), Öğretide Dural ve Ögüz sınırlı ehliyetli kişiler bakımından her ne kadar adın değiştirilmesini isteme kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olsa dahi kanuni temsilcinin bu isteme katılması gerektiğini ileri sürmektedir. Hatta ergin olmayan ve anası ve babası evli olan çocuklar Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin 3. fıkrasına göre ailenin babasının soyadını taşımak zorunda olduğu için, ister velayet ister vesayet altında olsun ergin oluncaya kadar soyadını değiştiremeyecektir. Aynı durum anası ve babası evli değilken doğan ve anasında kalan çocuk için de söz konusudur. Dural ve Ögüz, ss. 179-180. Öğretideki ayırt etme gücüne sahip küçükler için ileri sürülen bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim Kanun hükmünde açık bir şekilde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, ayırt etme gücüne sahip olan kişi tarafından bizzat kullanılması gerektiği kabul edilmiştir. Burada ergin olmayan ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun çıkarı doğrultusunda ayrıca kanuni temsilcinin işleme katılmasının bir gereği bulunmamaktadır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin haklı sebeplerin bulunması halinde anası ve babası evli olan çocuğun ergin olana kadar bu talepte bulunamayacağına ilişkin görüşe katılmamaktayız.

davanın her aşamasında mahkemece resen dikkat edilmesi gereken bir olgudur.” ifadeleri ile bu husustan bahsedilmiştir.

Tam ehliyetsiz olan çocuğun adının değiştirilmesine ilişkin haklı bir sebep var ise çocuğun kanuni temsilcisi olan veli tek başına bu talepte bulunabilecektir. Ancak belirttiğimiz üzere veli ile çocuk arasında menfaat çatışmasının bulunması ihtimalinden hareketle yargılama esnasında kayyım atanması, yargılamanın daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için gereklidir. Burada üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise adın değiştirilmesinin bir çekişmesiz yargı işi olmasıdır⁶⁷⁰. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382/2-a-2 maddesinde ad ve soyadının değiştirilmesi çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır. Çekişmesiz yargıda taraf yerine ilgili kavramı bulunması sebebiyle, adın değiştirilmesinde de ilgililer bulunmaktadır. Çekişmesiz yargı işlerinde, dava şartları, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde birer yargılama şartı olarak varlık gösterecektir. Özellikle adın değiştirilmesi için ortaya sürülen haklı sebebin diğer ebeveyninden kaynaklı bir durum olduğu ileri sürülmekteyse, her ne kadar velayet diğer tarafta olsa dahi yargılamaya katılıp, hukuki dinlenilme hakkını kullanması için diğer ebeveynin de ilgili olarak yer alması bizce de yerindedir.

Bazı hallerde evlilik birliği içerisinde de ana ya da baba, adın değiştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 339. maddesinin 3. fıkrasına göre çocuğun adını ana ve baba koyacaktır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Bildirim; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri yada çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumu gösteren resmî belgeye dayanarak yapılabileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak da yapılabilir.*” Görüldüğü üzere doğum beyanının veli tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmış, adın konulması usûlüne ilişkin herhangi bir özel düzenleme getirilmemiştir. Uygulamada da nüfus müdürlüğüne yapılan başvuruda anne ve babanın birlikte

⁶⁷⁰ Adın değiştirilmesi işi, uyumsuzluk yokluğu ve inşai etki ölçütleri bakımından çekişmesiz yargı işidir. Bu hususta bkz. Aras, s. 31. Her ne kadar Yargıtay’ın bazı kararlarında adın değiştirilmesi talebini bir dava olarak nitelendirdiği olsa da Yargıtay’ın bu kararlarına katılmamaktayız. “*Diğer yandan 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesinin 1/a bendinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahısların yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun b fıkrasında ise ad ve soyada ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Davacının talebinin çekişmesiz yargı kapsamında olmadığı.*” Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 20.2.2014 tarihli E. 2014/1591, K. 2014/2198 sayılı kararı için bkz. kazanci.com, (05.10.2019).

başvurması şartı aranmamaktadır. Çoğunlukla anne daha hastanedeyken, kendi istediği adın koyulmasını talep eden baba, nüfus müdürlüğüne gidip doğrudan çocuğun adı olarak kendi belirlediği adı koymaktadır. Elbette ki bu durumun tam tersi de meydana gelebilir. Müşterek çocuğuna onayı olmaksızın diğer eş tarafından ad konulan kişi, genellikle bu durumun ortadan kaldırılması için ad değiştirme yoluna başvurmaktadır. Bu konuda İzmir Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesine değinmiştir. Bu madde uyarınca *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini isteyebilirler. Hakim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri”* alabilir. İzmir Bölge Adliye Mahkemesine göre velayet, müşterek çocuğun adının konulmasını da kapsadığından ve taraflar boşanmış olsalar dahi bu konuda anne ve babanın birlikte hareket etmeleri gerektiğinden, annenin davaya dahil edilmesi dava şartıdır. Bu durumda mahkemece davaya dahil edilmeyen annenin davaya katılımı sağlanmalı, annenin davaya muvafakat etmemesi durumunda çocuğun adı konusunda anne ve baba arasında uyuşmazlık meydana gelmiş olacağından hakim (aile hakiminin) müdahalesi sağlanarak uyuşmazlığın giderilmesi sağlanmalı, davacıya bu konuda aile hakimine müracaatı için süre verilerek bu mesele bekletici sorun yapılmalı ve ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmelidir⁶⁷¹.

(4) Kişisel Durum Sicilinin Düzeltilmesi

Bir kimsenin kişisel durumunun kaydedildiği sicillere, kişisel durum sicilleri denilmektedir⁶⁷². Bu siciller aracılığı ile kişisel durumun kolayca belirlenmesi imkanı sağlanmıştır⁶⁷³.

⁶⁷¹ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin 1. Hukuk Daire'sinin 20.02.2017 tarihli E. 2017/167, K. 2017/166 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (05.05.2019).

⁶⁷² Dural ve Ögüz, s. 199; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 127.

⁶⁷³ Dural ve Ögüz, ss. 199-201; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 127.

Kişisel durum sicilleri Türk Medeni Kanunu'nun 41. maddesinde yer alan doğum sicili, 43. maddesinde yer alan ölüm sicili ve 144. maddesinde yer alan evlenme sicilidir. Bunun dışında Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun da düzenlenmiş bazı siciller bulunmaktadır.

Bazı istisnai haller haricinde kişisel durum sicillerinde yanlış kayıtlar ya da kişisel durumun değişmesi yüzünden değişiklik ve düzeltme yapılabilmesi için kesinlikle hakim kararı gerekmektedir. Hakim karar vermedikçe bu sicillerde herhangi bir değişiklik ve düzeltme yapmaya nüfus memuru yetkili değildir (TMK m. 39; Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 35/I). Değişiklik ve düzeltme, geniş anlamda ele alınmaktadır, yani bu kavram içine hem yanlış kayıtların düzeltilmesi hem de kişisel durumlarda ortaya çıkan değişiklikler dolayısıyla yapılması gereken değişiklikler ve düzeltmeler girer⁶⁷⁴.

Kişisel durum sicillerinin düzeltilmesi, özellikle yaş düzeltme talepleri üzerinden ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Burada kişisel durum sicillerinin düzeltilmesine ilişkin taleplerin nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple tam ehliyetsizler, yargılama esnasında bu taleplerini kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanabileceklerdir⁶⁷⁵.

(5) Kişilik Hakkına Saldırı Nedeniyle Koruyucu Nitelikte Dava Açma Hakkı

Kişilik hakkına saldırı nedeniyle koruyucu nitelikte davalar, kişilik hakkı tecavüze uğrayan veya tecavüz tehdidi altında bulunan kişinin, hakimden bu hakkının korunmasını sağlaması için başvurabileceği hukuki yollardır⁶⁷⁶. Kişilik hakkında saldırı nedeniyle koruyucu nitelikte dava açmak, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bununla birlikte öğretide, bu davaların koruyucu niteliği göz önüne

⁶⁷⁴ Dural ve Ögüz, s. 204; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 133.

⁶⁷⁵ Aytekin M. Ataay, Yaş Tahsisi Davası Münhasıran Şahsa Bağlı Davalar, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1957, s. 34 vd; Karakaş, s. 106.

⁶⁷⁶ Helvacı, Korucuyu Davalar, s. 79; Dural ve Ögüz, s. 146; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 108; Kılıçoğlu, s. 186.

alındığında tam ehliyetsizler adına vesayet altında ise vasinin, velayet altında ise velinin bu davaları açabileceği kabul edilmektedir⁶⁷⁷.

Davanın bir an önce açılması ile zararın meydana gelmesine ya da artmasına engel olmak hedeflenmektedir. Kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin kişilik hakkına bir tecavüz yapılmasını veya tekrarını engelleyerek koruma ve gözetme görevlerini yerine getirmektedir⁶⁷⁸. Tam ehliyetsizlerinin bu haklarını kanuni temsilcileri aracılığı ile kullanamayacaklarını kabul etmek, koruma düşüncesinin aksine bir sonuç doğuracaktır. Hatta burada, kanuni temsilcinin tam ehliyetsiz kişinin göreceği zarara engel olmak ya da azaltmak için bir an önce harekete geçmesi gerekmektedir.

Tam ehliyetsiz kişinin kişilik haklarına ilişkin bir saldırıyı önleme ya da bunlar hakkında manevi bir tazminat istenmesinin gerektiği hallerde, kanuni temsilcinin bu hakları kullanabileceği Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir⁶⁷⁹.

Öğretide tam ehliyetsizlerin manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak Erlüle⁶⁸⁰, her ne kadar manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olsa da ayırt etme gücünden yoksun kişilerin de kişilik haklarına sahip olduklarını belirtmiştir. Yazara göre, kanunda bu kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceklerine ilişkin bir hüküm olmamasından hareketle kanuni temsilcilerinin bu talepte bulunabileceği yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Aksinin kabulü ayırt etme gücünden yoksun olanların kişilik haklarından yararlanamaması sonucunu doğurur. Oysa bir kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması onun insan olma özelliğine zarar vermediği gibi; kişilik hakkının koruyucu hükümlerinden yararlandırılmaması da eşitlik ve adalete aykırıdır. Bu sebeple yazar, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olma özelliğine hakkaniyet ve adalet

⁶⁷⁷ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Kuru, C. I, s. 1047; Postacıoğlu, s. 176; Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 158.

⁶⁷⁸ Helvacı, Korucuyu Davalar, s. 158.

⁶⁷⁹ Aynı yönde Bilge, s. 176.

⁶⁸⁰ Öğretide Erlüle, öncelikli olarak tam ehliyetsizin manevi tazminat talep edip edemeyeceği tartışmasını bedensel bütünlüğün ihlal edilmesinden ötürü manevi tazminat davaları kapsamında değerlendirmiştir. Yazar, manevi tazminat talep edebilecek kişilerin tespiti bakımından öncelikli olarak sübjektif manevi zarar ya da objektif manevi zarar görüşlerinden hangisinin esas alınacağını belirlenmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Çünkü sübjektif manevi zarar görüşü esas olarak kabul edilirse ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin kendisinin dahi böyle bir zararı talep etme hakkının doğmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte objektif manevi zarar görüşü esas alınırsa idrak ve hissetme yeteneğinden yoksun olan tam ehliyetsizler bakımından kanuni temsilcilerinin manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu hususta Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2015, s. 240.

düşüncesi ile istisna tanıyarak ayırt etme gücünden yoksun olanlar adına kanuni temsilcilerinin manevi tazminat talebini ileri sürebileceklerini kabul etmenin gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁸¹.

Yargıtay, bir kararında, bir küçüğün ırzına geçilmesinden dolayı manevi tazminat talep edilmesine ilişkin olarak manevi tazminat talep hakkı olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması durumunda bu talebin kişiye sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle kişi tarafından talep edilmesi gerektiği, ancak kişinin ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı durumlarda talep hakkının kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabilceğini belirtmiştir⁶⁸². Bu karardan hareketle kişiliğin korunmasına ilişkin talepler ne kadar kişiye sıkı sıkıya hak niteliği teşkil etse de, gerekli durumlarda Yargıtay'ın bu hakkı kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabilceği düşüncesinde olduğu çıkarımında bulunulabilir⁶⁸³.

Tam ehliyetsizlerin kişilik haklarını koruyucu nitelikteki davalarda, davalı olmaları açısından bir değerlendirme yapmamız gerekirse, kural olarak tam ehliyetsizler haksız fiillerinden sorumlu değildirler. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin kusurundan söz edilemez. Ancak koruyucu nitelikteki davalarda, hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi yeterlidir. Kusur ayrıca aranmaz. Bu sebeple tam ehliyetsizlere karşı da koruyucu nitelikte davalar açılabilir⁶⁸⁴. Bu davalarda tam ehliyetsizler kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilecektir.

Tam ehliyetsizler yargılamada kanuni temsilcileri tarafından temsil edildiklerinden dava dilekçesi, tam ehliyetsizin kanuni temsilcisine tebliğ edilir. Davalı tam ehliyetsiz kişinin kanuni temsilcisi yoksa ona kanuni temsilci atanması

⁶⁸¹ Erlüle, s. 240.

⁶⁸² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29.12.1960 tarihli E. 6973, K. Sayılı kararı için bkz. Erkan ve Yücer, dn. 87, s. 512; Aynı yönde Ataay, s. 201; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 96. Kişilik haklarının ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edilmesine ilişkin bir başka kararda ise henüz 2 yaşında iken başında sahibi bulunmayan köpeği sevmek isteyen ancak köpeğin kolunu ısırması sebebiyle yaralanan davacının babası, çocuğunun kolunda ömür boyu iz kalması sebebiyle maddi ve büyük travmalar yaşaması sebebiyle manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme hem maddi hem manevi tazminat talebini kabul etmiştir ancak Bölge Adliye Mahkemesi kararı anne ve babanın velayeti birlikte kullanması sebebiyle, sadece kanuni temsilci olarak babanın yargılamada yer almasının dava ehliyeti eksikliği sebebi yarattığını belirterek kararı kaldırılarak yerel mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Yerel mahkemeye tam ehliyetsizin kanuni temsilcisi aracılığıyla manevi tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmişken, bu husus istinaf aşamasında değerlendirilmemiş ve dava ehliyeti eksikliği sebebiyle karar kaldırılıp yerel mahkemeye geri gönderilmiştir. Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi'nin 1.3.2019 tarihli, E. 2019/474, K. 2019/421 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (14.08.2019).

⁶⁸³ Postacıoğlu, s. 176.

⁶⁸⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 160.

gereklidir. Kişilik haklarını koruyucu nitelikli davalarda da kanuni temsilcisi olmayan tam ehliyetsiz kişiye yapılan usûli işlemler geçersiz olacaktır. Ancak bu davalarda da davalının kanuni temsilcisi davalıya karşı yapılmış olan usûl işlemlerine icazet verebilir⁶⁸⁵.

Öğretide Helvacı, tam ehliyetsizler için yapmış olduğu değerlendirmeye benzer bir değerlendirmeyi sınırlı ehliyetsizler için de yapmaktadır. Yazara göre her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz kimseler dava ehliyetine sahip olsalar da kişilik hakkı tecavüze uğrayan sınırlı ehliyetsizin gaip olması gibi sebeplerin varlığı halinde derhal açılması gereken bir davayı açamayacak ya da rıza veremeyecek olması durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin birinci bendi kıyasen uygulanmak suretiyle tam ehliyetsizlerde olduğu gibi kanuni temsilciye rıza olmadan dava açabilme olanağı tanınmalıdır⁶⁸⁶.

(6) Soybağının Reddi Davası

Soybağının reddi davası açabilme hakkının, mutlak olarak mı yoksa nisbi olarak mı kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu tartışmalıdır⁶⁸⁷.

Öğretide bir görüşe göre soybağının reddi davasının bizzat ayırt etme gücüne sahip olmayan koca tarafından kullanılması gerekmektedir. Koca ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla kısıtlı olsa dahi bu hakkını kullanırken kanuni temsilcisinin iznini almak zorunda değildir. Ancak koca, tam ehliyetsiz yani ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise kanuni temsilcisinin ya da atanacak olan bir kayyımın onun adına dava açmasına imkan yoktur⁶⁸⁸. Çünkü Medeni Kanun bu durumda kocanın altsoyuna, ana ve babasına hatta baba olduğunu iddia eden kişiye dava açma imkanını tanımıştır. Türk Medeni Kanun'unun 291. maddesinde dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde, kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden

⁶⁸⁵ Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 160.

⁶⁸⁶ Helvacı, Kişilik, s. 158.

⁶⁸⁷ Karakaş, s. 135.

⁶⁸⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 339.

başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede bir istisna yer almakta, kocanın açacağı dava bakımından çocukla birlikte mirasçı olabilecek ya da çocuk yüzünden mirastan mahrum kalabilecek kişilere de dava hakkı tanınmaktadır. Kanun koyucu, burada kocadan başka kimselere de bu hakkı tanımıştır. Bir diğer görüşe göre ise; diğer ilgililere dava açma hakkı tanındığından, soybağının reddi davasının nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bu sebeple kanuni temsile izin verdiği sonucuna ulaşılmıştır⁶⁸⁹. Bununla birlikte dava açma süresi sona ermeden, kocanın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi, diğer ilgililerin dolayısıyla kanuni temsilcinin dava hakkına sahip olması neticesini doğurmaz. Çünkü bu hal Medenî Kanun'un 289. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde haklı sebep teşkil eder ve koca ayırt etme gücünü kazandığı zaman kendisi dava açabilir⁶⁹⁰. Kanımızca soybağının reddi davası nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir. Ancak Kanun açık olarak kocanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda dava açabilecek kişileri saymıştır. Böyle bir durumda kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi sebebiyle hakkını kullanamamasının önüne geçilmiştir. Kanunun açıkça düzenlediği bu hal için artık kanuni temsilci aracılığı ile dava açılmasına bir ihtiyaç olmadığı düşüncesindeyiz.

(7) Tanımanın İptali

Türk Medeni Kanunu'nun 297. maddesinde tanıyanın, yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanımanın iptalini dava edebileceği hüküm altına alınmıştır. İlgililerin dava hakkı üst başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 298. maddesinde ise *“Ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanımanın iptalini dava edebilirler”* ifadesi ile tanımanın iptali yoluna tanıyan haricindeki ilgililerin de gidebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple hem tanıyan bakımından hem de diğer ilgililer bakımından, bu kişilerin tam ehliyetsiz olmaları halinde, davada kanuni temsilleri ayrı ayrı ele alınmalıdır.

⁶⁸⁹ Karakaş, s. 139. Benzer şekilde kanuni temsilcinin soybağının reddi davası açabileceğine ilişkin olarak bkz. Antalya ve Topuz, s. 160.

⁶⁹⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 269.

Öncelikle, tanıyanın iptal davası açması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımıdır. Öğretide, ilgililere de dava açma hakkının tanınmış olması sebebiyle, tanıyan bakımından, tanımanın iptali davası açma hakkının nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁶⁹¹. Bu hususun, medeni usûl hukukuna etkisi ise bu kimselerin tam ehliyetsiz olsa dahi kanuni temsilcileri ile bu davayı açabilecek olması şeklinde kendisini göstermektedir.

Diğer ilgililerin dava hakkı bakımından ise bu hakkın ana ve çocuk için kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak teşkil ettiği görülmektedir. Ancak öğretide ana ya da çocuk bakımından bu hakkın nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu, başka bir deyişle, ana ya da çocuğun tam ehliyetsiz olması durumunda davanın kanuni temsilci tarafından açılabilmesi kabul edilmektedir⁶⁹².

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise özellikle çocuğun bu davayı açması durumunda kanuni temsilcisi olan ana ile arasında menfaat çatışması olduğudur. Böyle bir durumda çocuğa kayyım atanması ve yargılamaya bu şekilde devam edilmesi gerekmektedir⁶⁹³. Bu husus sadece çocuğun davacı olduğu durumlarda değil, yargılamada ana ile birlikte davalı olarak yer aldığı hallerde de geçerlidir⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Karakaş, s. 140.

⁶⁹² Karakaş, s. 141.

⁶⁹³ Samuel Zogg, "Das Kin im familienrechtlichen Zivilprozess", FamPra.ch, Heft: 2, 2017, s. 416. Aynı yönde "Davacı küçük K1 kayyımı 29/07/2016 tevzi tarihli dilekçesinde özetle, kayyımı olduğu, küçüğe Büyükçekmece 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2016/363 Esas, 2016/684 Karar sayılı kararı ile kayyım olarak atandığını, küçüğün 25/02/2011 tarihinde doğduğunu, K2 ile K3'nin evlilik dışı birleşmesinden dünyaya geldiğini, küçüğün doğumu sırasında biyolojik babanın sosyal durumu ve bulunduğu mevkinin getirdiği bazı sebeplerden ötürü küçük ile arasında nesep ilişkisi kuralamadığını, bu sebeple küçük K1'nin toplum içinde babası belirsiz durumda kalmaması için amcaoğlu K4 tarafından tanınması suretiyle nüfusuna kayıt ettirildiğini, daha sonra sebepler ortadan kalktığında biyolojik baba K3 ile K2'nin evlendiğini, küçük K1'nin doğduğu andan beri anne ve biyolojik baba K3 ile birlikte yaşadığını, çocuğun baba nüfus kaydına geçirilmesinin ruhsal gelişimi açısından da önem arz ettiğini, çocuğun okula başlayacağını, doğduğu günden beri K3'yi babası bildiğini, K3'de çocuğun babası olduğunu kabul ettiğini, biyolojik babanın babalık davası açacağını, izah edilen nedenlerle küçük K1'nin nüfus kaydında baba olarak gözüken tanıyan K4'nin kaydından terkin edilerek soybağının iptalini, kaydının düzeltilmesine karar verilmesini istemiştir....1-Davacı küçük kayyımı tarafından yapılan istinaf talebinin KABULÜ ile ilk derece mahkemesi kararının KALDIRILMASINA" İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 10. Hukuk Dairesi'nin 2.2.2017 tarihli, E. 2017/29, K. 2017/70 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (15.08.2019).

⁶⁹⁴ "Davaname ile davalılar K1 ve K2'nun evliliğinin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçmeden doğan 04.03.2011 doğumlu K4'un diğer davalı K3 tarafından tanınmasına ilişkin işlemin iptali istenmiş, mahkemece tanıma işleminin iptaline, çocuğun babasının K2 olduğunun tesbitine karar verilmiştir.

(8) Babalık Davası

Kanun koyucu evlilik dışında doğmuş olan çocuğunu bizzat kendi isteğiyle tanımayan doğal babaların babalıklarının yargı yoluyla belirlenmesi imkânını getirmiştir. Babalık davası kanunun deyişi ile babalık hükmü işte bu evlilik dışında doğmuş olan çocuğun gerçek ve genetik babasının hükmün belirlenmesi amacına yönelmiş olan bir davadır⁶⁹⁵. Öğretide babalık davası açma hakkının nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁶.

Babalığa hüküm için dava açma hakkı ana ve çocuğa tanınmıştır (TMK m. 301/I). Ana ve çocuk babalık davasını ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler⁶⁹⁷. Öğretide ana bakımından, ananın ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu hallerde, babalık davasının onun adına kanuni temsilcisinin açabileceği kabul edilmektedir⁶⁹⁸.

Çocuk bakımından bir değerlendirme yapılması gerekir ise her ne kadar babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir olsa da (TMK m. 303/I), çocuk ergin oluncaya kadar dava ehliyetine sahip bulunmadığından davayı bizzat açmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶⁹⁹. Burada kanaatimizce çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu hallerde kişiye sıkıya bağlı hakların bizzat kişinin kendi tarafından kullanılması gerekliliğini göz önüne aldığımızda çocuğun dava açamayacağı görüşüne katılmamaktayız⁷⁰⁰.

Dava sonucunda verilen hüküm çocuğun haklarını etkiler niteliktedir. Yasal temsilci ile çocuğun menfaati çatışma halinde olup Türk Medeni Kanununun 426/2 maddesi uyarınca çocuğu temsil kayyımı atanmadan hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 13.09.2012 tarihli, E. 2018/8141, K. 2012/9422 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (15.08.2019).

⁶⁹⁵ Zogg, s. 418; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 358; Kılıçoğlu, s. 294.

⁶⁹⁶ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Zogg, s. 424.

⁶⁹⁷ Öğretide Zogg, bu davanın anne ve çocuk tarafından birlikte açılabilmesi sebebiyle çocuğun tanınmanın iptalinden farklı olarak anne tarafından temsil edilebileceğini, istisnai olarak kayyım atanması gerektiğini belirtmiştir. Zogg, s. 418.

⁶⁹⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 359.

⁶⁹⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 360.

⁷⁰⁰ Öğretide Zogg, babalık davasının nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirtmiş ve ayırt etme gücüne sahip çocuğun kanuni temsilcisinin rızası olmadan bu davayı açabileceği üzerinde durmuştur. Zogg, s. 424.

(9) Boşanma Davası

Türk Medenî Kanunu'nun 165. maddesi, eşlerden birinin akıl hastası olması ve bu sebeple ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi durumunda, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla belirlenmesi şartı ile akıl hastası eş aleyhine, boşanma davası açılabilme imkânı tanımıştır⁷⁰¹. Ancak boşanma sebepleri, akıl hastalığına dayalı boşanma sebebi ile sınırlı değildir. Diğer boşanma sebeplerine dayanan bir boşanma davasında bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle nasıl kullanılacağı tartışmalıdır. Burada tam ehliyetsiz kişinin davacı ya da davalı olmasına göre farklı değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan boşanma davası hakkı bakımından tam ehliyetsiz aleyhine boşanma davası açıldığı zaman, kanuni temsilcisinin onu temsilen ilgili davaya devam edebileceği Yargı kararlarınca kabul edilmiştir⁷⁰².

⁷⁰¹ Aile mahkemesi, akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılır açılmaz derhal davalının vesayet altına alınması gerekip gerekmediğinin tespiti için dosyayı vesayet makamına göndermemelidir. Öncelikle davacının diğer eşin akıl hastası olduğunu göstermeye yönelik delillerini incelemelidir. Bunun için öncelikle akıl hastalığı sebebiyle dava açan eşin delillerini mahkemeye sunabilmesi ve bu delillerin mahkemece incelenmesi gerekmektedir. Davalının akıl hastası olması ve kendisine vasi atanması gerekliliği dava ehliyeti ve dolayısıyla dava şartları ile ilgili bir konu olduğundan bu sorunun tahkikat aşamasına geçilmeden incelenmesi gerekmektedir. Hakim bu sebeple ön inceleme aşamasında da tarafların tanıklarını dinleyebilmelidir. Burada tanık dinlenmesi davanın esası hakkında tahkikat yapılması ve boşanma sebebi sayılan akıl hastalığının araştırılması ve incelenmesi amacıyla değil, davalının dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti için geçerlidir. Bu hususta bkzn. Tolga Akkaya, **Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Boşanma), ss. 304-305.

⁷⁰² İsviçre Federal Mahkeme kararlarında boşanma davasında, davalı olarak yer alan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin kanuni temsili bir zorunluluk olarak görülüp, kanuni temsilcinin davayı yürütebileceği kabul edilmektedir. BGE. 68 II, ss. 144-150, erişim için bkzn. www.servat.unibe.ch, (01.04.2019). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin. 15.9.1975 tarihli E. 1975/6688, K. 1975/6735 sayılı kararına göre: “Dava akıl hastalığına dayandığına göre durumdan haberdar olan hakimın Medeni Kanunun 355. maddesi gereğince Sulh Mahkemesine tezkere yazması ve sonucu uyarınca işlem yapması zorunludur. Öte yandan akıl hastalığına dayanan davalarda bile husumet doğrudan doğruya davalı eşe yönetilmesi, hastalık mevcut ise temsilci sıfatı ile vasiye tebligat yapılması, gelirse onun huzuriyle duruşmaya devam olunması gerekir. Hal böyle iken temsil ve husumet müesseseleri birbirine karıştırılarak davanın husumet yönünden reddedilmesi Usûl ve Kanun'a aykırıdır.” karar için bkzn. www.kazanci.com, (19.03.2019). Benzer şekilde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 19.09.2005 tarihli 9922- 12299 sayılı kararında: “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece doğrudan doğruya re'sen göz önünde tutulur. Davacı kadın davanın devamı sırasında vesayet altına alınmıştır. Mahkemece davacı vasisine duruşma günü tebliğ edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekir. Davacının asilin davayı takip etmemesinden bahisle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” ifadeleri ile tam ehliyetsiz aleyhine açılan boşanma ve ayrılık davalarında davanın temsilen kanuni temsilci tarafından yürütüleceği belirtilmiştir. Karar için bkzn. Ömer Uğur Gençcan,, **Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 1326; Aynı yönde Umar, Ehliyet, s. 609; Kuru, C. I, s. 1048; Dural ve Ögüz, s. 83; Burhan Gürdoğan, “Boşanma

Tam ehliyetsiz kişinin bizzat kendisinin boşanma davası açması, kendisinin açmadığı durumlarda ise temsilcisi tarafından boşanma davasının açılıp açılmayacağı hususunda ise çeşitli görüşler bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kısıtlı bir kişi bir boşanma davasının davacısı olması halinde eğer kısıtlı kişi boşanma davasının konusunu kavrayabilecek durumdaysa ve aile birliğini devam ettirebilecek bir algılama gücüne sahip ise bu dava açısından ayırt etme gücünün olduğu kabul edilebilir⁷⁰³. Bunun yanı sıra, Federal Mahkeme ayırt etme gücü olmayan kişi aleyhine açılan boşanma davasında kanuni temsilcinin temsil yetkisini kabul etmiş, ancak davacı olarak boşanma davasında ise ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin temsilcisinin açtığı boşanma davasında kanuni temsili kabul etmemiştir⁷⁰⁴.

Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi tam ehliyetsiz kişilerin boşanmasına ilişkin olarak istisnai bir hali kabul etmektedir. Eğer ki davacı, dava ehliyetini boşanma davası esnasında kaybetmiş ve bu kimsenin boşanma isteğinde bir şeylerin değiştiğine ilişkin kanaat uyandıracak herhangi bir durum ortaya çıkmamışsa yargılamaya devam edilebilecektir⁷⁰⁵. İlgili kararda, dava ehliyetinin kapsamının belirlenebilmesi için öncelikli olarak bir kimsenin fiil ehliyetine sahip olup olmadığının belirlenmesinin gerektiği, fiil ehliyetinin de en nihayetinde Federal Kanun ile düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir⁷⁰⁶. Söz konusu kararda özellikle şu hususların üzerinde durulmuştur. Dava ehliyeti eksikliği söz konusu olduğu sürece tarafların herhangi bir işlem yapması mümkün değildir. Bununla birlikte ehliyetsiz

Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri", **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı** 1925-1975, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 211; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 103; Karakaş, s. 127.

⁷⁰³ BGE 77 II, s. 11. Erişim için bkznz. www.servat.unibe.ch, (01.04.2018).

⁷⁰⁴ BGE 78 II, s. 99. İsviçre Federal Mahkemesi 04.10.1990 tarihli bir kararında ise, boşanma davası açma hakkının mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin, boşanma talep edemeyeceğini belirtmiştir. Ancak ayırt etme gücü eksikliğinin boşanma davası esnasında çıkması durumunda nasıl bir karar verilmesi gerektiğine ilişkin eski tarihli bir karar olmadığını belirtmiş ve bu durumu değerlendirmiştir. İlgili kararda ayrılık ya da boşanma kararının eşin kişisel iradesine dayanması gerektiği üzerinde durmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin önceki kararlarında ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin kanuni temsilcisi aracılığı ile açmış olduğu davalarda bu kişiye ait gerçek bir irade beyanı bulunmadığının üstü çizilmiştir. Ancak mevcut davada kişinin ayırt etme gücüne sahip iken kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkı kullanmak için ortaya bir irade koyduğu görülmektedir. Bu iradenin değiştiğine ilişkin herhangi bir belirti olmadığı sürece yargılamanın devam etmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Kararın içeriğinde kanuni temsilci aracılığı ile boşanma davası açılmayacağına ilişkin önceki kararlarla çelişmediği belirtilmiştir. BGE 116 II, s. 385 karar için bkznz. www.swisslex.ch, (01.04.2019).

⁷⁰⁵ BGE 116 II, s. 385 E. 4, Roger Morf, **ZPO Kommentar (Orell Füssli Kommentar)**, Orell Füssli, Zurich, 2015, s. 169.

⁷⁰⁶ Kararın verildiği tarihte Federal İsviçre Medeni Usûl Kanunu geçerli değildi. Her Kanton'nun kendi medeni usûl kanunu bulunmaktaydı.

kişiler, haklarını kanuni temsilci aracılığı ile kullanmalıdır. Bu durum kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından geçerli değildir. Ancak bu kimseler, bu hakları kendileri de kullanamayacağından kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yargı yoluna başvurmaları mümkün olmamaktadır. Bu bilgilerden hareketle ehliyetsiz eş, boşanma talebinde bulunamaz. Söz konusu talebin son derece kişisel niteliği göz önüne alındığında da kanuni temsilci aracılığı ile bu hakkın kullanımı kabul edilmemiştir⁷⁰⁷. Her ne kadar ehliyetsizliğin boşanma davası esnasında ortaya çıkması durumunda ne olacağı, Federal Mahkeme'nin bu kararında ele almamış olsa da Federal Mahkeme esasen ayrılma ya da boşanma kararının kişinin kişisel iradesine dayanması gerektiği kanaatindedir. Dava konusu olayda da davacı ayırt etme gücüne sahip iken boşanma kararı vermiş olduğunu belirtmiştir. Burada ilgili eşin evliliğe devam edebileceğine dair herhangi bir işaret bulunmuyorsa burada net bir şekilde irade beyanı mevcuttur. Burada davacı yargılamanın en başında (yargılamanın hiçbir aşamasında dava ehliyetine sahip olmayan kişinin aksine) dava esnasında boşanmak için iradesinin bulunduğunu belirtmiştir. Boşanma davasında, kanun yollarında dahi böyle bir isteğin değiştirilebileceği ve davacının talebini geri çekebileceği kabul edilebilir. Ancak kişinin sağlığının kötü gitmesi ve bunun sonucunda ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda bu hakkın kullanılması mümkün olmaz. Burada söz konusu hakkın kullanılmasının davacının kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olması sebebiyle davacı da boşanmaya ilişkin fikrini yeterince ifade etmesi sebebiyle artık bu yönde irade koyduğu kabul edilmelidir. Bu durumun aksi ancak mevcut davada davacının boşanma niyetinin değiştiğine ilişkin herhangi bir gösterge olması durumunda mevcut olabilir. İlgili kararda yapılan bu değerlendirmenin İsviçre Federal Mahkemesi'nin mevcut olan içtihatlarından dönüldüğü anlamına da gelmediği hususuna değinilmiştir.

İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde bazı yazarlar İsviçre Federal Mahkemesi'nin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin genel olarak boşanma davası açamayacağına ilişkin kararlarını eleştirmektedir. Öğretide Reich, fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin de hak ehliyetine sahip olduğunu ve kişiliğin korunması için bu hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanımına izin verilmesi gerektiğini (gerekirse vesayet makamının işbirliği ile) belirtmiştir. Yazar, diğer eşin

⁷⁰⁷ Bu yönde; BGE 78 II, s. 101; BGE 68 II s. 144, BGE 51 II, s. 541, erişim için www.servatunibe.ch, (05.12.2019); Fischer, Art. 67, N. 12; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 26.

eşinin akıl hastalığı sebebiyle boşanma talebinde bulunması hariç, tam ehliyetsiz kimsenin boşanabilmesi için imkânsızlık durumunun doğduğunu belirtmekte ve öğretideki imkânsızlığa yol açan bu görüşü eleştirmektedir. Sonuç olarak tam ehliyetsiz kimse bir nevi hak ehliyetinden mahrum bırakılmaktadır. Boşanmayı imkânsız hale getirmenin pratik bir fayda sağlamadığı açıktır. Tam ehliyetsiz olan kimselerin bile hukuk düzeninde boşanma eylemlerini haklı çıkaracak meşru yararlarının olduğu açıktır. Boşanma talebinde bulunan kimsenin bu talebi dikkate alınıp vasi tarafından harekete geçilmez ise bu tam ehliyetsiz kişinin hak kaybına yol açabilir. Bu sebeple kanuni temsil altında bulunan kimselerin tüm haklarını ve çıkarlarını korumak zorunda olan vasinin, bu talebi göz önünde bulundurup, harekete geçmesi gereklidir⁷⁰⁸.

Türk Hukukunda ise akıl hastası olan kişinin bizzat boşanma davası açması hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kişinin akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı içerisinde bulunması, mutlak surette ayırt etme gücüne sahip olmadığı anlamına gelmez⁷⁰⁹. Bu görüşe göre, bir kişi hakkında akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebi ile kısıtlılık kararı verilmesi, kişinin ayırt etme gücünün olmadığı hususunda kesin bir gerekçe oluşturmaz. Kısıtlılık kararının alınma şekli ve akıl hastalığının ağırlık derecesi hakimi ikna etmeye yetebilir⁷¹⁰. Yargıtay kararlarında ise bu yönde bir ayırım yapılmadan akıl hastası kişinin bizzat huzurunda yargılamanın görülemeyeceği kabul edilmektedir⁷¹¹. Kanaatimizce de bir kimsenin akıl sağlığı ya

⁷⁰⁸ Bu hususta bkzn. Reich, s. 76.

⁷⁰⁹ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s. 438.

⁷¹⁰ Öztan, s. 438.

⁷¹¹ Örnek olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da bu yönde bir ayırma gidilmediği görülmektedir. Kararda bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: *"Taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurulması zorunludur. Toplanan delillerden davacı kocanın Bucak Aile Mahkemesinin 2003/427 esas ve 576 karar sayılı kararıyla Türk Medeni Kanunun 405. Maddesi uyarınca kısıtlandığı kendisine babası A. E.'nin vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır. Yargılamaya konu bu dava bizzat koca tarafından 8.12.2006 tarihinde açılmış ve davanın kabulüyle Türk Medeni Kanununun 164. Maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacı koca dava tarihinden önce Türk Medeni Kanunu'nun 405. Maddesindeki sebeple kısıtlandığına göre dava ehliyeti yoktur. Bizzat kendisinin dava açması mümkün değildir. Davanın kısıtlı adına kanuni temsilcisi (vasi) tarafından açılması gerekir (TMK 426/8 md.. Bu yön göz önüne bulundurulmadan yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. "Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.2.1999 tarihli 1315-556 sayılı kararı için bkzn. Gençcan, ss. 1323-1324.*

Yargıtay, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların bile boşanma ve ayrılık davası açma hakkına ilişkin olarak öğretide bu hakkı bizzat kullanabileceklerine ilişkin herhangi bir görüş ayrılığının bulunmamasına rağmen boşanma davalarında da kanuni temsilci ile temsilin gerektiğine ilişkin kararlar da vermiştir. Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre : *"Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle vesayet kararının hükümlünün*

da akıl zayıflığı içerisinde bulunması durumunda doğrudan ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilmemeli, boşanma davasının konusunu kavrayabilecek durumda olup olmadığı özel olarak değerlendirilmelidir.

Öğretide, boşanma davasının mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle genel olarak bu davaların kanuni temsilci aracılığı ile de açılmayacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır⁷¹². Bununla birlikte artık tam ehliyetsizin hayatını tehlikeye sokacak kadar fena muamele, cana kast ya da sürekli olarak zinada bulunulması örneklerinde bu kuralın yumuşatılması gerekebilir⁷¹³. Tam ehliyetsiz kişi lehine olan bir başka yaklaşıma göre ise kanuni temsilcinin genellik ve eşitlik prensiplerine aykırı düşmediği için ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin menfaatinin gerektiren hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin menfaatinin, ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin menfaatinden daha az korunması düşünülemeyeceğinden kanuni temsilci tarafından boşanma davası açılabilmesi gerekmektedir⁷¹⁴. Bu görüşe göre örneğin; diğer eşin zina etmesi, tam ehliyetsiz eşin

cezaevinden meşruten tahliye olacağı tarihe kadar geçerli olacağına tabii bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına” . Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 24.10.2005 tarihli 12452-14734 sayılı, 24.10.2005 tarihli kararı ve aynı yönde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 23.10.1992 tarihli, 8875-10177 sayılı kararları için bkz. Gençcan, s. 1322. Bunun temel nedeni olarak davaya bağlı olarak veya karşılık dava sebebi ile davanın taraflarına bir kısım mali külfetin yönelmesi muhtemel olmasından ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların boşanma davasına bizzat takip edemeyeceği kabul edilmektedir. (Yargıtay 2. H.D. 1417-1882 sayılı, 22.2.1994 tarihli karar). Benzer şekilde Kuru, boşanma ve ayrılık davalarında, davanın parasal yan sonuçları hakkında mahcurun vasısisin davaya katılması gerektiğini belirtmektedir. Karar ve görüş için bkz. Kuru, C. I, ss. 1038-1039; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 100. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Örneğin bir kararda boşanma davası ve ona bağlı isteklerin Türk Medeni Kanunu’nun 16. maddesi gereği kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu bu sebeple kısıtlının bu hakkı kanuni temsilcisinin onayına gerek kalmadan kullanabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte ilgili kararın muhalefet şerhinde üstte belirtilen kararlar anılmış ve tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakaları gibi davanın taraflarına mali külfetler yükleyen düzenlemeleri de içermesi sebebiyle mali haklar açısından vasiinin vesayet makamından izin alarak yargılamaya dahil olması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 22.1.2001 tarihli E. 20017387, K. 2001/942 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (17.10.2019).

⁷¹² Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 392.

⁷¹³ Boşanma sebepleri etkilerine göre mutlak boşanma sebebi ve nispi boşanma sebepleri olarak ikiye ayrılır. Zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, terk gibi boşanma sebepleri mutlak, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması gibi boşanma sebepleri ise nispi boşanma sebebi olarak kategorize edilir. Buna göre öğretide bir olayda zina, hayata kast, pek kötü davranış ve onur kırıcı davranış ya da terk gibi tam ehliyetsizin boşanma davası açmak isteyeceği düşünülen mutlak boşanma sebepleri var ise artık tam ehliyetsizin buna katlanmasına göz yumulmaması ve tam ehliyetsizi korumak amacıyla vasisi tarafından bu kişiler adına boşanma davası açılabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İmre, ss. 394-395. Bu husus hakkında daha fazla bilgi için bkz. Açıkgoz, s. 270; aynı yönde Ataay, s. 204 vd; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 88; Kılıçoğlu, s. 282; Akkaya, Boşanma, ss. 300-307.

⁷¹⁴ Bu yönde bkz. Ataay, ss. 200 vd.; Ansay, s. 119; Bilge, s. 176; Üstündağ, s. 288; Gürdoğan, s. 211; Öztan, s. 438; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 278; Tanrıver, s. 505; Helvacı, Kişilik Hakları, s. 102; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 240; Altaş H., s. 107; Akkaya, Boşanma, s. 306.

hayatına kast etmesi veya ona karşı pek kötü veya onur kırıcı davranışlarda bulunması halinde, tam ehliyetsiz eşin kendisine veya kanuni temsilcisine boşanma davası hakkı tanınmaz ise bu engelleme, tam ehliyetsiz eşin aleyhine olur ki böyle bir sonucun savunulmasına imkân yoktur⁷¹⁵. Yargıtay da mutlak ve nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayırımına girmeden hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranışın ve suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürmenin⁷¹⁶ söz konusu olduğu durumlarda akıl hastası adına onun menfaatinin gerektirdiği takdirde⁷¹⁷ kanuni temsilcisinin boşanma davası açmasının mümkün olduğu yönünde kararlar vermiştir⁷¹⁸. Ancak Yargıtay'ın bazı eski tarihli kararlarında aksi görüşte olduğu görülmektedir⁷¹⁹.

Bir başka boşanma sebebi olarak evlilik birliğinin temelden sarsılmasının gerçekleşmesi sebebiyle ne tam ehliyetsizin ne de kanuni temsilcinin onun adına bu davayı açmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay bu hususa değinmeden Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 1. fıkrasına dayanılarak hakkında boşanma kararı verilen davacı kocanın bu davayı açamayacağının gözetilmeden karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir. İlgili kararda davanın kısıtlı adına kanuni temsilcisi tarafından açılması gerektiğini belirtmiştir. Karardan davacı kocanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ancak kısıtlı kocanın ayırt etme gücüne sahip olması halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkını bizzat kullanabileceği düşüncesindeyiz. Kocanın

⁷¹⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 278.

⁷¹⁶ Haysiyetsiz hayat sürme bakımından kişinin zina yapması halinde kanuni temsilciye boşanma davası açma yetkisi verilmesi kabul edilmişken örneğin fuhuş yapmak suretiyle haysiyetsiz bir hayat sürmesi durumunda da kanuni temsilci aracılığı ile boşanma davasının evleviyetle açılabilir olması gerekçe olarak gösterilmektedir. Dural ve Ögüz, s. 84; Açıköz, s. 270; Tanrıver, s. 505.

⁷¹⁷ Öğretide Akkaya, boşanma davalarında tam ehliyetsiz adına boşanma davasının açılmasının bu kişinin menfaatine olup olmadığı hakkında boşanma davasına bakan hakimın değil, kanuni temsilciye dava açma yetkisini verecek olan sul hukuk hakimii tarafından incelemenin yapılması ve kararın verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Akkaya, Boşanma, s. 306.

⁷¹⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre : “ Davacının akıl hastası olması davalıdan kaynaklanan sebeplerle boşanma davası açmasına engel değildir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle, davalı kocanın, eşine müteaddit defalar şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK m. 166/I) karar verilecek yerde yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.02.2008 tarihli 5195-2457 sayılı kararı için bkz. Gençcan, s. 1323; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 317; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 88.

⁷¹⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.3.1947 tarihli 5923/1219 sayılı ve aynı Daire'nin 27.2.1950 tarihli, 1480/1030 sayılı kararı için bkz. Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 278 dn. 92.

ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda ise Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayan kocanın kanuni temsilcisinin bu davayı açamayacağı düşüncesindeyiz⁷²⁰. Çünkü evlilik birliğinin temelden sarsıldığına karar verme yetkisi bizzat eşlerdedir. Ortak hayatı sürdürmenin kendilerinden beklenemeyecek derecede evliliğin temelden sarsılmış olduğuna bu durumun sübjektif niteliği göz önüne alındığında kanuni temsilcilerin davayı açmaya yetkisi olmamalıdır. Özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen eşlerin boşanma konusunda anlaşmasıyla açılan boşanma davasının kanuni temsilci aracılığıyla yürütülmesi mümkün değildir⁷²¹. Çünkü anlaşmalı boşanmanın mahiyeti gereği tarafların bu konuda anlaşabiliyor olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ayırt etme gücü olmayan eş ile diğer eş arasında evliliğin mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşma yapılması mümkün değildir⁷²². Bu anlaşmanın kanuni temsil ile yapılabileceği kabul edilemez. Ancak burada kanuni temsilcinin yetkisinin bulunmamasının temel sebebi evliliğin mali sonuçlarına ilişkin temsil yetkisine sahip olmaması değildir. Kanun bizzat eşlerin karşılıklı olarak anlaşmasını hedeflemiştir. Nitekim anlaşmalı boşanma hali hariç evliliğin mali sonuçlarına ilişkin hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafı temsil etmesi mümkündür. Ancak burada vasi ile temsil söz konusu ise diğer davalarda olduğu gibi gerekli izinlerin alınması gerekmektedir⁷²³.

⁷²⁰ “Toplanan delillerden davacı kocanın Ankara 12. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/591 esas ve 822 sayılı kararıyla Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca kısıtlandığı kendisine oğlu K. Q.'ın vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır. Yargılamaya konu bu dava bizzat koca tarafından 30.10.2008 tarihinde açılmış ve davanın kabulüyle Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacı koca dava tarihinden önce Türk Medeni Kanununun 405. maddesindeki sebeple kısıtlandığına göre dava ehliyeti yoktur. Davanın kısıtlı adına kanuni temsilcisi (vasi) tarafından açılması gerekir. (TMK.md.462/8) Bu yön üzerinde durulmaksızın ehliyetsiz olan koca tarafından açılan davanın kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2011 tarihli E.2010, K. 2011/2893 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

⁷²¹ Gençcan, TMK, s. 199. “ Davalı kadının fiil ehliyeti olmadığı vasi tayini kararından anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yazılı anlaşmalı boşanma koşulları oluşmadığı gibi, diğer taraftan davalı vasisi davaya dahil edilmeden, gösterdiği takdirde delilleri toplanmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usûl ve yasaya aykırıdır” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.10.2005 tarihli, 11612-14037 sayılı kararı için bkznz. Gençcan, TMK, m. 199

⁷²² Kuru, C. I, s. 1048; Açıkgoz, s. 271; Dural ve Ögüz, s. 84.

⁷²³ Tanrıver, s. 505. Aynı yönde: “Davacı-davalı kadın tarafından tedbir nafakası (TMK.md.197) davası 01.11.2011 tarihinde açılmıştır. Davacı-karşı davalı kadının, davanın açılmasından önce Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde düzenlenen akıl hastalığı nedeniyle 16.09.2011 tarihli kararla kısıtlanarak vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda medeni haklarını kullanma ehliyeti yoktur. Dava kanuni temsilcisi (vasisi) tarafından vesayet makamının izni (TMK.md.462/8) ile açılabilir. Dava vasi tarafından açılmakla birlikte; vasiye kısıtlı adına dava açması yönünde vesayet makamınca verilen bir izin bulunmamaktadır. Bu husus dava şartı olmakla birlikte, yargılama

Evlilik birliğinin sarsılması esasına dayanan, ortak hayatın kurulamaması ya da fiili ayrılık halinde ise daha önce açılan boşanma davasının mahkeme tarafından reddi ve bunu takip eden üç yıl boyunca eşlerin ayrı yaşaması şartı zaten arandığından eşlerin evlilik birliğini artık istemedikleri yönündeki güçlü varsayım sebebi ile tam ehliyetsiz eş adına kanuni temsilcisine boşanma davası açma hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmüştür⁷²⁴.

Yargı kararlarında diğer eşin evi terk etmesi sebebiyle akıl hastalığına sahip kısıtlı eşin kanuni temsilcisi aracılığıyla Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca dava açabileceği kabul edilmiştir⁷²⁵.

Sonuç olarak İsviçre ve Türk hukuku öğretisinin boşanma davası açma hakkının hukuki niteliğinde hemfikir olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce, boşanma davası açma hakkı, bütünüyle mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmemeli; tam ehliyetsiz kişinin menfaati doğrultusunda boşanma davasının açılması gereken durumlarda her bir boşanma sebebi için bu hakkın hukuki niteliği ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Özellikle tam ehliyetsiz kişinin menfaati doğrultusunda kanuni temsilci aracılığı ile bu davanın açılması mümkün olmalıdır. Ancak evlilik birliğinin temelden sarsılması ya da anlaşmalı boşanma gibi hallerde, tam ehliyetsiz kişinin iradesinin ne olduğunu bilinemeyeceğinden kanuni temsilin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Boşanma davasında manevi tazminat talep etme hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasında “*Boşanmaya sebep olan olaylar*

sırasında giderilmesi mümkün şartlardan (HMK.md.115/2) olduğundan; davacının vasisine, vesayet makamından açılan tedbir nafakası davası ile ilgili "dava açma izin kararı " (TMK.md.462/8) alıp ibraz etmek üzere süre verilmesi, dava şartı giderildiği takdirde de kadın tarafından açılan nafaka davasının esasına girilmesi gerekir. Bu husus gözetilmeden nafaka davasının esasının incelenip karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.9.2013 tarihli, E. 2013/8753, K. 2013/21953 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (04.11.2019).

⁷²⁴ Açıkgöz, s. 271.

⁷²⁵ “Toplanan delillerden davacı kocanın Bucak Aile Mahkemesi'nin 2003/427 esas ve 576 karar sayılı kararıyla Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca kısıtlandığı kendisine babası A.E.'un vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Yargılamaya konu bu dava bizzat koca tarafından 8.12.2006 tarihinde açılmış ve davanın kabulüyle Türk Medeni Kanununun 164. maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacı koca dava tarihinden önce Türk Medeni Kanununun 405. maddesindeki sebeple kısıtlandığına göre dava ehliyeti yoktur. Bizzat kendisinin dava açması mümkün değildir. Davanın kısıtlı adına kanuni temsilcisi (vasi) tarafından açılması gerekir. (TMK.462/8.md.) Bu yön gözönünde bulundurulmadan yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. (Y.2.H.D.'nin 3.2.1999, 13155 esas, 556 karar sayılı kararı) Yargıtay 2 Hukuk Dairesi'nin 18.6.2009 tarihli, E. 2009/7946, K. 2009/12018 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde düzenlenen manevi tazminat talep etme hakkı da nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilmektedir⁷²⁶.

Tam ehliyetsiz eşin davalı olması durumunda bir değerlendirme yapmamız gerekirse: Tam ehliyetsiz eşe karşı ayırt etme gücüne sahip diğer eş tarafından boşanma davası açılmasında ise temsil bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Bu durumda davayı tam ehliyetsiz davalı eş adına onun kanuni temsilcisi yürütecektir⁷²⁷.

(10) Evlenmenin Mutlak Butlanı

Evlenmenin mutlak butlanını talep etme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ancak bu hakkın mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak mı nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak mı olduğu konusunda öğretide bir fikir birliği yoktur.

Öğretideki bir görüşe göre evlenmenin mutlak butlanını talep etme hakkı mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlıdır⁷²⁸. Bir diğer görüşe göre ise bu hak, nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Çünkü Türk Medeni Kanunu’nun 145. maddesinde “Mutlak butlan davası, Cumhuriyet savcısı tarafından re’sen açılır. Bu dava, ilgisi olan herkes tarafından da açılabilir.” ifadesi ile eşler dışındaki kimselere de bu davayı açma hakkı tanınmıştır. Öğretide, Cumhuriyet savcısı ve diğer ilgililer tarafından açılabilen bu davanın dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin kanuni temsilcisi aracılığı ile açılmayacağına kabulünün, bu kişiler bakımından hak kaybına yol açacak olması sebebiyle doğru olmayacağı ileri sürülmüştür⁷²⁹. Bizce de diğer hakların kullanımında olduğu üzere eşler harici kimselerin bu davayı

⁷²⁶ Karakaş, s. 130.

⁷²⁷ Postacıoğlu, ehliyet konusunda her ne kadar davacı ve davalı için aynı esasların geçerli olduğunu belirtse de bazı hallerde davalı bakımından kanuni temsilcinin daha geniş bir temsil yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan eş aleyhine açılacak boşanma davasında kanuni temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasını da bu kapsamda belirtmektedir Postacıoğlu, s. 180; Kuru, C. I, s. 1048; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 279.

⁷²⁸ Brückner, N 212. Türk hukukunda da Berki, mutlak ya da nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayırımına gitmeden, sürekli olarak akıl hastalığına sahip iki kişinin evlenmesi durumunda kanuni temsilcilerin bu davayı açmaya haklarının olmadığını, aynı zamanda bu kimselerin kanununda kast edilen ilgililer olarak da kabul edilmediklerini belirtmiş, ancak kanuni temsilcilerin savcılığa ihbar etme yoluyla hareket edebilecekleri üzerinde durmuştur. Bu hususta bkzn. Şakir Berki, “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1962, Vol.19, No.1, s. 215.

⁷²⁹ Kuru, C. I, s. 1047; Karakaş, s. 118.

açabilmesi, bu hakkın niteliğinin nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu göstermektedir. Bu sebeple, tam ehliyetsizler, kanuni temsilcileri aracılığı ile bu davayı açıp, yargılamada yer alabileceklerdir.

Yargıtay ise kişilerin hak kaybına uğramaması için farklı bir yol kabul etmiştir. Medeni Kanunda yer alan ilgililer ifadesinin içinde madden ya da manen ilgisi olan herkesin ilgili olarak anlaşılması gerektiğinden hareketle, ana ve babalarının yanı sıra vasilerinin de ilgili sayılması gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmaktadır⁷³⁰. Kanaatimizce, bu çözümün yanı sıra, doğrudan kanuni temsilcilerin, hakkın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle ayırt etme gücü olmayan kişi adına bu davayı açabilmesi mümkündür.

Bu başlık altında özel olarak evlenmenin nisbi butlanına da değinecek olursak; Evliliğin nisbi butlanı sebepleri 148 ila 151. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Bu maddelere göre evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olma, kanunda belirtilen yanılma hallerinden birisinin bulunması, aldatma ve korkutma evliliğin nisbi butlanı sebepleri olarak gösterilmiştir. Nisbi butlan davası açma hakkı, sadece bu sebeplere sahip olan eşe tanınmıştır. Mutlak butlanla evliliğin iptalinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısına ve diğer ilgililere bu davayı açma hakkı tanınmamıştır. Bu sebeple öğretide evliliğin nisbi butlanla iptalini ileri sürmenin mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ileri sürülmektedir⁷³¹. Bu sebeple ayırt etme gücünün yoksunluğu halinde bu davanın kanuni temsilci tarafından açılması mümkün olmayacaktır⁷³². Çünkü diğer hallerden farklı olarak kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması sadece bir süre ile sınırlıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi, bu güce sahip olduğu anda evliliğin nisbi butlanını talep edebilecektir. Bu hak, sadece bir süreliğine ayırt etme gücünü kaybeden kişiye tanınmıştır. Ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk halinde ise evliliğin mutlak butlanı söz konusu olacaktır. Bu sebeple bizce de evliliğin nisbi

⁷³⁰ “Dava açma hakkı olan kimselerin kimler olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ve uygulamada, “ilgili olan herkes” kavramından “evlenmenin iptaline madden ya da manen ilgisi olan (menfaati bulunan) kimselerin” anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. O halde, eşlerden biri, onların ana ve babaları, mirasçıları ile vasileri “ilgili” sayılırlar.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 25.4.2014 tarihli E. 2013/14356, K. 2014/8163 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (14.08.2018).

⁷³¹ Heinz Hausheer, Thomas Geiser, ve Regina E. Aebi-Müller, **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Stämpflis juristische Lehrbücher, Bern, 2014, N. 07.32; Brückner, N. 212; Honsell, Vogt ve Geiser, Art. 19, N. 40; BGE 41 II s. 553; Karakaş, s. 117.

⁷³² Karakaş, s. 117; Öztan, Aile Hukuku, s. 624.

butlan sebebi ile iptalini talep etme hakkı mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve kişinin sadece kendisi tarafından kullanılabilir.

(11) Nişanın Bozulması Sebebiyle Manevi Tazminat

Türk Medeni Kanunu'nun 121. maddesinde nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada nişanın bozulması yüzünden manevi zarara ilişkin ayrı bir düzenleme getirilse de esasında burada kişilik haklarına bir saldırıdan doğan zarar bulunmaktadır⁷³³. Bu sebeple bu hakkın kullanılması nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir⁷³⁴. Hak sahibinin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda, bu hak kanuni temsilci tarafından kullanılabilir⁷³⁵. Ancak zararın nişanın bozulmasına sebep olan kişinin kusurlu davranışı sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir. Örneğin, ayırt etme gücünün en başından beri eksik olduğu bir durumda, ortada bir evlenme engeli bulunduğundan, nişanın bozulmasına sebep olan tarafın bir kusuru olduğundan söz edilemez. O halde, her ne kadar ayırt etme gücüne sahip olmayan taraf bakımından, manevi tazminatın, kanuni temsilcisi tarafından talep edilebilmesi mümkünse de bu durum ancak ayırt etme gücünün sonradan kaybı halinde söz konusu olabilecektir. Aksi halde, nişanı sonlandıran taraf için kusurlu bir davranışın bulunduğundan söz edilemez.

⁷³³ Nişanın bozulması sebebiyle manevi tazminat dışında kalan örneğin hediyelerin iadesi ve nişan masraflarının tahsiline ilişkin davalarda, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün velisi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. Çünkü örnek verdiğimiz davalar doğrudan kişiye sıkı sıkıya ilişkin haklara yönelik değildir. Hukuk Genel Kurulu'nun 9.3.1972 tarihli kararı için bkz. Üstündağ, s. 286.

⁷³⁴ Karakaş, s. 112.

⁷³⁵ Karakaş, s. 113.

C. Sınırlı Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti

1. Genel Olarak

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip oldukları halde, henüz ergin olmayan ya da kısıtlanmış olan kişilerdir⁷³⁶. Kısıtlılık, ergin kişinin kanunda gösterilen sebeplerden biri ile hakim kararı ile fiil ehliyetinin kısmen veya tamamen sınırlandırılmasıdır. Hakkında kısıtlama alınmış kişiye kısıtlı denir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere sadece ergin kişiler hakkında kısıtlılık kararı alınabilir. Küçükler hakkında kural olarak kısıtlama kararı alınamaz. Küçükler gerekirse vesayet altına alınırlar. Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Ancak gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verilebilirse de kısıtlama kararı, bu kişiler için ergin olduktan sonra sonuç doğurur⁷³⁷.

Bir yıl ve üzeri hürriyeti bağlayıcı ceza kişinin kısıtlanmasına sebep olan hallerden biridir (TMK m. 407/1). Böyle bir durumda yargılamada bu kişilere vasi tayin edilmesinin beklenmesi sonrasında vasinin yargılamaya dahil edilmesi gerekmektedir⁷³⁸. Bununla birlikte hükümlülük süresi bir seneden az ise veya kişi tutuklu bulunuyorsa bu kimselerin kısıtlanmasına gerek yoktur. Gerekli tebligatlar Tebligat Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca yapılmalıdır. Bu durumda cezaevi müdür

⁷³⁶ Serozan, Kişiler, s. 439; Dural ve Ögüz, s. 84; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 94; Kılıçoğlu, s. 151.

⁷³⁷ Gençcan, TMK, s. 214.

⁷³⁸ “I- Dosya kapsamından; tazminat davası sona ermeden önce davalı H. K. hakkında Adıyaman 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/119 sayılı ilamı ile bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesine dair hükmün Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2012/6110-2013/3031 karar sayılı ilamı ile onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı yasal kısıtlılık altına girmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 43. ve 513. maddeleri hükümlerine göre aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin gerekse müvekkilin ehliyetinin ortadan kalkması ile son bulur. Böylece avukatının ceza kararının kesinleşmesinden itibaren yasal kısıtlı olan davalıyı temsil hakkı kalmamıştır. Bu nedenle yasal kısıtlı olan davalıya Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği, Türk Medeni Kanunu'nun 471. maddesi uyarınca “Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar” hükmü uyarınca şartla tahliye olup olmadığı araştırılmalı, kısıtlılık halinin devam ettiğinin belirlenmesi durumunda bir vasi tayin edilmemişse öncelikle bu eksiklik tamamlattırılmalı ve sonra kararı temyiz eden avukatın davalının vasisinden alacağı vekaletnameyi ibraz etmesi istenilmelidir. Vekaletname verilmezse, mahkeme ilamı vasiye “kanuni süre içinde vasinin mahkeme hükmünü ayrıca temyiz edebileceği, bu süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı takdirde yetkisiz vekil tarafından yapılan temyize icazet (onay) vermiş sayılacağı; temyizi kabul etmiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği” kaydını içerir biçimde tebligat çıkarılmalı ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2015 tarihli E. 2014/16470, K. 2015/13404 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

veya memuru söz konusu evrakın hükümlü veya tutukluya verilmesini temin etmekle yükümlüdür. Bu tebligatın cezaevi müdürü ya da memuru ya da görevli infaz koruma memuru gözetiminde doğrudan doğruya muhataba yapılması gerekmektedir. Ancak bir yıldan fazla hükümlülük süresinde bu şekilde tebligat yapılması geçerli olmadığından ilgili süreler de işlemeye başlamayacaktır⁷³⁹.

Hak ehliyeti olan herkes taraf ehliyetine sahip olduğundan yargılamada ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar da taraf olarak yer alabilecektir⁷⁴⁰. Sınırlı ehliyetsiz kimselerin bazı durumlar haricinde dava ehliyeti yoktur. Bu kimseler için esas olan dava ehliyetlerinin olmamasıdır, ancak bazı istisnai hallerde bu kişiler davada ehliyetli olarak da kabul edilirler. Çünkü sınırlı ehliyetsizler için fiil ehliyetine sahip olmamak asıl kuraldır⁷⁴¹. Bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı bu aşamada büyük önem arz etmektedir. Burada ayırt etme gücünün tartışmalı olması halinde bu konuda uzman kişilerden rapor alınmalıdır⁷⁴².

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerinin vereceği icazete bağlı olmaksızın karşılıksız kazanmada bulunarak mal varlıklarını artıran ancak kendilerini borç altına sokmayan işlemleri yapabilirler

⁷³⁹ “Türk Medeni Kanununun 407/1. maddesi gereğince bir sene veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile hükümlü bulunan kişiye sulh mahkemesince bir vasi tayini zorunlu olup bu halde tebligatın Tebligat Yasasının 16. maddesi hükmü gereğince vasiye yapılması gerekir.

Hükümlülük süresi bir seneden az veya kişi tutuklu bulunuyorsa bildirim işlemi Tebligat Yasasının 19. maddesi uyarınca yapılmalıdır. Bu durumda cezaevi müdürü veya memuru söz konusu evrakın hükümlü veya tutukluya verilmesini temin etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda tebligatın müessese müdürü veya memuru veya görevli infaz koruma memuru gözetiminde doğrudan doğruya muhataba yapılması gerekir.

Dosyanın incelenmesinden, davalının 17.3.2010 tarihli ilam ile 4 yıl 2 ay hapis cezasına hüküm giydiği, 25.11.2009 ile 02.09.2012 tarihleri arasında hükümlü olduğu, 02.09.2012 tarihinde şartlı salıverildiği, 23.01.2014 tarihinde bihakın tahliyesine karar verildiği, anlaşılmıştır.

Yine davalıya gerekçeli karar tebliğinin 13/12/2010 tarihi itibarıyla bizzat tebliğ edildiği, davalının 17.12.2010 tarihli dilekçesini dosyaya sunduğu anlaşılmaktadır.

Ancak ne var ki, mahkemece, davalı'e gerekçeli karar tebliğinin yapıldığı 13/12/2010 tarihi itibarıyla hükümlü olduğu anlaşılmakla, kendisine yapılan tebligatın böylece geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Tebligatın yapıldığı bu tarih itibarıyla davalı hükümlü olduğundan, davalı için temyiz süresi de başlamayacaktır.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2016 tarihli, E. 2016/9962, K. 2016/12348 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019). Öğretide Umar bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kişilerin duruşmalarına vasilerinin katılması gerektiğini; katılmazsa, tarafın gelmemesinin olağan sonuçlarının taraf aleyhine doğacağını belirtmiştir. Ancak bir yıldan daha az özgürlüğü bağlayıcı ceza almış mahkumlar ve tutuklular içinde cezaevi müdürlüğünce müdürün, duruşmaya bu kişinin yanında görevlilerle gidebilmesini sağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte hukuk davalarında duruşmalara davalının gelmesi zorunlu değildir. Gelmezse zorla getirilemez. Bu sebeple mahkemelerin cezaevine yazı yazıp yazarın ifadesi ile “yaka paça” gönderilmelerini istemeleri hukuka aykırıdır. Bu hususta bkz. Umar, Şerh, s. 197.

⁷⁴⁰ Herzig, s. 389; Kılıçoğlu, s. 156.

⁷⁴¹ Üstündağ, s. 283; Dural ve Ögüz, s. 85; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 94.

⁷⁴² Herzig, Das Kind, s. 389.

ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kullanabilirler. Bu işlemler açısından kanuni temsilcinin rızası aranmamıştır. Bu ayrık durumlar haricinde sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Türk Medeni Kanunu’nun 451. maddesi uyarınca *“Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir.”* Türk Medeni Kanunu’nun 342. maddesi uyarınca da vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, velayetteki temsile de uygulanacağından, vasinin ayırt etme gücüne sahip kişiye vereceğine ilişkin izin burada velayet altındaki küçük için de geçerli olacaktır. Bu madde uyarınca, maddi hukukta ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların ya da küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası ile hukuki işlemleri gerçekleştirebileceği görülmektedir.

Sınırlı ehliyetsizler taraf ehliyetine⁷⁴³ sahip olmalarına rağmen dava ehliyetine sahip olmadıklarından kural olarak yargılamada kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilmeleri gerekmektedir⁷⁴⁴. Maddi hukukta bir hukuki işlemi kanuni temsilci sınırlı ehliyetsiz kişi adına bizzat yapabileceği gibi sınırlı ehliyetsizin işlemi kendisi yapması için rıza gösterebilir (TMK m. 451). Bu rıza işleminden önce verilecek izin ile olabileceği gibi işleminden sonra verilecek onay şeklinde de olabilir.

⁷⁴³ Dural ve Ögüz sınırlı ehliyetsizlerin taraf ve dava ehliyetine ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir: *“Sınırlı ehliyetsizin, sadece borçlanma ve tasarruf işlemleri yapması yönünden değil, davaya taraf olması yönünden de yasal temsilcisinin rızası aranır. Bir başka deyişle sınırlı ehliyetsiz kural olarak ancak yasal temsilcisinin rızası ile dava açabilir. Aynı şekilde, davalı olması halinde de yasal temsilci tarafından temsil edilir. Çünkü davada usûl işlemleri yapabilme de fiil ehliyetine dahildir. Bu bakımdan, davaya devam edilemez. Sınırlı ehliyetsizin davalı olması halinde de tüm davaya ilişkin işlemlerin yasal temsilciye yönelik olarak yapılması gerekir.”* Yazarların sınırlı ehliyetsizin davaya taraf olması yönünden kanuni temsilcinin rızasının aranması gerektiği ifadesine katılmamaktayız. Hak ehliyetine sahip olan sınırlı ehliyetsiz kişiler davada taraf olma ehliyetine sahiptir. Ancak fiil ehliyetlerinin sınırlı olması sebebiyle kural olarak yargılamada dava ehliyetleri bulunmamaktadır. Bu sebeple taraf olma bakımından değil davanın açılması ve usûlî işlemlerin gerçekleştirilmesi bakımından yani kanunda yer alan ifadesi ile dava ehliyeti hususunda bir eksiklik var ise bu eksiklik ancak kanuni temsilcinin vereceği icazet ile giderilebilecektir. Kanuni temsilcinin rızası ile dava açabilme ifadesinin de geniş yorumlanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü maddi hukuktan farklı olarak sınırlı ehliyetsiz kişilerin kanuni temsilcilerinin dava açmak için önceden vermiş oldukları rıza medenî usûl hukukunda geçerlilik göstermeyecektir. Ancak kanuni temsilci olmadan usûlî işlem yapan sınırlı ehliyetsiz kişilerin kanuni temsilcilerinin yargılamanın her aşamasında vereceği icazet ile söz konusu bu işlemlerdeki dava ehliyeti eksikliği giderilebilecektir. Nitekim yazarlar da yenilik doğuran bir irade beyanı niteliğinde olan kanuni temsilcinin işleme rıza göstermesinin değişik şekillerde olabileceği; kanuni temsilcinin işleme başlamadan önce verdiği rızanın izin işleme başladıktan sonra gösterdiği rızanın ise icazet (onay) olarak ifade etmişlerdir. Benzer bir şekilde Türk Medeni Kanunu’nun 451. maddesinde de izin ve onay ifadelerine yer verilmiştir. Bu sebeple rıza kavramının geniş olarak değerlendirilmemesi, kanuni temsilcinin usûlî işlemler için ancak sonradan icazet verebileceği görüşündeyiz.

⁷⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 156.

Medeni usûl hukukunda ise sınırlı ehliyetsiz kimseler, maddi hukuktakinin aksine kanuni temsilcinin önceden vermiş olduğu izin ile usûli işlemleri gerçekleştiremezler, dava açamazlar. Kanuni temsilci ancak daha sonra dava ehliyeti olmayan bu kişilerin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemlere icazet verebilir⁷⁴⁵. Dava açmak ve yargılamada yer almak her zaman bir risk unsuru taşıdığından, kanuni temsilcinin maddi hukukta olduğu gibi önceden izin vermesi, kişiyi ehliyetli kılmaz⁷⁴⁶. Maddi hukukla medeni usûl hukuku arasındaki bir diğer farklılık ise kanuni temsilcinin rızasını sınırlayıp kısmi bir izin verebilmesi konusundadır. Her ne kadar maddi hukukta kanuni temsilcinin bir takım işlemler için rıza verip bir takım işlemler için vermemesi kabul edilse de⁷⁴⁷ medeni usûl hukukunda yargılamada tüm usûli işlemlere bir bütün halinde icazet verilmeli ya da verilmemelidir⁷⁴⁸.

Maddi hukukta kanuni temsilci işlem yapmadan önce bu konuda iznini açıklamamışsa vereceği icazet ile işleme geçerlilik kazandırabilir (TMK m. 451). Bu icazet geçmişe etkilidir ve işlem, onayın verilmesiyle yapıldığı andan itibaren geçerli olur ya da icazet verilmezse yapıldığı andan itibaren geçersizdir⁷⁴⁹. Medeni usûl hukukunda ise dava ehliyeti eksikliği halinde kanuni temsilcinin verdiği icazet ile yapılan usûli işlemler de geçmişe etkili olarak (ex tunc) geçerli olacaktır⁷⁵⁰, ancak icazetin verilmemesi ya da çeşitli sebeplerle verilememesi halinde işlem yapıldığı andan itibaren maddi hukuktaki gibi geçersizlik yaptırımını yerine medeni usûl hukukunda düzenlenen sonuçlar doğacaktır⁷⁵¹. Başka bir deyişle sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcinin onayı ile yapabileceği işlemleri onay almadan yapması halinde, işlem geçersiz olup, bu geçersizlik tek taraflı bağlamazlık şeklindedir⁷⁵². İşlem başlangıçta sınırlı ehliyetsizi bağlamaz, karşı taraf ise işlemle bağlıdır. Kanuni temsilci sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme sonradan icazet verir ise işlem her iki taraf için de bağlayıcı hale gelir ve geçerlilik kazanır. Onay verilmemesi halinde ise işlemin diğer tarafı da bağlı olmaktan kurtulur ve işlem de kesin olarak geçersiz

⁷⁴⁵ Rosenberg, Heinz ve Schwab, §44, Rn. 9.

⁷⁴⁶ Aynı görüş Alman hukukunda Alman Medeni Kanunu'nun 107. maddesi hakkında da yapılmaktadır. Bu hususta bkzn. Rosenberg, Heinz ve Schwab, Rn. 10.

⁷⁴⁷ Dural ve Ögüz, ss. 88-89.

⁷⁴⁸ Wolfgang Grunsky, **Grundlagen des Verfahrensrechts**, 2. neubearbeitete Auflage, Gieseking Verlag Bielefeld, Bielefeld, 1974, s. 254; Kuru, Dava Şartları, s. 125.

⁷⁴⁹ Dural ve Ögüz, s. 89; Kılıçoğlu, s. 153.

⁷⁵⁰ Wieczorek ve Schütze, §51, Rn. 19.

⁷⁵¹ Davacı açısından davanın açılmamış sayılması ya da davanın usûlden reddi gibi.

⁷⁵² Dural ve Ögüz, s. 90; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92; Kılıçoğlu, s. 153.

olur⁷⁵³. Medeni usûl hukukunda ise sınırlı ehliyetsiz kimsenin kanuni temsilcinin onayını almaksızın usûlî işlemler gerçekleştirmesi mahkemece re'sen göz önünde tutulması gereken bir haldir. Dava ehliyeti, eksikliği giderilmesi mümkün bir dava şartı olduğundan kanuni temsilci her zaman icazet verebilir. Dava ehliyeti eksikliğinin giderilmemesi durumunda ise dava usûlden red olunacaktır (HMK m. 115).

Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizlerin maddi hukukta ehliyetli oldukları her hal için dava ehliyetlerinin olduğu kabul edilmemektedir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haksız fiillerinden sorumludur⁷⁵⁴. Bununla birlikte haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlıların ve küçüklerin dava ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir. Burada kanuni temsilci bu kişileri temsilen yargılamada yer alacak ve usûlî işlemleri gerçekleştirecektir⁷⁵⁵. Ancak haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlık aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı ile de ilgiliyse böyle bir durumda sınırlı ehliyetsiz kimselerin dava ehliyetinin olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁶.

Benzer bir şekilde çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar bakımından da aynı değerlendirme yapılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasına göre: *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”*. Bununla birlikte karşılıksız kazanımlara ilişkin uyuşmazlıklarda her zaman bir hak kaybı ve yargılama

⁷⁵³ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 95.

⁷⁵⁴ İsviçre hukukunda ise bu düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nun 19. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır.

⁷⁵⁵ Herzig, Das Kind, ss. 37-38. Bucher, N. 160; Kuru, C. I, s. 1046; Budak ve Karaaslan, s. 92. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiillere ilişkin olarak dava ehliyetine sahip olduklarını ileri sürmüşlerdir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrasında ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların haksız fiillerinden sorumlu olduğu hüküm altına alınmış olsa da bu konuda sorumluluk sahibi olmaları, yargılamada kendilerini bizzat temsil edebilecekleri anlamına gelmemektedir. Yargılamanın gösterebileceği önem sebebiyle bu kimselerin en iyi şekilde temsil edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple her ne kadar haksız fiillerinden sorumlu olsalar da bu konuda yürütülecek yargılamada ehliyetli olmadıkları kanaatindeyiz. Bu sebeple yazarların bu görüşüne katılmamaktayız.

⁷⁵⁶ Herzig, Das Kind, s. 38; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 20; Paul Oberhammer, **Kurzkomentar ZPO**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010 Art. 67, N. 4.

masraflarına ilişkin riskler bulunduğundan, sınırlı ehliyetsiz kimselerin bu konuda dava ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir⁷⁵⁷.

Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizler bakımından öğretide uyuşmazlık yanlısı kişiler (Querulant) olarak adlandırılan kimselere de değinmek istemekteyiz. Bu kimseler psikolojik bir rahatsızlık sebebiyle hukuki konularda sağlıklı değerlendirmeler yapamayan kimselerdir⁷⁵⁸. Burada bu kimselerin tam ehliyetsizler gibi fiil ehliyetlerinin tümüyle kısıtlanmasını gerektiren bir hal yoktur. Bu kimseler sadece kanuni haklarının kullanımı hususunda yerinde değerlendirmeler yapamazlar ve bu kimselerin artık bu hususta yetersiz kaldığı kabul edilmektedir. Genellikle diğer yaşam alanlarını etkileyecek bir durum yoktur. Burada bir kimsenin uyuşmazlık yanlısı olup olmadığının tespit edilebilmesi için ya tıbbi anlamda bu hususta rapor alınmalıdır ya da bu husus açıkça görülmelidir. Bu kimseler için söz konusu olan kanuni hakları açıkça kötüye kullanılmasına ilişkin bir tespit dahi olsa, bu kimselerin ehliyetlerine ilişkin herhangi bir tespit yapılmadan, herhangi bir usûlî işlem yapılmamalıdır⁷⁵⁹.

Sınırlı ehliyetsizler bakımından bir diğer önem gösteren husus ise mümkün olduğu sürece vasi ve velinin temsil ettikleri kişinin görüşünü alarak hareket etmesi gerekliliğidir. Vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür (TMK m. 447/1). Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerinde temsil eder (TMK m. 448). Ancak vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun

⁷⁵⁷ Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 33; Herzig, Das Kind, s. 35; Kuru, C. I, s.1045; Baki Kuru, "Dava Şartları", **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, (Dava Şartları), s. 121; Üstündağ, s. 284; Ejder Yılmaz, "Çocuk Hakları Bakımından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel S.: 2009, 2010, (Çocuk), s. 826; Tanrıver, s. 499. Aksi yönde Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 254. Her ne kadar sınırlı ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmalara ilişkin işlemleri tek başına yapabileceği Kanunen kabul edilmiş olsa dahi bir uyuşmazlık halinde bu durum sınırlı ehliyetsiz kimse bakımından çeşitli masraflara sebep olabilir. Bu sebeple artık hükmün amaçladığından farklı bir durum ortaya çıkabileceğinden bizce de karşılıksız kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda sınırlı ehliyetsizlerin doğrudan dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmemelidir. Aksi yöndeki görüşe katılmamaktayız.

⁷⁵⁸ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 16; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 16; Zöllner, §52, Rn. 7a; Kern ve Diehm, §52, Rn. 2; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 40.

⁷⁵⁹ Hausheer ve Walter, Art. 67, N 16; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 16; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 40. Aynı yönde BGE 118 la s. 236, www.swisslex.ch, (12.12.2019).

görüşünü almakla yükümlüdür (TMK m. 450/1). Benzer bir durum küçükler için de geçerlidir⁷⁶⁰. Burada özellikle ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca çocukların görüşünün alınması büyük önem taşımaktadır. Bu maddeye göre: *"1. Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. 2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usûle ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır."*

Uygulamada özellikle çocuğun görüşünün sorulmasına her ne kadar taraf olmasa da velayet davasında rastlanılmaktadır⁷⁶¹. Benzer bir şekilde yine ülkemizin taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi uyarınca

⁷⁶⁰ İsviçre hukukunda yargı kararlarında ve öğretide küçüklerin de kanuni temsilcileri tarafından dinlenilme hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Diggelman, "Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, SJZ 111, Nr. 6, 2015, s. 145. Türk hukukunda bkz. Akkaya, Boşanma, s. 332 vd.

⁷⁶¹ "Dava, kesinleşen boşanma kararı ile birlikte velayeti anneye verilen ortak çocuğun velayetinin değiştirilerek babaya verilmesine ilişkindir (TMK.md.183 349). Velayetinin değiştirilmesi istenilen ortak çocuk Y. K.. 2001 doğumludur. Velayetin düzenlenmesinde ana ve babalık duygularının tatmini gözetilmekle birlikte, asıl olan çocuğun üstün yararadır (TMK. md. 339). Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri kendilerini ilgilendiren konularda idrak çağındaki çocukların görüşünün alınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Haklarında yapılan velayet düzenlemesi çocukları ilgilendiren en önemli konulardan biridir. Çocuk görüşüne başvurulduğunda on yaşında olup; idrak çağında olduğu kabul edilmelidir. Çocuk görüşünde; davacı babası yanında olma isteğini bildirmiştir. Davacı babanın İsviçre'de çalışıp, orada yaşadığı ve yaşadığı ülkenin yapısı ve babanın ekonomik -sosyal olanakları gözetildiğinde; çocuğa iyi bir eğitim ve gelecek sağlayabilecek konumda olduğu ve velayeti üstlenmesine engel bir durumu bulunmadığı anlaşılmaktadır. Halen velayeti üstlenen davalı anne de velayet değişimini kabul etmektedir. Açıklanan durumlar gözönüne alındığında; çocuğun üstün yararının babanın velayeti altına alınmak olduğu açıktır. Bu nedenlerle mahkemece, yetersiz gerekçeyle velayet değişimi talebinin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2012 tarihli E. 2011/14155, K. 2012/7222 tarihli kararı için bkz. www.lexpera.com, (17.09.2019). Öğretide Akkaya, çocuğun boşanma davasındaki konumunu özel olarak değerlendirmiştir. Boşanma davasında çocuk her ne kadar davanın hukuki sonuçlarından etkilenecek olsa da usûl hukuku bakımından davada fer'î müdahil veya asli müdahil sıfatıyla yer alması mümkün olamaz. Yazara göre çocuğun hakları konusunda maddi hukuk alanındaki gelişmeler, usûl hukuku bakımından çocuğun yargılamada temsiline ilişkin menfaati konusunda çözüm üretilmesini gerekli kılmaktadır. Yazar, kanun koyucunun açıkça çekışmesiz yargı işi saydığı durumlarda mahkemenin akzarından doğrudan hukuki durumu ve menfaatleri etkilenen çocuğun maddi anlamda ilgili sıfatına sahip olduğunda tereddüt edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte açıkça çekışmesiz yargı işi sayılan çocuğa ilişkin yargılamalarda çocuğa maddi anlamda ilgili sıfatı yüklenirken boşanma ve ayrılık davasında doğrudan çocuğu ilgilendiren kararlar bakımından aynı sığa sahip olmadığını kabul etmek çelişkili olabilir. Sonuç olarak yazar boşanma yargılamasının çocuğu ilgilendiren kısımları bakımından çocuğun maddi anlamda ilgili sıfatının kabul edilmesi ve buna uygun usûli çözümlerin kanunlarda yer alması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu hususta bkz. Akkaya, Boşanma, ss. 332-337.

da çocuklara bir çok hak tanınmıştır. Bu sözleşmenin I. Bölümü'nün 2. maddesinde bu durum *“Sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usûle ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır”* ifadeleri ile esas olarak amaçlananın çocuklara usûle ilişkin bir takım haklar tanınmak olduğu belirtilmiştir. Bu sözleşmenin kapsamının çocukları ilgilendiren davalar (özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar) olduğu belirtilmiş, ancak bu davalar sınırlı olarak sayılmamıştır (Bölüm I-Madde ½). Sözleşmenin üçüncü maddesinde, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, dava ile ilgili olarak, ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek, görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek gibi bazı haklar tanınmıştır. Öğretide, yeterli idrake sahip olma ifadesinin ayırt etme gücünden daha geniş anlam taşıdığı, örneğin beş yaşındaki çocuğun bile bazı hallerde yeterli idrake sahip olabilmesinin mümkün olabileceği belirtilmektedir⁷⁶². Ancak yeterli idrake sahip olmak tümüyle ayırt etme gücünden bağımsız değildir. Bu bağlamda çocuğun konuyla ilgili olarak görüşünü ifade edebilmesi için, neyin söz konusu olduğunu anlayabilecek ayırt etme gücüne sahip olması şarttır. Bu bakımdan çocuğun dinlenebilmesi için yaşı ve zihinsel gelişimi doğrultusunda mevcut durumu çelişkisiz, istikrarlı olarak ifade edebilmesi ve olayları idrak edebilme yeteneğinin gelişmiş olması koşulu aranır⁷⁶³.

Bunun yanı sıra Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca sözleşme tarafları (Sözleşmeyi kabul eden ülkeler), adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davalarla ilgili olarak, kendi görüşlerini ifade etmekte yardımcı olması için kendi seçtikleri uygun bir kişiden yardım almayı isteme hakkı; kendi kendilerine veya diğer şahıslar veya kurumlar vasıtasıyla, ayrı bir temsilcinin, uygun olduğu takdirde bir avukatın tayinini isteme hakkı; kendi temsilcilerini tayin etme hakkı; söz konusu

⁷⁶² Yılmaz, Çocuk, s. 837.

⁷⁶³ Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir, **Çocuk Hakları Çalışmaları -1-**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 13.

davalarda tarafların sahip olduğu hakların tümünü veya bir kısmını kullanma hakkı gibi ek haklar tanınması olanağını inceler⁷⁶⁴.

Sözleşme, mahkemelere de bazı yükümlülükler getirmiştir. Örneğin Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca “Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce : a) çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır. b) «çocuğun iç tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, - «çocuğun gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır. - «çocuğun yüksek çıkarına ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa

⁷⁶⁴ “Çocuğun kendisi ile ilgili her konuda bilgilendirilmesi ve görüşünün alınması Türk Medeni Kanunu çerçevesinde açık olarak düzenlenmemiş ise de Anayasanın 90. maddesi dikkate alındığında uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğinden açık hüküm olmasa dahi iç hukukumuzda da çocuğun görüşünün alınması ilkesi benimsenmiştir.

Bu noktada uyumsuzluğun çözümü için açıklığa kavuşturulması gereken husus, velâyete ilişkin davalarda çocuğun görüşüne başvurulması esası kabul edilmekle birlikte çocuğun görüşünün mutlaka mahkeme huzurunda alınmasının gerekip gerekmediğidir.

Yukarıya alıntı yapılan sözleşme hükümlerine göre çocuğun "doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla", çocuk için elverişli durumlarda ve onun idrakine uygun bir usûlde dinlenilmesi öngörülmüştür. Diğer bir anlatımla, özel bir engel bulunmadıkça, ayırt etme gücüne sahip çocuk, hâkim tarafından duruşmaya çağırılarak bizzat dinlenebileceği gibi bizzat mahkemeye getirilmeden diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla da çocuğun fikrinin alınması sağlanabilir. Madde metninde bahsi geçen "diğer şahıs ve kurumlar", psikolog, pedagog, doktor, çocuğu temsil görevini icra edebilecek bir avukat ile sosyal çalışmacı olabilir (Özdemir, S.O: Boşanma davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, s.1230-1235).

Burada dikkat edilmesi gereken "çocuğun menfaati" olduğuna göre, sözleşmeye taraf devletlere düşen yükümlülük, çocuğun saygı gördüğü, güvende olduğunu hissettiği, duyarlılıktan uzak olmayan, çocuğun özgürce konuşabileceği bir ortamı sağlamaktır (Grassinger, s. 838) Dolayısıyla Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi kapsamında çocuğun ifadesinin mahkeme huzurunda alınmasının bir gereklilik olduğunu söylemek mümkün değildir. Önemli olan, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kendi yararı için nasıl bir karar verebileceği hususunda uygun ortam ve koşullarda görüşünü ifade etmesine imkân tanınmasıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; velâyetinin değiştirilmesi talep edilen küçük 26.01.2006 doğumlu olup davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. Dosyada yer alan 17.06.2015 tarihli psikolojik değerlendirme raporunda belirtildiği üzere küçük ile öncelikle belirlenen gün ve saatte adliyede, daha sonra küçüğün okulunda, son olarak da küçüğün yaşadığı yerde pedagog huzurunda bireysel görüşmeler yapılmıştır. Küçük Efe, tüm görüşmelerde her iki ebeveyni hakkında kötü bir atıfta bulunmadığı gibi velâyetinin kime verileceği noktasında da açık bir tercihte bulunmamıştır. Bu hâliyle çocuğun görüşüne başvurulması ilkesinin gereği yerine getirilmiştir. Çocuğun pedagog tarafından alınan beyanının yeterli olmadığını, bu nedenle mahkeme huzurunda görüşüne başvurulması gerektiğini söylemek, olay hakkında tekrar tekrar konuşmaya zorlamak, onu psikolojik olarak baskı altına almak anlamına gelecektir ki, bu durumun çocuğun üstün yararı ile bağdaşmayacağı açıktır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.2.2019 tarihli, E. 2018/1072, K. 2019/185 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (17.09.2019).

danışmalıdır. – çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. c) çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir”.

Tüm bunlarla birlikte her ne kadar belirli bir idrake sahip küçükler ya da kısıtlılar ile ilgili uyuşmazlıklarda bu kimselerin görüşünün alınması esassa da onun yaşından kaynaklanan tecrübesizliği ve öngörüsünün darlığı ya da kısıtlama nedenlerinden birinin bulunması nedeniyle ortaya koyduğu irade beyanı ile gerçekte onun yararına olan objektif iradesi aynı yönde olmayabilir⁷⁶⁵. Sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olmaması bu sebeple kabul edilmiştir. Bu esas, küçüklerin doğrudan taraf olmadığı ancak çocuğu ilgilendiren davalarda da geçerlidir⁷⁶⁶. Burada küçüğün beyan ettiği iradenin, somut şartlar içerisinde gerçekçi olmadığı, etki altında verildiği ya da çocuğun gelişimine fayda sağlamayacağını düşünürse küçüğün üstün menfaatine göre farklı bir karar verebilecektir. Bu şekilde, küçüğün menfaati, küçüğün iradesinin yerini alacak ve küçüğün kendisinin bizzat öngöremediği fakat onun yararı için kabul edilen çözüm, küçüğün objektif iradesi olarak hukuk düzeni tarafından dikkate alınıp, korunacaktır. Başka bir deyişle küçük adına karar verilirken onun menfaati, küçüğün subjektif iradesinin yerini alacaktır⁷⁶⁷. Benzer bir durum ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar için de geçerlidir. Her ne kadar bu kimselerin iradesi esas alınsa da menfaatleri doğrultusunda kanuni temsilcilerin bu kimseleri koruması gerekmektedir.

⁷⁶⁵ Elçin ve Gençaridemir, s. 15.

⁷⁶⁶ Öğretide Akkaya, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk için onu ilgilendiren yargılamalarda özellikle boşanma yargılamasında özel bir düzenleme yapılmasında fayda bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre bazı haller için zaten ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların temsiline ilişkin genel hükümlerin yapılacak genel bir düzenleme ile ihtiyaç duyulan hallerde aile hukukuna ilişkin olarak çocuğun menfaatini ilgilendiren tüm dava ve işlerde ve bu bağlamda boşanma ve ayrılık yargılaması bakımından da tanınmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk açısından ise çocuğun ana ve babası ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi veya nafakasının belirlenmesine ilişkin konular doğrudan çocuğun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklarla ilişkili olduğundan ayırt etme gücüne sahip çocuk bu konularda yürütülmekte olan yargılamada maddi anlamda ilgili sıfatıyla görüşlerini açıklamak ve dinlenilme hakkına sahip olduğundan bizzat yargılamaya katılma ve görüşlerini açıklama hakkına sahiptir. Akkaya, Boşanma, s. 337 vd.

⁷⁶⁷ Elçin ve Gençaridemir, s. 15.

2. Sınırlı Ehliyetsizlerin Dava Ehliyetine Sahip Oldukları Haller

a. Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklarla İlgili Davalarda

Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz kimseler, kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin davalarda yargılamada bizzat ya da yetkilendirdikleri iradi temsilcileri aracılığı ile⁷⁶⁸ yer alabilirler. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda “*medeni hakları kullanma ehliyetine sahip kimseler*” in dava ehliyetine sahip olması gerektiğinden çıkarılırken bu durum İsviçre Medeni Usûl Kanunu’nun 67. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde açıkça belirtilmiştir. Bu madde esasında İsviçre Medeni Kanunu’nun 19c maddesine paralel olarak düzenlenmiştir⁷⁶⁹. Alman Medeni Usûl Kanunu’nda İsviçre Medeni Usûl Kanunu’nun aksine, Türk hukuku ile paralel bir şekilde ayırt etme gücüne sahip kimselerin kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarını kanuni temsilcileri olmadan kullanabileceği açıkça belirtilmemiştir. Bu çıkarım, Türk hukukunda olduğu üzere fiil ehliyetine ilişkin kurallara dayanılarak yapılmaktadır⁷⁷⁰.

Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz kişi, kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda davacı ya da davalı olarak bizzat yer alabilecek ve her türlü yargılama işlemini kimseden (ya da mahkemedan) icazet almaya gerek kalmaksızın tek başına gerçekleştirebilecektir⁷⁷¹. Başka bir deyişle ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların dava ehliyetine sahip oldukları davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde kendileri ya da yetkili kılacakları bir vekil aracılığı ile davayı takip ederler ve usûlî işlemleri yaparlar⁷⁷². Tüm usûlî işlemler de bu kişilere yapılacak ve karar da dahil olmak üzere tüm tebligatlar bizzat bu kişilere tebliğ edilecektir⁷⁷³. Buna karşılık bazı eski tarihli içtihatlarda bu kişilerin davayı kendilerinin yürütemeyeceği, duruşmada bulunamayacağı, bu kişiler yerine kanuni temsilcilerinin temsil etmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁷⁴. Bununla birlikte bazı içtihatlarda ise aksine bu kimselerin

⁷⁶⁸ Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 29.

⁷⁶⁹ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 20.

⁷⁷⁰ Rosenberg, Heinz ve Schwab, Rn. 15.

⁷⁷¹ Fischer, Art. 67, N. 10; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Diggelman, s. 143.

⁷⁷² Postacıoğlu, s. 175; Tanrıver, s. 498; Budak ve Karaaslan, s. 92; Yılmaz, Çocuk, s. 826.

⁷⁷³ Diggelman, s. 142.

⁷⁷⁴ “Medeni Kanunun 88. maddesi, küçüğün menfaatinı ön plana almıştır. Ana, baba veya vasini dinlenmesi menfaatin tespiti bakımındandır. Kanunla izinin verilebilmesi için, muvafakattan söz

bizzat ya da iradi temsilcileri aracılığı ile yargılamada yer alabilecekleri vurgulanmıştır⁷⁷⁵.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda bu kimselerin kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Çünkü dava ehliyetinin sınırlı olması gibi bir durum söz konusu değildir⁷⁷⁶. Bir kimsenin bir dava ile ilgi ya dava ehliyeti vardır ya da yoktur. Aynı esas Alman hukuku öğretisinde⁷⁷⁷ de kabul edilmiştir. Medeni usûl hukukunda, medeni hukukta fiil ehliyetlerine ilişkin gerçekleştirilen ayrımın geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Dava ehliyetinin sınırlı şekilde olamayacağı kabul belirtilmektedir. Öğretideki bu yaklaşıma göre sınırlı ifadesi (*beschränkte*) yerine dava ehliyeti açısından kısmi (*partielle*) ifadesinin kullanılması daha yerindedir⁷⁷⁸. Ayrıca hâkimin, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görmesi halinde ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verme yetkisi vardır. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılır (HMK m. 80). Bu sebeple ayırt etme gücüne

edilmemiş, adı geçenlerin mütalaalarına başvurulacağı öngörülmüştür. Görülüyor ki izin isteme yetkisi tamamen küçüğe verilmiştir. Şu halde D. şahsına bağlı hakkı kullanmakta bulunduğundan dava hakkı vardır. Ancak yaşı itibarıyla duruşmada bulunamaz. Velisi ile arasında menfaat ayrılığı doğduğuna göre, Medeni Kanunun 376/2. maddesi uyarınca hususi kayyım tayin ettirilmek onun huzuruyla davaya devam olunmak için esası hakkında karar verilmek icap eder. bu yön düşünülmeden davanın reddedilmesi usûl ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 18.2.1974 tarihli E. 1974/873, K. 1974/916 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (04.11.2019).

⁷⁷⁵ “Bunun doğal sonucu, mümeyyiz küçüklerin münhasıran şahsa bağlı hakları ile ilgili davalarda dava ehliyetini haiz olmalarıdır. Bizzat veya tayin edeceği bir vekil vasıtası ile böyle bir davayı açmak, takip etmek ve usûl işlemlerini yapmak ehliyetine sahiptirler. İçtihat ve doktrinde bu kural benimsenmiştir. Nitekim, 15.4.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, kanuni mümessillerinin rızası olsun veya olmasın mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarından dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip bulundukları açıkça izah ve kabul edilmiştir. Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü bu yoldadır. Ceza Genel Kurulunun 18.12.1967 gün, 416/371 sayılı ve 15.2.1971 gün, 43/50 sayılı kararları da örnek olarak gösterilebilir. “Şahsi menfaatlere vaki tecavüzün tesbit ve meni ve manevi tazminat davalarını açmak hakkı, reşit olmayan mağdura ait olup, bunun için bir avukat dahi tutabilir”, “...ezcümle, masum olduğu halde tevkif edilmiş olan ve devletin tazminat vermekle mükellef olduğunu dermeyer eden kimseye, tazminat hakkının bahşedilmesinde olduğu gibi” (A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Çev. V. Çernis, sh.199 ve 202, Ankara 1947) ” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 7.5.1979 tarihli E. 1979/1-122, K. 1979/203 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (04.10.2019).

⁷⁷⁶ Öğretide Kuru da bir kimsenin ya dava ehliyetinin olacağını ya da olmayacağını belirtmiş artık dava ehliyeti bulunan bir kimse için kanuni temsile gerek olmayacağı hususu üzerinde durmuştur. Dava ehliyetine sahip küçük ve kısıtlıların davayı sonuna kadar yürütme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Kuru, C. I, s. 1043.

⁷⁷⁷ Grunsky, s. 253 vd.

⁷⁷⁸ Grunsky, s. 253.

sahip küçüklerin ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda da kanuni temsilci ile temsil edilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız⁷⁷⁹.

Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz kimseler yargılamada bizzat kendileri ya da usûlüne uygun bir şekilde atamış oldukları iradi temsilcileri ile birlikte yer alabilirler⁷⁸⁰. Bununla birlikte İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde, bu hakların kullanımı, hak kaybı doğması riski ile beraber, mali açıdan da bir takım

⁷⁷⁹ Öğretide Kuru, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının ihtiyaç duyması halinde davayı takip için kanuni temsilciye yetki verebileceği görüşündedir. Ancak yazar, ek olarak küçük ve kısıtlı dava açmak istemezse kanuni temsilcinin davayı açamayacağını belirtmiştir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin olarak kanuni temsilci, küçük ya da kısıtlıya dava açması için tavsiyede bulunur. Buna rağmen, küçük ya da kısıtlı dava açmazsa bu halde kanuni temsilcinin dava açması söz konusu olamaz. Yazar bir çözüm önerisi olarak sulh hukuk mahkemesine başvurulması ve sulh hukuk mahkemesinin davanın açılmasının küçükün ya da mahcurun yararına olduğu sonucuna varması halinde dava açmak için bir kayyım tayin edilebileceğini ileri sürmüştür. Kuru, C. I, ss. 1044-1045. Öncelikli olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hakkın sahibi tarafından kullanılması esas olduğundan artık ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının bu konuda kanuni temsilciyi yetkilendiremeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü burada ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı kişi tıpkı tam ehliyetli bir kişi gibi işlem yapma ehliyetini haizdir. Nasıl ki tam ehliyetli bir kimse adına iradi temsilcisi haricinde bir kimsenin yargılamada işlem yapması düşünülemez ise burada dava ehliyetine sahip olan bu kimseler için de düşünülemeyecektir. Bununla birlikte dava açmak istemeyen ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı kişi adına menfaatleri doğrultusunda kayyım atanabilmesi çözüm önerisine de katılmamaktayız. Burada en fazla küçük ya da kısıtlının söz konusu hakkı kullanması bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilebilir. Bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması halinde ise artık medeni usûl hukuku kuralları gereğince hakkını araması için herhangi bir şey yapılamayacağı düşüncesindeyiz. Medeni usûl hukukunda, tarafların bizzat harekete geçmesi esastır. Kimse kendi adına bir dava açmaya zorlanamaz. Her ne kadar ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının yararına olsa dahi bunun aksine hareket etmenin medeni usûl hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

⁷⁸⁰ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 14; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 6, N. 21; Kuru, C. I, s. 1035; Postacioğlu, s. 175; Bilge, s. 176; Üstündağ, s. 284; Arslan, Yılmaz, Taş Korkmaz ve Hanağası, s. 254; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 586; Budak ve Karaaslan, s. 92; Kılıçoğlu, s. 155. Türk hukuku öğretisinde Serozan, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda sınırlı ehliyetsiz kimsenin avukatla kuracağı vekalet sözleşmesinin her ne kadar ivazlı olmasına rağmen, sınırlı ehliyetsiz kimsenin kanuni temsilcisinin oluru olmaksızın yapılabileceği üzerinde durmuştur. Serozan, Kişiler, s. 231. Bunun yanı sıra Serozan tam ehliyetsizlerde olduğu üzere sınırlı ehliyetsizin menfaatinin gerektirdiği ve ivedi bir durumun ortaya çıkması hallerinde de kişilik haklarını ve adı koruyan davaları açma, haklı nedenle ad değiştirme davası açma, yaş ve ad düzeltme davaları açma haklarını bu tür dar anlamda temsil kaldırır kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek vermiştir. Serozan, Kişiler, s. 445. Benzer şekilde Üstündağ da her ne kadar mali bir külfet getirebilecek olsa da davada hukuktan anlayan bir kimsenin bulunması gerekliliği göz önüne alındığında bu kişiler bir avukata vekalet verebilmeli ve bu vekaletin mali sonuçlarına da tahammül edebilmelidir. Özellikle kısıtlılığın kaldırılması talebinde kanuni temsilci ile talepte bulunan ilgilinin menfaatleri çatışabilir. Böyle bir durumda yazara göre kişinin avukatla temsil edilmesi ve avukat lehine doğacak alacak iddiasına karşı hile defi ile karşı konulması bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Üstündağ, ss. 285-286. Bununla birlikte Hukuk Genel Kurulu'nun 12.7.1967 tarihli bir kararında kısıtlılığın kaldırılmasına ilişkin gerçekleştirilen bir yargılamada avukatla, vekalet veren sınırlı ehliyetsiz kişi arasındaki ücret sözleşmesi geçerli sayılmamıştır. Bu Yargıtay kararına katılmamaktayız. Çünkü sınırlı ehliyetsiz kimseler, dava ehliyetine sahip oldukları hallerde her bakımdan ehliyetlidir. Yargılamada usûli işlemleri bizzat ya da iradi temsilcileri aracılığı ile yapabilirler. Belirli hususlarda dava ehliyetine sahip oldukları belirli hususlarda ise ehliyetsiz olduklarına ilişkin bir değerlendirmeye gidilemez. Aynı yönde Kuru, C. I, s. 1044. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.7.1967 tarihli E. 966/4-162, K. 328 sayılı kararı için bknz. Üstündağ, s. 286.

riskler doğuruyorsa bu hallerde, sınırlı ehliyetsiz kimselerin, yargılamayı kanuni temsilcisinin yardımı olmadan tek başına yürütmesine izin verilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸¹. Türk hukuku öğretisinde ise Helvacı özellikle kişilik hakkına tecavüz durumunda koruyucu davaları açma bakımından İsviçre hukukunda belirtilen gerekçelerin yeterli olmadığına değinmiştir. Yazara göre her dava açma bir takım külfetleri de beraberinde getirir. Dolayısıyla her açılacak dava için ileri sürülebilecek olan bu sebep Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamını daraltma sonucunu ortaya çıkarır⁷⁸². Bizce de bireyin ayırt etme gücüne sahip olduğu bu noktada özellikle kişilik hakkını koruyucu davalar bakımından yargılama masrafları sebebiyle ehliyetsiz olduğunun kabulü birey özgürlüğüne aykırı sonuçlar doğurur. Bu çıkarım sadece sınırlı ehliyetsiz kişilerin davacı olduğu hallerde geçerli değildir. Benzer şekilde eğer kişilik hakkına tecavüz durumunda sınırlı ehliyetsiz, tecavüz fiilini bir kişilik hakkını kullanırken işlediyse, dava ehliyetine sahiptir. Çünkü kişilik hakkı münhasıran kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır, bu nedenle bu konuda sınırlı ehliyetsizin dava ehliyeti bulunmaktadır ve davalı olarak kanuni temsilcisi olmadan usûlî işlemleri gerçekleştirebilir⁷⁸³.

Evlenmenin butlanı davasında⁷⁸⁴, babalık davasında⁷⁸⁵, tanınmanın iptali talebinde⁷⁸⁶, kişilik hakkına saldırı sebebiyle davalarda ve manevi tazminat taleplerinde⁷⁸⁷, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde⁷⁸⁸,

⁷⁸¹ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 21.

⁷⁸² Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 156. Yazar ayrıca kanuni temsilcinin sınırlı ehliyetsizin fikrini almadan ya da daha ileri giderek karşı çıkmasına rağmen koruyucu dava açma hakkına sahip olup olmadığını bu konudaki bir başka sorun olarak değerlendirilmektedir. Yazara göre kanuni temsilcilerin mümeyyiz küçük ya da kısıtlının açık veya örtülü rızası olmadığı takdirde bu davaları açamayacaklarını kabul etmenin davaların da niteliğine uygun bir çözüm yolu olduğunu belirtmektedir. Bizce de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip bulunduğu ölçüde kişi tarafından kullanılması esastır. Medeni usûl hukukunda da bu kişilerin bu davalara ilişkin olarak dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla dava ehliyetine sahip bir kimse usûlî işlemleri bizzat ya da atamış olduğu iradi temsilcisi aracılığı ile gerçekleştirebilecektir. Bu sebeple bizce de burada da artık kanuni temsilcinin dava hakkını temsil edilen adına kullanması mümkün değildir.

⁷⁸³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 159.

⁷⁸⁴ Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Kuru, C. I, s. 1039.

⁷⁸⁵ Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Zogg, s. 424; Fischer, Art. 67, N. 10; Kuru, C. I, s. 1039.

⁷⁸⁶ Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Zogg, s. 424; Fischer, Art. 67, N. 10.

⁷⁸⁷ Honsell, Voit ve Geiser, Art. 19c, N. 7; Zogg, s. 424; Fischer, Art. 67, N. 10. "*Davacı, davalı tarafından ırzına geçilmesi ve alıkonulması nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararının ödetilmesini talep ve dava etmektedir. Dava, şahsiyet hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz iddiasına dayanmaktadır. Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan ve bu suretle maddi ve manevi zarara maruz kalan kimse temyiz kudreti bulunan küçük veya mahcur ise, tazminat davasını (münhasıran şahsa merbut hak olması itibarıyla) kanuni temsilcisinin iznine tâbi olmaksızın kendisi*

evlatlık ilişkisine ilişkin davalarda⁷⁸⁹, boşanma ve ayrılık davasında⁷⁹⁰ ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir.

açabilir (Medeni Kanun md. 16/2,24/a).Dava konusu olay nedeniyle davalı hakkında (evlenmek vaadi ile ırza geçmek ve kızlık bozma suçlarından) Bolu Ağır Ceza Mahkemesi'ne açılan dava sırasında, Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Kurulu'ndan alınan 16 Şubat 1990 gün ve 626 karar sayılı raporla, (davacının, MArt. Haziran 1980 ile Kasım 1982 tarihleri arasında iki kez "şizofrenik arazla müterafik eksitativ bir sendrom" geçirmiş bulunduğu ve Kasım 1982'den sonra ise,, anti psikotik tedavi ile yeterli bir sosyal intibakla kendisini gösteren şifaya yakın iteri salah halinde hayatını normal bir şekilde sürdürmekte bulunduğu; bu duruma göre 1986 yılında mağduresi bulunduğu iddia olunan olayın ahlaki kötülüğünü idrak edebileceği ve olaya karşı ruhsal yönden mukavemete muktedir olduğu gibi sözü edilen tarihte akıl hastası" olmamakla Medeni Kanunun 89. maddesinin kapsamına girmediği; sağlık kurallarınca muayene edildiği 2.9.1988 ve 12.4.1989 tarihlerinde kendisinde herhangi bir akli arıza saptanmadığı) tespit edilmekle; davacının olay tarihinde 18 yaşını bitirmesi ve davalı ile rızaen birlikte olduğu gözetilerek, davalının 3.5.1990 tarihinde beraatine karar verildiği ve beraat kararının kesinleştiği (incelenen 1987/17 esas sayılı Ağır Ceza Mahkemesi dosyası içeriği ile) anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, davacı ile ilgili en son rapor olan ve yukarıda özetlenen Adli Tıp Kurumu'nun 16 Şubat 1990 günlü raporuna göre, davacı olay tarihi olan 1986 yılında ve rapor tarihinde akıl hastası ve giderek gayri mümeyyiz değildir. Gerçi, davacının Kıbrısık Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1.7.1987 gün ve 10/25 sayılı kararı ile vesayet altına alınmasına dayanak yapılan Bolu Devlet Hastanesi'nin 17.12.1986 gün ve 2112 sayılı sağlık kurulu raporunda, (1986 yılında kendisine karşı işlenen suçun kötülüğünü idrak edemeyeceği, fiili mukavemet gösteremeyeceği, akıl hastası olduğu) belirtilmiş ise de; bu rapordaki tespitler daha üst ve yetkili merci olan Adli Tıp Kurumunca benimsenmemiştir. Davacı hakkındaki (vesayet altına alınma kararının) halen devam etmekte olması, onun akıl hastası olduğunun ve mümeyyiz bulunmadığının kabulünü gerektirmez. Mahkemece, şimdiki davanın açıldığı tarihte davacının gayri mümeyyiz olduğu da tespit edilmiş değildir. Nitekim, davacı vasisi tarafından 5.5.1994 tarihinde mahkemeye verilen dilekçede, davacının mümeyyiz olup akıl hastası olmadığına Adli Tıp Kurumu raporuyla tespit edildiği ve onun dava hakkı bulunduğu ileri sürülmüştür. Açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden, ceza mahkemesi dosyasındaki Adli Tıp Kurumu raporuna yanlış anlam verilerek ve dava tarihinde davacının mümeyyiz bulunmadığı yolunda bir iddia ve savunma da bulunmadığı ve bu yolda bir tespit de olmadığı halde, yazılı olduğu şekilde dava dilekçesinin reddine karar verilmiş olması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21.9.1995 tarihli E. 1995/5439, K. 1995/6348 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (04.10.2019).

⁷⁸⁸ Kuru, C. I, s. 1039.

⁷⁸⁹ "Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında evlatlık ilişkisinin devamının ya da bozulmasının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen evlatlık yönünden miras hakkını ve karşılıklı olarak da nafaka yükümlülüğünü yani mal varlığını ilgilendirdiği gerekçesi ile evlatlığın evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesi için tek başına dava açamayacağını bunun için evlatlığa bir kayyım atanması gerektiğini belirtmiştir "Evlatlığa alınma şahsa bağlı hak olmakla beraber, az önce açıklanan sınırlamaya bağlı tutulmuştur. Mümeyyiz küçükler rızaları olsa bile ana ve babalarının, bunlar yoksa vesayet makamının müsaadesi olmadıkça başkası tarafından evlat edinilemezler. Kanun koyucu bununlada yetinmemiş, kamu düzeni düşüncesi ile küçüğün yararı esassından hareket ederek hakimnin izninde zorunlu kılmıştır. Bu hükümlerin tabii ve kaçınılmaz sonucu olarak, mümeyyiz küçüğün kurulmuş bir evlatlık ilişkisinin çözülmesi veya devamı hususunda yalnız başına söz hakkı sahibi olamayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü: Evlatlığa alınmada mahdut ehliyetsizin (Mümeyyiz küçüğün) arzusu ve kanunî temsilcisinin rızası mevcut olsa bile hakime, evlatlık ilişkisinin kurulmasına müsaade etmemek gibi geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Evlatlık bağının kuruluşunda kanun koyucu, böylesine hassasiyet göstermiş iken, ilişki kurulduktan sonra her şeyi henüz reşit olmayan bir küçüğün iradesine terk etmesi akla ve özellikle Kanun'un sistemine ve az önce açıklanan ilkelere ters düşer. Öte yandan evlatlık sözleşmesinin devamını veya bozulmasını istemek şahsa bağlı haklardan olmakla beraber, evlatlık yönünden miras hakkı ve karşılıklı olarak da nafaka yükümlülüğünü yani mal varlığını ilgilendiren yönü vardır. (Prof.Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukukunun Esasları, 1973, Sh.167, Prof.Selahattin Sulhi Tekinay, Medenî Hukuka Giriş Dersleri, 1973, Sh.218, Prof.Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku 1971, Sh.379). Şu halde anılan hususlar gözetildiği takdirde, bozulması için haklı sebepler varken mümeyyiz küçük evlatlık ilişkisini devam ettirmek hakkına sahip

Boşanma davası açma hakkı da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip kişiler bu haklarını kanuni temsilcilerinin yargılamaya katılımı gerekmeden kullanabileceklerdir. Ancak bu hak her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da boşanmanın maddi sonuçlarının özellikle mülkiyet hukukuna ilişkin problemlerin çözüme ulaştırılabilmesi için bu kimselerin kanuni temsilcilerinin işbirliğini gerektirmektedir⁷⁹¹.

Bu bağlamda İsviçre hukuku öğretisinde ayırt etme gücüne sahip olan kimsenin her ne kadar kişiye sıkı sıkıya hakları doğrudan kullanabileceği belirtilse de bazı durumlarda kanuni temsilcinin katılımının gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin mahkeme masraflarının ödenmesinde kanuni temsilcinin de dahil olması beklenmektedir. Böyle bir durumda masraflar konusunda dahil olmak istemeyen kanuni temsilcinin temsil ettiği kişinin meşru çıkarlarına aykırı davrandığı ve temsil yetkisinin aşılmış olacağı ileri sürülmektedir. Öğretideki bu görüşe göre İsviçre Medeni Kanunu'nun 19c maddesinin birinci fıkrası ile asıl amaçlananın bu kimselerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanması halinde bu hakkın kullanımının engellenmemesi ya da bu hakların kullanımına ilişkin davalarda mümkün olduğunda yargılamanın devam etmesinin amaçlandığını ileri sürmektedir. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz kimselerin bu haklarını kullanırken iradi temsilci atayabileceği, aksinin kabulü halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasının uygulamada mümkün olmayabileceğini ileri sürmektedir⁷⁹².

olmadığı gibi, muhik sebep yokken bozulmasında isteyemez. Yani, açılacak ref'i davasında küçüğün arzusunun hiç bir rolü yoktur. Öyle ise Medeni Kanun'un 376/2. maddesi uyarınca kayyum tayini mümkün ve caizdir. Reşit oluncaya kadar çocuklar velayet altında olup velileri tarafından temsil edilirler. (M.K.252, 268). Bunun tabii sonucu olarak da mali sonuçları olmayan şahsa bağlı hakların kullanılmasında bile mahdud ehliyetsiz kişiler dava takip yetkisine sahip değildirler. Mahkemede anılan kanunî mümessilleri temsil eder. Mali sonuçları da beraberinde sürükleyen evlatlığın ref'i davasında evleviyetle mahdud ehliyetsizleri kanunî mümessilleri mahkemede temsil eder. Uygulamada bu yoldadır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4.12.1975 tarihli, E. 1975/7673, K. 1975/9224 sayılı kararı için bkzn. www.kazanci.com , (04.10.2019). Öğretide Kuru, bu davanın miras hakkını ilgilendirmesinin onu kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmaktan çıkarmayacağını belirtmiştir. Yazara göre nafaka yükümlülüğü ise evlatlığın davayı kaybederse mahkum olacağı bir yükümlülük değil davayı kazanırsa yoksun kalacağı bir malvarlığı hakkıdır. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı bu dava sonucunda belirli bir parasal edime mahkum edilecek değildir. Dolayısıyla yazar, küçüğe bir kayyum atanması gerekmediği görüşünde olduğunu belirtmiştir. Biz de yazarın bu görüşüne katılmaktayız. Ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanma hakkına sahiptir. Bu sebeple bu halde de dava ehliyetlerinin olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁹⁰ Fischer, Art. 67, N. 10; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Tanrıver, s. 498.

⁷⁹¹ Hausheer ve Walter, Art. 67, N 12 e; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 24; Kuru, C. I, s. 1038.

⁷⁹² Herzig, Das Kind, s. 27.

b. Bir Meslek veya Sanatın Gerektirdiği İşlemlerle İlgili Davalarda

İsviçre medeni usûl hukukunda da ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kayıymılık altında olan kişilerin İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrasında iki istisnai durumda dava ehliyetine sahip olarak sayılacakları belirtilmiştir⁷⁹³ ancak bir meslek veya sanatın gerektirdiği işlemlerle ilgili olarak özel bir düzenlemeye gidilmemiştir⁷⁹⁴. İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde her ne kadar Medeni Usûl Kanunu'nda belirtilmese de usûl hukukunun maddi hukuku kısıtlayamayacağından hareketle, bu madde kapsamında belirtilmeyen istisnaların da geçerli olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁵. Her ne kadar Kanunda belirtilmese de bu istisnalardan biri meslek ve sanatın icrasına ilişkin haller olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁶. Özellikle sınırlı ehliyetsizin ücretle ilgili talepler, tatil hakkı gibi konularda doğrudan dava ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir⁷⁹⁷. Burada çocuk ana ve babasıyla aynı evde yaşasa da yaşamasa da ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kişisel kazancının yönetim ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Öğretide bir görüşe göre ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsizlerin bir meslek ve sanatın icrasına ilişkin olarak dava ehliyetleri olsa da bir meslek ve sanatın icrasına ilişkin malların kullanımına ya da yönetimine ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda dava ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü bu hususa ilişkin yargılamanın maliyetini ve ortaya çıkabilecek tehlikeleri önceden sınırlı ehliyetsizin tahmin etmesi zordur. Özellikle bu konuda risk, yargılamaya ilişkin masrafların bu serbest varlıkların tutarını aşması nedeniyle de ortaya çıkabilir. Tüm bu sebeplerden her ne

⁷⁹³ İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun taslaklarında bu istisnalara da yer verilmemekteydi. Yapılan görüşmelerde, bu istisnaların somut bir şekilde belirtilmesi talep edilmiş ve Kanun metnine eklenmiştir. Bu hususta bkz. Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 18.

⁷⁹⁴ Alman hukukunda ise Alman Medeni Kanunu'nun 113. maddesinin ilk fıkrası uyarınca kanunini temsilcisi küçüğe bir meslekle uğraşma izni verebilir. Kanuni temsilcinin bu izni vermesi durumunda küçük, bir iş ilişkisine girme, bu ilişkinin gereklerini getirme gibi konularda ehliyetli kabul edilmiştir. Ancak kanuni temsilci bu izni sadece aile mahkemesinin onayına ihtiyaç olmayan hallere ilişkin verebilir. Aile mahkemesinin onayına ihtiyaç olan hallerde küçüğün dava ehliyetine sahip olmadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte diğer haller için de kanuni temsilcinin her zaman verdiği izni geri çekebileceği hüküm altına alınmıştır (BGB 113/II). Bu iznin çekildiği hallerde de kanuni temsilcinin temsil yetkisi devam edecektir. Bu hususta bkz. Wicczorek ve Schütze, §51, Rn. 12.

⁷⁹⁵ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 18.

⁷⁹⁶ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 22.

⁷⁹⁷ Herzig, Das Kind, s. 38. Aynı yönde herhangi bir ayrıma gitmeden Fischer, Art. 67, N. 10; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 9.

kadar maddi hukukta bu kimselerin fiil ehliyetli olduğu kabul edilse de medeni usûl hukukunda bu konuda dava ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁹⁸.

Türk hukukunda ise çocuğun meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazancının durumu ise Türk Medeni Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: *“Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir.”* Benzer bir şekilde *“vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur”* (TMK m. 453). Türk hukuku öğretisinde Postacıoğlu'na göre sanat ve icrasına mezun kılınan küçük bu sanatın icrasından kaynaklanan işlemler bakımından dava ehliyetine sahiptir⁷⁹⁹. Kuru da kendisine ana ve babası tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetine sahip olduklarını belirtmiştir⁸⁰⁰. Öğretide hakim görüşün sınırlı ehliyetsiz kişilerin bir meslek ve sanatın gerektirdiği işlemlerle ilgili dava ehliyetine sahip olduklarını kabul etme eğiliminde olduğu görülmektedir.

⁷⁹⁸ Herzig, Das Kind, s. 38.

⁷⁹⁹ Postacıoğlu, s. 177.

⁸⁰⁰ Kuru, C. I, s. 1042. Üstündağ da kendilerine bir meslek ve sanatla iştiğal izni verilen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların bu meslek ve sanatın gerektirdiği her türlü tasarrufu yapabileceği ve bu tasarruflar sebebiyle doğacak davalarda da bizzat dava ehliyetine sahip olduklarını belirtmiştir. Üstündağ, s. 286. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, “kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse (TMK m. 453, 462/7), bu meslek veya sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetlidir” Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 254. Pekcanitez ve Taş Korkmaz da kendisine sulh hukuk mahkemesi tarafından meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kişiler ile kendisine ana ve babası tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen ayırt etme gücüne sahip küçükler bu meslek ve sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetine sahip olduğunu belirtmişlerdir. Yazarlar, örnek olarak kendisine izin verilen işle ilgili bir kira ilişkisinde, sınırlı ehliyetsiz olan kişinin dava ehliyetine sahip olmasını göstermişlerdir. Pekcanitez ve Taş Korkmaz, s. 586; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Ders Kitabı, s. 146. Öğretide Karaaslan ve Budak da ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için izin verilen on sekiz yaşını doldurmamış olan kişinin Türk Medeni Kanunu'nun 359. maddesinden hareketle bu meslek ve sanatla ilgili davalarda dava ehliyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Budak ve Karaaslan, s. 91. Kılıçoğlu da genel bir değerlendirme yapmış sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin hukuksal işlem ehliyetine göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre bu kişiler bizzat yapabilecekleri hukuksal işlemler ile kullanabilecekleri haklar bakımından dava ehliyetine sahiptirler. Kılıçoğlu, s. 156.

Bu kapsamda yargı kararlarına baktığımızda Danıştay'ın konuyu farklı bir şekilde ele aldığını görmekteyiz. Danıştay, meslek ve sanatın icrasına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan öğrenim hakkını kimi zaman kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan saymakta ve ayırt etme gücüne sahip küçüklerin velisi olmadan açtığı bu davalarda ehliyetli olduğunu kabul etmekte kimi zaman da kişiliğe bağlı haklardan saymayıp açılan davaları ehliyet yönünden reddetmektedir⁸⁰¹. Bununla birlikte Yargıtay'ın sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetine sahip olarak kabul ettiği kararları da bulunmaktadır⁸⁰².

Kanaatimizce Türk hukukunda da İsviçre hukukuna benzer şekilde bir ayrıma gidilebilir. Sınırlı ehliyetsizin ücretle ilgili talepler, tatil hakkı gibi konularda doğrudan dava ehliyetine sahip olduğu hususu açıktır. Bununla birlikte kanaatimizce meslek ve sanat icra edilirken de kazandırıcı işlemlerin yanı sıra borçlandırıcı işlemlerin de gerçekleştirileceği açıktır. Çünkü hukuki işlem, bir kişi için borçlandırıcı ve tasarruf işlemi teşkil ederken çoğu zaman diğer kişi için de kazandırıcı işlem niteliğindedir. Medeni hukukta tanınan bu yetkinin medeni usûl hukuku ile daraltılamayacağı düşüncesindeyiz. Aksi halde sınırlı ehliyetsiz kişi yargılamada kendisini temsil edemeyecek ancak medeni hukukta bizzat yapmış olduğu işlemlerle davanın konusuz kalmasına sebebiyet verebilecektir.

c. Tasarruf Hakkı Kendilerine Bırakılan Mallarla İlgili Davalarda

Çocuğun serbest malları ana babanın üzerinde yönetim ve kullanma haklarının bulunmadığı veya bunlardan sadece birinin bulunduğu mallardır⁸⁰³. Türk Medeni Kanunu'na göre çocuğun serbest malları, kazandırmalar (TMK m.357/I),

⁸⁰¹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. II, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, 2014, s. 779.

⁸⁰² “Temyiz kudretini haiz olmayan küçük ve kısıtlı medeni hakları kullanma yetkisinden mutlak şekilde yoksun değildir. M.K.'nun 16. maddesinde açıklandığı gibi ivazsız iktisap ve şahsa bağlı haklar müstesnadır. Diğer hususlarda kanuni temsilcilerinin rızasını almadan kendi tasarrufları ile iltizam edemezler. M.K.'nun 284, 394, 396, 398 ve ilgili diğer maddelerinde açıklandığı gibi; bir meslek veya sanat için ana-baba tarafından malından verilen kısmın idaresi ve ondan faydalanma hakkı tanınan çocuk keza kendisine Sulh Mahkemesince bir meslek veya sanatla uğraşmaya sarahaten veya zımnen izin verilen vesayet altındaki kişi bu sanat ve meslekin icabından olan her tasarrufu yapma hakkını haizdir. Bu gibi tasarruflardan dolayı dava ve takipte bulunabileceği gibi kendisine husumet tevcihi de mümkündür. İİK. 57. maddesinin 2. fıkrası hükmü bu görüşü teyit eder.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 22.3.1980 tarihli E. 1980/4848, K. 198076601 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (04.110.2019).

⁸⁰³ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 430.

saklı pay (TMK m. 538), meslek ve sanat için verilen mal (TMK m. 359/I) ve kişisel kazançtan oluşmaktadır.

Türk hukuku öğretisinde ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan mal ve alacaklar için davalarda dava ehliyetine sahip olduklarına ilişkin bir fikir birliği bulunmaktadır⁸⁰⁴. Bizce de ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz kişi bu konulardaki uyuşmazlıklarda dava ehliyetine sahip olacaktır.

d. Vesayet Hukukuna Özgü Haller

Vesayet hukukunda vesayet altındaki küçük veya kısıtlının, vesayet sebebiyle zarar görmesini engellemek için ona bazı haklar tanınmıştır. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir. Kişi, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece bu hakları kendisi kullanabilir⁸⁰⁵.

Bu haklardan ilki koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına itirazdır. Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesine göre: “ *Kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarılma isteminin reddi halinde de kullanılabilir*”. Bu hak niteliği itibarıyla mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁸⁰⁶.

Vesayet hukukuna ilişkin bir diğer kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ise vesayet altındaki kişinin görüşünün alınmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 450. maddesine göre “*vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür*” . Burada önemli işlerde vesayet altındaki kişinin katılma hakkı, bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olması sebebiyle tanınan kişiye sıkı sıkıya bağlı

⁸⁰⁴ Kuru, C. I, s. 1043; Bilge, s. 176. Üstündağ'a göre de ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, tasarruf hakları kendilerine ait olan mallar hakkında da dava ehliyetine sahiptir. Üstündağ, s. 286. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası da ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış mal ve alacaklar (TMK m. 359, 455 için açılan davalarda dava ehliyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 255. Aynı yönde Fischer, Art. 67, N. 10; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 32.

⁸⁰⁵ Karakaş, s. 147.

⁸⁰⁶ Karakaş, s. 147.

bir haktır. Burada tanınan hakkın niteliğinden mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu ortaya çıkmaktadır⁸⁰⁷.

Vesayet altındaki, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıya tanınan bir diğer hak ise vesayet makamına şikayet ve denetim makamına itirazda bulunma hakkıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 461. maddesinde yer alan düzenlemeye göre *“Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikayette bulunabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir”*.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 419. ve 450/450e maddelerinde de benzer şekilde vesayet altındaki kişinin şikayet ve itiraz hakları hüküm altına alınmıştır. İsviçre hukukundaki vesayet hukukuna ilişkin değişikliklerden sonra getirilen bu düzenlemelerin gerekçelerinde kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin özellikle getirilmediği belirtilmiştir. Burada esas kabul edilen husus, ayırt etme gücüne ilişkin çok yüksek bir kriter olmaması gerektiğidir. Bu kapsamda usûli işlemleri başlatıp bu hususu Yetişkinleri Koruma Makamının önünde getirebilen bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilmelidir. Kanun gerekçesine göre kayyım ile aynı fikirde olmadığını belirtebilecek herkes ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edilmelidir⁸⁰⁸. Bu kapsamda İsviçre Medeni Kanunu'nun gerekçesinin benzer bir şekilde Türk hukuku için de büyük önem teşkil ettiği kanaatindeyiz. Burada kişiye sıkı sıkıya bir hak olarak kabul edilen şikayet ve itiraz haklarının kullanılması ancak kişi ayırt etme gücüne sahip olursa mümkün olacaktır. Bu hakların kullanılabilmesi için ayırt etme gücünün hakkın özü itibarıyla çok katı bir şekilde aranmaması gerekmektedir. Aksi korunması amaçlanan kişinin aleyhine sonuçlar doğurabilecektir.

Vesayet hukukuna özgü bir diğer kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ise vesayet altındaki kişinin kısıtlılığın kaldırılmasını talep edebilmesidir⁸⁰⁹. Mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hak Türk Medeni Kanunu'nun 472. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre kısıtlı ve ilgililerden her

⁸⁰⁷ Karakaş, s. 148.

⁸⁰⁸ www.admin.ch, (20.10.2019).

⁸⁰⁹ Postacıoğlu, s. 146; Karakaş, s. 150.

biri bizzat ya da iradi temsilcisi aracılığıyla vesayetin kaldırılması isteminde bulunabilir⁸¹⁰.

Türk Medeni Kanunu'nun 484. maddesinin birinci fıkrasında ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi veya her ilgili, vasinin görevden alınmasını isteyebilir. Burada ayırt etme gücünün aranmasının temel sebebi vasilik görevini yürüten kişiyle ilgili vasilik görevinden alınmasına sebep oluşturacak bir durumun olup olmadığını değerlendirebilmesinin sağlanması içindir. Öte yandan menfaati bulunan her ilgili vasinin görevden alınmasını talep edebileceği için ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin de korunması sağlanmış olacaktır.

Son olarak özellikle dava ehliyeti bakımından özellik gösteren bir konu ise hakkında kısıtlama talep edilen kişinin yargılama sürecini bağımsız olarak yürütebilmesidir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 420. maddesinde geçici önlemler düzenlenmekte olup, bu maddenin birinci fıkrası uyarınca vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamının vasinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alabilmesi ve kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilmesi ve ona bir temsilci atayabilmesi mümkün olsa dahi bu şekilde hakkında geçici olarak kısıtlama kararı verilen kimse hukuki dinlenilme hakkı kapsamında bu hususa ilişkin savunma hakkını bağımsız olarak kullanabilecektir. Fiil ehliyetinin kaldırılması kişilik alanına bir müdahaledir. Bu sebeple bu hususa karşı savunma yapma hakkı bu kişiye onun kişiliği dolayısıyla verilmektedir. Bu hak

⁸¹⁰ Öğretide Umar, kısıtlama kararının kaldırılmasına ilişkin olarak ilgilinin bizzat başvuru yapıp yapamayacağı konusunda kısıtlı kişinin ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlama kararının ayırt etme gücü yokluğu dışında bir nedene dayanmış olması durumu için geçerli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre kişi, ayırt etme gücünden yoksunluk nedeniyle kısıtlama altına konmuş idiyse; bu karar kalkmadan ne hukuksal işlem yapabilir ne de dava açabilir yahut açılmış bir dava içinde usûlî işlem yapabilir. Yazar gerekçe olarak da kısıtlama ve vasi tayini sürecinin bir çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle bu süreç sonunda verilen kararın her ne kadar maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmaz ise de mahkemece o kararın kaldırılması yolunda yeni bir karar verilmedikçe kişiyi kısıtlayacak olmasından hareket etmektedir. Yazarın ifadesi ile bir kimsenin aklının başına gelmesi ile kısıtlılıktan kurtulması kendiliğinden gerçekleşmez ve ehliyet durumu hukuk gözünde ayırt etme gücü yokluğundan dolayı hakkında kısıtlama kararı verilmiş diğer herhangi bir kimsenin durumunun tıpatıp aynıdır. Bu kişi ne bir avukatla ya da başka birisiyle geçerli sözleşme yapabilir ne de mahkemede yahut bir icra takibinde geçerli usûlî işlem yapabilir. Ancak işlemin geçersizliği bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmamasından kaynaklıdır. Kısıtlı kişinin ayırt etme gücü eksikliğinden kurtulmuş olması durumunda ise işlem düzelemez geçersizlikle sakatlanmış olmayacaktır. Vasinin önceden verilmiş izni onayı yahut sonradan verilmiş icazeti sayesinde geçerlilik kazanacaktır. Kısıtlama kararının kaldırılması istemiyle mahkemeye başvurma işlemi, keza vekaleten başvuracak avukatla sözleşme yapma, ona temsil yetkisi verme, vekalet ücreti sözleşmesi yapma konularında da yazara göre çözüm bu şekilde olmalıdır. Bu hususta bkzn. Umar, Şerh, s. 198.

sayesinde kısıtlanmak istenen kişi haksız bir kısıtlama talebine karşı kendisini bağımsız olarak savunabilmelidir⁸¹¹.

e. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde ayırt etme gücüne sahip olan ancak fiil ehliyeti bulunmayan kimselerin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, dava ehliyetine sahip olarak kabul edilecekleri hüküm altına alınmıştır. Sakınca halinde hareket edebilmeleri için uyumsuzluğun, kişiye sıkı sıkıya dayanan bir hak olmasına gerek yoktur⁸¹².

Bununla birlikte Türk hukukunda ise vasinin vesayet makamının iznini almaksızın hareket edebileceği haller arasında gecikmesinde sakınca bulunan haller yer alsa da sınırlı ehliyetsizlerin bizzat harekete geçebilmesine ilişkin olarak özel bir hüküm öngörülmemiştir.

İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde özellikle dava açma ve kanun yoluna başvuru tarihleri bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸¹³. Aynı zamanda bu tehlike, sınırlı ehliyetsiz kimsenin, bir kanuni temsilcisinin olmaması ya da kanuni temsilcisinin gerekli kanuni işlemleri zamanında gerçekleştiremiyor olması halleri için söz konusu olabilir⁸¹⁴. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunup bulunmadığına ve ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz kimsenin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemin geçerli olup olmadığına, mahkeme karar verecektir. Mahkemenin böyle bir sakıncanın bulunmadığı kanaatinde olması durumunda, dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemler geçerli olmayacaktır. Dava ehliyetine sahip olmayan kimse ayırt etme gücüne sahip olsa dahi esas olan, yargılamanın kanuni temsilci aracılığı ile yürütülmesidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, sınırlı ehliyetsiz kimsenin dava ehliyetinin var olduğunun kabul edilmesi ve usûli işlemler gerçekleştirmesi istisnai bir durumdur. Söz konusu sakıncanın ortadan kalkması halinde, yargılama kanuni

⁸¹¹ Karakaş, s. 152.

⁸¹² Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 15; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 29.

⁸¹³ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 15; Herzig, Das Kind, ss. 38-39; Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 31; Fischer, Art. 67, N. 10; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 28 vd.

⁸¹⁴ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 22; Leuenberger ve Uffer-Tobler, s. 76; Herzig, Das Kind, ss. 38-39; Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 31.

temsilci aracılığı ile yürütülecektir. Burada sınırlı ehliyetsiz kimsenin ehliyetli olarak kabul edilmesi, sadece sakınca ortadan kaldırılana kadar söz konusu olacaktır. Bu sebeple, mahkemenin, kanuni temsilcinin yargılamaya katıldığında, dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin aksi yönde hareket edeceğine ve bu durumun gereksiz masraflara sebep olacağını düşünüyorsa, sınırlı ehliyetsiz kimsenin gerçekleştirdiği usûli işlemleri reddedebilir⁸¹⁵. Burada mahkeme, en kısa zamanda kanuni temsilciyi bilgilendirir⁸¹⁶. Eğer sınırlı ehliyetsiz kimsenin kanuni temsilcisi yoksa vesayet makamına bilgi verilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda şartlar gerektiriyorsa mahkemenin geçici olarak bir temsilci atayabileceği belirtilmektedir⁸¹⁷. Kanuni temsilcinin bu işlemlere icazet vermesi gereklidir⁸¹⁸. İsviçre hukuku öğretisinde bir görüş kanuni temsilcinin icazet vermemesi durumunda İsviçre Medeni Kanunu'nun 69. Maddesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür⁸¹⁹. Bu maddeye göre mahkeme taraflardan birinin bizzat davasını takip edecek yeterlilikte olmadığını görürse ona uygun bir süre tanıyarak davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Verilen sürede temsilci atamayan tarafın yerine mahkeme temsilci atayabilecektir.

Türk hukukunda açıkça gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından özel bir düzenleme getirilmese de kanaatimizce sınırlı ehliyetsizlerin bu haller bakımından dava ehliyetinin olduğu kabul edilebilir. Çünkü dava ehliyeti eksikliği, tamamlanması mümkün bir dava şartıdır. Eksikliği durumunda, mahkeme doğrudan davayı, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile reddetmeyecektir. Böyle bir durumda İsviçre hukukunda gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından kabul edildiği gibi mahkeme doğrudan kanuni temsilciye bu hususu bildirecektir. Kanuni

⁸¹⁵ Christoph Leuenberger ve Beatrice Uffer-Tobler, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, s. 76.

⁸¹⁶ Botschaft ZPO, 7279; Herzig, Das Kind, s. 38; Isaak Meier, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2010, s. 153; Hans Ulrich Walder-Richli ve Beatrice Grob-Andermacher, **Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2009, §9, N. 1; Guldener, s. 128; Staehelin, Staehelin ve Grolimund, §13, N. 9; Spühler, Dolge ve Gehri, §4, N. 31.

⁸¹⁷ Walther J. Habscheid, **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1990, § 21, N. 273; Walder-Richli ve Grob-Andermacher, §9, N. 1; Alexander Brunner, Dominik Gasser ve Schwander Ivo, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)**, Kommentar, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2011 Art. 67, N. 28.

⁸¹⁸ Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 31; Herzig, Das Kind, s. 38.

⁸¹⁹ Brunner, Gassser ve Schwander, Art. 67, N. 31.

temsilcinin bulunmaması durumunda ise yargılama kanuni temsilci atanana kadar ertelenecektir. Sınırlı ehliyetsiz kimsenin usûlüne uygun bir şekilde temsili sağlandıktan sonra ise yargılamaya kanuni temsilcinin verdiği icazete göre devam edilecektir. Bu sebeple her ne kadar bu hususta özel bir düzenleme olmasa da sınırlı ehliyetsizler bakımından gecikmesinde tehlike bulunan hallerde doğrudan harekete geçebilecekleri kabul edilmelidir. Ancak uygulamada bu durumun nasıl değerlendirileceği tartışma konusu olabilir. Öğretide Tiryaki, bu durumu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ele almıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesine benzer bir şekilde avukatın gecikmesinde zarar doğabilecek hallerde mahkemenin vereceği kesin süre içerisinde vekaletnamesini getirmesi koşuluyla dava açmasına veya usûl işlemlerini yapmasına izin verilebileceği düzenlenmiştir. Öğretide Tiryaki, mahkeme bünyesinde bulunan tevzi bürolarındaki memurların söz konusu durumda vekaletname mahkemeye ibraz edilmediği sürece davanın açılmayacağını ifade ettiğini ancak davanın Uypap vasıtasıyla açılması durumunda ise gecikmesinde sakınca bulunmayan bir hal olsa dahi anılan belgeler mahkemeye ibraz edilmeden açılabilirdiğini ifade etmiş, bu hükmün işlevsiz kaldığını belirtmiştir⁸²⁰. Benzer bir değerlendirme özellikle ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin gecikmesinde sakınca bulunacak davaları açmasına ilişkin olarak tevzi büroları bu değerlendirmeyi yapmaya yetkili değildir. Bununla birlikte avukatla temsil edilmeleri durumunda ise vasinin ya da velinin izni olmadan küçüğün ya da kısıtlının rızası ile avukat, Uypap'tan davayı açabilecektir. Burada mahkemeye erişim hakkı kapsamında sınırlı ehliyetsizlere İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda olduğu üzere bu hakkın açıkça tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

D. Sınırlı Ehliyetlilerin Dava Ehliyeti

Sınırlı ehliyetliler Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesine göre kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber onun çıkarları ve korunması

⁸²⁰ Tiryaki, s. 146.

bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişilerdir⁸²¹. Bu kişiler Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde sayılan işlemleri yapabilmek için danışmanın görüşünü almak zorundadır. Diğer bir ifadeyle kendisine yasal danışman atanan kimse, esasen fiil ehliyetine tam olarak sahip olmakla birlikte sadece kanunda belirtilen işlemlerle ilgili olarak sınırlı ehliyetlidir ve bu işlemlerle ilgili olarak yasal danışmanın görüşünü almak zorundadır⁸²². Diğer kişilerle yapacağı işlemler için fiil ehliyetine tam olarak sahiptir ve yasal danışmanının görüşünü alması gerekli değildir⁸²³.

Öğretide, yasal danışman atanmasının fiil ehliyeti üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Bir görüş, yasal danışmanlık kurumunun yürürlükten kalkan 743 Sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin 379. maddesinde "*mahdut ehliyet*" başlığı altında düzenlenmiş olması ve yeni Türk Medeni Kanunu'nda yasal danışmanlık başlığı kullanılması sebebiyle bir kimseye yasal danışman atanmasının fiil ehliyetini sınırlamadığını ileri sürmüştür. Burada asıl hedefin kişiyi sınırlı ehliyetsiz konumuna getirmeksizin bu kişinin çıkarları gereği bazı işlemleri yapmasının ve bazı mallar üzerinde tasarrufta bulunmasının engellenmesi olduğunu ve bu sebeple yasal danışmanlığın sadece yardım amaçlı bir kurum olduğu belirtilmektedir⁸²⁴.

Öğretideki bir başka görüş ise kendisine oy danışmanı atanmış olan kimsenin fiil ehliyetine tam olarak sahip olduğunu, bu nedenle esasen fiil ehliyetine tam olarak sahip olan kimsenin Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde sayılan dokuz işlem için oy danışmanının görüşünü almasının zorunlu olmasının kendisinin sınırlı ehliyetsiz olarak değerlendirilmesi için yeterli olmadığını ileri sürmektedir⁸²⁵.

⁸²¹ Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, C.1, 2.Baskı, İstanbul, 1965, s.101; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1982, (Aile), s.666.Öğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 108; Akıntürk ve Ateş Karaman, Aile Hukuku, s. 501; Kılıçoğlu, s. 156; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 456 vd.; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s. 40; Gençcan, **Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri**, Ankara-2015, (Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri), s. 963.; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 8.Baskı, Ankara, 2016, s.64; Orkun Tat, **Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Danışmanlık**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 15.

⁸²² Tunçomağ, s.101; Tekinay, s.666; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92; Gençcan, Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri, s. 963; Ayan ve Ayan, **Kişiler Hukuku**, s. 64; Tat, s. 15.

⁸²³ Tat, s. 15.

⁸²⁴ Yazalar, yasal danışman atamayı yumuşatılmış bir vesayet olarak kabul etmektedir. Bu sebeple de kendisine yasal danışman atanmış kimseyi sınırlı ehliyetsiz sayan yazarların görüşüne prensip olarak katılmadıklarını belirtmektedirler. Bu hususta bkz. Dural ve Ögüz, s.66.

⁸²⁵ Yazara göre sınırlı ehliyetli kişiler esasen tam ehliyetli kişilerdir. Tam ehliyetli kişilerden farklı olarak bazı alanlarda bunların ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Buna göre, sınırlı ehliyetsizlikte kural

Son olarak ise öğretideki çoğunluğu oluşturan yazarlara göre, bir kimseye yasal danışman atanması o kimsenin fiil ehliyetini kanunda belirtilen işlemler açısından sınırlandırmaktadır⁸²⁶. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 429. maddesinin birinci fıkrası hükmünde “...*fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen...*” ifadesi ile ehliyetin sınırlandırılmasından bahsedildiği görülmektedir. Yine de burada kendisine yasal danışman atanmış olan kimse, kendisine vasi atanmış kimse gibi bir ehliyet sınırlandırılmasına uğramamaktadır⁸²⁷. Nitekim her ne kadar belirli konularda fiil ehliyetinin sınırlandığı söylenebilirse de esas olan fiil ehliyetinin varlığıdır⁸²⁸. Başka bir deyiş ile sadece kanunda belirtilen işlemler açısından bir ehliyet sınırlandırması söz konusu olmaktadır. Bunun dışındaki işlemler açısından fiil ehliyetine bir sınırlandırılma getirilmemekte ve kendisine yasal danışman atanan kimse tam ehliyetli bir kişi gibi dilediği işlemi yapabilmektedir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu’nun 458. maddesinde bir kimseye kayyım tayininin o kimsenin fiil ehliyeti üzerinde bir etkisinin olmadığı ancak yasal danışmanlığa ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm ele alındığında da benzer bir değerlendirme yapılabilir⁸²⁹.

Medeni Kanunu’nun 429. maddesi oy danışmanlığı ve yönetim danışmanlığı olmak üzere iki tür yasal danışmanlık düzenlemiştir. Bunun yanı sıra öğretide bu iki tür danışmanlığın birlikte olduğu karma danışmanlık da kabul edilmektedir⁸³⁰.

Oy danışmanlığında, danışman sadece Kanunun ilgili maddesinde dokuz bent halinde sayılmış olan işlemlerden birini, danışmanlığı altındaki sınırlı ehliyetlinin yapması durumunda onay biçimindeki oyunu bildirmekle görevlidir. Onayın verilmemesi yapılan işlemin geçerli ve dolayısıyla tam olarak bağlayıcı olmasını engeller⁸³¹. Kanunda bu dokuz bent şeklinde sayılan hallere ilişkin olarak bu kişilerin dava ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak oy danışmanının onay şeklindeki oyu ile dava açabilirler.

ehliyetsizlik istisna, ehliyetli olmak iken sınırlı ehliyetlilerde kural ehliyetli olma, istisna ise ehliyetsizliktir. Bu hususta bkzn. Kılıçoğlu, s. 157. Aynı yönde Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92.

⁸²⁶ Tunçomağ, s. 101; Tekinay, s. 666; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 107; Hatemi ve Oğuztürk Kalkan, s. 40; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92.

⁸²⁷ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92; Tat, s. 16.

⁸²⁸ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 92; Kılıçoğlu, s. 157.

⁸²⁹ Bu yönde ayrıntılı değerlendirme için bkzn. Tat, s. 16.

⁸³⁰ Dural ve Ögüz, s. 66.

⁸³¹ Kılıçoğlu, s. 336.

Kendisine yönetim danışmanlığı atanan kimseler ise mallarını yönetim hakkından yoksun hale gelirler. Malları ile ilgili işlemler açısından kendisine danışman atanan kişi kısıtlanmış gibidir. Bu durumda danışman malların yönetimi ile ilgili işlemleri tek başına yapabilecektir⁸³². Bu işlemlerle ilgili olarak kendisine yönetim danışmanı atanan kimselerin dava ehliyeti bulunmamaktadır.

II. GERÇEK KİŞİLERİN DAVADA TEMSİLİ VE KANUNİ TEMSİLCİNİN YARGILAMADAKİ DURUMU

A. Veli

1. Genel Olarak

Velayet hakkı, ana babanın, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların kişi ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütünüdür⁸³³.

Velayet ana ve babaya sadece bir takım haklar tanımaz, yükümlülükler de yükler. Ana ve baba çocuğun kişiliği ve malları üzerinde bir takım yetkilere fakat aynı zamanda bazı ödevlere de sahiptirler. Çocuğu temsil etme yönünden velayet bir kanuni temsilcilik çeşididir⁸³⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesine göre "*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar*". Bu maddeye göre velayet hakkı, ana babaya ait bir hak olarak sadece çocuklar üzerinde söz konusu olur. Ayrıca, evlat edinenin de ergin olmayan evlatlık üzerinde velayet hakkı vardır (TMK m. 314/1). Evlatlık üzerinde evlat edinene tanınan velayet hakkı da evlilik içinde doğmuş olan çocuklarda olduğu gibi, doğrudan doğruya kanundan doğar. Velayet hakkı, evlat edinme tarafından evlat edinme işleminin tamamlanmasıyla, yani hakim karar

⁸³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 108.

⁸³³ Dural, Ögüz ve Gümüş, ss. 341-342; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İkinci Cilt, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta, 2012, İstanbul, s. 406; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 337; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 406; Kılıçoğlu, s. 305.

⁸³⁴ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 337; Akıntürk ve Ateş Karaman, ss. 408-415.

vermesi ile birlikte kazanılmış olur⁸³⁵. Çocuğu evlatlık veren ana ve babanın velayet hakkı son bulur⁸³⁶. Velinin çocuğu davada temsil etmesine ilişkin açıklamalar evlat edinen için de geçerlidir. Yani küçük adına açılacak davalarda velisi sıfatıyla evlat edinen küçüğü temsil edecektir⁸³⁷. Evlat edinenin ölmesi halinde küçük üzerindeki velayet hakkı, küçüğün asıl ana babasına geri dönmez evlatlığa bir vasi atanması gerekmektedir⁸³⁸.

Türk Medeni Kanun'un 336. maddesinde ise evlilik devam ettiği sürece velayeti ana ve babanın birlikte kullanması gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında ise ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebileceği, bununla birlikte ana ve babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalana ait olduğu, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafın bu hakka sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Her zaman çocuk evlilik birliği içerisinde doğmayabilir. Çocuğun ana ve babası, çocuğun doğumu anında evli değillerse, velayet hakkı doğum ile birlikte kendiliğinden anaya aittir (TMK m. 337/1). Ancak ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş olması ya da ananın velayet hakkının doğumdan önce kaldırılmış olması halinde hakim, çocuğun menfaatine göre çocuğa vasi atayabilir ya da velayeti babaya verebilir (TMK m. 337/2)⁸³⁹.

⁸³⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 407.

⁸³⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 407. "Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya göz önünde tutulur. Suzan, davacının kocası ... tarafından, 743 Sayılı Medeni Kanunun yürürlüğü döneminde, 24.10.1997 tarihinde noterde düzenlenen sözleşme ile evlat edinilmiştir. Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlat edinme sözleşmeleri, bütün hükümleri ile birlikte geçerliliğini korur. (4722 Sayılı Yürürlük K.m.d.14) Evlat edinme ile ana babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edinene geçer. (TKM.m.d.257/1) Bu bakımdan, 1990 doğumlu küçük Suzan'ın velayeti, 1997'de kendisini evlat edinen ...'ya geçmiştir. ..., davada taraf değildir. Duruşmada, davacının eşi sıfatıyla dinlenmiş olması, rızasının alınmasına yönelik olup, taraf sıfatını kazandırmaz. Oyleyse, Suzan üzerinde velayet hakkına sahip olan ...'ya da husumetin yöneltmesi, gösterdiği takdirde delillerinin toplanması ve hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik hasımla hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükmün yukarıda gösterilen sebeple bozulmasına..." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2006 tarihli, E. 2006/8716, K. 2006/16466 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (10.09.2019).

⁸³⁷ Kuru, C. I, s. 1072.

⁸³⁸ Bununla birlikte küçüğün asıl ana veya babasının vasi atanması mümkündür. Kuru, C. I, ss. 1073-1074.

⁸³⁹ Burada velayet hakkının babaya verilebilmesi için çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağının kurulmuş olması gerekmektedir. Çocuğun doğumu anında evli olmayan ana ve babanın sonrasında evlenmesi durumunda ise çocuk ile baba arasında da soybağı kurulmuşsa, çocuk ana ve babanın ortak velayeti altına girer. Bu hususta bkznz. Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 343.

Velayet hakkı kural olarak çocuğun ergin olduğu tarihe kadar devam eder. Çocuğun ergin olmasına rağmen kısıtlanması halinde hakim, kural olarak ana babanın çocuk üzerindeki velayet hakkının devamına karar verecektir (TMK m. 335/II). Ancak hakim gerekli görürse, kısıtlanan çocuğun vesayet altına konulmasına ve kendisine vasi atanmasına da karar verebilir (TMK m. 335/II).

Çocuğun ergin olmasından önce, velayet hakkına sahip olan kişinin ölümü, velayet hakkının kaldırılması (TMK m. 348), boşanma halinde çocuğun velayetinin diğer eşe verilmesi (TMK m. 336/III), velayet hakkının sona ermesine yol açan hallerdir.

2. Veli Tarafından Dava Açılması

Velayet hakkı, mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğundan bu haktan feragat edilmesi ve başkasına devredilmesi mümkün değildir⁸⁴⁰. Bu kural, medeni usûl hukukunda da geçerlidir. Veli ya da veliler, bu hakkı, bizzat ya da yetkilendirmiş oldukları iradi temsilci aracılığı ile kullanmalıdır.

Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti de vesayet altındaki kişinin fiil ehliyeti gibidir. Burada vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanacaktır (TMK m. 342/1-3)⁸⁴¹. Burada özellikle çocuğun fiil ehliyeti belirlenirken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse, tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip ise sınırlı ehliyetsiz statüsündedir. Bunun bir sonucu olarak kanuni temsilci olan ana babanın çocuğu temsil yetkisi duruma göre tam ehliyetsizlerin temsil edilmesine ya da sınırlı ehliyetsizlerin temsil edilmesine ilişkin esaslara tabi olacaktır⁸⁴².

Velayet altındaki çocuğun kanuni temsilcisi velayet hakkına sahip olan ana ve babadır (TMK m. 342/1). Her ikisi de veli sıfatı taşırlar. Velayet hakkı ana ve babaya

⁸⁴⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 408; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 343.

⁸⁴¹ Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinde vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır denilmektedir. Ancak her ne kadar madde metninde vesayet makamları ifadesi kullanılmış olsa da birden çok vesayet makamı yoktur. Tek bir vesayet makamı ve denetim makamı vardır. Madde metninde vesayet makamları ifadesi ile belirtilmek istenen şey vesayet makamları deyimidir. Bu sebeple vesayet makamları ifadesi yerinde değildir. Bu hususta bkz. Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 416.

⁸⁴² Akıntürk ve Ateş Karaman, ss. 415-418; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 347.

birlikte ait olduğundan, ana ve babanın velayet hakkı birbirinden bağımsız ve her birine bireysel olarak tanınmış olsa da Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin 1. fıkrası ana ve babanın velayet hakkının birlikte kullanılmasını öngörmüştür⁸⁴³. Bu hüküm uyarınca, ana baba velayet hakkının kapsamına giren her konuda, başka bir deyişle çocuğun bakım, eğitim, korunma ihtiyaçlarının karşılanması, kişiliğine özen gösterilmesi, çocuğun temsil edilmesi ve mallarının yönetilmesi hususlarında da birlikte hareket edeceklerdir⁸⁴⁴. Başka bir ifade ile çocuk adına yapılan işlemlerde her ikisinin de rızasının bulunması gerekmektedir⁸⁴⁵. Bu husus, velayet altındaki kimsenin yargılamada temsili için de geçerlidir⁸⁴⁶.

Ana ve baba kanuni temsilci olarak çocuğu yargılamada temsil etme hakkına sahiptir. Çocuğun davacı olduğu hallerde bizzat ya da atamış olduğu iradi temsilci aracılığı ile⁸⁴⁷ onun adına usûli işlemleri yaparlar⁸⁴⁸. Velayet altındaki kişilerin davacı olabilmesi için ana ve babanın bir arada hareket etmesi gereklidir. Tek bir velinin tek başına dava açıp, yargılamayı yürütmesi yeterli değildir⁸⁴⁹. Yargılamada sadece birisinin yer alması durumunda dava ehliyeti eksikliği ortaya çıkar. Bu halde kanuni temsilci olan diğer velinin de bu hususta icazet vermesi gereklidir⁸⁵⁰. Ancak bu icazet bir velinin diğer veliye yargılamayı tek başına yürütmesi için yetki verdiği anlamına gelmemektedir. Davanın açılması yargılamanın yürütülmesi için tek başına

⁸⁴³ Eski Türk Medeni Kanununun 263. maddesinde yer alan “*velayet bakımından ana ve baba anlaşamazlarsa babanın reyi muteberdir şeklindeki*” hükme yeni düzenlemede yer verilmemiştir.

⁸⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 256; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 415; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 343.

⁸⁴⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 256; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 415; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 347.

⁸⁴⁶ Kuru, C. I, s. 1063; Üstündağ, s. 287; Postacıoğlu, s. 175; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 256; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 418.

⁸⁴⁷ Kuru, C. I, s. 1067.

⁸⁴⁸ Kuru, C. I, s. 1063; Üstündağ, s. 287; Postacıoğlu, s. 175; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 256; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 418.

⁸⁴⁹ “*Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinin 1. fıkrasında, evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı hükme bağlandığından, sadece anne tarafından açılmış davada babanın davaya dahil edilerek taraf sıfatıyla dinlenmesi, bildirdiği kanıtların toplanması, göstereceği tanıkların beyanının alınması, anne ve baba açıklamalarındaki çelişki dikkate alınarak daha etraflı bir kolluk araştırması yapılması (mümkün olduğunca çok sayıda komşu bilgisine başvurulmak suretiyle vb.), gerektiğinde kardeşlerin de açıklamalarına başvurulması suretiyle oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine taraf teşkili sağlanmadan ve eksik araştırma ile davanın reddi doğru görülmemiştir.*

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, 23.10.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 23.10.2014 tarihli, E. 2014/8567, K. 2014/14690 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (10.09.2019).

⁸⁵⁰ Üstündağ, s. 283.

yeterli değildir. Yargılamanın devam edebilmesi ve sonuçlanabilmesi için birden fazla usûli işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bir velinin diğer bir veliye tüm usûli işlemleri gerçekleştirmek için öncesinde vermiş olduğu iznin yeterli olmadığı düşüncesindeyiz. Dava açmak da dahil tüm işlemlerin, kanuni temsilciler tarafından bir arada yapılması gerekmektedir. Her ne kadar öncesinde böyle bir iznin verilmesi mümkün olmasa da dava ehliyeti eksikliği yargılamanın her aşamasında eksikliği giderilebilecek bir husus olduğundan burada velinin diğer veliye vereceği izin ile dava, dava ehliyeti eksikliğinden reddedilmemelidir. Verilecek izin ile eksiklik giderilmiş olacak ve yargılamaya devam edilecektir. Ancak bu eksikliğin giderilmesi ile göz önünde tutulması gereken önemli bir husus ise artık tüm işlemlerin her iki kanuni temsilciye birden yöneltilmesi gerektiğidir. Usûl işlemleri her iki kanuni temsilciye karşı gerçekleştirilecek ayrıca sulh, feragat, kabul, ikrar gibi usûli işlemler de dahil olmak üzere tüm usûli işlemler bu her iki kanuni temsilcinin katılımı ile birlikte geçerli olacaktır. Çünkü dava ehliyeti bir dava şartı olmasının yanı sıra aynı zamanda bir usûli işlem şartıdır. Davanın açılması esnasında her iki kanuni temsilci birlikte hareket etmiş ve dava usûlüne uygun olarak açılmış olabilir. Ancak yargılama, davanın açılması ile sona ermemektedir. Yargılama sürecindeki tüm işlemlerin birlikte yapılmaması durumunda, mahkeme, dava ehliyetinin bir usûli işlem şartı olması sebebiyle bu hususu re'sen göz önünde tutmalı ve işlem için diğer velinin icazetini sormalıdır. İşleme katılmayan velinin bu konuda icazet vermemesi durumunda, bu işlem geçerli olmayacaktır. Örneğin, dava usûlüne uygun olarak her iki kanuni temsilcinin katılımı ile açılmış olabilir. Ancak kanuni temsilcilerden sadece birisinin davadan feragat etmesi, usûli işlem ehliyeti eksikliği sebebi ile geçerli olamayacak, yargılamaya bu işlem gerçekleştirilmemiş gibi devam edilecektir. Ancak diğer velinin sonrasında, icazet vermesi halinde, bu icazet gerçekleştirilen her türlü işlem için olmalıdır. Örneğin, dava velilerden biri tarafından açılmış, yargılama esnasında veli, davasını ıslah etmiştir. Dava ehliyeti eksikliğini fark eden mahkeme, bu durumda artık bir diğer kanuni temsilci olan ve işlemlere katılmayan velinin bu işlemlere icazeti olup olmadığını re'sen gözetmek zorundadır. Burada işlemlere katılmayan veli, dava açma işlemine icazet verdiğini ancak ıslah işlemine icazet vermediğini ileri süremez. Bu icazet, yargılamadaki tüm işler hakkında bir bütün halinde verilmelidir. İcazetin verilmemesi halinde ise dava,

dava ehliyeti eksikliğinden reddedilmelidir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise dava açılırken icazet veren velinin sonraki usûli işlemler hakkında icazet vermemesi halidir. Örneğin davanın ıslah edilmesi düşüncesinde olan bir velinin aksine diğer veli aynı düşüncede olmayabilir. Böyle bir durumda icazet verilmemesi halinde dava usûlden reddedilmeyecek sadece icazet verilmeyen usûli işlem geçersiz sayılacaktır.

Mahkemeye sunulacak tüm dilekçelerde velilerin imzasının bulunması gerekmektedir. Aksi halde eksiklik, verilecek icazet ile giderilebilir. İcazet, mahkeme önünde sözlü olarak ya da yazılı bir şekilde verilebilecektir. Velilerin duruşmada birlikte mi hazır olması gerektiği hususunda ise duruşmada gerçekleştirilecek usûli işlemlerin niteliğine göre bir değerlendirilme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Eğer ki duruşmada taraflarca yeni bir taraf usûl işlemi gerçekleştirilecek ise her iki velinin de hazır olması ya da mahkemeye sunulacak dilekçede her iki velinin de imzasının bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte duruşmada sadece mahkeme tarafından bir usûli işlem gerçekleştirilecekse velilerden birinin duruşmada hazır bulunması yeterlidir.

Ana ve baba veli sıfatıyla temsil ettikleri kişi adına yargılama esnasında bir avukatı yetkilendirebilirler. Ancak bu yetkilendirme ana ve baba velayeti ortak kullanıyorlarsa birlikte yapılmalıdır. Ayrıca bir davada ana ve baba, hem taraf olarak hem de kanuni temsilci olarak velayet altındaki kişi ile birlikte yer alıyorsa kendi adlarına verdikleri vekaletname yeterli değildir. Velayet altındaki kimse adına ayrıca vekaletname verilmesi gerekmektedir⁸⁵¹.

⁸⁵¹ “Vekil ile takip edilen davalarda vekaletnamenin ibrazını düzenleyen 6100 Sayılı HMK'nun 76., vekaletnamesiz dava açılması ve işlem yapılması halini düzenleyen HMK'nun 77. ve dava şartlarını düzenleyen HMK'nun 114/f maddeleri uyarınca usûlüne uygun düzenlenmiş vekaletnamenin dosya içerisinde bulunması zorunludur.

Dosya içerisinde yapılan incelemede yargılama sürecinde temsil ve hüküm tebliğ edilen ... velisi olarak ... adına Av. ...'e verilen vekaletname ya da usûlünce düzenlenmiş yetki belgesi dosya arasında bulunmamıştır. Ancak, ...'un kendi adına düzenlenmiş vekaletname vardır.

Hal böyle olunca, anılan avukata davacı ... velisi olarak ... adına vekaletname ibrazı, aksi takdirde anılan davacıya yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle bildirmesi için kesin süre içerir muhtura ile tebliğ edilip, ibrazı halinde dosyanın aynen, aksi halinde gayabi hükmün, davacı ... velisi olarak ...'a yöntemince tebliğ edilerek, temyiz süresi geçtikten ve gerektiğinde (6100 Sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi gereğince) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 432. maddesindeki prosedür işletildikten sonra;

SONUÇ : 2-)... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 27.3.2012 tarih ve 148/313 Sayılı kararıyla vesayet altına alınan ...'a, annesi ...'un velayetinin devamı kararının verilmiş olması karşısında; eldeki davanın, Türk Medeni Kanununun 462/8. maddesi uyarınca dava açmaya (husumet izin) izin verilmiş veli huzuruyla yürütülmesi gerektiğinden, husumete izin kararı alınması temin edilerek dosyaya eklendikten sonra

Ana ve babanın velayet yetkilerinin kullanılmasında görüş ayrılığına düşmeleri halinde kayyım atanabilir ya da Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yargıcın müdahalesi yöntemi ile çözüm yoluna gidilebilir. Burada atanacak kayyım, temsil kayyımıdır. Temsil kayyımının görevini yerine getirirken vesayet makamından bir izin almasına gerek bulunmamaktadır⁸⁵².

Sadece ana ya da babadan biri velayet hakkına sahipse, kanuni temsilci velayet hakkına sahip ana ya da babadır⁸⁵³. Velayet hakkına tek başına sahip olan veli, doğrudan diğer ebeveynin iznini almaksızın, dava açabilir, tüm usûlî işlemleri yaparak yargılamayı yürütebilir. Diğer velinin bu konuda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Velayet yetkisine sahip olmayan veli tek başına dava açamayacağı gibi açılan dava sonucunda tek başına kanun yoluna da başvuramaz⁸⁵⁴. Velinin vasi gibi vesayet makamından da izin almasına gerek yoktur⁸⁵⁵.

gönderilmek üzere dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE, temyiz itirazlarının bu noksanlıklar giderilip dosya geldikten sonra incelenmesine, 16.2.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 16.2.2016 tarihli E. 2015/7869, K. 2016/2051 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (11.09.2019); “*Dairemizin 17/01/2018 tarih, 2016/2952 esas ve 2017/147 karar sayılı ilamı ile; davalı ...'in kısıtlı olduğu, annesi ...'in velayeti altında bırakıldığı, velinin kendi adına Avukat ...'ya vekaletname verdiği, davalı adına usûlüne uygun vekaletname düzenlenmediği, gerekçeli karar ve davacılar vekilinin temyiz dilekçesinin bu avukata tebliğ edildiği, bu sebeple davalı adına düzenlenen vekaletnamenin ibraz edilmesi, vekaletname verilmezse gerekçeli karar ve davacılar vekilinin temyiz dilekçesinin davalı velisine usûlüne uygun şekilde tebliğ edilerek, temyiz süresi beklendikten sonra gönderilmesi için dosyanın mahal mahkemesine geri çevrilmesine karar verilmiştir.”* Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 5.7.2018 tarihli E. 2018/3000, K. 2018/5340 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (18.09.2019).

⁸⁵² Temsil kayyımı sadece bir dava ya da işin takibi için görevlendirilmişse o dava ya da işin takibinin sonuçlandırılmasıyla beraber görevi kendiliğinden son bulacaktır. Burada onun görevlendirildiği dava ya da işi kanuni temsilcisi tarafından sonuçlandırabilmesi için ayrıca kendisine mahkemece özel bir izin verilmesine gerek yoktur. Bu hususta bkz. Kuru, C. I, s. 1086; Tanrıver, s. 521.

⁸⁵³ Ana ve baba evli değilse, velayet, anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmış ise hakim çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir (TMK m. 337). Boşanma halinde ya da gerekli hallerde hakim, çocuğun velayetini eşlerden birine verebilir. Böyle bir durumda velayet hakkına sahip olan kişi, davada çocuğu yalnız başına temsil eder. Yılmaz, Çocuk, s. 829.

⁸⁵⁴ “*Dava, 04.10.2006 doğumlu Nevin ve 23.07.2008 doğumlu Sait Can hakkında verilen koruma kararının kaldırılması isteğine ilişkindir. Mahkemece davacı kurumun talebi kabul edilmiş, kararı biyolojik anne G.. K.. temyiz etmiştir.*

Dosya kapsamından, küçüklerin anne ve babası olan G.. K.. ve S.. T..’in boşandıkları, küçüklerin velayetlerinin babaya verildiği, bu kararın 11.12.2013 tarihinde kesinleştiği, Türk Medeni Kanununun 342/1. maddesi gereğince küçükleri temsil yetkisinin babada olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece evrak üzerinde karar verilmiş olup, karar başlığında küçüklerin anne ve babasının gösterilmesi bunlara taraf sıfatı kazandırmadığı gibi, temyiz talebinde bulunan G.. K.. aleyhine kurulmuş bir hüküm de yoktur. Bu itibarla G.. K..’nin temyiz talebinin hukuki yarar bulunmadığından reddine karar verilmesi gerekmiştir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.12.2015 tarihli, E. 2015/24247, K. 2015/24961 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (10.09.2019).

⁸⁵⁵ Kuru, C. I, s. 1067.

Türk Medeni Kanunu'nun 339. maddesinin 3. fıkrasında “Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar ” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm ile çocuğun eğitimi, sosyal yaşamının düzenlenmesi ve benzeri konularda ana babanın alacağı kararlar üzerinde ayırt etme gücüne sahip çocuğun düşüncesinin de etkili olması, böylece çocuğun yaşamını kendi arzusuna göre düzenleme imkanı elde etmesi amaçlanmıştır⁸⁵⁶. Dava açarken veli ya veliler, çocuğun ayırt etme gücü doğrultusunda, mümkün olduğunca çocuğun da düşüncesini göz önünde tutmalıdır.

Kanun koyucu, bazı hukuki işlemleri yapmadan önce mahkemeden izin alma hususunda veliler ile vasiler arasında farklı düzenlemeler getirmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 462. ve 463. maddelerinde bentler halinde sayılan önemli hukuki işlemlerde vasilerin vesayet ya da denetim makamından önceden izin alması gerekirken aynı konularda velilerin böyle bir zorunluluğu yoktur⁸⁵⁷. Veliler bu işlemleri bir izin almaksızın gerçekleştirebilirler. Benzer şekilde ergin olan çocuklar kısıtlanarak vesayet değil velayet altında bırakılmışlarsa velilerin tıpkı bir vasiymiş gibi izin alması gerekmez. Yargıtay içtihatlarında da bu husus yerleşmiştir⁸⁵⁸. İsviçre

⁸⁵⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 344.

⁸⁵⁷ Postacıoğlu, s. 175; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 416; Yılmaz, Çocuk, s. 829.

⁸⁵⁸ “ İtiraz Hakem Heyeti tarafından, davacı ... kısıtlanarak, kendisine babası Yusuf, veli olarak atandığına göre, husumete izin (TMK m. 462) kararı ibrazı için süre verilip, eksikliklerin giderilmesi ve başlangıçtaki dava şartı noksanlığı giderildikten sonra işin esasının incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, dava şartı mahiyetindeki husumete izin kararı eksikliği giderilmeden karar verilmesi usûl ve yasaya uygun değildir. (Yargıtay 2015/11607 E. 2016/1792 K.-Yargıtay 2015/7869 E. 2016/2051 K.)

Belirtilen husus, istinaf sebebi olarak ileri sürülmemiş ise de, 6100 sayılı HMK'nın 355. Maddesi uyarınca, dava şartları, kamu düzenine ilişkin olduğundan resen gözetilerek, inceleme yapılmıştır.

Bu nedenle, HMK'nın 353/1(a)4. Maddesi uyarınca İtiraz Hakem Heyeti kararının kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesi için dosyanın, sigorta tahkim komisyonu'na gönderilmek üzere, mahkemesine iadesine, kararın kaldırılma sebebine göre, davacı vekilinin istinaf sebeplerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar verilerek, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 3.5.2018 tarih, E. 2017/1179, K. 2018/660 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com; “Davacı kadın tarafından 23.8.2013 tarihinde boşanma davası açılmıştır. Davacı kadın davadan önce T. 4.2.2016Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2011/319 esas, 2011/465 karar sayılı kararı ile 26.4.2011 tarihinde Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde yer alan sebeple kısıtlanarak vesayet altına alınmış, babasının velayeti altına konulmuştur. Ancak; kısıtlı 5.8.2013 tarihinde vekiline bizzat vekalet vermiş, vekil ise bu vekaletle dayanarak işbu davayı açmıştır. Vasinin, vesayeti altındaki kişi adına dava açması için vesayet makamından "husumete izin" kararı alması zorunludur (TMK m. 462/8). Vesayet makamının iznine tabi olan işlem, izin alınmaksızın yapılırsa, vasinin yaptığı bu işlem vesayet altındaki kişiyi bağlamaz (TMK m. 465). Mahkemece husumete izin alması hususunda vekile süre verilmiş, vekil tarafından Torbalı Sulh Hukuk Mahkemesinde açılan davada ise husumete izin verilmesi talebi reddedilmiştir. Mahkemece ise; veli tarafından verilmiş vekaletname bulunmadığı ve husumete izin talebi reddedildiği gerekçesiyle dava usûlden reddedilmiştir. Yargılama sırasında davacının annesi 30.9.2014 tarihinde veli olarak atanmıştır.

hukukunda da veli, kayyımın aksine dava açabilmek için icazet almak mecburiyetinde değildir⁸⁵⁹. Çünkü bunu gerektiren herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır⁸⁶⁰.

Burada üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise evlilik birliği içerisinde ölüm halinde velayetin doğrudan diğer eşe geçmesine rağmen, boşanma kararı ile velayet kendisine bırakılan eşin ölümü durumunda velayetin diğer eşe kendiliğinden geçmeyecek olmasıdır. Böyle bir durumda sağ kalan ebeveyn ya da bir vasi kanuni temsilci olarak atanana kadar küçük, kanuni temsilcisiz kalacaktır. Bu durum özellikle mirasın reddine ilişkin hallerde özellik arz etmektedir. Mirasın reddine ilişkin yapılan yargılamada velayetin ölüm ile doğrudan diğer eşe geçmediği göz önünde tutulmalıdır. Böyle bir durumda küçüğe kanuni temsilci atanması bekletici mesele yapılmalı ve yargılamaya ara verilmelidir⁸⁶¹.

Öğretide, kanuni temsilcinin, temsil ettiği kişinin adını yazmadan ve temsilci sıfatını bildirmeden davayı kendi adına açması halinde davanın sıfat yokluğundan reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁶². Çünkü davanın tarafı, velayet altında olan

Davacı kadın davadan önce kısıtlandığına ve önce babası daha sonra da yargılama aşamasında babanın velayet görevi kaldırılarak anne veli olarak atandığına göre, vekile sonradan veli olarak atanan anneden vekalet almak üzere süre verilmesi daha sonra ise husumete izin (TMK m. 462) için süre verilip eksikliklerin giderilmesi ve başlangıçtaki dava şartı noksanlığı giderildikten sonra işin esasının incelenip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde ret hükmü kurulması doğru görülmeyip, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 4.2.2016 tarihli E. 2015711607, K. 2016/1792 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com.

⁸⁵⁹ Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 67, N. 5.

⁸⁶⁰ Ansay, s. 110; Umar, Ehliyet, s. 613; Görgün, s. 131.

⁸⁶¹ “Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, boşanma kararıyla velayet kendisine bırakılan eşin ölümü ile velayet kendiliğinden diğer eşe geçmez. Bu durumda velayet askıda olup küçük velisiz kalmıştır. Dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114/1-d maddesinde kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması dava şartı olarak sayılmıştır. Aynı yasanın 115/2 maddesinde dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği bu süre içinde dava şartı noksanlığının giderilmemesi halinde davanın usûlden reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda davacı T. Q., davayı küçük O. V.’e velayeten açmış olup kanuni temsile ilişkin eksik olan dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkündür. O halde mahkemece yapılacak iş davacıya, küçüğün velayetinin kendisine tevdiine yönelik dava açmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115/2. maddesinde gösterildiği şekilde süre verilmesi, dava açması halinde bekletici mesele yapılarak (HMK md. 165) sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde isabetsiz gerekçe ile davanın usûlden reddine karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 07.03.2013 tarihli, E. 2012/12345, K. 2013/5992 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (04.11.2019). Sağ kalan eş kendisine verilen kesin süre içerisinde velayetin kendisine verilmesi için mahkemeye başvurur ve mahkeme velayeti ona verirse yargılamaya çocuğun velisi olarak devam edecektir. Ancak sağ kalan eş, kendisine verilen kesin süre içinde velayet için mahkemeye başvurmaz ise davaya bakan mahkeme, çocuğa vasi atanması için sulh mahkemesine başvurur. Sulh mahkemesinin atadığı vasi gerekli izinleri alırsa yargılamaya devam edilecektir. Bu hususta bkznz. Kuru, C. I, s. 1059.

⁸⁶² Yılmaz, Çocuk, s. 828.

kimsedir. Öğretide bir başka görüş ise dava dilekçesinin tümünden, davanın temsil edilen (dava ehliyeti bulunmayan) kişi adına açıldığının anlaşılması halinde davanın reddedilmemesi gerektiği, veli ya da velilerin davaya, velayet altında olan kişi adına devam edebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁶³. Yargı kararlarında da benzer şekilde velayetten söz edilmemiş ve dilekçenin içerisinde velayet ibaresine yer verilmemiş bulunsa da bu durumun davanın varlığını ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir⁸⁶⁴.

Öğretide Kuru, velayet altındaki kişi hakkında velisi olmayan bir kimse tarafından dava açılması durumunu incelemiştir. Örneğin veli olmayan dedenin çocuğun üzerinde velayet hakkı olmamasına rağmen dava açması durumunda davada temsil yetkisi ne olacaktır? Yazara göre davaya kanuni temsilci icazet verecek olursa devam edilmeli aksi takdirde dava reddolunmalıdır⁸⁶⁵. Kanaatimizce iradi ya da kanuni temsilci olmayan bir kimsenin ehliyetsiz kişi adına dava açması mümkün olmamalıdır. Somut olayda da dede küçüğün kanuni temsilcisi olmadığı gibi iradi temsilci olabilecek niteliklere de sahip değildir. Bu sebeple küçük adına açılan bu davanın kanuni temsilcinin iradi temsilcisinin vermiş olduğu icazet ile davaya devam edilebileceğini düşünmemekteyiz.

3. Veli Tarafından Temsil Edilmesi Gereken Ehliyetsiz Kişinin Dava Açması

Velayet altındaki kişinin yargılamada kanuni temsilcisi olan veli ya da veliler aracılığı ile yer alması gerekmektedir. Velisi olmaksızın dava açan dava ehliyetine

⁸⁶³ Kuru, C. I, s. 1050.

⁸⁶⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 19.10.1973 tarihli 6127/5913 sayılı kararı için bkz. Kuru, C. I, s. 1050. Aynı yönde “Davacı ... tarafından vasisi olduğu ...adına davalı borçlu kiracı hakkında sözlü kira aktine dayanarak ödenmediği iddia olunan kira borçları sebebiyle, 19.08.2015 tarihinde haciz ve tahliye istekli icra takibi başlatılmış, davalının icra takibine vaki itirazı üzerine itirazın kaldırılması ve tahliye istekli olarak İcra Mahkemesi'ne ... tarafından kendi adına verilen 07.08.2015 günlü vekaletnameye dayalı olarak vekili tarafından dava açılmıştır. Vasi, kısıtlının kanuni temsilcisi olup, ancak onun adına takip yapabilir ve dava açabilir.

Bu durumda Mahkemece; takibi vasi sıfatıyla başlatan ...'nın, kendi adına dava açma sıfatı bulunmadığından, ...'ya vesayeten verilmiş vekaletnameyi ibraz için süre verilip, bu eksik tamamlandıktan sonra işin esası hakkında sonuca gidilmesi gerekirken, bu husus üzerinde durulmadan yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 7.3.2017 tarihli, E. 2017/1506, K. 2017/3085 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

⁸⁶⁵ Kuru, C. I, s. 1074.

sahip olmayan kimsenin davası doğrudan reddolunmayacaktır. Dava ehliyeti eksikliğin tamamlanabilir bir dava şartı olması sebebiyle, mahkeme bu eksikliği re'sen göz önünde tutacaktır. Bu aşamada kanuni temsilci olan veli ya da velilere tebligat yapılmalı ve davaya icazet verip vermedikleri mahkemece sorulmalıdır⁸⁶⁶.

Velisi bulunan bir kişinin kendisinin verdiği vekaletle dayanarak vekilin küçük ya da kısıtlı kişi adına dava açmış olması durumunda da velinin hem davaya icazet vermesi hem de aynı kişi adına ve kanuni temsilci sıfatıyla aynı avukata vekalet vermesiyle dava ehliyeti eksikliği giderilebilecektir⁸⁶⁷.

4. Velisi Tarafından Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişiye Dava Açılması

Ana ve babanın veli olarak çocuğu mahkemelerde temsil etme hakkı bulunmaktadır. Çocuğun davalı olduğu davalarda usûli işlemlerin kanuni temsilcisi olarak veli ya da veliler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁶⁸. Dava ehliyeti olmayan tarafa dava açılması durumunda, bu kimsenin kanuni temsilcisinin belirtilmemesi halinde dava, dava ehliyeti eksikliği ile reddedilmemelidir⁸⁶⁹. Bu kimselerin kanuni temsiline sağlanması gerekmektedir. Bu sebeple dava dilekçesi, mahkeme tarafından, dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin kanuni temsilcisine de tebliğ ettirilecektir. Benzer bir şekilde kişinin kanuni temsilcisinde yanılma durumunda da bu yanılma davanın reddini gerektirmez. Bu yanlışlık düzeltilerek davaya davalının gerçek kanuni temsilcisi aracılığı ile devam edilmelidir⁸⁷⁰.

Dava ehliyeti olmayan, velayet altındaki bir kişiye açılması gereken bir dava, bu kişinin adı belirtilmeden onun kanuni temsilcisine karşı açılmış ise dava, davada sıfat yokluğundan reddedilmelidir⁸⁷¹. Ancak dava ehliyeti olmayan bir kişiye

⁸⁶⁶ Postacıoğlu, s. 181.

⁸⁶⁷ "...düzelteye rağmen dava yanlış açılmıştır diye red kararı verilmesi bozmayı gerektirir." 13. Hukuk Dairesi'nin 23.11.1971 tarihli E. 3445, K. 19020 sayılı kararı için bkz. Umar, Şerh, s. 200.

⁸⁶⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 418.

⁸⁶⁹ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 10. Türk hukuku öğretisinde Postacıoğlu bu durumu farklı bir şekilde ele almıştır. Burada yazar davacının hasmını gerektiği gibi tayin edememiş olması halinde bu hatasının usûl hükümleri çerçevesinde giderilip giderilemeyeceğinin tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Yazara göre kendi ifadesi ile "usûl hukuku sisteminde ehliyetsiz kimseye tevcihi husumet eden şahsın ikame ettiği davanın redde uğraması aykırı bir netice sayılmamalıdır". Ancak yazar bu görüşünün 1086 sayılı mülga Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu zamanında ileri sürmüştür. Bknz. Postacıoğlu, s. 182.

⁸⁷⁰ Kuru, C. I, s. 1051.

⁸⁷¹ Kuru, C. I, s. 1051.

açılması gereken bir dava, bu kişinin adı belirtilmeden onun kanuni temsilcisine açılıyorsa burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi uyarınca iradi taraf değişikliği yoluna gidilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinin 4. fıkrasında dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceği düzenlenmiştir. Karşı tarafın rızası aranmaksızın taraf değişikliği talebinin hakim tarafından kabul edilebileceği gruba, temsilcide yanılma olarak adlandırılan bu hal de dahildir⁸⁷².

Bazı durumlarda davalı, kanuni temsilci atanması gereken kişilerden olduğu halde bir kanuni temsilcisi bulunmamaktadır. Örneğin, velayetin sadece ana ya da babada bulunduğu hallerde, velinin ölümü ile velayet doğrudan diğer ebeveynine geçmez. Böyle bir durumda mahkeme, velayet hakkında karar verebileceği gibi küçüğe vasi de atayabilecektir. Bu süreç içerisinde davacı tarafın dava açmak için beklemesine gerek yoktur. Her ne kadar bir kanuni temsilcisi bulunmasa da dava davalının kendisine açılır⁸⁷³. Uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme davalıya kanuni temsilci atanması için re'sen vesayet makamına başvuracaktır. Kanuni temsilci atanana kadar dava ertelenir (HMK m. 56). Davaya, davalıya kanuni temsilci atanması ile (veli ya da vasi) devam edilecektir. Bunun için de öncelikli olarak dava dilekçesinin vasi ya da veliye tebliği gerekmektedir.

B. Vasi

1. Genel Olarak

Asli vesayet organlarının başında vasi gelir. Vesayet de velayet gibi bir kanuni temsilcilik çeşididir⁸⁷⁴. Vasi ise vesayet altındaki kimsenin kişiliğine ve mallarına özen gösterme ve kişiyi temsil etme konusunda hak ve yükümlülüklerle sahip kişidir⁸⁷⁵. Bu genel yetki ve görev dışında vasi, kanunda özel olarak sayılmış

⁸⁷² Bu husus ve iradi taraf değişikliğine ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Taş Korkmaz, s. 196.

⁸⁷³ Kuru, C. I, s. 1053.

⁸⁷⁴ Akıntürk ve Karaman, s. 470; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 353; Kılıçoğlu, s. 318.

⁸⁷⁵ Akıntürk ve Karaman, s. 475; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 353.

ve vesayet altındaki kişinin çıkarına olan başka bir takım işleri de yapmakla görevlidir⁸⁷⁶.

Vasiden sonra gelen vesayet organları vesayet makamı olarak adlandırılan sulh hukuk mahkemesi ile denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397). Vasi ile vesayet makamı ve denetim makamı arasında belirli bir iş bölümü ve kademeli bir altlık-üstlük ilişkisi vardır. Vasi, temsilci olarak vesayet altındaki kişinin kişiliğine ve mallarına özen gösterir; onu korur; hukuki işlemlerde onu temsil eder; kamu görevi niteliği taşıyan görevinin verdiği yetkilerle onun üzerinde belirli oranda egemenlik kurabilir; onu yönlendirebilir ve bazı yasaklar koyabilir⁸⁷⁷.

Vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi, vasiyi atar; görevden alır; ona talimatlar verir; onu denetler ve gerektiğinde yardımcı olur. Denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesi ise sulh hukuk mahkemesinin üstünde görev yapar; sulh mahkemesini denetler, bazı konularda son izin ve onay makamıdır. Denetim makamı olarak vesayet makamları hakkındaki şikayetleri karara bağlar⁸⁷⁸.

Velayetin konusu ile vesayet konusu birbirinden kural olarak farklıdır. Velayet kural olarak küçükler hakkında ve istisnai olarak da kısıtlılar hakkında geçerli olduğu halde vesayet kural olarak kısıtlılar hakkında istisnai olarak küçükler hakkında geçerlidir⁸⁷⁹. Bu kimselerin ehliyetleri eksik olduğu ya da hiç olmadığı için bunların bir kanuni temsilciye ihtiyaçları vardır⁸⁸⁰. İşte bu amaçla bu kimselere vasi atanır.

Esas olarak vesayet ile velayet konularının birbirinden farklı olmasının yanı sıra aralarında başka yönlerden de farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklara ilişkin olarak bir takım örnekler vermemiz gerekirse: esasen velayet kanun gereği doğarken, vesayet kurulmasına hakim karar verir. Veli, çocuğu temsilen işlemler yaparken bir makamdan izin almak zorunda olmamasına rağmen vasi, Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinde sayılan işlemleri yaparken sulh hakiminden 463. maddesinde sayılan işlemleri yaparken ise hem sulh hem de asliye hukuk hakiminden izin almak zorundadır. Veli, velayet altında bulunan kişinin bakımı ve eğitimi için gerekli giderleri kendi mallarından öderken vasinin böyle bir yükümlülüğü yoktur. Giderler

⁸⁷⁶ Akıntürk ve Karaman, s. 475; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 370.

⁸⁷⁷ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 370; Kılıçoğlu, s. 319.

⁸⁷⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 473; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 371; Kılıçoğlu, s. 319.

⁸⁷⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 470; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 353; Kılıçoğlu, s. 317.

⁸⁸⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 470; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 353.

vesayet altındaki kişinin mallarından ödenir. Veli, bu görevi ile ilgili bir ücret isteyemezken vasi ise isteyebilir. Veli, velayet altındaki kişinin mallarının defterlerini tutmak ve mahkemeye hesap vermek zorunluluğunda değilken vasi ise bu yükümlülük altındadır. Veli, velayet görevinden kaçınmak için bir mazeret gösteremez. Ancak vasi kanunda sayılan koşullar oluşursa vasilik görevinden kaçınabilir ya da istifa edebilir⁸⁸¹.

Aralarındaki bu farklılıklara rağmen her iki kurum da kişilerin korunması amacıyla getirilmiş birer kanuni temsilcilik çeşididir⁸⁸². Benzer amaçlara yönelik olmaları sebebiyle birçok yönden ortak hükümlere bağlanmışlardır. Hatta vesayet velayete göre daha geniş kapsamlıdır⁸⁸³. Bu sebeple velayetle ilgili bazı konularda hüküm bulunmazsa mahiyeti ile bağdaştığı ölçüde vesayete ilişkin kurallar uygulanacaktır.

İsviçre medeni hukukunda getirilen son düzenlemelerle vesayet kurumu, dolayısıyla vasilik ortadan kalkmıştır⁸⁸⁴. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin temsili ise İsviçre Medeni Kanunu'nun 398. maddesi uyarınca genel kapsamlı kayyımlik aracılığı ile sağlanmaktadır. Genel kapsamlı kayyımlik, bütün kişisel yardım, malvarlığı yönetimi ve üçüncü kişilerle hukuki ilişki alanlarını kapsar.

Genel kapsamlı kayyımliğa genellikle son çare olarak başvurulmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 398. maddesine göre, kapsamlı kayyımliğin iki fonksiyonu vardır. Birincisinde, kişinin hukuki işlemlerde bulunmasının beklenemeyeceği bir hal vardır ve onun fiil ehliyeti bilinçli olarak kaldırılır. İkincisinde ise hiçbir şekilde fiil ehliyeti bulunmayan kimseler için tesis edilir⁸⁸⁵.

İsviçre hukukunda vasilik makamı yerine getirilen bazı kayyımlik türleri üzerinde durmamız gerekirse, öncelikli olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 393. maddesinde düzenlenen Refakat Kayyımliğında (*Begleitbeistandschaft*) kişinin fiil

⁸⁸¹ Vasi ve veli hakkında daha ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. Akıntürk ve Ateş Karaman, ss. 470-471; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, ss. 354-355; Kılıçoğlu, s. 318.

⁸⁸² Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 470; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 355; Kılıçoğlu, s. 318.

⁸⁸³ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 471; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 355.

⁸⁸⁴ 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren hükümler sonucunda İsviçre Medeni Kanunu'nun vesayete ilişkin 360. ila 456. maddeleri arasında yer alan 96 maddesi değiştirilmiştir. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, www.admin.ch, (03.12.2019).

⁸⁸⁵ Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle ve Murat Topuz, **Yeni Vesayet Hukukuna Doğru Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)**, Beta, İstanbul, 2017, s. 95.

ehliyeti sınırlandırılmamaktadır⁸⁸⁶. Burada kayyımın görevi, yardım görenin rızası ile bazı işlerin görülmesinde, yardım edilen kişiye yardımcı olmaktır. Bu kayyımlık, kayyımlığın en alt derecesini oluşturmaktadır⁸⁸⁷. Fiil ehliyetinde doğrudan bir sınırlama olmadığı için bu tür kayyımlıkla yardım alan kişinin dava ehliyeti de tamdır⁸⁸⁸.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 394. maddesinde düzenlenen temsil kayyımlığında (*Vertretungsbeistandschaft*) yetişkinleri Koruma Makamı kişinin fiil ehliyetini gerekli gördüğü ölçüde sınırlandırabilir. Burada kayyım, ilgili kişiyi kendisine devredilen görev alanları kapsamında temsil eder. Örneğin, ilgili kişinin malik olduğu bir binada kira sözleşmesi yapmamasına karar verebilir, ancak bu halde, bu kimsenin diğer haller açısından fiil ehliyeti sınırlanmamıştır⁸⁸⁹. Temsil kayyımlığı altında bulunan bir kimse için Yetişkinleri Koruma Makamının sınırlandırdığı işlem hakkında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda dava ehliyetine sahip olmadıkları, temsil kayyımı aracılığı ile temsil edilmeleri gerektiği kabul edilmelidir⁸⁹⁰.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 395. maddesine göre temsil kayyımlığının özel bir türü olan malvarlığının yönetilmesi için bir temsil kayyımlığı kurulmuş ise Yetişkinleri Koruma Makamı, kayyımlık altına alınan kimsenin malvarlığının bir kısmını kayyımın yönetimine bırakabilir. Burada doğrudan fiil ehliyeti sınırlandırılmaksızın kayyıma yönetim yetkisi verilebilmektedir. Yönetim kavramı yönetilen malvarlığını korumaya, arttırmaya veya onu amacına uygun bir biçimde kullanmaya ilişkin her türlü fiili ve hukuki işlemi kapsamaktadır⁸⁹¹. Bu yönetim yetkisi aynı zamanda yargılama sürecini de kapsamaktadır. Malvarlığı kayyımlığı altındaki kimseler belirlenen sınırlar dışındaki uyuşmazlıklarda, yargılamada kayyım aracılığı ile temsil edilmelidir. Bu uyuşmazlıklara ilişkin olarak bu kimselerin dava ehliyeti yoktur⁸⁹².

⁸⁸⁶ Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 13; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67 N. 18; Technio ve Spühler, Basler Kommentar, Art. 67, N. 12.

⁸⁸⁷ Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 92.

⁸⁸⁸ Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N. 18.

⁸⁸⁹ Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N. 18; Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 92.

⁸⁹⁰ Oscar Vogel, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, fünfte, nachgeführte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1997, s. 133; Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N. 19.

⁸⁹¹ Fischer, Art. 67, N. 8; Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 94.

⁸⁹² Vogel, s. 133; Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 18.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 396. maddesinde büyük ölçüde mülga vesayet hukukunda düzenlenmiş olan yasal danışmanlık ile paralel olarak oy kayyımlığı düzenlenmiştir. Burada yasal danışmanlıktan farklı olarak, kanunda değiştirilemez işlemler tek tek sayılmamıştır, bu işlemler korunma ihtiyacına göre değerlendirilmektedir⁸⁹³. Bu kayyımlık türünde, belirli işlemler için kayyımın rızası aranmaktadır. Ancak bu kayyımlık türü, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından kurulamaz⁸⁹⁴. Nitekim yukarıda belirttiğimiz diğer kayyımlık türlerinde de kayyımlık altında olan kişi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını doğrudan kullanabilecektir. Çünkü kişi, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanması kuraldır⁸⁹⁵. Diğer haller içinse kişinin dava ehliyetinin olup olmadığı, işlem için kayyımın katılımının gerekip gerekmediğine göre değerlendirilmelidir⁸⁹⁶.

Genel olarak temsil kayyımlığında ve malvarlığının yönetimine ilişkin kayyımlıkta, bir hususla ilgili kişinin fiil ehliyeti sınırlandırıldıysa, bu kimselerin bu hususlara ilişkin olarak dava ehliyetinin olmadığı, geri kalan hususlarla ilgili olarak ise dava ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁹⁷.

Son olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 397. maddesi uyarınca tüm bu kayyımlıkların bir arada bulunduğu karma nitelikli bir kayyımlık kurulması da öngörülebilir. Ölçülülük ilkesi uyarınca yardıma ihtiyaç duyan kişi için temsil, refakat veya oy kayyımlığı bir arada düzenlenebilecektir. Sadece kapsamlı kayyımlıkta bu tür bir kombinasyon mümkün olmamaktadır⁸⁹⁸.

Kayyımlıkla ilgili olarak belirtmek istediğimiz bir diğer husus ise bir kimsenin ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda, bir gerçek ya da tüzel kişiyi, kendi kişisel bakımı ya da mallarının yönetimi için ya da hukuki ilişkilerde temsil edebilmesi için İsviçre Medeni Kanunu'nun 360. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kayyım olarak bir sözleşme ile (*Vorsorgeauftrag*) atayabilecek olmasıdır. Bu sözleşme, çeşitli kayyımlık türlerinden oluşabilir⁸⁹⁹. Aynı zamanda yargılamada, ehliyetini kaybeden kişinin temsilini de içerebilir. Bu sözleşme eğer yargılamada da

⁸⁹³ Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 95.

⁸⁹⁴ Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 95.

⁸⁹⁵ Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 67, N. 6.

⁸⁹⁶ Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 67, N 20.

⁸⁹⁷ Vogel, s. 133; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67, N. 13; Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 67, N. 6.

⁸⁹⁸ Fischer, Art. 67, N. 9; Yavuz, Erlüle ve Topuz, s. 95.

⁸⁹⁹ Biderbost, s. 312.

temsil edilmeyi kapsıyorsa, atanan kişi kanuni temsilci olarak kabul edilir. Eğer sözleşmede, kayyımın tahkim yoluna başvurmak ya da sulh yoluna gitmek gibi Yetişkinlerin Korunması Makamından izin almasını gerektiren hallerde yetkili olduğu belirtiliyorsa, bu hallerde Yetişkinlerin Korunması Makamından bu konularda izin alınmasına gerek yoktur⁹⁰⁰.

İster bir sözleşme ile ister atama yoluyla kayyımlık altında olan kişinin eşinin İsviçre Medeni Kanunu'nun 374. maddesi çerçevesinde kanuni temsil hakkı devam etmektedir ancak bu temsil yetkisi Yetişkinleri Koruma Makamının iznini almadan dava açmak ve yargılamada yer almak için yeterli değildir⁹⁰¹.

Vasinin vesayet makamından izin alma gerekliliği İsviçre hukukunda Yetişkinleri Koruma Makamından izin alma gerekliliği şeklinde devam etmektedir. Ancak hangi kayyımlık türleri için bu gerekliliğin olduğu öğretilde tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre izin alma mecburiyeti temsil kayyımlığında ve kombine kayyımlıkta gereklidir. Oy kayyımlığında, Yetişkinleri Koruma Makamından izin alınmasına gerek yoktur⁹⁰². Bunun yanı sıra tam ehliyetsizler bakımından kapsamlı kayyımlık söz konusu olduğunda korumanın mahiyeti gereği, Yetişkinleri Koruma Makamından izin alınması gerektiği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu konuda genel bir değerlendirme yapmamız gerekirse sadece İsviçre hukukunda değil pek çok hukuk sisteminin yetişkinleri korumaya yönelik olarak kişinin bizzat kendisi hakkında karar verme hakkına büyük önem atfettiği görülmektedir⁹⁰³. Özellikle tıp alanındaki gelişmeler kişinin ömrünü uzatmakta ancak bununla beraber göz önünde bulundurulması gereken bir takım hususlar ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeple önceden kendisiyle kimin ilgilenmesini istediği ve bunun sınırlarını belirlemesi eğilimi, hukuk sistemlerinde kabul edilen bir düşünce olmaya başlamıştır. Türk hukukunda İsviçre hukukunun aksine işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekalet ve hastanın önceden verdiği talimatlar şeklinde bir

⁹⁰⁰ Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 67, N. 6a; Biderbost, s. 312.

⁹⁰¹ Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 67, N. 6a; Biderbost, s. 312.

⁹⁰² Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 19.

⁹⁰³ Pek çok Avrupa ülkesinde Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanında reforma gidilmiştir. Bu alanda ilk reform hareketi 1983 yılında Avusturya'da gerçekleştirilmiş olup ardından 1990 yılında Almanya'da, 1995 yılında Danimarka'da, 2003 yılında İspanya'da, 2004 yılında İtalya'da ve 2005 yılında İngiltere'de bu alanda esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu hususta bkzn. Yavuz ve Erlüle, s. 29.

kanuni düzenleme bulunmamaktadır⁹⁰⁴. Türkiye’de böyle bir reform hareketine ihtiyaç bulunup bulunmadığı doğrudan medeni hukukun konusuna girse de dava ehliyetinin medeni hukuk düzenlemelerinden ayrı olarak ele alınması mümkün değildir. Böyle bir reform hareketine gidilmesi durumunda, kimlerin dava ehliyetinin olup olmadığının tespiti ve özellikle koruma altındaki kişilerin yargılamada kimler tarafından temsil edileceği hususu doğrudan medeni hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Bu sebeple bir reform hareketine gidilmesi durumunda kişilerin ehliyeti ve temsili sadece medeni hukuk kapsamında değil medeni usûl hukuku boyutuyla da ele alınmalı ve değerlendirilmelidir.

2. Vasi Tarafından Dava Açılması

Vasinin, vesayet altında bulunan kimse adına açacağı her dava için vesayet makamından ayrı ayrı izin alınması gereklidir. Tek bir kararla vasiye genel olarak tüm davaları açabileceğine ilişkin bir dava açma yetkisi tanınamaz, böyle bir karar hukuka aykırıdır⁹⁰⁵. Çünkü vesayet makamı her davanın durumunu ve her somut olayın özelliklerini ayrı ayrı inceleyerek karar vermek zorundadır⁹⁰⁶.

Vasi, izin almadan dava açmışsa, davanın açıldığı mahkemenin vesayet makamından izin alınması için uygun süre vermesi gerekmektedir (HMK m. 54/ II).

Vesayet makamının anılan maddeye göre verilmiş izni olmaksızın vasinin yaptığı her usûlî işlem veya bizzat usûlî işlem yapması için vesayet altındaki kimseye

⁹⁰⁴ “Türk hukukunda ayırt etme gücünü kaybeden yetişkinin tabi olduğu sistem, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı bakımından oldukça elverişsiz bir sistem ortaya koymaktadır. Vesayet hukukunda, kısıtlanan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına kısmen de olsa imkan sağlayacak bir hüküm olan TMK m. 415’te, haklı sebepler olmadıkça, vasiliğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana ve babasının gösterdiği kimsenin atanacağını düzenlemiştir. Bu hükmün uygulama alanı ise vesayet altına alınacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olması haliyle sınırlıdır. Yani ayırt etme gücünden yoksun erginin kısıtlanması durumunda, vasi atanacak kişinin belirlenmesinde, kısıtlananın isteğinin ve iradesinin rolü bulunmaktadır. Bu durum, vasiliğe atanmada vesayet altına alınan kişinin eşine ve yakınlarına tanınan öncelik hakkıyla (TMK m. 414) ve özellikle ayırt etme gücünü kaybeden erginin malvarlığının önem arz ettiği durumlarda ilgililerin menfaati, uygulamada bir çok soruna sebep olmaktadır.” Türk hukukuna ilişkin daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Yavuz ve Erlüle, s. 24.

⁹⁰⁵ Umar, Şerh, s. 196; Umar, Ehliyet, s. 613; Kuru, C. I, s. 1076; Bilge, s. 175; Yılmaz, Çocuk, s. 830; Tanrıver, s. 519; Gençcan, Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri, s. 1076.

⁹⁰⁶ Kuru, C. I, s. 1076; Yılmaz, Çocuk, s. 830.

verdiği izin, hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük, re'sen yargılamanın her aşamasında göz önüne alınmalıdır⁹⁰⁷.

Kendisine vasi tayin edilmesi gereken kişi adına ya da aleyhine dava açılması gerektiğinde önce o kişiye vasi tayin edilmelidir. Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, vasinin vesayet altındaki kişi adına dava açabilmesi veya vesayet altındaki kişiye karşı açılmış davada onu temsil edebilmesi için vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden izin alınması gereklidir (TMK m. 462/I-8) ⁹⁰⁸. Ancak vasinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, izin almadan da vesayeti altında bulunan kimse adına geçici önlemler alabilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, vasinin vesayeti altında bulunan kimse adına gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici koruma tedbirlerini talep edebilmesi için sulh hukuk mahkemesinden izin almasına gerek yoktur⁹⁰⁹.

Sulh mahkemesi davanın kazanılma şansı olmadığı gerekçesi ile izin talebini reddedebilir. Böyle bir durumda uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme artık uyuşmazlığın esasına girmeyecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. Maddesinin 3. fıkrasına göre: *“Süresi içinde belgelerin ibraz edilmemesi veya mahkemeye başvurulmaması hâlinde, dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır”*.

⁹⁰⁷ Umar, Ehliyet, s. 613.

⁹⁰⁸ Vesayet altındaki kişinin kanuni temsilcisinin izin almasını gerektiren durumlar kişinin dava ehliyetinin olmadığı haller için geçerlidir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasına ilişkin davalarda izin alınmasına gerek yoktur. Çünkü bu hallerde kişi vasi onayına tabi olmaksızın dahi dava açabilecekken ayrıca bir onay gerekmemektedir. Bu hususta bkzn. Umar, Ehliyet, s. 613; Tanrıver, s. 505.

⁹⁰⁹ Kuru, C. I, s. 1080; Tanrıver, s. 518; Görgün, s. 131. Bunun yanı sıra Kuru, davanın zamanaşımına uğrama tehlikesini önlemek veya davanın tabi olduğu kısa hak düşürücü süreyi korumak için izin alınmadan dava açılabileceğini belirtmektedir. Ancak bu hususun sadece dava açmak için olduğunu, davadan sonraki usûli işlemler için bu iznin alınması gerektiğini dile getirmektedir. Bu hususa örnek olarak Hukuk Genel Kurulu'nun 6/256-245 sayılı 10.5.1967 tarihli kararı gösterilmiştir. İlgili kararda

“Medeni Kanun m. 405/8 uyarınca vasi, kısa süreye bağlanmış davaları açmak için sulh mahkemesinden izin almaya muhtaç değildir” ifadesi yer almaktadır. Bu husus ve karar için bkzn. Kuru, C. I, ss. 1080-1081. Burada yapılan açıklamalar vasinin izin almasını gerektirmeyen haller içindir. Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendindeki ifadede vasinin izin alması gerekmeyen haller, geçici önlemler alma yetkisi ile sınırlıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mahkeme, kanuni temsilcilerin veya tüzel kişilerin organlarının, yukarıda belirtilen eksikliği gidermeleri şartıyla dava açmalarına yahut davayla ilgili işlem yapmalarına izin verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan bir hallerde dava açılması ya da davayla ilgili işlem yapılması gerekmeğe mahkeme sonradan bu eksikliğin tamamlanması şartıyla dava açılmasına ve davayla ilgili işlem yapılmasına izin verebilir. Ancak bu halde izin alınması gerekmektedir. Ortada sonradan tamamlanması gereken bir eksiklik bulunmaktadır.

Vasinin dava sonucunda verilmiş olan hükme karşı kanun yollarına başvurabilmesi için vesayet makamından özel izin alınması gerekmektedir⁹¹⁰. Bununla birlikte vasinin vesayeti altında bulunan kimse adına dava açma hususunda izin almış olması, onun davadan feragat, kabul ve sulh işlemlerini de yapabileceği anlamına gelmemektedir. Bu işlemler için vesayet makamından ayrıca izin alınması gereklidir⁹¹¹. Bununla birlikte vesayet altındaki kişinin, vasisi olmadan istinaf ya da temyiz kanun yoluna bizzat başvurması mümkün değildir. Vesayet makamı da vesayet altındaki kişi için dava açamaz ya da vasinin dava açması için harekete geçmesi gerektiğini bildirir. Vesayet makamı bir inceleme ve denetim merciidir. Burada esas olarak vesayet, vasiye aittir. Yargılama sürecini vesayet makamının izni ile vasinin yönetmesi gerekmektedir⁹¹².

3. Vasi İle Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişinin Dava Açması

Vasi ile temsil edilen kişinin yargılamada kanuni temsilcisi olan vasisi ya da vasileri aracılığı ile yer alması gerekmektedir. Vasi olmaksızın dava açan dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin davası doğrudan ret olunmayacaktır. Dava ehliyeti eksikliğinin tamamlanabilir bir dava şartı olması sebebiyle, mahkeme bu eksikliği doğrudan göz önünde tutacaktır. Bu aşamada kanuni temsilci olan vasi ya da vasilere tebligat yapılmalı ve davaya icazet verip vermedikleri mahkemece sorulmalı ve vasinin ilgili makamlardan izin alması beklenilmelidir.

4. Vasi Tarafından Temsil Edilen Ehliyetsiz Kişiye Dava Açılması

Vasi ile temsil edilen ya da temsil edilmesi gereken dava ehliyeti olmayan bir kimseye dava açılması durumunda da dava, dava ehliyeti eksikliği sebebiyle reddedilemez⁹¹³. Bu hallerde dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin vasisi varsa, dava dilekçesi, vasiye tebliğ ettirilir⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Reich, s. 66.

⁹¹¹ Kuru, C. I, s. 1079; Yılmaz, Çocuk, s. 830; Tanrıver, s. 518.

⁹¹² Reich, s. 66.

⁹¹³ Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 10.

⁹¹⁴ Kuru, C. I, s. 1081; “6100 Sayılı HMK’nın 50. maddesine göre, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan herkes davada taraf ehliyetine de sahiptir. Aynı kanunun 51. maddesine göre de,

Bazı hallerde ise dava ehliyetine sahip olmayan kimseye vasi atanması gerekmektedir⁹¹⁵. Böyle bir durumda, yargılamaya ara verilmesi gereklidir (HMK m. 56/1). Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendi gereğince vasinin acele hallerde önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması hallerinde vesayet makamının iznine tabi tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede sadece dava açmaktan bahsedilmiş ancak vesayet altındaki kişinin davalı olması halinde vasinin vesayet makamından izin alıp almayacağı açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Vasi atandıktan sonra vasinin, vesayet makamından yargılamaya devam edebilmesi için izin alması gerekip gerekmediği hususu net değildir⁹¹⁶. Bu durum mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 405. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendinde "husumet" ifadesi ile hüküm altına alınmıştı. Öğretide husumet ifadesinin hem davacıyı hem de davalıyı kapsadığı kabul edilmekteydi. Nitekim mehz İsviçre Medeni Kanun'un değişikliklerden önceki 425. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendinde bu durum "prozessführung" kavramı ile ifade edilmiştir. Başka bir deyişle vasi, yargılamanın yürütülebilmesi için vesayet makamından izin almalıdır. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinin gerekçesinde "maddenin (8) numaralı bendindeki husumet sözcüğü yerine dava açma sözcüğü kullanılmıştır. Açılan davada vesayet altındaki kişiyi temsilen vasinin davayı yürütmesi için ayrıca vesayet makamından izin almasına gerek olmadığından buraya eklenmesine gerek duyulmamıştır." ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçede de açık bir şekilde ifade edildiği üzere vasinin temsil edilen kişinin davalı olması halinde vesayet makamından izin almasına gerek yoktur. Ancak getirilen bu düzenlemenin yerinde

dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. 4721 Sayılı TMK'nın 9. maddesine göre, fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir. Aynı kanunun 10. maddesine göre de ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.01.1976 tarihli ve 477/12 Sayılı kararına göre, davada taraf olma ehliyeti, medeni haklardan yararlanma hakkının bir sonucudur. Kısıtlanan kimse; medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksun bulunması sebebiyle her ne kadar kendisi dava açamaz ise de sözü edilen haklardan yararlanma ehliyetini haiz bulunduğundan aleyhine dava açılabilir. Ancak, davalının kısıtlı olduğunun mahkemece öğrenilmesi halinde re'sen kanuni mümessile tebligat yapılması gerekir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 6.11.2017 tarihli, E. 2015/18861, K. 2017/8077 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

⁹¹⁵ İsviçre hukukunda bu durum getirilen yeni düzenlemeler ile Yetişkinleri Koruma Makamına (Erwachsenenschutzbehörde) iletilmelidir. Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 10.

⁹¹⁶ İsviçre Hukukunda aynı kural, vasilik kurumunun yerini alan kayyımlık için de geçerlidir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 416. maddesinde kayyımların Yetişkinleri Koruma Makamından izin alması gereken haller sayılmıştır. Bu madde'nin 9. fıkrasına göre ise yargılamanın yürütülmesi (Prozessführung) bu haller arasında sayılmaktadır.

olmadığı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda vesayet makamının, ehliyetsiz kişinin menfaatinin korunabilmesi için vasiye gerekli izni vermesi gerekmektedir. Çünkü izin verilmemesi halinde vesayet altındaki kişinin savunulamaması tehlikesi ortaya çıkar⁹¹⁷. Ancak burada alınan izin hukuki dinlenilme hakkının kullanılmasına ilişkin bir izinden çok vasinin uyuşmazlık konusu davada tarafı temsil edip edemeyeceği; aralarında bir menfaat çatışmasının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Burada mehz Kanundaki düzenlemeye geri dönülmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Ancak mevcut düzenleme ile böyle bir yükümlülüğün olmadığı açıktır.

Bununla birlikte bir an için vasinin izin alma yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse vasinin cevap süresi içerisinde vesayet makamından izin alıp getirmesinin mümkün olmadığı hallerde davaya cevap vermek acele işlerden kabul edilebilir. Bu hallerde vasi davaya cevap verecektir, ancak yargılamanın devamında sulh mahkemesinden izin alınması gerekmektedir⁹¹⁸. Benzer şekilde vasinin temsil edilen kişi adına karşı dava açması da söz konusu olabilir. Karşı dava, cevap dilekçesi ile açılacağından ve belirli bir süreye tabi olması sebebiyle acele bir iş kabul edilip vesayet makamından izin alınmamış olabilir⁹¹⁹. Ancak burada yargılamanın devamında izin alınmış olmalıdır.

Davalının vasisinin de kanun yollarına başvurusu için de izin almasına gerek yoktur; ancak, bu yollara başvurmadan feragat edebilmesi için vesayet makamının izni gerekmektedir⁹²⁰.

Bazı hallerde vesayet altındaki kimsenin kanuni temsilcisinde yanılma olabilir. Dava dilekçesinde kanuni temsilci bir başka kimse olarak gösterilmiş olabilir. Böyle bir durumda davanın dava ehliyeti eksikliği sebebi ile reddedilmesi mümkün değildir. Çünkü taraf vesayet altındaki kimsedir. Kanuni temsilcide yanılma durumunda, mahkemece gerçek vasiye tebligat yapılarak onun yargılamaya katılması sağlanmalıdır⁹²¹.

⁹¹⁷ Kuru, C. I, s. 1082; Yılmaz, Çocuk, s. 830.

⁹¹⁸ Kuru, C. I, s. 1082.

⁹¹⁹ Kuru, C. I, s. 1083.

⁹²⁰ Yılmaz, Çocuk, s. 831.

⁹²¹ “Davacı, davalı küçük S. D.’in babasının 05.08.2010 tarihinde gerçekleştirdiği silahlı eylem sonucu bazı polislerin yaralandığını, davalının babasının da olayda öldüğünü, yaralanan polislerle ödenen tazminatın tek yasal mirasçı olan davalıdan rücuen tahsili istemiyle dava açmıştır.

Mahkemece; davalının vasisinin Van Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2012/156 E. 2013/210 sayılı kararı ile dedesi M. olması nedeniyle, vasi olarak annesi A. Ş.’a husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir.

C. Kayyım

1. Genel Olarak

Kayyım, vesayet organlarından (TMK m. 396). Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanan vasiye göre görev ve yetkileri daha sınırlı olan kişilerdir (TMK m. 403/II). Vesayetle ilgili kurallar genel hüküm niteliğinde olduğundan kayyımlık hakkında kanunda hüküm bulunmayan hallerde vesayete ilişkin kurallar uygulanır (TMK m. 403/III).

Kendisine kayyım atanan kişinin hakkında bir kısıtlama kararı alınmadığından ehliyetinde bir değişiklik olmaz (TMK m. 458/I). Kayyım sadece kendisine verilen işi görür ya da malı idare eder, onun dışındaki hususlarda kendisine kayyım atanan kişinin kanuni temsilcisi değildir⁹²².

Kayyım vesayet makamı tarafından atanacaktır (TMK m. 426-427). Bununla birlikte Kadastro Kanunu'nun 25. maddesinin A fıkrası uyarınca Kadastro mahkemesi, yalnız kadastro işlerine münhasır olmak üzere; velisi veya vasisi bulunmayan küçüklere ve kısıtlılara kayyım tayin eder. Bunların menfaatlerini korumak amacıyla Türk Medeni Kanununun hakimnin iznini şart kıldığı hallerde bu izni verme yetkisine haizdir.

Kayyımlık, “bir işin görülmesi” ya da “bir malın yönetimi” amaçlarından hangisi için atama yapılmış olmasına göre temsil kayyımlığı ya da yönetim kayyımlığı olmak üzere ikiye ayrılır.

TMK.nun 14.maddesi hükmüne göre; ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur. Bu kişilerin dava ehliyeti de yoktur (HMK. md. 51). Dava ehliyeti olmayan bir kısıtlıya karşı açılan dava dilekçesinde; davalı olarak kısıtlı, temsilcisi olarak da vasinin adı, soyadı ve adresi yazılır. Bu şekilde açılan bir davada, vasi taraf değildir. Taraf, vasi tarafından temsil edilen kısıtlı; vasi ise, kısıtlının temsilcisidir. Dolayısıyla vaside yanılma tarafta yanılma değil, temsilcide yanılmadır ve bu davanın pasif husumetten reddini gerektirmez. Asıl vasiye davaya ilişkin tebligat yapılarak işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmiş olması usûl ve yasaya aykırı bulunduğundan kararın bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2015 tarihli E.2015/13843, K. 2015/13818 sayılı kararı için bknz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

⁹²² Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 372; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 497.

2. Temsil Kayyımlığı

Temsil kayyımlığı, bir kişinin tek başına bir işini görebilecek durumda olmadığı ve söz konusu işi o kişi için görebilecek veya görmeye yetkili hiç kimsenin bulunmadığı hallerde söz konusu olur⁹²³. Başka bir deyişle kayyımlığın bir türü olan temsil kayyımlığının doğuş sebebi bakımından bir değerlendirme yapılması gerekirse kişinin bizzat kendisinin görmesinin olanaksız olduğu veya işin görülebilmesi için temsil yetkisi verilemediği yahut verilen temsil yetkisinin kullanılmasının olanaklı olmadığı durumlarda temsil kayyımı atanabilmektedir⁹²⁴.

Temsil kayyımlığı Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “*Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hallerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar*”. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere temsil kayyımlığı sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde temsil kayyımı atanabilecek haller örnekseme yoluyla belirtilmiştir.

Bu hallerden ilki ergin kişiye, temsil kayyımı atanmasıdır. Bu bende göre ergin kişiye temsil kayyımı atanabilmesi için öncelikli olarak işin ivedi olması gerekmektedir. Öğretide, hak düşürücü süreye ya da zamanaşımına uğrama tehlikesinin bulunduğu haller, ivedi işlere örnek olarak verilmektedir⁹²⁵. İkinci şart ise kişinin hastalığı, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerle ivedi işini bizzat göremeyecek durumda olmasıdır. Örneğin, kişi geçirdiği bir kaza sebebiyle yoğun bakımdaysa ivedi işin görülmesi için temsil kayyımı tayin edilebilir. Ancak ilgili bendin lafzından da anlaşılabacağı üzere kayyım tayini için kişinin ivedi işini göremeyecek durumda olması yeterli değildir, aynı zamanda yerine temsilci tayin edemeyecek durumda olması gerekmektedir⁹²⁶. Örneğin, bir iş kazası sebebiyle kişinin kolunun ya da bacağının kırılması durumunda kendi iradi temsilci atayabileceğinden kayyım atanması için gerekli şartlar gerçekleşmiş olmaz.

⁹²³ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 446; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 372; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 498; Kılıçoğlu, s. 332.

⁹²⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 498; Kılıçoğlu, s. 332; Ali İhsan Özüğür, **Kişî Hukuku-Vesayet-Vesayet-Soybağı**, 5.Baskı, Ankara-2016, s. 714; Tat, s. 13.

⁹²⁵ Tat, s. 13.

⁹²⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 446; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 498.

Başka yerde bulunma ifadesinden ise gaiplik ya da ölüm karinesinin şartları her ne kadar gerçekleşmemiş olsa da ivedi bir işin görülmesi için kayyım atanabilmesinin mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Öğretide, başka bir yerde bulunan kimse ile bağlantı kurma olanağı var ise bu bendin uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre mümkün olması gerekirken, diğer bir görüşe göre bu durumda artık temsil kayyımlığı atanmamalıdır⁹²⁷. Bizce de burada değerlendirilmesi gereken husus her ne kadar bağlantı kurma olanağı olsa da bu kişinin iradi temsilci atayıp atayamayacağına ilişkin durumu olmalıdır. Örneğin başka bir ülkede ikamet eden ya da seyahat eden bir kişinin, bir iç karışıklık sebebi ile her ne kadar iletişim kurabilse de temsilci atama yönünde bir harekete geçememesi durumunda artık temsil kayyımının atanabilmesi, ivedi işin görülmesi, ileride bir hak kaybının doğmaması açısından mümkündür.

Temsil kayyımı atanmasını gerektiren bir diğer hal ise kanuni temsilci ile menfaat çatışmasının bulunmasıdır. Özellikle yargılamada en çok bu sebeple temsil kayyımı atandığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendine göre bir işte kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün ya da kısıtlının menfaati çatışıyorsa o küçük veya kısıtlıya kayyım atanır⁹²⁸. Kanuni temsilci küçük ya da kısıtlıyla menfaati çatışmasına rağmen hukuki işlemi gerçekleştirmişse bu işlem batıldır⁹²⁹.

Burada özellikle menfaat çatışması kavramının üzerinde durmak istiyoruz. Menfaat çatışması kavramı kesin sınırları olan bir kavram değildir. Menfaat çatışması kavramı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kişiler arasında doğrudan bir menfaat çatışması olabileceği gibi dolaylı bir menfaat çatışması tehlikesi de bulunabilir⁹³⁰. Bu menfaat çatışmasının ekonomik veya kişisel açıdan meydana gelmesi sonuca herhangi bir etkide bulunmamaktadır⁹³¹. Önemli olan, menfaat çatışmasının ciddi ve sürekli olmasıdır ancak geçici nitelikte bir çıkar çatışmasının

⁹²⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 447.

⁹²⁸ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi uyarınca da iç hukuk bir menfaat çatışması sebebiyle çocuğun ebevyinlerini çocuğu temsil etme olanağından mahrum ederse, çocuğun şahsen veya diğer şahıs ve kurumlar aracılığıyla, adli bir merci önündeki kendini ilgilendiren davalarda kendisini temsil edecek özel bir temsilci atanmasını isteme hakkının olduğu kabul edilmiştir (Madde 4).

⁹²⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 448.

⁹³⁰ Zogg, s. 425.

⁹³¹ Tat, s. 99.

bulunması halinde de kayyım atanmasına engel bir durum yoktur ⁹³². Örneğin, kendisine yasal danışman atanan kimse ile yasal danışmanı arasında halihazırda yüksek miktartlı bir satış sözleşmesinin bulunması halinde kendisine yasal danışman atanan kimseye ayrıca kayyım tayin edilebilir⁹³³. Burada bir kimsenin ekonomik menfaatini korumakla görevli olan yasal danışmanın, böyle bir durumda bu görevini gereği gibi yerine getirebileceğinden söz edilemez, bu nedenle kayyım atanması hem maddi hukuk işlemlerinin gerçekleştirilmesi hem de yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için gereklidir.

Menfaat çatışması halleri bir çok şekilde ortaya çıkabilecekse de bu konuya ilişkin birkaç örnek vermemiz gerekirse soybağının reddine ilişkin taleplerde ana ve çocuk arasında⁹³⁴, mirasın reddine ilişkin hallerde⁹³⁵, kanuni temsilci ile temsil edilen

⁹³² Postacıoğlu, s. 178; Tat, s. 99.

⁹³³ Tat, s. 100.

⁹³⁴ “Dava, koca tarafından, ana ve çocuğa karşı açılan soybağının reddi istemine ilişkindir.

1. Türk Medeni Kanunu 426. maddesine göre; bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamı, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar. Verilen süre üzerine davacı tarafından kayyım atanması için dava açılmaması üzerine, mahkemece vesayet makamına küçüğe kayyım atanması için ihbarda bulunularak atanan kayyımın huzuru ile yargılamaya devam edilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması,

2. Kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hakim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak soybağının reddi iddiası ile ilgili olarak DNA testi yaptırmak üzere davacı ...'a tekrar meşruhatlı davetiye çıkarılarak DNA testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verildikten sonra DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi...” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 2.5.2019, E. 2017/10290 , K. 2019/4506 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (11.09.2019), Kuru, C. I, s. 1067.

⁹³⁵ “Dava, mirasın reddi istemine ilişkindir. Davacılar, vefat eden mirasbırakan olan annelerinden intikalen gelen mirasın gerçek reddine karar verilmesini talep etmişler, mahkemece bir davacı yönünden davanın kabulüne diğeri yönünden açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Hasımsız açılan mirasın gerçek reddine ilişkin davada yerel mahkemenin görevinin; isteğin süresinde olup olmadığı ve reddedenin mirasçılık sıfatının bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Mirasın kayıtsız şartsız reddine ilişkin dilekçe sulh hakimine ulaştıktan sonra, davacıların ayrıca duruşmaya gelmesine ilişkin bir yasal zorunluluk bulunmaması nedeni ile davacıların açılan duruşmayı takip etmediği ve üç ay içinde dosyayı yenilemediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilemez. Mirasın hükmen reddine ilişkin açılan davalarda, terekenin açıkça borca batık olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Somut olayda, davacılar duruşmaya katılmışlar ve bir sonraki celsenin tarihini de öğrenmişlerdir. Mahkemenin tarafların açıklamaları doğrultusunda davanın niteliğini belirlemesi ile sonucuna göre karar vermesi gerekir. Boşanma kararında velayet kendisine verilen tarafın ölümü halinde velayet, sağ kalan ebeveyne kendiliğinden geçmeyeceğinden çocuğu temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak için çocuğa temsilci atanması gereklidir. Eksik hasım ile karar verilmesi hatalıdır. Yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışırsa vesayet makamının ilgisinin isteği üzerine veya resen temsil kayyım atanması

kişinin ortak taşınmaza birlikte malik olması durumunda ortaklığın giderilmesi halinde⁹³⁶, evlatlık ilişkisinin kaldırılması veya evlatlık sözleşmesinin iptali davalarında davalı durumundaki evlatlık ve evlat edinen arasında⁹³⁷ yani temsil edilen ile kanuni temsilci arasında menfaat çatışmasının olduğu kabul edilmektedir.

Menfaat çatışması ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise kanuni temsilcinin temsil edilen kişi adına hareket ettiği ve aynı davada kendisinin de davada taraf olduğu hallerde hem temsil edilen hem de kendisi adına aynı iradi temsilciyi ataması ve sonrasında menfaat çatışmasının tespit edilmesi sebebiyle bir temsil kayyımının atandığı hallerde, bu kayyımın da aynı iradi temsilciyi yetkilendirmemesi gerekmektedir. Her ne kadar bir Yargıtay kararında bu durum bir bozma sebebi olarak değerlendirilmemiş olsa da aynı kararın karşı oy yazısında aynı vekilin menfaatleri zıt olan taraflara vekillik yapmaması gerektiği belirtilmiştir⁹³⁸. Bizce de tarafların aynı iradi temsilciyi yetkilendirmesi mümkün olmamalıdır. Bu durumun mutlak bir bozma sebebi oluşturması gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca

gerekmektedir. Mahkemece, mirasın reddinde diğer davacıya kardeşi olan davacı vasi olarak atandığından ve de hukuki yarar çatıştığından kısıtlıya kayyum tayin ettirilmesi, husumetin kayyuma yöneltilmesi, kayyum gösterdiği takdirde delillerin toplanması gerekirken kısıtlıya kayyum tayin ettirilmekten karar verilmesi usûl ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 4.4.2019 tarihli E. 2016/9037, K. 2019/3118, www.kazanci.com, (11.09.2019).

⁹³⁶ “Somut olaya gelince; davalının kısıtlı olduğu ve kendisine vasi olarak atanan kişinin diğer davalı olduğu dosya içerisindeki Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 20.05.2013 tarihli, 2010/1310-1606 E-K sayılı kararından anlaşılmaktadır. Bu durumda, vasi ile kısıtlı arasında çıkar çatışması doğduğundan davalıyı bu davada temsil etmek üzere bir temsilci tayin edilerek davanın temsilciye yöneltmesi, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, belirtilen hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 6.11.2017 tarihli, E. 2015/18861, K. 2017/8077 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

⁹³⁷ Kuru, C. I, s. 1072.

⁹³⁸ “Dava, çocuk adına vekili tarafından açılmıştır. Çocuk, 5.2.2001 doğumlu olup, dava tarihinde sekiz yaşındadır ve "tam ehliyetsizdir". Tam ehliyetsizlerin dava ehliyeti (HUMK- m. 38) bulunmamaktadır. Bunlar adına davanın, kanuni temsilcileri (veli veya vasileri) tarafından açılması gerekir. Kanuni temsilci davayı doğrudan kendisi açabileceği gibi, küçüğe bir vekil tayin ederek davayı vekil aracılığıyla da açtırabilir. (HUMK. m. 59/2) Dava, çocuk adına, kanuni temsilci tarafından çocuğa tayin edilen avukat tarafından açıldığına göre, dava açma işleminde bir sakatlık bulunmamaktadır. Ne var ki dava sırasında kanuni temsilci olan ana ile çocuğun menfaatlerinin çatışması sebebiyle çocuğa kayyum tayin edilmiştir. Kayyum atanmasıyla, kanuni temsilci olarak ananın tayin ettiği vekilin "vekalet" görevi artık sona ermiştir. Böyle bir durumda, davayı çocuk adına ya kayyımın doğrudan kendisinin takip etmesi, veya çocuğa vekil tayin ederek vekile takip ettirmesi gerekir. Kayyum, atandıktan sonra çocuğun önceki avukatına yeniden vekaletname vermiştir. Aynı avukat davada anayı da temsil etmektedir. Avukatın aynı işte menfaatleri zıt taraflara avukatlık yapması yasaya aykırıdır. (Av. K. m. 38/b) Davada temsille ilgili bu hususun hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerekir. Nihai kararın vekili yerine doğrudan ananın kendisine tebliğ edilmiş olması, sözü edilen hukuka aykırılığı gidermez. Öyleyse hüküm, başka yönler incelenmeksizin sırf bu yönden bozulmalıdır. Açıklanan sebeple sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 25.12.2012 tarihli, E. 2011/15518, K. 2012/31539 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.11.2019).

Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesinde de *“Avukat aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa teklifi reddetmek zorunluğundadır. Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.”* ifadelerine yer verilmiştir. Avukatın menfaat çatışması olan hallerde bu kimseleri temsil edemeyeceği açıktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü bendine göre temsil kayyımı atanmasını gerektiren bir diğer hal ise kanuni temsilcinin görevini yerine getirmesine engel olacak bir durumun bulunmasıdır. Örneğin, kanuni temsilcinin hastalık ya da başka bir yerde bulunma gibi görevini yerine getiremeyecek olması ve ivedi bir gerekliliğin doğması durumunda temsil kayyımı atanması mümkündür.

Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde sayılan haller dışında kanunda da bazı hallerde temsil kayyımı atanması gerektiği öngörülmüştür. Bu hallerden biri Türk Medeni Kanunu'nun 345. maddesinde öngörülen *“çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi”* halidir. Bu halde işlemin geçerli olabilmesi için işleme bir kayyımın katılmasının yanı sıra hakimin onayı da gerekmektedir.

Kayyım atanmasını gerektiren bir diğer hal ise Türk Medeni Kanunu'nun 329. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: *“Küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hâllerde nafaka davası, atanacak kayyım veya vasi tarafından da açılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük de nafaka davası açabilir”*.

Türk Medeni Kanunu'nun 648. maddesinin 8. bendine göre de *“Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir.”*

Bir kayyım dava açılması ya da bir davanın takibi için tayin edilmiş ise kayyımın dava açabilmesi için ayrıca vesayet makamının iznini almasına gerek

yoktur⁹³⁹. Örneğin bir davada kanuni temsilcisi ile kanuni temsil altında bulunan küçük ya da kısıtlının menfaatlerinin çatışması halinde temsil kayyımı atanmış ise ayrıca burada vesayet makamının izninin alınması gerekmez. Bununla birlikte dava açmaktan başka bir iş için tayin edilmiş olan kayyımın, bu iş kapsamında dava açması gerekiyorsa vasi gibi vesayet mahkemesinden izin alması zorunludur⁹⁴⁰. Belirli bir davayı açması için görevlendirilen temsil kayyımının görevi bu dava ile sınırlıdır. Başka bir davada kanuni temsilci olarak hareket edemez⁹⁴¹

3. Yönetim Kayyımlığı

Yönetim kayyımlığı, Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında yönetim kayyımının atanabileceği haller belirtilmektedir. Ancak temsil kayyımlığında olduğu üzere, maddede sayılan haller sınırlı sayıda sayılmamıştır. Kanunda açıkça öngörülme-yen hallerde dahi bir malvarlığı herhangi bir sebeple yönetimden yoksun kalmışsa, yönetim kayyımı atanması her zaman için mümkündür⁹⁴².

Bir malvarlığı yöneticisi konumunda bulunan yönetim kayyımı, malvarlığını oluşturan malvarlığı unsurları üzerinde belirli ya da belirsiz mutlak hak sahiplerinin kanuni temsilcisi olarak aynı zamanda yönetim faaliyetleri ile sınırlı temsil yetkisine de sahiptir⁹⁴³.

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde yönetim kayyımı atanmasına ilişkin ilk hal, bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinmemesi durumudur. Bu durumda yönetim kayyımının atanabilmesi için öncelikle bu kimsenin uzun zamandan beri bulunamıyor olması ve ikinci olarak da

⁹³⁹ Kuru, C. I, s. 1086.

⁹⁴⁰ Bilge, s. 177; Postacıoğlu, s. 178; Kuru, C. I, s. 1086.

⁹⁴¹ “Davacı, kısıtlanarak... vasi olarak atanmış olduğundan dava ehliyetine sahip değildir. Davacı adına davayı açan kayyım ... ise boşanma davası için atanmış olup, eldeki dava için bir yetkisi bulunmamaktadır. Dava konusu olayda kayyımın eldeki davada görevlendirilmediği ve dolayısıyla dava şartının bulunmadığı tespit edilmiş ise de, az önce açıklanan Yasa maddesinde belirtildiği gibi, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün olduğundan bu husus tamamlanmalı yani, davacıya kayyım tayin edilmesi için davacı tarafa süre ve imkan tanınmalı, verilecek kesin süre içerisinde dava şartının tamamlanması beklenmeli, ondan sonra sonucuna göre, bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usûlden reddine karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olmuştur.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 17.1.2013 tarihli E. 2012/3518, K. 2013/332 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (26.12.2019).

⁹⁴² Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 499; Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 449; Kılıçoğlu, s. 332.

⁹⁴³ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 449; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 499.

bu kişinin yokluğundan dolayı kapsamlı bir yönetim ihtiyacının doğmuş olması gerekmektedir⁹⁴⁴. Örneğin, büyük bir işletmenin yönetimi için yönetim kayyımı atanması ihtiyacı doğabilir. Ancak taşınmaz malikinin yokluğunda sadece taşınmazın çatısının tamir edilme ihtiyacı ortaya çıkarsa bu durum temsil kayyımı atanması ile çözülebilir⁹⁴⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinin 2. bendinde yer alan yönetim kayyımının atanmasını gerektiren bir başka hal ise *“vesayet altına alınması için gerekli bir hal bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atama gücünden yoksun olma”* durumudur. Uygulamada özellikle bedensel engelleri ya da yaşlılık sebebiyle malvarlıklarını yönetemeyen ancak kısıtlanması için de gerekli koşullar bulunmayan kişilerin mali bakımdan korunabilmesi için getirilen bir kayyımlık türüdür⁹⁴⁶.

Yönetim kayyımlığında kayyım, kayyımı bulunduğu kişi adına dava açabilmek için o kişinin muvafakatini almalıdır. Eğer kendisine yönetim kayyımı olarak atandığı kişi bu konuda muvafakat vermeye yeterli değilse, kayyımın dava açabilmek için vesayet makamının iznini alması gereklidir⁹⁴⁷. Öğretide kayyımın dava takibindeki yetkilerinin vasinin yetkilerine benzediği belirtilmiştir⁹⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 428. maddesinde isteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden birisi varsa ergin bir kişiye kendi isteği üzerine kayyım atanabileceği düzenlenmiştir. Esasında burada kişinin isteği üzerine atanacak kayyım, yönetim kayyımıdır⁹⁴⁹.

Burada kişi, ekonomik korumanın yanında aynı zamanda kişisel bir koruma ihtiyacı içindeyse ancak bu sebep hakimın re'sen kısıtlama kararı alabilmesine olanak tanıyan bir sebep değilse hakim bu takdirde kayyım tayin edilecek kişiye iradi olarak kısıtlanmak isteyip istemediğini sormalıdır. Kendisine kayyım tayin edilmesini isteyen kişi isteğe uyarak kısıtlanmayı da talep ederse, yargılama

⁹⁴⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 450; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 499.

⁹⁴⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 450.

⁹⁴⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 450; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 499.

⁹⁴⁷ Postacıoğlu, s. 178; Kuru, C. I, s. 1087.

⁹⁴⁸ Kuru, C. I, s. 1087.

⁹⁴⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 452. Öğretide Akıntürk ve Ateş Karaman, isteğe bağlı kayyımlığın temsil kayyımlığı türünde olması görüşündedir ancak Kanunda düzenlendiği yere bakılacak olursa isteğe bağlı kayyımlığı yönetim kayyımlığının bir türü olarak değerlendirmektedir. Yazarlar bu sebeple isteğe bağlı kayyımlığı, hem temsil hem de yönetim kayyımlığının birleştiği karma kayyımlık olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu hususta bkz. Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 499.

kısıtlanma prosedürüne göre devam eder ancak kişi hakimın bu önerisini kabul etmezse hakim sadece kayyım tayini ile yetinmek zorundadır⁹⁵⁰.

D. Yasal Danışman

1. Oy Danışmanlığı

Oy danışmanlığı Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir⁹⁵¹. Bu maddeye göre oy danışmanı, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte menfaati gereği korunması gerekli görülen ergin kimselere, yine aynı maddede belirtilen işlemleri gerçekleştirebilmesi için görüş bildiren yasal danışmandır⁹⁵².

Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde oy danışmanının görüşünün alınması gereken haller dokuz bent halinde sayılmıştır. Bu maddede belirtilen işlemler sınırlı sayıda olup, genişletilmeleri mümkün değildir⁹⁵³. Burada oy danışmanın bu madde kapsamında belirtilen herhangi bir işleme ilişkin görüşü, diğer işlemler için geçerli olmayacaktır. Bu sebeple oy danışmanı her bir işlem için ayrı görüş bildirmelidir⁹⁵⁴. Danışman, bu konudaki onayını açık ya da üstü örtülü bir biçimde ya da işlemin yapılmasından sonra da verebilir⁹⁵⁵. Yargılamada da oy danışmanının izni, ayrı bir şekilde mahkemeye verilebileceği gibi, danışmanın dava dilekçesini birlikte imzalaması şeklinde de verilebilir⁹⁵⁶. Kanaatimizce bu eksiklik sonradan giderilebilecek bir eksiklik olduğundan, onay, danışman tarafından yargılamanın her aşamasında mahkemeye yazılı ya da sözlü olarak iletilebilecektir.

⁹⁵⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 452.

⁹⁵¹ Doktrinde oy danışmanı yerine, katılım danışmanı, oy müşaviri, reye iştirak müşaviri terimleri de kullanılmaktadır. Gençcan, s. 965.; “*Kanunda ayrıca oy danışmanı ifadesi yer almamaktadır. Ancak Yargıtay kararlarında oy danışmanı terimine yer vermektedir.*”. Gençcan, s. 966. Öğretide Tat, Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, oy danışmanı ifadesini kullanmaktadır. Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 376. Dural, katılım danışmanlığı ifadesini tercih etmektedir. Dural ve Ögüz, s. 67.

⁹⁵² Yasal Danışmanlık hakkında daha fazla bilgi için bkz. Tat, s. 20; Dural ve Ögüz, s. 67; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 376; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 502; Kılıçoğlu, s. 336.

⁹⁵³ Kılıçoğlu, s. 336; Tat, s. 21.

⁹⁵⁴ Dural ve Ögüz, s. 67; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 353. Tat, s. 21.

⁹⁵⁵ Dural ve Ögüz, s. 67; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 376.

⁹⁵⁶ Kuru, C. I, s. 1090; Tanrıver, s. 500.

Kendisine oy danışmanı atanan kişi, Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde belirtilen işleri bizzat kendisi gerçekleştirmelidir ancak bu işlem oy danışmanının vereceği onay ile geçerli olacaktır. Onay alınana kadar danışmanlık altındaki kişinin gerçekleştirmiş olduğu işlem askıdadır⁹⁵⁷.

Oy danışmanı tek başına, danışman olarak atandığı kişiler adına işlem yapamaz⁹⁵⁸. Çünkü oy danışmanı atandığı kişinin temsilcisi değildir⁹⁵⁹. Ancak öğretide danışmanlık altındaki kimsenin bu konuda yetki vermesi üzerine oy danışmanının tek başına işlem yapabileceği kabul edilmektedir. Çünkü danışmanın verdiği izin ile danışmanlık altında olan kimse tek başına işlem gerçekleştirebiliyorsa aynı şekilde oy danışmanının bu konudaki icazeti ile danışmanlık altındaki kişinin oy danışmanını bu konuda yetkilendirebileceği kabul edilmektedir⁹⁶⁰.

Oy danışmanı kanuni temsilci değildir⁹⁶¹. Bu sebeple tek başına hukuki işlemler gerçekleştiremez. Bunun bir sonucu olarak oy danışmanlarının vesayet makamından izin alması gerekmemektedir. Aynı soru oy danışmanının tek başına işlem yapması için yetkilendirildiği hallerde de gündeme gelebilir. Öğretide normal şartlarda kendisine oy danışmanı atanan kişinin, oy danışmanının görüşünü alarak Kanunda belirtilen işlemleri bizzat gerçekleştirebilecekken vesayet makamının izni gerekmiyorsa bu halde de vesayet makamının izni anlamsız olmaktadır⁹⁶².

Kişiyi sıkı sıkıya haklar bakımından ise oy danışmanı atanması bu kimsenin kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarını doğrudan kendisinin kullanmasına engel

⁹⁵⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 502.

⁹⁵⁸ “Türk Medeni Kanunu’nun 429. ve devamı maddelerinde “..kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımındangörüşü alınmak üzere bir yasal danışmanın atanacağı ” öngörülmüş, dava açma ve sulh olma bu tür işlemlerden sayılmıştır.

Bu durumda kendisine yasal danışman atanan kimse yasal danışmanının oy ve görüşüyle dava açabilecek olup, yasal danışman ise ne kendi adına ne de danışman atandığı kimse adına dava açamayacaktır. Hal böyleyken yasal danışman Teslime'nin davacı sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ile yazılı şekilde karar vermesi doğru değil ise de sonuç itibarıyla davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığından davacının temyiz itirazları yerinde değildir. Reddiyle hükmün açıklanan gerekçeyle ONANMASINA”, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 2.7.2013 tarihli, E. 2013/8328, K. 2013/11012 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

⁹⁵⁹ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 376; Tat, s. 23. Aynı yönde “Hemen belirtmek gerekir ki; iştirak müşaviri, vasi gibi kanuni temsilci değildir. Kendisine iştirak müşaviri tayin edilen kişi müşavirin izni ile tek başına dava açabileceği gibi müşavirle birlikte de dava açabilir veya açılan davaya müşavir sonradan icazet (olur) verebilir.”Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 26.04.1994 sayılı E. 1993/11520, K. 1994/5506 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (04.11.2019).

⁹⁶⁰ Tat, s. 23.

⁹⁶¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 502; Tanrıver, s. 501.

⁹⁶² Tat, s. 24.

olmamaktadır. Bu hakların kullanımında, danışmanlık altındaki kimse oy danışmanının görüşünü almak zorunda değildir⁹⁶³.

Oy danışmanlığı altındaki kimsenin danışmanının olumlu oyunu alması gereken hallerden biri de dava açmaktır. Kendisine oy danışmanı atanan kişi her ne kadar fiil ehliyetine sahip olsa da kanunda belirtilen haller için fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma bu kişilerin dava ehliyetini de etkilemektedir⁹⁶⁴. Oy danışmanı danışmanı danışmanı olduğu kişi adına onun katılımı olmaksızın dava açmadığı gibi ona karşı açılmış olan bir davayı da tek başına yürütemez⁹⁶⁵.

Oy danışmanının, danışman olarak atandığı kimse adına doğrudan dava açma yetkisi yoktur. Bununla birlikte öğretide ve bazı yargı kararlarında, oy danışmanının, danışan kişinin verdiği icazet ile danışan kişi adına tek başına dava açabileceği kabul edilmiştir⁹⁶⁶. Öğretide bu durum, oy danışmanının kanuni temsilci olmamasının yanı

⁹⁶³ Üstündağ, s. 289; Kuru, C. I, s. 1089; Tat, s. 25 Gençcan, s.983; Feyzioğlu, s.647; İsmail Özmen, **Vesayet Hukuku Davaları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1996, s. 350; Tekinay, s.663. Türk Medeni Kanunu 16. maddesinde hüküm altına alınan bu husus esasen ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ve ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından düzenlenmiştir. Ancak sınırlı ehliyetsizler için düzenlenen bu husus doğaldır ki esasen fiil ehliyeti tam olan kişiler içinde uygulama alanı bulabilecektir. Zira yasal danışman atanan kimselerin fiil ehliyetleri tam olup belirli işlemler bakımından sınırlıdır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"evlat edinenin müşavir tayinine muhtaç durumda olması evlatlık sözleşmesinin iptalini gerektirmez. Çünkü kendisine müşavir tayin olunan kişi şahsına sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken müşavire danışmak zorunda değildir."* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 16.12.1974 tarihli 1976/3 sayılı kararı için bkz. Üstündağ, s. 289. Aynı yönde *"Gerek uygulamada, gerekse bilimsel alanda ortaklaşa kabul edildiği üzere, kendisine kanuni müşavir atanan kişi medeni hakları kullanma ehliyetine sahiptir. Özellikle, şahıs varlığı haklarını hiçbir kısıtlama sözkonusu olmaksızın tek başına kullanabilir. Ancak, mal varlığı haklarının kullanılmasında, iştirak (oy) müşavirliğinde (MK. 379/I) daha az, idare müşavirliğinde (MK. 379/ II) daha çok olmak üzere bir takım kısıtlamalar getirilmiştir."* Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 26.04.1994 sayılı E. 1993/11520, K. 1994/5506 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.11.2019).

⁹⁶⁴ Tat, s. 27.

⁹⁶⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503.

⁹⁶⁶ Kuru, C. I, s. 1091. Tanrıver, bu halin davaya vekalet ehliyetinin, baroya kayıtlı avukatlara ait olduğu kuralının (Av.K. m. 35) istisnalarından biri olduğunu belirtmektedir. Oy danışmanı davacıya davanın takibi için yazılı izin vermişse davacı, yalnız başına davayı takip edebilir. Danışmanın davacı ile duruşmalarda bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak duruşmalara oy danışmanının yanında girebilir ve onun iddia ve savunmalarını tamamlayabilir. Tanrıver, s. 501.

"Her ne kadar idare müşaviri; müşaviri olduğu kişinin malvarlığına ilişkin işlemler bakımından onun kanuni temsilcisi durumunda olduğundan, bu nitelikteki davaları tek başına açabilir, o kişiye karşı açılmış davaları yine aynı şekilde takip edebilirse de iştirak müşaviri, müşaviri olduğu kişi adına onun iştiraki olmaksızın dava açamaz, onun aleyhine açılan davayı da tek başına yürütemez. İştirak müşavirliğinde birlikte dava açmaları, aksi halde müşavirin yazılı izin, kendisine müşavir tayin edilen kişinin ise temsil yetkisi vermesi zorunludur."

Somut olayda, tayin edilen kişinin iştirak müşaviri olduğu, Sulh Hukuk Mahkemesi kararlarının içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan, çekişmeli taşınmaz, müşavir tayin edilmeden önce davacı tarafından vekil aracılığıyla devir ve temlik edilmiş, bunun yanında kendisine müşavir tayin edilen kişi, müşavir temyize konu davayı açmasına muvafakat etmediğini bildirmiştir. Yerel mahkemece yukarıda değinilen tüm ilke ve olgulara göre, verilen karar doğrudur. Davacının temyiz

sıra iradi temsilci olabilmek için de gerekli şartlara sahip olmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁹⁶⁷. Oy danışmana açık olarak bu yetkinin tanınmamış olması ve bu danışmanın aynı zamanda kanuni temsilci olmamasının yanı sıra Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi gereğince iradi temsilci olarak baroya kayıtlı bir avukat olmaması sebebiyle katılmaktayız.

Oy danışmanının verdiği olumlu oy ile kendisine danışman atanmış kişi yargılamayı tek başına sürdürebilecektir⁹⁶⁸. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, oy danışmanının, danışmanlık altında bulunan kimsenin davayı tek başına yürütmesini doğru bulmaması halinde davayı birlikte yürütebileceği, bu durumun en başta verilen icazette belirtilebileceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte bizce de oy danışmanının görevi dava hakkında oy bildirmekle sınırlıdır. Oy danışmanının verdiği onay ile artık dava danışmanlık altındaki kimse aracılığı ile yürütülecektir. Aksinin kabulü halinde oy danışmanının yetkisinin sınırlarının aşılması ve vasilik altındaki kimsenin durumuna yaklaşması söz konusu olabilecektir.

Kendisine oy danışmanı atanan kimse, kendisine verilen onay neticesinde davayı takip amacıyla işlemler yapabilir, ancak sulh, davayı kabul, ve davadan feragat işlemlerini yapabilmesi için ayrıca oy danışmanından izin alması gerekir⁹⁶⁹.

Yargılama sırasında yapılan usûli işlemler ve verilen mahkeme kararı, oy danışmanının olumlu görüşü neticesinde davayı takip eden danışmanlık altındaki

itirazının reddi ile usûl ve yasaya uygun olan hükmün (ONANMASINA)" Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 26.04.1994 sayılı E. 1993/11520, K. 1994/5506 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.11.2019).

⁹⁶⁷ Tat, s. 29.

⁹⁶⁸ Öğretide Kuru, oy danışmanının davacının tek başına dava açmasını ve takip etmesini uygun bulmazsa davada onunla birlikte hareket edebileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre bu durumda dava her ikisi tarafından birlikte açılır ve birlikte yürütülür. Duruşmada hem danışmanlık altında olan kimsenin hem de oy danışmanının hazır bulunması gerekir. Usûl işlemleri ikisine karşı birlikte yapılır. Benzer şekilde tebliğin her ikisine birlikte yapılması gerekmektedir. İlgili görüş için bkz. Kuru, C.I, s. 1091. Ancak kanunen oy danışmanına böyle bir yetki tanınmamıştır. Oy danışmanının yetkisi davaya ilişkin olarak olumlu oy verip vermemekle sınırlıdır. Oy danışmanı, burada kişinin kanuni temsilci değildir. Bu sebeple öğretideki bu görüşe katılmamaktayız. Ayrıca kişi kendisini iradi temsilci aracılığı ile temsil ettirebilir. Tarafın davasını takip edebilecek ehliyetle olmaması halinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 80. maddesi uyarınca hakim, bu kişilere uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Kanaatimizce iradi temsilci ile temsilin sağlanması ve yargılamanın yürütülmesi mümkün ise oy danışmanının kanuni temsilci gibi hareket etmesi doğru değildir. Oy danışmanlığı, vesayetten ve yönetim danışmanlığından farklı özelliklere sahiptir. Aksinin kabulü hükmün niteliği ile ters düşmektedir.

⁹⁶⁹ Kuru, C. I, s. 1091.

kimseye tebliğ veya tefhim edilir⁹⁷⁰. Bu kimsenin verilen hüküm aleyhine olağan kanun yoluna başvurma imkanı bulunmaktadır⁹⁷¹.

Kendisine oy danışmanı atanmış olan kimseye karşı dava açılması durumunda ise dava dilekçesinin ayrıca oy danışmanına tebliğ edilmesi gerekmez⁹⁷². Burada danışmanlık altındaki kimseye tebligat yapılması yeterlidir. Sadece oy danışmanına yapılan tebligat ise geçerli olmayacaktır⁹⁷³. Çünkü oy danışmanı, danışmanlığı altındaki kimsenin kanuni temsilcisi değildir. Baroya kayıtlı avukatlardan olmaması nedeniyle davaya ilişkin iradi temsil yetkisinin bulunmaması ve kanunlarımızda bu konuda özel bir hükme yer verilmemesi nedeniyle danışmanlık altındaki kimseye karşı açılan bir davada, dava dilekçesinin kendisine oy danışmanı atanmış olan kimseye tebliği gerekli ve yeterlidir.

Öğretide kendisine oy danışmanı atanmış bir kimsenin davalı olması halinde oy danışmanının iznini alıp almaması gerektiği hususu tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüşe göre, bu kimselere karşı dava açılması durumunda kendisine oy danışmanı atanan kimsenin davada savunma yapabilmesi, danışmanın iznine tabidir⁹⁷⁴. Bu sebeple dava dilekçesinin hem oy danışmanına hem de kişinin kendisine tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise kişi artık oy danışmanının onayını almak zorunda değildir. Çünkü oy danışmanının olumsuz bir görüş beyan etme hakkı bulunmamaktadır⁹⁷⁵. Ayrıca kişinin kanuni temsilcisi olmadığından usûli işlemleri onun adına da gerçekleştiremeyecektir. Bu sebeple oy danışmanının vermek zorunda olduğu bir izin için kendisine başvurarak izin almak, iznin niteliğine aykırı düşeceğinden kendisine

⁹⁷⁰ Özmen, s. 374; Tat, s. 31.

⁹⁷¹ Kuru, C. I, s. 1091.

⁹⁷² “Yasal danışman davalının temsilcisi değildir. Bu sebeple yasal danışmana yapılan tebligat sonuç doğurmaz. Gerekeçli karar ve temyiz dilekçesinin davalıya tebliğine ilişkin bir belge dosya içerisinde bulunmamaktadır. Tebligat yapılmış ise tebliğ evrakının dosya içerisine alınması, tebligat yapılmamış ise karar ve temyiz dilekçesinin davalıya tebliği ile temyiz süresi beklenildikten sonra dosyanın gönderilmek üzere mahalli mahkemesine İADESİNE, oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 20.10.2016 tarihli E. 2015/20452, K. 2016/13867 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (29.10.2019).

⁹⁷³ Tat, s. 29.

⁹⁷⁴ Bilge, s. 177. Öğretide Kuru, oy danışmanının açılan davaya takip izni vermesi ile danışmanlık altındaki kişinin menfaatlerini daha iyi koruyabileceğini ifade etmiştir. Kuru, C.I, s.1094. Tanrıver ise daha açık bir şekilde kendisine oy danışmanı atanan kimseye karşı dava açılması durumunda, açılan davada savunma yapabilmek için katılım danışmanının izninin gerektiğini ancak burada oy danışmanının izin vermeye zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yazara göre aksi halde, kendisine oy danışmanı atanmış kişi savunma hakkını kullanamayıp hukuki dinlenilme hakkından yoksun kalacağı için, hukuken korumasız durumda bırakılmış olur. Tanrıver, s.501.

⁹⁷⁵ Tat, s. 31.

karşı açılan bir davada savunma yapabilmek için de gerekli kılmak doğru olmayacaktır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin birinci fıkrasının ilk bendinde “*dava açmak*” ifadesi yer almakta ve sadece kendisine oy danışmanı atanan kimsenin dava açmak istemesi halinde oy danışmanının görüşünün alınması gerektiği belirtilmektedir. Burada bu ifadenin içine davalıyı alacak şekilde genişletilmesi doğru değildir.

Öğretide kendisine oy danışmanı atanmış bir kimsenin dava açmak için oy danışmanının görüşünün gerekli olması hususunu, her ne kadar kanun metninde sadece “*dava açma*” ifadesi kullanılmış olsa da, dava açma ifadesinin kapsamına hak arama yoluna başvuru imkanları da dahil edecek şekilde yorumlamak gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷⁶. Bu görüşe göre istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi, tahkim, arabuluculuk, cebri icra, karşı dava, asli müdahale (karşı dava ve asli müdahalede de dava söz konusu olduğu için) kurumlarına başvuruda da oy danışmanının görüşü alınmalıdır⁹⁷⁷. Bu görüşe kısmen katılmamaktayız. Dava açma ifadesinin her ne kadar sınırlı olarak değerlendirilmemesi görüşünde olsak da artık istinaf, temyiz gibi olağan kanun yollarına başvuruda oy danışmanının ayrıca bir daha onayının alınması gerekmemelidir. Vasinin dahi dava açmaya ilişkin izin almasından sonra olağan kanun yollarına başvuruda vesayet makamından bir daha izin alması beklenmezken burada oy danışmandan istinaf ya da kanun yoluna başvurabilmek için izin alınması beklenemez. Ancak yargılamanın yenilenmesi talebi bir dava gibi açılıp incelendiğinden oy danışmanının olumlu oyunun alınması gereklidir⁹⁷⁸.

Öğretide Kuru, oy danışmanının davaya ilişkin onay vermemesi halinde davacının tek başına açmış olduğu davanın reddedileceğini belirtmiş ve danışmanlık

⁹⁷⁶ Tat, s. 32.

⁹⁷⁷ Tat, s. 32 vd.

⁹⁷⁸ Öğretide Tat, arabuluculukla ilgili olarak arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında gerek tarafların emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan arabuluculuk usulünü seçmekte özgür olmaları (HUAK m. 15) gerekse de tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmaları halinde düzenlenecek olan anlaşma belgesinin icra edilebileceğine dair şerh verilmesini mahkemeden talep edebilmeleri ve şerh verilen bu belgenin ilam niteliğinde belge sayılması (HUAK.m.18) kendisine katılım danışmanı atanan kimsenin korunmasını gerektirmesi sebebiyle dava açılmadan önce yahut dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmak istenmesi halinde katılım danışmanının olumlu görüşü alınması gerektiği görüşünde olduğunu belirtmiştir. Bknz. Tat, ss. 36-37. Bizce de hem arabuluculuk görüşmeleri esnasında danışmanlık altındaki kişinin menfaatlerinin gözetilmesi hem de sonrasında doğurabileceği sonuçlar bakımından kendisine katılım danışmanı atanan kimselerin katılımın danışmanının olumlu oyunu alması gerekmektedir.

altında bulunan kimsenin mahkemenin ret kararına karşı kanun yollarına başvuramayacağını belirtmiştir⁹⁷⁹. Yazara göre, danışmanlık altındaki kişi oy danışmanının ret işlemine ilişkin olarak sulh hukuk mahkemesine başvurabilecektir. Sulh hukuk mahkemesinin kararına karşı asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye hukuk mahkemesi, dava açılmasının kişinin yararına olduğu kanısına varırsa o kişiye dava açmak için izin verebilecektir. Biz de vesayete ilişkin bu hükümlerin kıyasen oy danışmanlığında da uygulanacağına katılmaktayız. Ancak kanaatimizce bazı hallerde oy danışmanının oyuna gerek olmaksızın (örneğin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı) mahkemenin bu hususu gözden kaçırıp bu konuda yanlış karar vermiş olduğu haller olabilir. Bu sebeple oy danışmanının mahkemenin ret kararına ilişkin olarak kanun yoluna başvuramayacağına ilişkin görüşe katılmamaktayız.

2. Yönetim Danışmanlığı

Yönetim danışmanlığı Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Her ne kadar oy danışmanı atanması ile yönetim danışmanı atanması için gerekli olan koşullar özdeş olsa da yönetim danışmanı atanan hallerde kişinin malvarlığı üzerinde geliri hariç⁹⁸⁰ olmak üzere, yönetme yetkisi ortadan kalkmaktadır.

⁹⁷⁹ Kuru, C. I, s. 1091; Tanrıver, s. 502. Aynı yönde “Husumet ve sulh işlerinde reyî alınmak üzere 20.06.1955 tarihli ilamla davacıya bir müşavir tayin olduğu ve davanın açılmasına müşavir icazet vermediği gibi davacının temyiz yoluna başvurması için dahi müşavirin bir icazetinin mevcut olmadığı anlaşılmış olmakla bizzat davacı tarafından verilmiş bulunan dilekçeye istinaden temyiz tetkikatı icrasına mahal olmadığına” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 8.5.1957 tarihli 4/39-32 sayılı kararı için bkz. Kuru, C. I, ss. 1091-1092.

⁹⁸⁰ “Kendisine yönetim danışmanı atanan kimsenin, söz konusu gelirlerle TMK. m.429/I’de sayılan işlemlerin yapılabilmesi için yönetim danışmanının iznine yahut icazetine ihtiyacı bulunmamaktadır. Zira kendisine yönetim danışmanı atanan kimse malvarlığının yönetimi dışındaki işlemlerde tam ehliyetlidir. Nitekim kanun metni dikkate alındığında aksi bir yorum yapmak, kendisine yönetim danışmanı atanan kimsenin serbest tasarruf yapma hakkının saklı tutulmasını anlamsız kılacaktır. Ancak bu durumda, kendisine yönetim danışmanı atanmış olan kimsenin yaptığı işlemde dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olmayıp, sadece kendisine verilen gelir miktarı ile sorumlu olacağı doktrinde savunulmaktadır” Tat, s. 82. “Somut olayda, müşavir tayin edilen kişinin idare müşaviri olduğu müşavere muhtaç olma kararının içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan müşavere muhtaç kişinin ölümünden sonra dava mirasçılara teşmil edilmiş ve vekillerince takip edilmiştir. Hal böyle olunca; davanın esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir. Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK.nun 428. maddesi gereğince (BOZULMASINA), peşin alınan harcın temyiz edene geri verilmesine, 7.5.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay

Kendisine yönetim danışmanı atanan kimse kendi malvarlığının sermaye unsurları üzerinde yönetim imkânından yoksun kalmaktadır. Burada yönetime ilişkin işlerde danışanın fiil ehliyeti sınırlıdır. Bunun harici işlerde ise fiil ehliyetine tam olarak sahiptir. Bu sebeple oy danışmanının aksine yönetim danışmanı, danışanın kanuni temsilcisi durumundadır⁹⁸¹. Dolayısıyla öğretide kanunda belirtilen hal ile sınırlı kalmak kaydı ile kendisine yönetim danışmanı atanan kimsenin durumunun kısıtlıya yaklaştığı kabul edilmektedir⁹⁸². Bu sebeple yönetim danışmanı, kanuni temsil yetkisi dolayısıyla tek başına danışanın adına malvarlığının yönetimine ilişkin işlemleri bizzat yapabilir. Bunun doğal bir sonucu olarak yönetim danışmanı her türlü sınırsız işlem yapma yetkisine sahip olamayacaktır. Vesayet makamının iznine tabi olan işlerde gerekli izinleri aldıktan sonra bu işlemleri yapabilecektir⁹⁸³.

Yönetim danışmanı, danışmanı olduğu kişinin malvarlığına ilişkin işlemler bakımından aynı zamanda onun kanuni temsilcisi durumunda olduğundan bu nitelikteki davaları tek başına açabilir ve bu kişiye karşı açılmış olan davaları da yine tek başına takip edebilir⁹⁸⁴. Yönetim danışmanının, sınırlı ehliyetsizlerdeki vasiinin konumundan farkı, dava açmadan önce vesayet makamından izin almasının gerekmemesidir⁹⁸⁵.

1. Hukuk Dairesi'nin 07.05.1998 tarihli, E. 1998/4798, K. 1998/5820 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (04.10.2019).

⁹⁸¹ Kuru, C. I, s. 1096; Tanrıver, s. 503; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503.

⁹⁸² Kuru, C. I, s. 1096; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 376; Tanrıver, s. 503; Tat, s. 80.

⁹⁸³ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 458; Tanrıver, s. 503.

⁹⁸⁴ Kuru, C. I, s. 1097; Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503. Öğretide Pekcanitez ve Taş Korkmaz, yönetim danışmanı atanması durumunda dava takip yetkisinin söz konusu olduğunu belirtmişlerdir. Yazarlar bu görüşlerini şu şekilde ifade etmişlerdir: “Esasen bu durumda, kendisine danışman atanan kişinin malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır; bu yetki kanunen idari danışmana verilmiştir. Böyle bir durumda, idari danışman, danışmanı olduğu kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğundan, bu kişinin malvarlığı ile ilgili davalarda, dava takip yetkisine sahip olur. Zira kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında dava takip yetkisi maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir (m. 53). Kanunda belirtilen bu istisnai durumlarda kanun koyucu malvarlığı unsurunun sahibi olan kimseden malvarlığı unsuru üzerindeki tasarruf yetkisini başka bir kimseye vermiştir. İşte, Türk Medeni Kanunu’nun 429/2. Maddesindeki durum da bunlardan biridir. İdari danışman, kendisine danışman atandığı kimsenin malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf yetkisine, dolayısıyla bu malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf yetkisine, dolayısıyla bu malvarlığı unsurlarıyla ilgili davalarda da dava takip yetkisine sahiptir.” Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, ss. 587-588.

⁹⁸⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 241.

3. Karma Danışmanlık

Ne Türk Medeni Kanunu'nda ne de diğer hukuki düzenlemelerde karma danışmanlığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen bu yasal danışmanlık türü öğretide ve içtihatlarda görüş birliği ile kabul edilmiştir⁹⁸⁶.

Karma danışmanlıkta kendisine danışman atanan kimsenin hem malvarlığının sermaye kısmına ilişkin yönetme yetkisi (malların geliri üzerinde tasarruf hakkı hariç olmak üzere) ortadan kaldırılmakta hem de gerçekleştirmek istediği işlem Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin birinci fıkrasında sayılan işlemlerden biri ise yasal danışmanının onayını almak zorunda bırakılmaktadır⁹⁸⁷. Ancak bu sayılan haller haricinde kendisine karma danışman atanan kişi diğer işlemleri hiçbir sınırlama olmaksızın gerçekleştirebilecektir.

Karma danışman, kişiye sadece oy danışmanı veya yönetim danışmanı atanmasının kişinin menfaatlerini korumak açısından yetersiz olduğu durumlarda görevlendirilmektedir. Bu anlamda karma danışmanlık, vasiliğe yaklaşmakla birlikte vasilikten daha sınırlı bir çerçeve içerisinde görevini yerine getirmektedir⁹⁸⁸.

E. Kanuni Temsilcinin Yargılamadaki Durumu

Davada, bir tarafın temsilcisinin yaptığı işlemlerin etkisi doğrudan doğruya temsil edilen tarafın lehine ve aleyhine sonuç doğurur⁹⁸⁹. Burada kanuni temsilci taraf değildir⁹⁹⁰. Taraf, temsil edilen dava ehliyetine sahip olmayan kişidir. Kanuni temsilci ise bu kişilerin temsilcisi durumundadır ve bu sebeple kanuni temsilci

⁹⁸⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503; Dural ve Ögüz, s. 68; Kılıçoğlu, ss. 336; Tanrıver, s. 504.

⁹⁸⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503; Dural ve Ögüz, s. 68; Kılıçoğlu, s. 379; Tanrıver, s. 504; Tat, s. 86.

⁹⁸⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 503; Özmen, s. 355; Dural ve Ögüz, s. 68; Tanrıver, s. 504; Tat, s. 86.

⁹⁸⁹ Bu durum Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinin ikinci fıkrasında da açık bir şekilde belirtilmiştir. Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11; Kuru, C.I, s. 1055; Pekcanitez be Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 667; Kavasoglu, s. 140.

⁹⁹⁰ Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, s. 226; Kuru, C.I, s. 1055; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 255. Yargılamada verilecek hüküm doğrudan doğruya ehliyetsiz kişi hakkında verilmelidir. Burada hüküm davadaki temsilci için değil davanın tarafı olan kişi tarafına verilir ve kesin hüküm niteliğindedir. Artık aynı dava bir kez daha kanuni temsilci tarafından açılmayacaktır. Burada kanuni temsilcinin değişip değişmemesi sonucu değiştirmeyecektir. Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 667.

tarafından yapılan usûli işlemler taraf hakkında hüküm ifade eder⁹⁹¹. Bununla birlikte, kanuni temsilci her ne kadar taraf olmasa da yargılama esnasındaki üstlendiği rol sebebi ile hâkim ile arasında bir şekilde yakınlık varsa bu yakınlığın içeriğine göre çekinme ya da ret sebebi teşkil edecektir⁹⁹². Kanuni temsilci davada tanık olarak yer alamaz⁹⁹³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 232. maddesinin ikinci fıkrasında yemin edecek tarafın on sekiz yaşından küçük ya da kısıtlı olması halinde yeminin kanuni temsilci tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre yemin, kanuni temsilciye teklif ya da reddolunabilir. Keza bazı hallerde taraf yerine onun kanuni temsilcisi isticvap olabilecektir. Aynı Kanun'un 170. maddesinin ikinci fıkrasına göre ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanunî temsilcisi isticvap olunur. Bununla birlikte bu kişilere bizzat dava hakkı tanınan hallerde kendileri isticvap olunur (HMK m. 170/III).

Kanuni temsilci sahip olduğu temsil yetkisini üçüncü bir kişiye devredemez ancak kanuni temsilci davayı kendisi açabileceği gibi bir avukat aracılığı ile de takip ettirebilir⁹⁹⁴.

Kanuni temsil, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre belirlenir ve belirli bir hukuki alan için sınırlandırılmadığından medeni usûl hukukunda da aynı kurallar geçerlidir. Ancak bu durum medeni usûl hukukunun özel niteliği gereği, temsile ilişkin belirli konularda genel kuralların yanı sıra özellik gösteren bazı kurallar da bulunmasına engel değildir. Kanuni temsil aynı zamanda gerçek temsildir. Bu durum pasif temsilde de geçerlidir. Kanuni temsilcinin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemler, tarafın da işlemleri olarak kabul edilir. Kural olarak kanuni temsil, bir tarafın dava ehliyetinin olamamasını bir nevi telafi etmeye hizmet eder⁹⁹⁵.

Esasında dava ehliyeti eksikliği, tarafın usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmediği ve ehliyetsiz kimse tarafından gerçekleştirilen usûli işlemler sonrasında icazet verilmemesi durumunda ortaya çıkar. Bu durum iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin yargılamayı kendi eliyle

⁹⁹¹ Reich, s. 65; Kuru, Şerh s. 1055; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl C. I, s. 667.

⁹⁹² Kuru, Şerh, s. 1056.

⁹⁹³ Kern ve Diehm, §51, Rn. 9; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11; Kuru, C. I, s. 1056.

⁹⁹⁴ Dural, Oğuz ve Gümüş, s. 419; Kuru, Şerh, s. 1057.

⁹⁹⁵ Reich, s. 65.

yürütmesidir. Bir diğeri ise dava ehliyeti olmayanı temsil eden kimsenin usûlüne uygun bir temsilci olmaması halidir. Örneğin, her ne kadar usûl kanunlarında kanuni temsilcinin de dava ehliyetine sahip olması gerektiğinden bahsedilmese de bu konuda özel bir düzenleme getirilmesine gerek yoktur. Türk Medeni Kanunu'ndan hareketle kanuni temsilcinin de fiil ehliyetinin tam, dolayısıyla dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir⁹⁹⁶. Aksi halde usûli işlem yapabilme ehliyetine sahip olamayacağından gerçekleştirdiği işlemler geçersizdir⁹⁹⁷.

Burada değinmek istediğimiz bir diğeri husus ise vasi, kayyım ve yasal danışmanın sorumluluğu halidir. Kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nun 467. Maddesi ile “*vasi, görevi yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur*” şeklinde bir düzenleme öngörmüştür.

Kanun bu maddede vasinin sorumluluğu için sadece kusurdan bahsetmiş ancak bu kusurun türü ve derecesi hakkında bir açıklama getirmemiştir. Bu sebeple vasinin sorumlu olabilmesi için vasinin salt kusurlu olması yeterli olup ayrıca kusurun derecesinin araştırılması gerekmemektedir⁹⁹⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 467. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkra hükmünün aynı zamanda kayyım ve yasal danışman hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Burada önceki düzenlemeden farklı olarak vasi, kayyım ya da yasal danışmanın vesayet altındaki kişiye kusurlu davranışı ile vermiş olduğu zararları, zararın doğumunda vesayet daireleri de kusurlu olsalar bile bizzat ödemekle yükümlüdürler. Devlet bu zarardan doğrudan sorumlu değil, ancak vasi, kayyım ya da yasal danışmanın zararı tamamen ödeyememesi halinde sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle devlet, vesayet organlarından vesayet dairelerinin kusurlu davranışlarından doğan zararlardan asli derecede yani doğrudan doğruya sorumlu olacak; vesayet organlarından diğerlerinin yani vasi, kayyım ya da yasal danışmanın vereceği zararlardan ise tali derecede sorumlu tutulacaktır.

Tazminat davası, zarara uğramış olan küçük veya kısıtlı halâ vesayet altında bulunuyorsa vasisi tarafından, ancak vasiye karşı açılacaksa Türk Medeni

⁹⁹⁶ Reich, s. 66; Zöllner, §51, Rn. 10; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

⁹⁹⁷ Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

⁹⁹⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 533. Prütting ve Gehrlein ise kusurun belirlenmesinde kanuni temsilcinin kusurunun belirlenmesinde olağan bir işi gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Kanuni temsilci, yargılamayı yürütmeye deneyimli değilse doğrudan kusur atfedilmemelidir. Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 12.

Kanunu'nun 426. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca küçük ya da kısıtlı adına kayyım tarafından açılacaktır. Tazminat davası, zarara sebebiyet veren vasi, kayyım veya yasal danışmana karşı açılır. Devletin doğrudan doğruya sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde yani zararın vesayet veya denetim makamı hakimleri tarafından verilmiş olması durumunda ise davanın Hazineye karşı açılması gerekmektedir.

Devlet, zarara ilişkin olarak vesayet dairesinde görevli hakime karşı; bizzat vermiş olduğu zararın ödenemeyen kısmı için ise zararın tamamını ödeyememiş olan vesayet organına yani vasi, kayyım ya da yasal danışmana rücu davası açabilir.

Tazminat davasına ilişkin olarak zamanaşımı sorumlu olan vasi ve kayyıma karşı kesin hesabın tebliğ edildiği tarihten itibaren bir yıldır (TMK m. 429/I). Yasal danışmanlar için ise hesap verme ve kesin hesap söz konusu olmadığından açılacak tazminat davası Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olacaktır⁹⁹⁹. Bu davanın görülmesi esnasında kendisine bu sebeple dava açılan kanuni temsilci yerine yargılamada kişiyi temsil etmesi için başka bir kanuni temsilci atanması yerinde olacaktır¹⁰⁰⁰.

Vasi, kayyım veya yasal danışmana tazmin ettirilemeyen zararların ödenmesi için devlete karşı açılacak tazminat davasının zamanaşımı süresi de tazmin ettirilemeyeceğinin anlaşılmasından itibaren bir yıldır (TMK m. 492/II). Vesayet dairelerinde görevli olanların ayrı ayrı ya da birlikte verdikleri zararlardan ötürü devlete açacakları davaların zamanaşımı ise genel hükümlere tabidir (TMK m. 492/III). Devletin sorumlu vasi, kayyım veya yasal danışmana ya da vesayet daireleri hakimlerine karşı açacağı rücu davasının zamanaşımı ise rücu hakkının doğumundan itibaren bir yıldır. Rücu davası bu süre içerisinde açılmazsa zamanaşımına uğramış olur (TMK m. 492/IV).

Vesayetten doğan tazminat davaları, her halde kesin hesabın tebliği tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. (TMK m. 493/II). Olağanüstü zamanaşımı istisnai niteliktedir. Bu sebeple zarar tarafından önceden bilinmesi veya anlaşılması mümkün olmayan bir hesap yanlışlığının veya sorumluluk sebebinin sonradan öğrenilmiş olması durumunda söz konusu olabilecektir¹⁰⁰¹

⁹⁹⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 538.

¹⁰⁰⁰ Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

¹⁰⁰¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, s. 539.

Yargılama sonunda hüküm davanın tarafı olan küçük ya da kısıtlı kişi hakkında verilecektir. Kanuni temsilci hakkında hüküm verilemez¹⁰⁰². Aynı nedenle verilen hükmün davanın tarafı olan küçük ya da kısıtlı için kesin hüküm teşkil edecektir. Aynı dava küçük ve kısıtlının kanuni temsilcisi tarafından tekrar açılmaz¹⁰⁰³.

IV. TÜZEL KİŞİLERİN DAVA EHLİYETİ

A. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Dava Ehliyeti

1. Derneklerin Dava Ehliyeti

Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesinde derneğin tanımı verilmiştir. Bu maddeye göre: *“dernekler, gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.”*

Derneklere ilişkin bir başka tanım ise Dernekler Kanunu'nun 2 a maddesinde verilmiştir. Bu hükme göre dernekler, *“Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları”* dır.

Dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenmektedir (HMK m. 51). Dernekler de fiil ehliyetine sahip olduklarından organları aracılığı ile davayı yürütebilir, usûl işlemleri yapabilirler¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Kuru, C. I, s. 1056.

¹⁰⁰³ Kuru, C. I, s. 1057. Aynı yönde Hukuk Genel Kurulu'nun 1.10.1958 tarihli, 2/56-51 sayılı kararı için bkz. Kuru, C. I, s. 1057.

¹⁰⁰⁴ Durmuş Ali Genç, **Dernekler Hukuku**, 2. Baskı, Bilge, Ankara, 2016, s. 15. Öğretide Rosenberg, fiil ehliyetine sahip olmanın (sözleşme yapabilmenin) gerçek kişilere özgü bir durum olduğunu belirtmiştir. Yazara göre modern teori, tüzel kişilerin organları aracılığı ile hareket etmesine izin veriyorsa bu bir kurgudur. Burada organların eylem ve işlemleri tüzel kişinin eylem ve işlemleri gibi atfedilmektedir. Ancak tüzel kişilerin temsile yetkili organları, dava ehliyeti olmayan kişilerin kanuni temsilcileri ile eş statüde tutulmuşlardır. Bu sebeple yazara göre tüzel kişilerin dava ehliyetine ilişkin tartışmaların pratik bir önemi yoktur. Bu hususta bkz. Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 7.

Derneklerin yürütme ve temsil organı Türk Medeni Kanunu'nun 85. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre derneğin yürütme ve temsil organı yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, beş asil ve beş yedek üyeden az olmamak üzere, dernek tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur (TMK m. 84). Yönetim kurulu, bu görevini kanuna ve dernek tüzüğüne uygun olarak yerine getirir. Bu madde gereğince dernekler yargılamada yönetim kurulu aracılığıyla ya da yönetim kurulunun yetki vereceği temsilci aracılığıyla yer alacaklardır. Başka bir deyişle dernek adına dava temsil organı olan yönetim kurulu tarafından ya da temsil organı tarafından yetkilendirilen üye veya üyelerce yahut onların vekalet verdiği avukat aracılığı ile açılabilir. Örneğin, temsil yetkisinin belirli sayıda yönetim kurulu üyesi tarafından ya da belirli yönetim kurulu üyeleri tarafından kullanılacağı kararlaştırıldıysa dava dilekçesinin de bu kimseler tarafından verilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde derneğin davalı olduğu davalarda temsilin yine bu organ tarafından sağlanması gerekmektedir. Derneklere karşı açılan ancak dava dilekçesinde yönetim kurulu üyelerinin davalı olarak gösterildiği davalarda bu husus temsilcide yanılma hali olarak kabul edilebilir¹⁰⁰⁵. Benzer bir şekilde dernek şubelerinin tüzel kişiliği de bulunmadığından dernek şubelerine açılan davalarda (örneğin dernek şubesinin genel kurullarının iptali davası) dava dernek tüzel kişiliğine yöneltilmeli ve davada temsil dernek tüzel kişiliğinin yetkili organlarınca sağlanmalıdır¹⁰⁰⁶.

Temsil yetkisinin yönetim kurulunca birden fazla sayıda üye tarafından ya da belli sayıdaki üye tarafından birlikte kullanılması gerektiğinin öngörüldüğü hallerde, dava dilekçesinin bu belirtilen esaslara göre imzalanıp davanın açılması ve dava yürütülürken temsilin bu şekilde sağlanması gerekmektedir.

Dernekler amaçları ile sınırlı konularda dava ehliyetine sahiptir. Dernekler, üyelerinin kişisel durumları ile ilgili olarak davacı olamaz ve dava edilemez.

Derneğin gerekli organlardan yoksun kalması ve derneğin yönetiminin başka yoldan sağlanamaması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine başvurmak gerekmektedir. Bu maddenin 4. bendinde sadece dernekler için değil genel olarak bir tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalması ve yönetiminin başka yoldan sağlanamaması durumunda yönetim kayyımının atanması gerektiği

¹⁰⁰⁵ Genç, s. 63.

¹⁰⁰⁶ Genç, s. 63.

öngörölmüştür. Yönetim kayyımı atanması halinde, bu kayyım, derneği ilgili organ seçilinceye kadar yargılamada da temsil edecektir.

Derneklerin tüzel kişilikleri çeşitli sebeplerle sona erebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 87. 88. ve 89. maddelerinde bu haller belirtilmiştir. Bu hallerin gerçekleşmesi halinde derneğin tüzel kişiliği de sona erecektir. Dolayısıyla derneklerin yargılamada taraf olmaları mümkün olmayacaktır. Dava ehliyeti esas olarak kişiliğın mevcut olduğu ölçüde söz konusu olur. Taraf ehliyetinin sona ermesi ile yönetim kurulunun temsil yetkisi sona erecektir.

2. Vakıfların Dava Ehliyeti

Vakıflar da dernekler gibi hukuk düzenince tanınmış ve tüzel kişilik kazanarak kişi olarak kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesine göre vakıflar, *gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır* . Vakıflar ancak kanun hükümlerine uyulmak şartıyla, sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır. Vakıflar özel siciline tescil edildikleri andan itibaren malvarlığı ile ilgili davalarda taraf ehliyetine sahip olurlar ve yargılamada davacı ve davalı olarak yer edinebilirler.

Vakfın amacının yasak amaçlardan olması hali, vakfın tüzel kişilik kazanmasına engel olur. Mahkemenin tescil kararı kesinleşmiş ve kişi topluluğu vakıf olarak sicile tescil edilmiş olsa dahi vakfın tüzel kişiliği yoktur. Vakfın geçerli bir şekilde kurulduğunu düşünen kimse vakfa karşı dava açmış olabilir. Böyle bir durumda vakfın yönetim organı, vakfın tüzel kişilik kazanmadığını hakkın kötüye kullanılması durumu haricinde ileri sürebilir. Burada esasında hak ehliyeti dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmayan bir topluluğun adına temsil yetkisi kullanılmakta ve yargılamada temsil edilmektedir. Bir nevi taraf ehliyeti bulunmasa da sadece taraf ehliyetinin tespitine ilişkin bir yargılamada dava ehliyetinin bulunduğu ileri sürülebilir.

Vakıflar Kanunu'na göre vakıflar mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları ve esnaf vakıfları olmak üzere dört farklı grupta düzenlenmiştir.

Vakıflar Kanunu'nun 6. maddesinde her vakıf türü için yönetime ve temsile yetkili organın ne olduğu ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu maddeye göre mazbut vakıflar

Genel Müdürlük tarafından yönetilip temsil edilmektedir. Mülhak vakıflar ise Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre meclis tarafından atanacak yöneticiler tarafından idare ve temsil edilirler. Ancak on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıflar, mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetilir ve temsil edilir (V.K. m. 7)¹⁰⁰⁷. Cemaatler¹⁰⁰⁸ ve esnafa mahsus vakıfların idaresi, bunlar tarafından seçilen kişi veya kuruluşlara aittir (V.K. m. 6)¹⁰⁰⁹.

Sonuç olarak yargılamada vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare edilen vakıflar bakımından bu Genel Müdürlükçe; diğerleri bakımından ise

¹⁰⁰⁷ “Somut olayda gelince; dava konusu taşınmazın tapu kaydında maliki olarak görülen “...” nın mülhak vakıf mı mazbut vakıf mı olduğu belirlenmeli ve sonucuna göre yargılamaya devam edilmelidir. Vakıf yöneticisi olan müteveli, mülhak vakıflarda, vakfi yönetmeye ve temsile yetkili olan kişidir. Müteveli, tüzel kişiliğe sahip mülhak vakfın temsil ve ilzama yetkili yöneticisidir. Denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğünün ayrı bir tüzel kişiliği bulunan ve müteveli aracılığı ile yönetilen vakıflar adına dava açma sıfatı yoktur. Mahkemece ilgili yerlere müzekkere yazılarak dava konusu taşınmazda malik olan “...” nın mülhak vakıf mı mazbut vakıf mı olduğunun sorulması; mülhak ise aktif husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmesi, mazbut olduğunun öğrenilmesi durumunda ise aşağıda belirtilen hususlar doğrultusunda araştırma ve işlem yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 15.4.2019 tarihli E. 2018/3379, K. 2019/4126 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (30.09.2019).

¹⁰⁰⁸ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda cemaat vakıflarının, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile tüzel kişilik kazandığı görüşü kabul edilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 3. Maddesinde, cemaat vakfı kavramının, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı tanım 2008 yılında yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği’nin 3. Maddesinin birinci fıkrasının d bendinde de yer almaktadır. Bu tanım uyarınca cemaat vakıfları, 1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile tüzel kişilik kazanmıştır. Ancak öğretide Ekşi, cemaat vakıflarından bir kısmının 1935 yılından önce hatta Osmanlı İmparatorluğu döneminde dahi tüzel kişiliğe sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar cemaat vakıflarının tüzel kişilik kazanma zamanına ilişkin farklı fikirler bulunsun da bunların tüzel kişiliğe sahip olduklarına ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla cemaat vakıfları davada taraf ve dava ehliyetine sahiptir. Bu hususta bkznz. Nuray Ekşi, **Yargıtay, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları**, Beta, İstanbul, 2011, s. 43.

¹⁰⁰⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, cemaat vakıflarının tüzel kişiliğinin bulunduğunu dolayısıyla taraf ehliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir. Bu vakıflar yargılamada kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilebileceklerdir. “2762 sayılı Vakıflar Kanununun birinci maddesinin ikinci bendinin B fıkrası ve nihayet 5404 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle cemaatlerince idare olunan vakıflar namı altında gayrimüslim vatandaşlara ait hayri ve içtimai müesseseler mülhak vakıflar içinde mütalaa edilerek mevzuatımızda yer almış bulunmaktadır. 2762 sayılı Kanunun 6. maddesinde, bu vakıfların hükmi şahsiyeti diğer vakıflar meyanında teyid edilmiştir. Vakıflar İdaresinin 8.2.1963 tarihli yazısında davacı Musevi cemaatinin 1949 senesine kadar mülhak vakıf şeklinde idare edildiği, hesaplarının mülhak vakıflarda olduğu gibi Vakıflar İdaresince riyet olunup merkezce tasdik edildiği, 1949 senesinde 2762 sayılı Kanunu tadil eden 5404 sayılı Kanun yürürlüğe girince (cemaat vakfı) şeklinde Vakıfların murakabesi altında kendi kendini idareye devam ettiği bildirilmiştir. Şu suretle, davacının bir cemaatçe seçilmiş idare heyetince temsil ve idare olunan hükmi şahsiyeti haiz bir cemaat vakfı olduğu, binaenaleyh dava ehliyeti bulunduğu anlaşıldığı cihetle davanın esasına karar verilmesi icap eder” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin 21.12.1964 tarihli E. 5481, K. 5502 sayılı kararı için bkznz. Ömer Hilmi Karinabadizade ve İsmet Sungurbey, **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 649.

yöneticileri tarafından temsil edilmeleri gerekmektedir. Yöneticiler ile vakıf arasında menfaat çatışması halinde vakfın davada temsil edilebilmesi için temsil kayyımı atanması gerekmektedir (TMK m. 426/3)¹⁰¹⁰.

3. Ticaret Şirketlerinin Dava Ehliyeti

a. Kollektif Şirketin Dava Ehliyeti

Türk Ticaret Kanunu'nun 211. maddesi kollektif şirketi ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirket olarak tanımlar. Daha geniş bir tanım ile kollektif şirket, iki veya daha çok gerçek kişi tarafından bir ticari işletmeyi ortak ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortakların tümünün sorumluluğu sınırsız olan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret ortaklığıdır¹⁰¹¹.

Gerekli kayıtları tam ve geçerli olarak ihtiva eden kollektif şirket sözleşmesi yapılmış ancak henüz ortaklık tescil edilmemiş ise iç ilişki açısından kollektif şirket kurulmuş olacaktır. Ancak dış ilişkide ortaklar şirket namına ortaklık unvanını kullanarak işlere başlamış olurlarsa üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumludurlar (TTK m. 216). Burada sorumlu olan bizzat ortaklardır. Ortaklık halen tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu sebeple ortaklığın bu aşamada taraf ehliyeti dolayısıyla dava ehliyeti yoktur.

¹⁰¹⁰ “Vakıf yöneticisi olan müteveli, mülhak vakıflarda, vakfı yönetmeye ve temsile yetkili olan kişidir. Müteveli, tüzel kişiliğe sahip davalı mülhak vakfın temsil ve ilzama yetkili yönetici olup, aynı zamanda davacı olması nedeni ile vakıf ile arasında menfaat çatışması bulunmaktadır. Mahkemece davalı vakfın bu davada temsil edilmesi için TMK'nin 426/3.maddesi kapsamında temsil kayyımı atanması konusunda dava açmak üzere davacı tarafa süre ve yetki verilmesi ve dava açılarak kayyım atanması halinde, eldeki davada vakfın temsili sağlanıp, kayyımın huzuru ile dava görülmeli, gösterdiği taktirde delilleri toplanarak bütün deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 16.4.2019 tarihli E. 2017/17005, K. 2019/4179 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (30.09.2019).

¹⁰¹¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 191; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt I, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014, s. 356; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 77; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 205.

Kollektif şirkette temsil yetkisinin tanınması konusunda sözleşme özgürlüğü kuralı geçerlidir¹⁰¹². Ortaklığı temsile yetkili kimselerin tek başına mı yoksa birlikte mi yetkili temsile yetkili olduklarının ortaklık sözleşmesinde belirtilmesi zorunludur (TTK m. 213/1-f). Türk Ticaret Kanunu'nun 218. maddesinin 1. fıkrasında ortaklardan her birinin ayrı ayrı şirketi yönetme hak ve görevine haiz olduğu ancak şirket sözleşmesiyle veya ortaklardan çoğunluğunun kararıyla yönetim işlerinin ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada ise ticari mümessillere ve diğer ticari vekillere ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kollektif şirketlerde şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece şirket işlerini yönetme hak ve görevine aynı zamanda temsil yetkisine ortaklardan her biri sahiptir. Dolayısıyla bu konuda aksine bir hüküm olmadığı müddetçe şirket işlerini yürütmekte görevli olan kimseler ortaya çıkan uyuşmazlıklarda şirket adına açılan ya da şirkete yöneltile davalarda şirketi temsil edeceklerdir¹⁰¹³.

Türk Ticaret Kanunu'nun 233. maddesinin 2. fıkrası gereğince sözleşmeye bir hüküm konularak birlikte temsil kararlaştırılabilir. Birlikte temsil usûlü sadece ortaklar arasında değil ticari mümessiller arasında da öngörülebilir. Bu konuda herhangi bir engel yoktur¹⁰¹⁴. Birlikte temsilin öngörüldüğü hallerde, yargılamada da birlikte temsil sağlanmalıdır. Bununla birlikte temsil yetkisi birlikte kullanılmak şartıyla verilmiş olsa dahi her temsilcinin tek başına pasif temsil yetkisi vardır. Başka bir deyişle sadece birisine yapılan tebligat, ihbar veya ihtar geçerlidir¹⁰¹⁵. Aynı kural yargılamada da geçerli olacaktır. Her ne kadar usûli işlem yapabilmek için birlikte temsil gerekse de ortaklığa karşı gerçekleştirilen usûli işlemler bakımından bu usûli işlemin temsil yetkisine haiz olan bir temsilciye yapılması yeterli olacaktır.

Sona eren kollektif ortaklık kural olarak tasfiye haline girer. Tasfiye, gerek ortaklar arasındaki, gerekse dış ilişkideki hukuki ve mali bağların çözülmesi için yapılması gereken işlemlerin tümüne kapsar. Diğer bir deyişle tasfiye ortaklığın safi malvarlığının tespit edilmesi ve ortaklara dağıtılması için icrası gerekli işlemlerin

¹⁰¹² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 215; Şener, s. 218.

¹⁰¹³ Kollektif ortaklıklarda yöneticiler birden fazlaysa, bunların her biri kural olarak tek başına olağan işleri yapabilirler (TTK m. 221). TTK m. 223'de belirtildiği gibi ortaklığı yönetenler, ortaklık menfaatine uygun işlerde sulh, feragat, kabul ve tahkime de yetkilidir.

¹⁰¹⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 218.

¹⁰¹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 219; Bahtiyar, s. 87.

tümüdür¹⁰¹⁶. Tasfiye, şirket temsilcilerinin yetkilerini sona erdirir. Tasfiye halindeki ortaklığın temsilcisi, tasfiye memurlardır (TTK m. 280). Yargılamada da tasfiye halinde kollektif şirketi tasfiye memurlarının temsil etmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda ise kollektif şirketlerin (offene Handelsgesellschaft oHG) dava açabileceği ya da bu şirkete dava açılabilceği Alman Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir¹⁰¹⁷. Kollektif şirket gerçek bir kişi olmadığından yargılamada organı aracılığı ile temsil edilecektir (ZPO m. 51/1). Kollektif şirketin aktif olarak temsili halinde, diğer temsilcilerden birinin işleme katılmaması durumunda, diğer temsilcilerin de onayı beklenmelidir (BGB 177/1). Bu kural yargılamada da geçerlidir¹⁰¹⁸. Benzer şekilde pasif temsil halinde ise temsile yetkili kimseye beyanda bulunmak yeterli olacaktır (HGB m. 125/2). Ortaklık sözleşmesinde tek temsil öngörülmemişse tüm ortaklar temsile yetkilidir. Bununla birlikte aynı anda ortakların farklı beyanlarda bulunması durumunda bu beyanların hiçbirisi geçerli olmayacaktır. Ancak delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınabilir¹⁰¹⁹. Ortaklığın temsile yetkili kişileri bir organ olarak taraf rolü üstlenir ve taraf olarak dinlenir. Ancak bu medeni usûl hukukundaki taraf kavramı ile ilgili değildir. Temsile yetkili olmayan ortaklar ise tanık olarak dinlenebilir¹⁰²⁰. Benzer bir çıkarımın Türk hukuku için de yapılabileceği düşüncesindeyiz. Yargılamada temsile yetkili olmayan ortaklar, ortaklık adına değil, tanık olarak dinlenebilecektir.

Bazı hallerde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 57. maddesine göre şirkete yargılamada temsil edilmesi için bir temsilci atanması gerekmektedir. Örneğin, şirket ile şirket ortakları arasında çıkar çatışması ya da bir uyuşmazlık varsa bu durumda geçici olarak şirkete yargılamada temsil edilebilmesi için bir temsilci atanır. Kollektif şirkette de benzer durumlarda bir temsilci atanabileceği kabul edilmiştir¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 245; Bahtiyar, s. 95.

¹⁰¹⁷ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Boesche Oetker, Handelgesetzbuch, HGB § 124, Rn. 23; Markgraf ve Kiebling, s. 315.

¹⁰¹⁸ Hans Gummert, **Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2019§15, Rn. 77-80; Martin Henssler ve Lutz Strohn, **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, §124, Rn. 24; Karsten Schmidt, **Münchener Kommentar zum HGB**, 4. Auflage, C.H Beck, München, 2016, (Kommentar), §124, Rn. 22. BGH 8.2.1993, NJW 1993, s. 1654, www.beckonline.com, (20.10.2019).

¹⁰¹⁹ Gummert, §15, Rn. 79.

¹⁰²⁰ Schmidt, Kommentar, §124, Rn. 22.

¹⁰²¹ Gummert, §15, Rn. 77.

b. Komandit Şirketin Dava Ehliyeti

Komandit şirketler Türk Ticaret Kanunu'nun 304. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeden de hareketle komandit şirket, bir ticaret unvanı altında ticari işletme işletmek amacıyla en az bir sınırsız (komandite) ve bir sınırlı sorumlu (komanditer) ortak tarafından kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret ortaklığıdır¹⁰²². Komandit şirketler, adi komandit şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Diğer bütün ticaret ortaklıkları gibi komandit ortaklık da tüzel kişiliğe sahiptir (TTK m. 125). Dolayısıyla yargılamada taraf ehliyetine sahiptir. Komandit şirketin temsili ise Türk Ticaret Kanunu'nun 318. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: *“Komandit şirketler, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edilir. Kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri komandit şirkete de uygulanır. Komanditer ortaklar, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil ve ticari vekil olarak atanabilirler”*.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette temsile yetkili olan kimseler ise Türk Ticaret Kanunu'nun 570. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddeye göre: *“Anonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, yönetici olan komandite ortaklar hakkında da geçerlidir.”*

Komandit ortaklık çeşitli sebeplerle sona erebilir. Sona erme halinde komandit şirketin tasfiyesinde kollektif şirkete ilişkin hükümler uygulanacaktır (TTK m. 328). Tasfiye halinde yargılamada komandit ortaklık, tasfiye memuru tarafından temsil edilecektir. Ayrıca tasfiye memuru tayin edilmemiş olan hallerde bütün ortaklar bu arada komanditerler de tasfiye memuru sıfatını kazanırlar (TTK m. 328/279).

c. Anonim Şirketin Dava Ehliyeti

Anonim şirketler Türk Ticaret Kanunu'nun 329. maddesinde tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca *“Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan,*

¹⁰²² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 257.

borçlardan dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunan şirkettir. Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye paylarıyla ve şirkete karşı sorumludur.”

Anonim şirket daha kapsamlı olarak her türlü ekonomik amaç ve konu için bir sözleşmeyle kurulabilir, bir unvana sahip, esas sermayesi belirli paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olan ve ortakların sorumluluğu koymayı taahhüt ettikleri sermaye payları ile sınır olan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir¹⁰²³.

Anonim şirketler de diğer özel hukuk tüzel kişileri gibi yetkili organları aracılığıyla temsil edileceklerdir. Anonim şirket adına yetkili organ yönetim kuruludur (TTK m. 365). Yönetim Kurulu, anonim şirketin zorunlu organlarından birisidir. Kanunun zorunlu gördüğü diğer organ genel kurul gibi yönetim kurulunun da bulunmaması ortaklık için infisah sebebidir (TTK m. 530).

Anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir¹⁰²⁴. Türk Ticaret Kanunu’nun 370. Maddesi’nin birinci fıkrası ile sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça ya da yönetim kurulu tek üyeden oluşmadıkça çifte imza ile temsil kuralı kabul edilmiştir. Başka bir deyişle en az iki yönetim kurulu üyesinin imzası gereklidir. Böyle bir durumda şirketin temsilcileri birlikte dava açmalıdır. Ancak bu eksiklik ile dava açılmışsa hemen dava reddedilmemelidir. Mahkeme, adına dava açılan tüzel kişinin temsile yetkili olanlardan icazet alınması için süre verecektir. Eğer diğer temsile yetkili kişi, anonim şirket adına açılan davayı onaylarsa davaya devam edilmelidir. Çifte imza kuralı, temsilcinin anonim ortaklık adına bir irade beyanında bulunma yetkisi anlamındaki aktif temsilde geçerli bir kuraldır. Buna karşılık pasif temsilde tek bir yönetim kurulu üyesi yetkilidir¹⁰²⁵.

¹⁰²³ Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Cilt I, Adalet, Ankara, 2013, s. 11, Bahtiyar, s. 105.

¹⁰²⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 331; Üçışık ve Çelik, s. 454. Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır. Tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilirler. Bu tüzel kişi ile birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur. Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması gerekmektedir (TTK m. 359).

¹⁰²⁵ Şener, s. 377.

Yönetim kurulu, esas sözleşmeye koyacağı bir hükümle, düzenlediği iç yönerge ile yönetimi kısmen ya da tamamen bir ya da birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişiye de devredebilir. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir ya da daha fazla murahhas üyeye ya da müdür olarak üçüncü kişiye devrettiği takdirde; temsil yetkisinin kullanılabilmesi için, en az bir yönetim kurulu üyesinin de temsil yetkisine haiz olması gerekir (TTK m. 370/II). Böyle bir durumda davanın murahhas üye ya da üçüncü kişi müdürle birlikte en az bir yönetim kurulu üyesinin imzası ile dava açılması gereklidir TTK m. 370/II).

Sermaye şirketlerinin organları temsil belgelerini, dava ya da cevap dilekçesiyle mahkemeye vermelidir¹⁰²⁶. Anonim şirketler için de bu kural geçerlidir. Temsilcilerin temsil belgesini dava ya da cevap dilekçesiyle birlikte mahkemeye vermesi gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahkeme, yetkili organın, temsil belgesine ilişkin eksikliği gidermesi şartıyla dava açmasına yahut davayla ilgili işlem yapmasına izin verebilir (HMK m. 54/I). Süresi içinde belgelerin ibraz edilmemesi halinde, dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır (HMK m. 54/III)¹⁰²⁷. Mahkemece anonim şirket adına dava açan kimselerin temsil yetkisine sahip olup olmadığı öncelikle değerlendirmelidir. Bunun için imza sirküleri istenebileceği gibi ticaret sicili kayıtlarına ve şirket sözleşmesine de bakılabilir. Temsil yetkisi kalmayan yönetim kurulu üyesinin şirket adına dava açması mümkün değildir.

Temsil organı, sadece anonim şirket ile ilgili davaları takip edebilir. Ortaklara ilişkin davaları takip edemez. Bunun yanı sıra yetkili orgalar ticari mümessil ya da ticari vekil de atayabilir. Ticari mümessil ve ticari vekiller anonim şirketler yönetim

¹⁰²⁶ Yönetim kurulu, şirketi temsile yetkili olanları ve bunların temsil şeklini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline vermek zorundadır (TTK m. 373)

¹⁰²⁷ Öğretide Tiryaki, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde temsil belgesi olmadan dava açılmasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Yazar avukatın gecikmesinde sakınca bulunan hallerde her ne kadar Kanun'da böyle bir hak tanınmış olsa dahi tevzi bürosunda vekaletnamesini ibraz etmeden bu davayı açmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte avukatın davayı Uypap üzerinden açması durumunda ise gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunmasa dahi davanın açılabilirdiği üzerinde durmuştur. Benzer bir değerlendirme şirket temsilcileri için de yapılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesi için de yapılabilir. Bu maddeye göre tüzel kişilerin organları temsil belgelerine ilişkin eksikliği sonradan gidermeleri koşuluyla mahkemenin izni ile dava açıp, usûli işlemler gerçekleştirebilirler. Burada gecikmesinde sakınca bulunan hal, tevzi bürosu tarafından değerlendirilmemelidir. Abide Büşra Tiryaki, "HMK m. 54 ve HMK m. 77 Hükümleri Çerçevesinde Davanın Açılmamış Sayılması", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 13, Haziran 2019, s. 146.

kurulu kararı ile atanır. Ticari mümessil atanması durumunda, bu kişiler yargılamada yer alabileceklerdir.

Anonim şirket fesholunabilir. Anonim ortaklığın tasfiyesi de feshin doğal bir sonucudur. Tasfiye halinde Türk Ticaret Kanunu'nun 439. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tasfiye ibaresi eklenecek ve tasfiye sona erene kadar anonim şirketin tüzel kişiliği devam edecektir. Anonim ortaklığın sona ermesi iflastan ve mahkeme kararından başka bir sebeple ileri gelmişse, yönetim kurulu tarafından ticaret siciline ilan ettirilir (TTK m. 532). Türk Ticaret Kanunu'nun 533. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"bu halde organların yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır"* denilerek şirketin ehliyeti değil organların ehliyeti sadece tasfiye amacıyla sınırlandırılmıştır. Tasfiye halinde anonim şirketlerde tasfiye ile ilgili konularda şirket, tasfiye memurları¹⁰²⁸ ile temsil edilecektir¹⁰²⁹. Tasfiye memurları temsil organı sıfatıyla, ortaklığı mahkemelerde temsil, sulh, feragat, kabul ve tahkime de yetkilidirler¹⁰³⁰.

Tasfiye haline giren anonim şirketin organları varlıklarını sürdürür ancak görev ve yetkileri tasfiye amacıyla sınırlanmış olur. Buna göre bu konuda başkaca bir istisna öngörülmemiş ya da ortaklık iflas halinde değilse anonim şirketin kanuni idare ve temsil organı olan yönetim kurulu görevine devam eder. Tasfiye memuru olarak bir başkasının tayin edilmemesi halinde yönetim kurulu Türk Ticaret Kanunu'nun 536. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sınırlı yetkilerle görevine devam eder. Ancak tasfiye amacıyla bağlantılı olmayan işlemler, özellik gösterebilir¹⁰³¹. Bazı hallerde yönetim kurulunun da yargılamada temsil yetkisi devam etmektedir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 446. maddesi uyarınca genel kurul kararlarının iptalini dava etme yetkisi yönetim kurulundadır. Bu şekilde anonim şirketin tasfiye aşamasında da tüzel kişiliği devam ettiğinden dava açabilir ve dava edilebilir¹⁰³².

¹⁰²⁸ Tasfiye memurları, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile tayin edilmemişse, tasfiye işleri yönetim kurulunca yürütülür (TTK m. 537/I). Bu sebeple tasfiye memurunun seçilmemesi veya kilitlenme sonucu seçilememesi halinde, pay sahiplerinden birinin istemi üzerine mahkemece tasfiye memuru atanması mümkün değildir. Mahkeme kararı ile tasfiye memurunun atanması sadece haklı sebeplerin varlığı halinde söz konusu olur (TTK m. 537/II). Dolayısıyla mahkeme kararıyla tasfiye memurunun atanması istisnai bir yoldur.

¹⁰²⁹ Pulaşlı, C. II, s. 1981; Bahtiyar, s. 372.

¹⁰³⁰ Pulaşlı, C. II, s. 1981.

¹⁰³¹ Pulaşlı, C. II, s. 1973.

¹⁰³² Şener, s. 643.

Anonim şirketlerde temsilci olan kişiler, şirketin taraf olduğu davayı bizzat takip edebilir. Bu kişilerin avukat olması gerekli değildir. Burada şirketin organı adına hareket söz konusudur. Organ, vekil durumunda değil anonim şirketin bizzat kendi iradesi olarak hareket etmektedir. Bununla birlikte yetkili temsilcinin, şirketi temsil etmesi için bir iradi temsilci atamasına herhangi bir engel yoktur.

Türk Ticaret Kanun’unda denetçiler şirket organı olarak kabul edilmemiştir. Bunun bir sonucu olarak şirket yöneticileri hakkında hukuki sorumluluk davası da açamayacaklardır.

Bir sermaye şirketi, davadan önce tasfiyesini tamamlamış, ticaret sicilinden terkin edilmiş ve keyfiyet ilan edilmiş ise artık şirket temsilcileri veya tasfiye memurları şirket adına dava açamazlar. Bu kimselerin dava açmış olması halinde ise dava ve karar tarihi itibarıyla tüzel kişiliği dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmayan anonim şirket hakkında uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verilemez. Dava, taraf ehliyeti eksikliği sebebi ile usûlden reddedilmelidir. Bununla birlikte bazı durumlarda tüzel kişiliğin ihyası (ek tasfiye) söz konusu olabilir¹⁰³³. Böyle bir durumda dava açılması için mahkemenin süre vermesi, bu davanın açılması halinde sonucunu beklemesi ve yeniden ihya kararı vermesi halinde ise davanın görülmesi söz konusu olacaktır¹⁰³⁴.

Ek tasfiye halinde şirketin tüzel kişiliği tekrar canlanır ve şirket fiil ehliyetini tekrar kazanır. Şirketin organları tekrar çalışmaya başlar. Ek tasfiyeye ilişki usûl hükümleri emredici niteliktedir. Bunlara aykırı olarak esas sözleşme veya genel kurul ile bunlara aykırı karar alınması mümkün değildir. Tescilden sonra yapılması gereken tüm işlemler yapılmalı, şirket dava açmalı icra takibinde bulunmalı ya da şirket adına dava açılmalı ve icra takibi yapılmalı başka bir deyişle eksik kalmış tüm tasfiye işlemleri gerçekleştirilmelidir¹⁰³⁵. Mahkeme, şirketin son tasfiye memurlarını veya yeni kişi veya kişileri tasfiye memuru olarak atar. Burada mahkeme, tasfiye

¹⁰³³ Pulaşlı, C. II, s. 1990; Bahtiyar, s. 374.

¹⁰³⁴ “Dosya içerisinde bulunan ... Ticaret Sicil Müdürlüğü’nün 15.03.2016 tarihli yazısından anlaşıldığı üzere davalı şirketin tasfiyesinin sona erdiği 02/10/2014 tarihinde ticaret sicil kaydının terkin edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda yargılama sırasındaki davalı şirketin tüzel kişiliği sona ermiş olduğundan mahkemece davacı vekiline davalı şirket hakkında şirketin ihyası yönünde dava açma konusunda mehil ve yetki verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.” Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 24.10.2017 tarihli, E. 2016/6730, K. 2017/7216 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

¹⁰³⁵ Pulaşlı, C. II, s. 1998; Bahtiyar, s. 374.

memuruna görev alanlarına ilişkin bir belge vermelidir. Bu belge dış ilişkideki temsil yetkisini kapsadığından,¹⁰³⁶ dava ehliyetinin de kapsamını belirleyecektir.

Fesih davasında mahkeme, davanın reddi kararı dışında hangi tür karar verirse versin inşai bir karar verecektir. Bu karar hüküm ve sonuçlarını kesinleştikten sonra doğuracaktır. Şirket ancak söz konusu kesinleşme ile birlikte sona ererek tasfiye aşamasına girer. Dolayısıyla fesih kararıyla feshin kesinleşmesi arasındaki ara dönemde tasfiye memuru bu sıfatla görev yapamaz. Onun görevi kararın kesinleşmesi ile başlayacaktır. Bu ara dönemde mahkeme tedbir olarak kayyım atama kararı verebilmelidir. Hatta mahkeme atamış olduğu tasfiye memurunu bu dönemde kayyım olarak da atayabilir. Karar kesinleştikten sonra kayyım olarak atanan kişi, tasfiye memuru sıfatı kazanır¹⁰³⁷.

d. Limited Şirketin Dava Ehliyeti

Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan bir limited şirket tanımı verilmemiştir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 573. maddesinde, limited şirketin nitelikleri ve özellikleri sayılmaktadır. Bu maddeden hareketle bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan; ortakların sorumlulukları sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle sınırlı ve de esas sermayesi belirli olan şirket şeklinde tanımlanabilir¹⁰³⁸.

Limited şirketin de diğer ticaret şirketlerinde olduğu üzere tüzel kişiliği bulunmaktadır. Limited şirket, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacaktır (TTK m. 588/1). Dolayısıyla limited şirketin de taraf ehliyeti bulunmaktadır.

Limited ortaklıklarda yönetim ve temsile yetkili organ müdür veya müdürlerdir. 6102 sayılı kanunun 623. maddesinin birinci fıkrasına göre, limited şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenmekte olup, şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir ya da birden çok ortağa ya da tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilmektedir. Madde hükmünden hareketle en azından bir ortağın, şirketin yönetim hakkının veya temsil yetkisinin

¹⁰³⁶ Pulaşlı, C. II, s. 1997.

¹⁰³⁷ Şener, s. 646.

¹⁰³⁸ Bahtiyar, s. 397; Soner Altaş, **Limited Şirketler**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 49.

bulunması gerekmektedir. Limited şirket müdürlerinin temsil yetkilerinin kapsamı, bu yetkinin sınırlandırılması ve imzaya yetkili olanların belirlenmesinde anonim şirket hükümleri kıyas yoluyla uygulanır (TTK m. 629/1). Sonuç olarak yargılamada şirket sözleşmesinde yönetim ve temsil yetkisi bir veya birkaç ortağa verilmişse bu ortak ya da ortaklar¹⁰³⁹, ortak olmayan bir müdüre verilmişse en azından bir ortakla beraber, ortak olmayan müdür, ne şirket sözleşmesi ne de genel kurul kararı ile şirketi yönetim ve temsil yetkisi ortaklardan birine ya da birkaçına verilmemişse müdür sıfatıyla tüm ortaklar limited şirketi temsile yetkilidir.

Tasfiye halinde de tasfiyenin yürütülmesine ilişkin konularda anonim şirketler hakkındaki hükümler uygulanacaktır (TTK m. 643). Tasfiye halinde tasfiye memuru şirketi temsile yetkilidir.

Limited şirkette fesih, şirketin taraf ehliyetinin sona ermesine sebep olmaz. Çünkü şirket tasfiye amacıyla devam etmektedir. Tasfiye aşamasında şirket, tasfiyeye ilişkin konularda taraf ve dava ehliyetine sahiptir. Limited şirket ticaret sicilinden silindikten sonra hala bir takım varlıklara sahipse taraf ve dava ehliyetine sahiptir. Bu, çifte etkililik kuramının kabulünden kaynaklanmaktadır (Doppelrelevantetatsachen)¹⁰⁴⁰. Burada gerekirse mahkeme tarafından tasfiye memurları tarafından ek bir tasfiye gerçekleştirilmelidir. Ayrıca limited şirketin sicilden terkininden önce şirketi temsile yetkili kimselerin terkinden sonra kanun yolu aşamasında da temsil yetkileri devam edecektir¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Şirketin yönetim ve temsil yetkisi ortaklar arasında bulunan tüzel kişiye verilmişse, idare ve temsil yetkisini, bu tüzel kişi adına üzerine almış olan gerçek kişi yargılamada şirketi temsil edecektir.

¹⁰⁴⁰ Lieder § 13, Rn. 51-53. Lieder bu durumu şu şekilde ifade etmektedir. Limited şirketin ticaret sicilinden silinmesi ile şirketin tüzel kişilik olarak sona ermesi arasındaki bağlantı ticaret hukukunda her zaman tartışmalı olmuştur. Eğer şirket terkin edilse de hala bazı varlıkların bulunması durumunda şirketin kişiliğinin devam ettiği kurgusal bir şekilde devam eder. Burada çifte etkililik varsayımı etki göstermektedir. Alman hukuku öğretisinde de bir şirketin sona ermesinin sadece sicilden terkin edilmesi ile olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Hala bir takım işlemlerin gerçekleştirilmesine ihtiyaç vardır. Ancak burada altını çizilen bir husus ek tasfiye ile şirketin esasında eski şirket olmadığı, yeni bir kanuni kıyafet giyen yeni bir şirket halinde tasfiyeye devam edilmesi gerektiğidir Lieder §13, Rn. 17.

¹⁰⁴¹ Lieder §13, Rn. 52.

e. Kooperatiflerin Dava Ehliyeti

Kooperatifler, 1163 sayılı Kanuna veya özel Kanunlarına göre konulan tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı, yardım dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve kamu tüzel kişileri ile özel idareler, belediyeler, köyler, cemiyetler ve dernekler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli kuruluşlardır (1163 sayılı Kanun m. 1).

1163 Sayılı Kanunun 55. maddesine göre kooperatif şirketinin temsil ve icra organı yönetim kuruludur. Kooperatifte kimlerin temsile yetkili olduğu kooperatif ana sözleşmesinde belirlenir, tescil ve ilan edilir (1163 sayılı Kanun m. 3-4).

Ana sözleşme, genel kurula veya yönetim kuruluna, kooperatifin yönetimi ve temsilini kısmen ya da tamamen, kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etme yetkisi verebilir(1163 sayılı Kanun m. 58). Bu kimseler kooperatifi yargılamada da temsil etme yetkisine sahiptir.

f. Ticaret Şirketlerine Kayyım Atanmasının Özel Olarak Değerlendirilmesi

Ticaret şirketlerine kayyım atanması Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca ya da Türk Medeni Kanunu'nun kayyımlığa ilişkin hükümlerinin uygulanması ile mümkün olabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nda kayyım atanmasına ilişkin esas olarak iki düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan ilki Türk Ticaret Kanunu'nun 235. maddesinde yer almaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 235. maddesinin ilk fıkrasında kollektif şirketlere ilişkin olarak haklı sebeplerin varlığı halinde temsil yetkisinin bir ortağın başvurusu üzerine mahkemece kaldırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Fıkranın devamında ise gecikmesinde tehlike bulunan hallerde mahkemenin temsil yetkisini ihtiyati tedbir olarak kaldırıp bu yetkiyi bir kayyıma verebileceği ve kayyımın atanmasını, görevlerini, mahkemece verilen temsil yetkisini ve bunların sınırlarını mahkemece re'sen tescil ve ilan ettireceğini düzenlemiştir. Burada kayyım, mahkemece verilen görevleri kapsamında kollektif şirketi davalarda da temsile

yetkili olacaktır. Kollektif şirketlere ilişkin bu madde Türk Ticaret Kanunu'nun yapmış olduğu atıfla (TTK m. 317-318) komandit şirketlere de uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun kayyım atanmasına ilişkin bir diğer maddesi ise anonim şirketlerde genel kurulun azınlık tarafından toplantıya çağırılmasıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinde anonim şirketlerde pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri, yönetim kurulu tarafından reddedildiği ya da isteme yedi iş günü içerisinde olumlu cevap verilmediği hallerde aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemenin karar verebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte mahkeme, eğer toplantıya gerek görürse gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında kayyımın görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir¹⁰⁴². Türk Ticaret Kanunu'nun 617. maddesinin üçüncü fıkrası ile yapılan atıf uyarınca bu madde limited şirketler için de uygulanabilecektir. Başka bir deyişle limited şirket ortaklarının çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemlerinin reddedilmesi durumunda şirketin müdürü veya müdürler kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı ortakların başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına

¹⁰⁴² Yargıtay bir kararında mahkemenin kayyımı “genel kurul toplantısı yapılması, karar kesinleşinceye kadar tedbir mahiyetinde olmak üzere şirketin hak ve menfaatlerinin korunması bakımından gerekli tüm işlemlerin yapılması” konusunda yetkilendirmesi durumunda yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimi, ücretlerinin belirlenmesi, kar ve zarar hesabının onaylanması konularını genel kurul gündemine getirebileceğini belirtmiştir. “Mahkemece kayyım O. E. tarafından davaya konu genel kurullarda yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçilmesi, ücretlerinin belirlenmesi ve kar ve zarar hesabının onaylanması konularının gündeme alınmasının, yetki sınırlarının aşılması anlamına geldiğine ve bu durumun T.T.K.'nın 381. maddesi gereğince yasaya aykırı olduğuna karar verilmişse de mahkemenin bu gerekçesi yerinde değildir. Zira kayyım O. E.'e Sakarya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 24.2.2011 tarih ve 2011/23 E.-72 K. sayılı kararı ile “genel kurul toplantısı yapılması, karar kesinleşinceye kadar tedbir mahiyetinde olmak üzere şirketin hak ve menfaatlerinin korunması bakımından gerekli tüm işlemlerin yapılması” konularında yetki verilmiş, kayyım tarafından da davaya konu 4.7.2011 ve 8.8.2011 tarihli genel kurul toplantıları yapıp, bu husustaki belgeler Sakarya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne sunulmuştur. Bir şirketin olağan işleyişinin sürdürülebilmesi için yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçilmesi, kar ve zarar hesaplarının ve bilançonun hazırlanıp bir an önce genel kurulun denetimine sunulması gerektiği tabiidir. Tüm bu işlemler de kayyım gözetiminde yapılacaktır. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta her iki genel kurul toplantısında da kayyım tarafından belirlenen gündem maddelerinde yasal sınırların aşılması söz konusu olmamıştır. Gündemde olmak kaydıyla da her zaman yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimi, ücretlerinin belirlenmesi, kar ve zarar hesabının onaylanması konularında karar alınabilir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 6.02.2014 tarihli E. 2014/818, K. 2014/2043 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (24.11.2019).

şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir¹⁰⁴³. Azınlık paylarını temsil için mahkeme tarafından kayyım atanması halinde, atanan kayyımın azınlık haklarını korumaya yönelik diğer azınlık haklarını da kullanabilmesi gerekir¹⁰⁴⁴.

Ticaret şirketlerine kayyım atanması sadece Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca olmaz. Türk Ticaret Kanunu'nun birinci maddesinde “*Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır*” denilmektedir. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nda kayyım atanmasına dair ayrı hükümlere yer vermeyi gerek görmemiş, genel bir yollama ile Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin ticaret şirketlerine, uygulanmasına imkan tanımıştır¹⁰⁴⁵. Uygulamada da genellikle anonim şirketlere kayyım atanması ağırlıklı olarak Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde talep edilmekte ve karara bağlanmaktadır¹⁰⁴⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesi uyarınca ticaret şirketlerine temsil kayyımı atanması mümkündür. Bu maddede belirtilen ilk iki halin küçüklere ve kısıtlılara başka bir deyişle gerçek kişilere ilişkin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte üçüncü hal olan “*yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel*” bulunması şirketler hukuku bakımından uygulanabilecektir¹⁰⁴⁷. Özellikle şirket ile

¹⁰⁴³ Soner Altaş, “Limited Şirkete Hangi Hallerde Kayyım Atanır”, **ISMMO Mali Çözüm Dergisi**, Ocak Şubat 2017, İstanbul, (Limited), s. 137.

¹⁰⁴⁴ Üçışık ve Çelik, s. 246.

¹⁰⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği kararlarda kayyım atanmasına ilişkin hükmün uygulama alanını tüm özel hukuk tüzel kişilerini kapsayacak şekilde genişletmiştir. BGE 69 II, s. 20 bu hususta bknz. Üçışık ve Çelik, s. 245.

¹⁰⁴⁶ Soner Altaş, “Anonim Şirkete TTK ve TMK Uyarınca Kayyım Atanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 117, 2016, (TTK Uyarınca), s. 52.

¹⁰⁴⁷ Bununla birlikte anonim şirketin organlarının yasal temsilci olmadığı, bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin 3. bendinin anonim şirketleri kapsamadığı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre tüzel kişilerde organların tüzel kişinin bir parçası olduğu, tüzel kişilerin sadece organları ile haklarını kullanabileceği, gerçekleştirilen tüm eylem ve işlemlerin tüzel kişinin eylemi ve işlemi olarak kabul edileceği sonuç olarak organların anonim şirketin temsilcisi olmadığını ileri sürmektedir. Ancak uygulamada şirketlere temsil kayyımı atandığı görülmektedir. Bu hususta bknz. Altaş, TTK Uyarınca, s. 54. Yargıtay bir kararında limited şirketlere ilişkin olarak benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. “*Davacı, asıl ve birleşen davalarda, davalı şirketin ortağı olduğunu, tüm ortaklara 02/08/2010 tarihinde ortaklar kurulu toplantısı için çağrı bildirimini gönderildiğini ancak ortaklardan %65 hisseye sahip olan T. S. 'nin ortaklar kurulu toplantısına katılmadığını ve oy çokluğu ile alınan kararın ticaret sicil memurluğu tarafından sicile kaydedilmediğini, şirkete müdür seçimi yapılamadığından şirkete kayyım olarak mahkemece belirlenecek bir kişinin ya da şirket ortağı olan D. M. 'in atanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda, davalı şirket hakkında açılan bir başka davada davalı şirkete kayyım atandığı ve bu nedenle davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar*

yönetim kurulu arasında doğan menfaat çatışması hallerinde temsil kayyımlığı kurumuna başvurulduğu görülmektedir.

Şirketlere kayyım atanmasına ilişkin olarak bir diğer örnek ise fesih davasına ilişkin olarak verilebilir. Anonim ortaklıklarda ortaklıklarda getirilen önemli bir yenilik kuruluş eksikliklerinden dolayı fesih davasıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 353. maddesinde fesih davası açabilecekler yönetim kurulu, ilgili alacaklı, ortak ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olarak belirlenmiştir. Bu davanın ortaklığa karşı açılması gerekir. Ortaklığı yönetim kurulu temsil eder. Dava yönetim kurulu tarafından açılmışsa bir temsil kayyımının atanması zorunludur¹⁰⁴⁸.

Benzer bir değerlendirme anonim şirketlerde şirketin zararından ötürü açılacak sorumluluk davalarına ilişkin olarak yapılabilir. Anonim şirketin zararından ötürü açılacak sorumluluk davasında temsil yetkisi diğer davalarda olduğu gibi anonim şirketinin temsilcisine yani yönetim kuruluna bırakılmıştır. Çok üyeli yönetim kurullarında, halen üye olan kişiler hakkında sorumluluk davası açılması gereken hallerde, dava açılmasına karar verme yetkisi, kurulun diğer üyelerine aittir. Davada şirketi, temsil yetkisine sahip üyeler temsil eder. Şayet görevdeki üyeler veya tek üyeli yönetim kurulunun tek üyesi sorumlu tutuluyorsa bu takdirde başta ortaklar ve alacaklılar olmak üzere her ilgili şirketin bu konudaki menfaatlerini korumak üzere mahkemeden kayyım atanmasını talep edebilirler.

Alman hukukunda şirketlere bir kanuni temsilci atanana kadar yargılamada temsil edilmelerine ilişkin olarak Alman Medeni Usûl Kanunu'nda özel bir hüküm getirilmiştir. Özellikle anonim ve limited şirketler bakımından bu konu şu şekilde değerlendirilmiştir. Şirkete bir kanuni temsilci atanana kadar Alman hukukunda da anonim ve limited şirketlerin taraf ehliyeti vardır. Anonim ve limited şirketler gerçek bir kişi olmadığından, ancak organları aracılığı ile temsil edilebilirler. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrası gereğince şirketi temsile yetkili kişi, aynı

verilmiştir. Dosya içinde karar örneği bulunan Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2011/87 E. sayılı ilamı uyarınca davalı şirkete ihtiyati tedbir mahiyetinde, temsil kayyımı atandığı anlaşılmaktadır. Buna karşın eldeki davada davacı tarafça istem, davalı şirkete yönetim kayyımı atanmasına ilişkin olup, adı geçen mahkemece verilen kararın geçici mahiyette olduğu ve eldeki davaya ilişkin uyumsuzluğu giderici vasıfta bulunmadığı açıktır. O halde mahkemece değinilen husus göz önünde bulundurularak, davanın esası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 03.10.2012 tarihli E. 2011/7398, K. 2012/14892 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (24.12.2019).

¹⁰⁴⁸ Şener, s. 342.

zamanda ortaklığı yargılamada da temsil edecektir. Temsile yetkili organ Türk hukukunda olduğu gibi anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdürler ve tasfiye memurlarıdır¹⁰⁴⁹. Bu şirketlerin davalı olduğu bir halde yargılamada onu temsil edecek kimsenin bulunmaması durumunda, bir kanuni temsilci atanana kadar tarafların zarar görmemesi ve yargılamanın gecikmemesi için mahkeme tarafından¹⁰⁵⁰ Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 57. maddesi uyarınca yargılamada şirketi temsil etmesi için bir temsilci atanabilir. Bununla birlikte şirketin davacı olması halinde bu madde uygulanamaz. Örneğin limited şirketler için şirkete yeni bir müdür atanmasının sağlanması gerekmektedir¹⁰⁵¹. Türk hukukunda ise bu konuda benzer bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konuda farklı bir çözüm yoluna gidildiği görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “*Kanuni temsilci atanması sebebiyle yargılamanın ertelenmesi*” üst başlıklı 56. maddesi uyarınca bu halde yargılama ertelenecektir. Kanaatimizce bazı hallerde yargılamanın kanuni temsilci atanana kadar ertelenmesi, davacı için aleyhe durumlar doğurabilir. Hakkın elde edilmesini tehlikeye atabilir ya da engelleyebilir. Ancak davalıya bir kanuni temsilci atanmadan da davaya devam etmek uygun olmayacaktır. Türk hukukunda da hem bu gibi risklerin ortadan kaldırılması hem de yargılamanın daha hızlı bir şekilde ilerleyebilmesi için benzer bir hükmün getirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Temsil kayyımının Türk Medeni Kanunu’un 430. maddesi uyarınca kayyım atanacak kişinin yerleşim yerindeki vesayet makamı tarafından atanması gerekmektedir. Ticaret şirketleri için yetkili mahkeme şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir(HMK m. 14/2). Görev açısından ise Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesi gereğince görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Burada şirketin temsil kayyımı ile temsil edilmesi gerektiği hallerde bu durumun re’sen yargılama esnasında nasıl sağlanması gerektiği tartışma konusu olabilir. Şöyle ki; Türk Medeni Kanunu’nun 426. maddesinde vesayet makamının ilgilisinin isteği üzerine veya

¹⁰⁴⁹ Kural olarak limited ortaklık müdürler tarafından tasfiye halinde de tasfiye memurları tarafından birlikte temsil edilir. Şirket ortakları, ortaklığı temsil edemezler. Ancak müdür olarak atanmaları durumunda temsile yetkililerdir. Dava dilekçesinde her bir temsilcinin ayrı ayrı adı belirtilmeli ve imzası yer almalıdır. Lieder §13, Rn. 55.

¹⁰⁵⁰ Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Wiczorek, Schütze ve Hausmann, §57, Rn. 1; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §57, Rn. 4; Zöller, §57, Rn. 1; Musielak ve Voit, §57, Rn. 1; Gummert, §15, Rn. 77; Saenger, §57, Rn. 1; Kern ve Diehm, § 57, Rn. 1.

¹⁰⁵¹ Lieder §13, Rn. 56.

re'sen temsil kayyımı atayabileceği hüküm altına almıştır. Uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olması halinde bu mahkemenin re'sen temsil kayyımı atayabileceği görüşündeyiz. Bununla birlikte uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme başka bir mahkeme ise uygulamada davalı şirketin temsil eksikliğinin giderilmesi için davacıya temsil kayyımı atanması konusunda görevli ve yetkili mahkemeye başvurusu için kesin süre verildiği görülmektedir. Davacı tarafça davalı şirkete temsil kayyımı atanması için başvuruda bulunulmaması durumunda ise davanın reddine karar verilmektedir¹⁰⁵². Kanaatimizce mahkemenin vermiş olduğu karar yerindedir. Çünkü dava ehliyeti, eksikliği giderilebilecek bir dava şartıdır. Burada öncelikli olarak bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir (HMK m. 115/2). Türk Medeni Kanunu'nun "*Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı*" başlıklı 405. maddesinde görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlara, noterlere ve mahkemelere, vesayet makamına bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak bu madde gerçek kişilere ilişkindir. Resmi makamlara tüzel kişilerin temsilinde bir eksiklik bulunması durumunda bir bildirim yükümlülüğü getirilmemiştir. Kanaatimizce mahkemenin bu eksikliğin giderilmesi için süre vermesi ve esasa ilişkin karar almak isteyen davacının da şirkete temsil kayyımının

¹⁰⁵² "*Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; davacıyla davalı şirket arasında menfaat çıkar çatışması bulunduğu davalı şirketin bu davada temsil edilebilmesi için davalı şirkete temsil kayyımı atanması konusunda ... haftalık kesin süre verilmiş, verilen süre içerisinde temsil kayyımı atanması konusunda davacı tarafça dava açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

Davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK 353(1)b-1 maddesi uyarınca esastan reddine karar verilmiştir.

*Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmışa göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usûl ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir."*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.2.2019 tarihli, E. 2017/4621, K. 2019/1294 sayılı kararı ve "*1-) Dava, 6102 Sayılı TTK'nun 479. maddesi uyarınca haklı sebeple şirket ortağı davacının oyda imtiyazının istisnaen korunması istemine ilişkindir. Davacı davalı şirketi temsil ve ilzama yetkili ortağı olup, davalı şirket adına davaya cevap verdiği gibi sonradan davalı şirketi temsil etmek üzere tayin edilen vekile de şirketi temsilen vekaletnamenin davacı tarafından verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, aynı zamanda şirket temsilcisi olan davacı ile şirket arasında menfaat çatışması bulunduğu davalı şirketin bu davada temsil edilmesi için temsil kayyımı atanması konusunda süre verilmesi ve eksikliğin giderilmemesi halinde davanın reddine karar verilmesi gerekirken, anılan husus nazara alınmaksızın yazılı şekilde işin esasına girilmesi doğru görülmemiş, bu sebeplerle hükmün davalı şirket yararına bozulması gerekmiştir. 2-) Bozma sebep ve şekline göre, davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir."*Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 5.3.2015 tarihli E. 2014/17667, K. 2015/3000 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (25.11.2019).

atanması konusunda harekete geçmesi gerekmektedir. Benzer şekilde şirketin davacı konumunda olması durumunda da aynı kural geçerlidir. Aksi halde davanın dava ehliyeti eksikliği sebebiyle usûlden reddi gerekmektedir. Benzer bir şekilde bu durumun yerel mahkemece göz önüne alınmadan davaya devam edilmesi durumunda bu durum istinaf aşamasında geri gönderme (HMK m. 353/1,a,4), temyiz kanun yolunda da bozma sebebi (HMK m. 371/1,b) olarak değerlendirilmelidir. Ancak Yargıtay bazı kararlarında bu hususun hiç göz önüne alınmadan davaya devam edilmesini geri çevirme sebebi olarak değerlendirmiştir¹⁰⁵³. Yargıtay'ın bu yöndeki kararına katılmamaktayız¹⁰⁵⁴.

Mahkemece atanan kayyımın türünün tespit edilmesi önem arz etmektedir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 458. maddesinin birinci fıkrasına göre bir kimseye kayyım atanmasının onun fiil ehliyetini etkilemeyeceği hüküm altına alınmışsa da kayyım, şirket malvarlığının yönetimi ve korunması için görevlendirilmiş ise şirketin malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işlemleri yapabilecektir. Şirketin dava ehliyeti de bu kapsamda belirlenecektir¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ “Dosyanın incelenmesinden, davayı kabul ve temyiz isteminden vazgeçme beyanında bulunan ...'nın, aynı zamanda, işbu davanın davacısı olduğu, her ne kadar adı geçen şirketin tek başına temsil ve ilzama dair düzenlenmiş bir imza sirküleri sunulmamış ise de, adı geçen davalı şirketin tek başına temsil ve ilzama yetkili yönetim kurulu başkanı olduğunun kabulü halinde, şirket adına davayı kabul ve temyizden vazgeçme iradesi bakımından, davacı ile davalı şirket arasında, davanın ve uyuşmazlığı niteliği de gözetildiğinde, açık bir menfaat çekişmesinin ortaya çıktığının kabulü gerektiği, keza, işbu davada davacı ... vekili sıfatıyla vekalet görevi ifa eden Av. ...'nın da, aşamada gönderilen evrak içerisinde bulunan Beşiktaş 17. Noterliğinin 19.10.2017 tarih ve 29898 yevmiye numaralı vekaletnamesiyle, bilahare görevlerinin sona erdiği ilan olunan şirket kayyımları tarafından davalı şirkete vekil olarak atanmış olması nedeniyle, Avukatlık Kanunu'nun 38/b maddesi uyarınca, davaya davalı vekili olarak kabulünün mümkün bulunmaması nedeniyle, işbu dava bakımından TMK'nın 426. maddesi doğrultusunda, davalı şirkete bir temsil kayyımının atanmasının zorunlu hale geldiği anlaşılmaktadır. Şu halde, Dairemizce, işbu gereklilik yerine getirilmeksizin Bölge Adliye Mahkemesince verilen karara yönelik temyiz incelemesi yapılabilmesi, bu meyanda temyizden feragat ve davayı kabulün ele alınarak bir karar verilebilmesi mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle, yukarıda açıklanan şekilde davalı şirkete bir temsil kayyımı atanması sağlanması ve gerekmesi halinde HMK'nın 366. maddesi delaletiyle 349. maddesi hükmü de gözetilerek yasa gereğinin takdir ve ifasını teminen dava dosyasının ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesine geri çevrilmesine karar vermek gerekmiştir. SONUÇ : Açıklanan sebeplerle dava dosyasının ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 29/12/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 29.12.2017 tarihli E. 2017/3888, K. 2017/7630 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (25.12.2019).

¹⁰⁵⁴ Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm II/A/7/b.

¹⁰⁵⁵ “Davalı vekili, 09.07.2011 tarihli dilekçesinde müvekkili şirkete kayyum atandığını, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2008/671 esas sayılı dosyası ile 15.12.2008 tarihinde kayyum atanmasına karar verildiğini, bu karar gereği müvekkili şirketin faaliyetlerinin gözetim, izin ve onay yetkilerinin kayyuma geçtiğini belirtmiştir. Mahkemece, bu husus üzerinde hiç durulmadan, buna ilişkin bilgi ve belgeler getirilmeden, davalı şirketin dava ehliyetine sahip olup olmadığı belirlenmeden hüküm kurulmuştur. Başka bir anlatımla, davalı şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve buna bağlı olarak davalının davada fiil ehliyetinin mevcut olup olmadığı

Türk Medeni Kanunu'nun yönetim kayyımlığını düzenleyen 427. maddesine göre ise bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa vesayet makamı kayyım atar. Anonim şirketlerde kanunen zorunlu olarak bulunması gerekli organlar, genel kurul ve yönetim kuruludur. Bu açıdan bakıldığında Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendinde belirtilen organlardan yoksun kalma ibaresinden anlaşılması gereken zorunlu organlardan yoksun kalınmış olunmasıdır¹⁰⁵⁶. Bu hallere örnek olarak anonim şirketlerde genel kurulun uzun zamandan beri toplantıya çağırılmaması, genel kurulun yönetim kurulunu seçememesi, yönetim kurulunda yaşanan eksikliklerin giderilememesi¹⁰⁵⁷ sebebiyle yeter sayılarının sağlanamaması gösterilebilir¹⁰⁵⁸. Limited şirketlerde ise genel kurulun uzun zamandan beri toplantıya çağırılmaması, genel kurulun müdürleri seçememesi, müdürler kurulunun toplanması için gerekli yetersayıların sağlanamaması gösterilebilir¹⁰⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 426. ve 427. maddelerinde kayyımın vesayet makamı tarafından atanacağı belirtilmişse de şirketlere atanacak kayyım bakımından bu hususta görülecek uyuşmazlıklar mutlak olarak ticari dava niteliğindedir. Bu nedenle kayyım atanmasına ilişkin taleplerde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir¹⁰⁶⁰.

anlaşılamamıştır. Husumeti doğrudan ilgilendiren bu durumun öncelikle açıklığa kavuşturulması gerektiği söz götürmez. Bu sebeple davalı şirketin kayyuma verilmiş sebebi tespit edilmeli, kayyumun temsile mi, yoksa idareye mi ilişkin olduğu belirlenmeli ve varılacak sonuca göre gerektiği takdirde davanın kayyuma ya da şirket tasfiye durumuna girmişse tasfiye memuruna yöneltilmesi gerekir iken taraf şartına ilişkin bu yönler üzerinde durulup gerekli işlemler yapılmadan karar verilmesi hatalı olmuştur.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2014 tarihli E. 2013/36872, K. 2014/805 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (24.12.2019).

¹⁰⁵⁶ Altaş, TTK Uyarınca, s. 54.

¹⁰⁵⁷ Yönetim kurulunun görev süresi dolmuş olsa bile, genel kurulu toplantıya çağırabileceği Türk Ticaret Kanunu'nun 410. Maddesinde açıkça öngörüldüğünden bunun için mahkemece artık kayyım atanmasına gerek yoktur. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s. 368.

¹⁰⁵⁸ Altaş, TTK Uyarınca, s. 54.

¹⁰⁵⁹ Altaş, Limited, s. 142.

¹⁰⁶⁰ “Taraflar arasında görülen davada İzmir Asliye 3.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 08.09.2005 tarih ve 2005/500-2005/422 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Berkant Şengel tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: Davacı vekili, müvekkilinin Mara Mak. San. Tic. Ltd. Şti'nin %90 oranında pay sahibi olduğunu, müdür sıfatı bulunan diğer ortak Osman Bilge Sağ'ın ise %10 pay sahibi bulunduğunu, üç yıllık temsil yetkisinin 15.08.2005 tarihinde dolduğunu, yeniden müdür tayini için yapılan ortaklar kurulu çağrısına icap etmediğini ileri sürerek, Lotte Romao'nun şirkete kayyım olarak tayinine karar

Bu haller haricinde ticari şirketlere Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 133. maddesi kapsamında bir koruma tedbiri olarak yönetim kayyımı atanabilir. Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 133. maddesinde “*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım*” atayabileceği belirtilmiştir. Bu durumda yönetim kayyımı atama yetkisi ceza hakimine ya da mahkemesine aittir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 133. maddesinin birinci fıkrasının devamında “*Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtileceği*” belirtilmiştir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunacaktır. Madde hükmünden kayyımın iki türlü atanabileceği anlaşılmaktadır. Burada kayyım şirketin yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyım onayına tabi tutulması durumunda onay makamı olarak ya da ya da yönetim organı yerine veya yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık paylarını veya menkul kıymetleri idare etmek için atanabilir. Öğretide kayyımın onay makamı olarak atanması durumunda kayyımın hukuki niteliğinin oy danışmanı¹⁰⁶¹, yönetim ile ilgili hallerde atanması durumunda ise yönetim kayyımı olduğuna dair değerlendirilmelerde bulunulmuştur¹⁰⁶². Ceza Muhakemeleri Kanunu’na göre koruma tedbiri olarak onay makamı olarak kayyım atanması durumunda, şirket, kayyımdan izin alarak dava açabilecektir. Yargılamada şirketin temsili yetkili organları aracılığı ile olur. Burada kayyımdan izin alınması sadece davanın

verilmesini talep ve dava etmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 22.01.2007 tarihli, E. 2005/13647, K. 2007/566 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (24.12.2019).

¹⁰⁶¹ Öğretide Gümüş, Türk hukukunda kayyımlığın biri dar, biri geniş olmak üzere iki anlamda kullanıldığını belirtmektedir. Yazara göre dar anlamda kayyımlık, temsil kayyımlığı, yönetim kayyımlığı ve isteğe bağlı kayyımlığı ifade etmekteyken geniş anlamda danışmanlığı da kapsar. Bu kapsamda kayyımlığa ilişkin hükümler her dar anlamda hem de geniş anlamda geniş bir şekilde okunmalı ve vesayete ilişkin hükümler kıyasen yasal danışmanlığa da uygulanmalıdır. Gümüş, ss. 1-2. Bu değerlendirmeden hareketle Ersoy da bir koruma tedbiri olarak onay makamı olarak atanan kayyımın hukuki niteliğinin oy danışmanı olduğunu ileri sürmektedir. Ersoy, s. 3402.

¹⁰⁶² Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006, s. 129; Ayşe Gülün Güralp, Anonim Şirkette Kayyım, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, s. 10; Ersoy, s. 3403.

açılmasına ilişkindir¹⁰⁶³. Bununla birlikte kayyım yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık paylarını veya menkul kıymetleri idare etmek amacıyla atanmışsa yetkisi kapsamındaki davalarda da bu kayyım tarafından temsili gerekmektedir.

4. Sendikaların Dava Ehliyeti

Sendikalar, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işçilerin ya da işverenlerin çalışma ilişkilerinde karşılıklı bir biçimde ortak ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla en az yedi işçi ya da işverenin bir araya gelerek bir işkolunda etkinlikte bulunmak için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır.

Sendikalar Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasında konfederasyon, sendika ve şubesinin temsil yetkisi yönetim kuruluna verilmiştir. Yönetim kurulu, bu yetkiyi, gerekli gördüğü hal ve konularda üyelerden bir veya birkaçına verme veya ilgilileri görevlendirme hakkına sahiptir. Dolayısıyla yargılamada sendikalar, yönetim kurulu aracılığı ile temsil edilecektir. Tüzel kişiliği olmayan sendika şubelerine ilişkin davalarda, dava sendikanın kendisine yöneltilmeli ve temsilin yönetim kurulu tarafından sağlanması gerekmektedir¹⁰⁶⁴. Buna karşılık sendika tüzüğünde sendika şubesine dava açma ve açılan davaya taraf olma yetkisi verilmiş ise şubenin ayrıca taraf ehliyetinin olacağı ve şube temsilcisi tarafından yargılamada temsil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁶⁵. Yargıtay bazı kararlarında her ne kadar sendikaların şubelerinin tüzel kişiliği bulunmasa da bazen şube aleyhine genel merkezin taraflı davranışına engel olamama sakıncasının bulunması sebebiyle, özellikle genel kurul kararının iptali davalarında, şubelerin taraf olarak kabul edilerek hukuki dinlenilme hakkının sağlanması gerektiğine ilişkin kararları bulunmaktadır¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ Bu hususta bkznz. Bölüm 2/II/D/1.

¹⁰⁶⁴ A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, İstanbul 2015, s. 121; Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Ankara 2015, s. 158; Refik Korkusuz, "Türk İşçi Sendikalarının Üyelerine Sundukları Hukuki Hizmetler", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss. 260-261;

¹⁰⁶⁵ Tuncay ve Kutsal, s. 121; Cevdet İlhan Günay, **Sendikalar Kanunu Şerhi**, Ankara 1999, s. 703.

¹⁰⁶⁶ "6356 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde Sendikalar "İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar" şeklinde tanımlanmışlardır. Gerçekten sendikalar sosyal dengenin korunması gibi

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununa göre kurulan sendikaların üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarda ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma yetkisi bulunmaktadır (KGSK m. 190/f). Esasında dava takip yetkisinin kullanılmasına ilişkin bu halde, aynı Kanunun 13. maddesinin son fıkrası uyarınca Sendikalar Kanunu'nun 16 ila 19. maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak sendika veya konfederasyonların tüzüklerinde görev ve yetkileri belirlenecek, yönetim kurulları tarafından yine tüzükte gösterilen şekilde kullanılacaktır.

kamu düzeni işlevi görmektedirler. O halde davanın sendikalar kanunundan kaynaklanmakta olması nedeniyle, kamu düzeninin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. (Yargıtay 9.HD. 09.03.2010 gün 2010/6273 E, 2010/ 6265 K)Sendika şubelerinin tüzel kişiliği olmayıp, bu sebeple dava yöneltilemez ise de (Yargıtay 9. HD 10.10.2006 gün 2006/28232E 2006/26830 K) sendika şubelerinin husumette yer almaması bazen şube aleyhine genel merkezin taraflı davranışını engelleyememe sakıncasını beraberinde getirmektedir. Şubelerin görülmekte olan davalarda taraf olmamaları haklarını yeterince savunamama sonucuna yol açmaktadır. Görülmekte olan bu davada da ... davayı kabul etmiş ise de, ... 'nin davanın taraflarından bağımsız haklarının ve menfaatlerinin olduğu açıkça görülmektedir. Bu tür şube genel kurul kararının iptali davalarında sendika genel merkezlerinin davada taraf olarak muvazaalı biçimde hareket ederek kendilerine muhalif şubeler yönünden davayı kabul edebilecekleri ihtimalide akla gelebileceğinden mahkemece bütün bu hususların resen incelenmesi gerekir.Yargıtay HGK 26.02.2003 gün 2003/9-32 E, 2003/96 Sayılı kararına konu olan bir dava da: Sendikanın ... genel kurulunun bütün sonuçları ile iptal edilmesi istenmiş, sendika genel merkezi davayı kabul etmiştir. ... yöneticiliğine seçilenler ise asli müdahale isteminde bulunmuştur. Hukuk Genel Kurulu verdiği kararda "Genel Kurul Kararının iptali için bir ay içerisinde dava açılması ve bu sürenin hak düşürücü süre olduğu, asli müdahillerin de bu süre içerisinde davaya müdahale etmeleri ileri sürülebilir ise de; her hak gibi bu savunma hakkının da ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bulunduğu kabul edilmelidir. Hakkın objektif iyi niyet kuralına aykırı olarak kullanıldığı itirazı kamu düzeni ile ilgili olduğundan MK. 2. md'si uyarınca davanın her safhasında ileri sürülebilir ve mahkemece re'sen (kendiliğinden) dikkate alınır. Bu ilkeler doğrultusunda somut olay değerlendirildiğinde; 04.03.2002 tarihli dilekçeyle asli müdahale talebinde bulunanlar iptali istenen 05.01.2002 gününde yapılan genel kurulda ... yöneticiliğine seçilmişlerdir. Taraflar arasında görülen genel kurul kararının iptali davasının asli müdahale talebinde bulunanların genel kurul kararı ile edindikleri haklarını ellerinden almak amacıyla davanın taraflarınca muvazaalı biçimde hareket ederek davayı kabul ettikleri ileri sürüldüğüne göre bu ciddi iddianın mahkemece tetkiki gerekir." şeklinde görüş bildirmiş ve asli müdahillerin istemleri ve sundukları delillerle davacı ve davalı delillerinin birlikte değerlendirilmesini istemiştir.Bütün bu anlatılan hususlar gözetildiğinde davalı ... usûle uygun şekilde dava dilekçesi tebliğ edilip taraf teşkili sağlanıp, sendika şubesine davaya dair hukuki dinlenme hakkı sağlanarak, göstereceği delillerin toplanıp dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi hatalıdır." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.09.2015 tarihli, E. 2015/21178, K. 2015/25280 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (30.09.2019).

B. Kamu Tüzel Kişilerinin Dava Ehliyeti

Kamu tüzel kişilerinin başında Devlet bulunmaktadır. Bakanlıklar, Devlet kamu tüzel kişiliğinin organı olup, devlet tüzel kişiliği haricinde bir tüzel kişilikleri bulunmamaktadır¹⁰⁶⁷. Ancak Bakanlıklar devlet tüzel kişiliğinin bir organı olması sebebiyle taraf ehliyetine sahiptir¹⁰⁶⁸. Bakanlığın taraf olduğu davalarda temsil yetkisi 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Bu madde uyarınca: “*İdareleri adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi; hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat müdürleri ve avukatlara aittir*”. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere kamu tüzel kişilerinin temsili konusunda adli yargıya ya da idari yargıya ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. İdare, aksine bir hüküm bulunmadığı sürece hem adli yargı kolunda hem de idari yargı kolunda aynı esaslara göre temsil edilecektir.

İdarenin hukuk birimleri; idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütmekle görevli ve sorumludur. Hukuk birimleri muhakemat hizmetleri kapsamında; “a) *idarenin taraf olduğu adli ve idari davalarda, iç ve dış tahkim yargılamasında, icra işlemlerinde ve yargıya intikal eden diğer her türlü hukuki uyuşmazlıklarda idareyi temsil eder, dava ve icra işlemlerini vekil sıfatı ile takip eder. B) İdarece hizmet satın alma yoluyla temsil ettirilecek dava ve icra takipleri ve tahkim ile ilgili işlemleri koordine eder, izler ve denetler.*” (659 sayılı KHK m. 4/2).

İdareler, muhakemat hizmetleri ihtiyaçlarını, hukuk birimlerinde istihdam edecekleri hukuk müşavirleri ve avukatlardan, ihtiyaç duyulması halinde Maliye Bakanlığından talep etmek suretiyle sağlayabilirler. Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar ve bağlı kuruluşları muhakemat hizmetlerini yürütmek üzere birbirlerinden hizmet

¹⁰⁶⁷Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s. 179; Yıldırım Yasin Kaman, Özdemir Üstün ve Oktay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2016, s. 77; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 163.

¹⁰⁶⁸ Öğretide Candan, Bakanlıklar ve hiyerarşisine tabi birimlerin, ayrı tüzel kişiliklerinin bulunmamasına rağmen davada taraf olabilmesini 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girmesinden önce Devlet tüzel kişiliğine dayandığının kabulü ile olduğunu ancak 659 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ile açıkça getirilen düzenleme ile artık doğrudan taraf olarak kabul edilebileceklerini belirtmektedir. Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 781.

talebinde bulunabilirler. Bununla birlikte “muhakemat hizmetlerinin temin edilememesi veya özel uzmanlık gerektirdiği Cumhurbaşkanlığında Cumhurbaşkanı veya Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının, bakanlıklarda ilgili bakanın onayı ile belirlenen hallerde muhakemat hizmetlerini yürütmek üzere Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesine göre doğrudan temin usûlüyle serbest avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet satın alınabilir.” (659 sayılı KHK m. 5/3). Muhakemat hizmetinin sağlanması bakımından bazı hallerde ise satın alma yoluna gidilmez. Bu hallerde “adli ve idari davalar ile icra takiplerini yürütmek üzere merkez ve taşra birim amirlerine üst yönetici tarafından temsil yetkisi verilebilir. Üst yönetici bu yetkisini hukuk birimi amirine devredebilir” (659 sayılı KHK m. 6/3).

İdare, kendisini vekil sıfatıyla temsile yetki olan hukuk birimi amirini, hukuk müşavirini ve avukatların listesini yazılı bir şekilde ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslara göre elektronik ortamda adli yargı için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderecektir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilecektir. Bu listeler Cumhuriyet Başsavcılığınca adli yargı çevresine dağıtılacaktır. Listede isimleri yer alanlar, baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin idare vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilirler. Vekil sıfatıyla temsil yetkisi sona erenlerin isimleri anılan mercilere aynı usûlle derhal bildirilmesi gerekmektedir (659 sayılı KHK m. 6/5).

Kamu tüzel kişilerinin adli yargıda davacı ya da davalı olmaları durumunda, davada temsili, kuruluşun statülerinde gösterilen kamu görevlilerince yerine getirilir. Bu kamu görevlileri, atama yoluyla veya seçimle getirilmiş olabilirler¹⁰⁶⁹. Görevden alınıncaya veya görev süreleri doluncaya kadar, dava açma ve davada usûli işlemleri gerçekleştirme yetkisi bakımından kamu tüzel kişinin kanuni temsilcisi sayılırlar. Kamu görevlilerin, görevleriyle ilgili yetkileri kamu düzeniyle ilgilidir. İlgili kanunda açıkça izin verilmedikçe, anılan yetkilerinin başka kamu görevlilerine devri

¹⁰⁶⁹ Candan, s. 783.

olanaklı değildir¹⁰⁷⁰. Bu kamu kamu tüzel kişilerine Kamu İktisadi Teşebbüsleri örnek gösterilebilir. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi uyarınca bu teşebbüsler de tüzel kişiliğe sahiptir. Bu teşebbüslere örnek olarak; Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü (TEDAŞ), Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü (TEİAŞ), Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMİ) örnek gösterilebilir¹⁰⁷¹. Kamu teşebbüslerini aynı Kararname'nin 13. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temsil edecek olan kişi teşebbüs genel müdürüdür. Bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ise genel müdür, sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir.

Yerinden yönetim; topluma sunulacak bazı idari hizmetlerin devlet merkezinden ve tek elden değil, merkezi idare teşkilatı içinde yer almayan ve merkezi irade hiyerarşisine dahil olmayan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷². Yerinden yönetim, yer yönünden (yerel yerinden yönetim kuruluşları) ve hizmet yönünden (hizmet yerinden yönetim kuruluşları) olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır¹⁰⁷³. Anayasası'nın 127. maddesine göre yerel yerinden yönetimler il, belediye ve köy olup bunların tüzel kişilikleri mevcuttur. İl özel idaresini vali temsil eder. Belediyeleri belediye başkanları ve köyleri köy muhtarları temsil ederler¹⁰⁷⁴.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının dava ehliyetini kimin kullanacağı kuruluş yasalarına bakılarak belirlenir. Şu kadar ki, genel müdürlük olarak örgütlenmiş kamu tüzel kişilerini ilgili genel müdür, üniversiteleri de rektör temsil etmektedir.

1982 Anayasası'nın 135 inci maddesine göre, *“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile*

¹⁰⁷⁰ Candan, s. 783.

¹⁰⁷¹ Gözübüyük ve Tan, C. I, s. 271 vd.

¹⁰⁷² Gözübüyük ve Tan, C. I, s. 144-145; Kaman, Üstün ve Tekinsoy, s. 95; Zabuboğlu, s. 122;

¹⁰⁷³ Gözübüyük ve Tan, C. I, s. 144-145; Kaman, Üstün ve Tekinsoy, s. 95; Zabuboğlu, s. 124

¹⁰⁷⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 269.

ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usûllere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir”.

Bu kuruluşlara örnek olarak Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Esnaf Odaları, Ticaret Borsaları, Mühendis ve Mimar Odaları, Tabip Odaları, Ticaret Odaları ve Ziraat Odaları ifade edilebilir.¹⁰⁷⁵ Söz konusu meslek kuruluşlarının tüzel kişiliğe sahip olmaları nedeni ile taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahiptir.

Bunun yanı sıra birçok kuruluş, tüzel kişilikleri bulunmadığı halde, kanunla yüklendikleri yetki ve görev alanlarında, hukuki işlem yapma, davada taraf olma ve dava ehliyetine sahiptirler¹⁰⁷⁶.

Kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak idari bir işlemle kurulan ve kamu gücünü kullanmakta olan kamu tüzel kişileri, kuruluşlarından itibaren taraf ehliyetine de sahip olmaktadır. Yine kamu tüzel kişiliğinin sona ermesi de, o tüzel kişiliğin kuruluşunda takip edilen usûle paralel şekilde ya kanunla, ya da kanunun tanıdığı yetkiye dayanmak sureti ile idari bir işlemle sona erer; ve haliyle tüzel kişiliğin sona ermesi ile söz konusu tüzel kişiliğin taraf ehliyeti de sona erer.

Davanın devamı sırasında, davada taraf olan kamu tüzel kişininin tüzel kişiliği sona erer ise, o tüzel kişiliğin yerini alan yeni tüzel kişi devam eden davanın tarafı olur¹⁰⁷⁷. Davada temsilin bu yeni tüzel kişiliğin tabi olduğu kurallara göre gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ Zabunoğlu, s. 289.

¹⁰⁷⁶ Candan, s. 782.

¹⁰⁷⁷ “Birinci ve ikinci fıkrada sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmıştır.

Aynı Kanunun Geçici 1. maddesinin 13. fıkrasında; “1. maddeye göre tüzel kişiliği kaldırılan belediye ve köylerin mahkemelerde süren davalarında katıldıkları ilçe belediyesi taraf olur” hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm Kanunun “Yürürlük” başlıklı 36. maddesi uyarınca ilk mahalli idareler genel seçiminin yapıldığı 30.03.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Somut olaya gelince; Dosya içindeki belgelerden, davacı ... Köyünün ve davalı ... Köyünün ... İlçesine, davalı ... Köyünün ise ... İlçesine bağlı olduğu, taraf sıfatının birleşmediği anlaşılmıştır. Bu durumda yapılacak iş; idari yoldan tarafların hangi ilçe mahallesi olduğu yetkili idareye sorularak teyid edilmeli, bunun sonucuna göre ... ve ... Belediyelerinin usûlüne uygun taraf olmaları sağlanmalı, savunma hakkı tanınmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Hükmün bu sebeple bozulması

V. KİŞİLİĞİ OLMAYANLARIN DAVA EHLİYETLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Cenin

Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre kişilik, ceninin tam ve sağ doğumu ile kazanılacaktır. Bununla birlikte cenin, tam ve sağ

gerekirken yanlışlı değerlendirme ile Dairemiz tarafından taraf sıfatının birleştiğinden söz edilerek bozulması doğru görülmemiş hükmün değişik gerekçeyle bozulmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 9.3.2017 tarihli E. 2016/1891, K. 2017/1794 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

¹⁰⁷⁸ “Dosyadaki kayıt ve belgelerden; dava dilekçesi ile davalı olarak İl Özel İdaresi'nin gösterildiği ve mahkemece verilen ilk kararda da davalı olarak İl Özel İdaresi'nin yer aldığı, ancak Dairemizin anılan bozma kararından sonra davalı vekilince dilekçe sunulduğu, 12.11.2012 tarihli kanun ile ...'nın büyükşehir olduğunun ve il özel idaresinin kaldırıldığı, bu sebeple dava dilekçesi ile ıslah dilekçesinin tebliğ edilmesi ve Bakanlığın davaya dahil edilmesinin talep edildiği, mahkemece ...'nin davaya dahil edildiği ve ... davalı olduğu halde yargılamaya devam edilerek hüküm kurulduğu, İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nin tüzel kişiliğinin 12.11.2012 Tarih ve 6360 Sayılı on üç ilde büyükşehir belediyesi ve yirmi altı ilçe kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince sona erdiği, davacılar murisi olan işçinin olay günü İl Özel İdare Genel Sekreterliği'ne ait 0021231 Sayılı hizmet aracı ile karlı yolda virajı alamayıp uçuruma yuvarlandığı ve hayatını kaybettiği anlaşılmaktadır.

Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişi davada taraf ehliyetine (HMK 50. madde) ve medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler de dava ehliyetine (HMK 51. madde) sahiptir. Taraf ehliyeti; hak ehliyetinin, dava ehliyeti ise fiil ehliyetinin medeni usûl hukukunda büründüğü şekildir.

HMK'nın 115. maddesine göre; dava şartı olarak düzenlenen “dava ve taraf ehliyetinin” olup olmadığının mahkemece kendiliğinden araştırılması ve dava şartı noksanlığının tespiti halinde davanın usûlden reddine karar verilmesi gerekir ise de dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için davacıya kesin süre verilmeli, bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verilmelidir. 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 usûlden reddedilemez.

Öte yandan husumet doğru hasıma yönlendirildiği ve bu hasmın da “dava ve taraf ehliyetine ” sahip olduğu hallerde, hasmın temsilcisinde hata yapılması “ temsilde hata” olup davanın “ dava ve taraf ehliyeti ” noksanlığı sebebiyle reddi yerine davanın gerçek temsilciye yöneltilmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Somut olayda; davacılar murisinin olay tarihi itibari ile İl Özel İdaresi'nde çalıştığı ve İl Özel İdaresi'ne ait 0021231 Sayılı hizmet aracını kullanmakta iken meydana gelen kaza sonucu hayatını kaybettiği, ancak; 12.11.2012 Tarih ve 6360 Sayılı Kanun gereğince İl Özel İdaresi'nin tüzel kişiliğinin sona erdiği ve Büyükşehir Belediyesi'ne devredildiği, bu itibarla husumetin Büyükşehir Belediyesi'ne yöneltilmesi gerektiği gözdari edilerek sonuca gidilemesi hatalı olmuştur.

Mahkemece yapılacak iş; temsilde hata olduğunu kabul ederek, davacılar Büyükşehir Belediyesi'nin taraf haline getirebilmeleri için uygun bir mehil vermek, Büyükşehir Belediyesi'nin davalı sıfatıyla savunmasını almak ve böylece toplanan deliller ışığında varılacak sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 6.3.2017 tarihli E. 2016/7250, K. 2017/1703 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

doğum ile ana rahmine düştüğü andan itibaren geçmişe etkili olarak hak ehliyetini kazanacaktır (TMK m. 28/II).

Türk hukukunda ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta mı yoksa bozucu şarta mı bağlı bir ehliyet olduğu tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüşe göre bozucu şarta bağlı olarak ceninin hak ehliyetini kazanacağı öngörülmüştür. Bu görüşe göre cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve doğana kadar geçen süre içerisinde haklarını kanuni temsilci aracılığı ile kullanacaktır¹⁰⁷⁹. Bir diğer görüşe göre ise bu geciktirici şarta bağlı bir ehliyetir bu sebeple sağ doğum gerçekleştiğinde ceninin hak ehliyetini kazanacak ancak hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak yani ana rahmine düştüğü andan itibaren doğuracaktır (TMK m. 28/II)¹⁰⁸⁰. Burada her ne kadar hak ehliyetinin kazanılma anı, tam ve sağ doğum olsa da ana rahmine düşmüş ceninin haklarının korunmaya değer görülmesi, kanun koyucunun cenine hak ehliyeti tanıyacak şekilde düzenleme yapmasına yol açmıştır. Ceninin yakın bir gelecekte potansiyel olarak hakların ve borçların süjesi olma durumu sebebiyle, hukuk düzeni, cenini korumak istemiştir¹⁰⁸¹.

Ceninın korunmasına ilişkin bazı özel düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle miras hukukuna ilişkin hallerde ceninin korunması hedeflenmiştir. Her ne kadar cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacaksa da Türk Medeni Kanunu'nun 643. maddesinde mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa, miras paylaşımı, ceninin doğumuna kadar ertelenebilecektir¹⁰⁸².

Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereğince ceninin menfaatleri gerektirirse vesayet makamı kendisine yönetim kayyımı atayabilir. Yönetim kayyımı burada ceninin menfaatlerini ilgilendiren malların yönetimi ve korunması için atanacaktır. Bu sebeple sadece bu hususlarda işlem yapabilir. Eğer kayyım, cenin adına olağan işler dışında kalan işlemlerde bulunmak istiyorsa, vesayet makamının onayını almak zorundadır¹⁰⁸³.

Ceninın dava ehliyetinin incelenmesinden önce taraf ehliyeti olup olmadığı sorununa değinmek gerekmektedir. Öğretide ceninin taraf ehliyetine ilişkin iki farklı

¹⁰⁷⁹ Bu hususta bkz. Hayrünisa Özdemir, "Henüz varolmayan kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Haziran 2013, s. 112 vd.

¹⁰⁸⁰ Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 74.

¹⁰⁸¹ Erişir, s. 116; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 73.

¹⁰⁸² Cenin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olacaktır (TMK m. 582).

¹⁰⁸³ Erişir, s. 117.

görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki ceninin tam ve sağ doğum ile ana rahmine düştüğü tarihten itibaren taraf ehliyetine sahip olmasıdır. Burada ceninin kanuni temsilci kayyım olacak ve cenin adına dava açabilecektir¹⁰⁸⁴.

Bir diğer görüş ise Kanunda sayılan istisnalar haricinde ceninin taraf ehliyetini sağ ve tam doğum ile kazanacağını, bu özel düzenlemeler haricinde cenine dava hakkı tanınmasının ve bu hakkın temsilci aracılığı ile kullandırılmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Özellikle Umar, kanundaki istisnalar haricinde cenin adına onun haklarını kullanabilecek bir kanuni temsilcisinin bulunmadığını çünkü ana ve babanın ceninin velisi olmadığı gibi henüz kişilik kazanmayan cenine vasi tayininin de mümkün olmadığını, ceninin istisnalar haricinde taraf ve dava ehliyetinin bulunmadığını belirtmektedir¹⁰⁸⁵.

Yargıtay ise uyuşmazlık doğrudan ceninin hak talebine ilişkin olmasa da destek olan kişinin ölümünden sonra destekten yoksun kalmaya ilişkin bir kararında ceninin cenin halindeyken bu talepte bulunamayacağı, bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun gerçekleştiği tarih olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸⁶.

Kanundaki istinaslar çerçevesinde cenine dava hakkı tanınmasının ve bu hakkın kayyım aracılığı ile kullanılmasının bir diğer sonucu ceninin ölü doğması durumudur. Öğretide dava devam ederken cenin ölü doğarsa davanın konusuz

¹⁰⁸⁴ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1979, s. 20; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s. 8; Erişir, s. 119.

¹⁰⁸⁵ Üstündağ, s. 289; Umar, Ehliyet, s. 606.

¹⁰⁸⁶ “Olayımızda destek olan baba 7.9.1980 tarihinde ölmüş davacı Belgizar 25.12.1980 günü doğmuştur. Babanın ölüm gününde davacının kişiliği henüz gerçekleşmemiş, cenin halindedir. Sağ ve tam doğum koşulu ile medeni haklardan yararlanacağı, desteğin yitirilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebileceği benimsendiğine göre bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun gerçekleştiği 25.12.1980 gününü kabul etmek gerekir. Zamanaşımı süresinin başlangıcı ana rahmine düşme anı kabul edilemez. Ayrıca; davacının kanuni temsilcisi (veli) annesi olmasa, veya evlilik dışı doğum sonucu kendisini temsile yetkili kimse bulunmasa idi, zamanaşımı başlangıcını, atanacak kazai temsilci (vasi)nin zarara ve faile ıtıla tarihinden başlatmak gerekecektir (11. HD. nin aynı doğrultuda 17.4.1975 günlü 75/445-2764 sayılı kararı). Hak düşürücü sürelerin başlangıcının da (Örneğin Mirasın reddi süresi) sağ ve tam doğum yani kişiliğin kazanıldığı gün olarak kabul edilmektedir (Dr. A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Giriş Ve Kişinin Hukuku, Çev: Volf Çernis, Ankara 1947, Sh. 341).

Bütün bu açıklamalardan sonra, mahkeme kararında “doğum tarihinden itibaren Medeni Haklardan istifade ehliyetinin bulunduğu” gerekçesi yanlış olmakla birlikte sonuca etkili değildir. Olayda kişiliğin başladığı güne göre zamanaşımı gerçekleşmemiştir.

O halde, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir yolsuzluk görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle, usûl ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerekir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 23.10.1984, E. 1984/6447, K. 1984/7849 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (25.09.2019).

kalacağı ileri sürülmektedir. Burada davayı yürüten kayyım bakımından kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı da değerlendirme konusu olmalıdır. Örneğin kayyım, ceninin sağ ve tam doğmuş olduğunu sonrasında hayatını kaybettiğini ileri sürebilir. Burada artık davayı yürüten kayyımın kanun yoluna başvurması mümkün olmalıdır ancak cenin ölü doğarsa verilen hüküm etkisiz hüküm olur¹⁰⁸⁷. Bizce de ceninin kanunda sayılan istisnai haller haricinde yargılamada taraf olamayacağının kabulü gerekmektedir. Çünkü tam ve sağ doğmayan cenin bakımından etkisiz hüküm alınmış olması gibi hukuki sonuçların yanı sıra temsilde de bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Bir an için ceninin yargılamada yer alabileceğini kabul edersek kanuni temsili uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenebilir. Yönetimi belli olmayan mallar için ceninin menfaatleri doğrultusunda yönetim kayyımı atanabileceği kabul edilebilir¹⁰⁸⁸. Fakat diğer haller için ceninin temsiline nasıl olacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Cenine veli ve vasi atanamayacağı gibi temsil kayyımı da atanamayacaktır. Bu sebeple bu konuda özel bir düzenleme yapılmadan ceninin kanunda belirtilen istisnalar haricinde davada temsil edilemeyeceği görüşündeyiz.

B. Adi Şirket

Adi şirketler, Türk Borçlar Kanunu'nun *Özel Borç İlişkilerini* düzenleyen ikinci kısmının *Onsekizinci Bölümünde* düzenlenmiştir. Adi şirket, kişisel ögelere göre şekillenmiş, ortak haklarının ve yapısının sermayeye dayalı değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği; ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve herhangi bir iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletmeyi işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir şirkettir¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ Erişir, s. 120.

¹⁰⁸⁸ Öğretide Özdemir, bazı hallerde örneğin ceninin art mirasçı olarak atanması durumunda Türk Medeni Kanunu'ndaki maddelerin kıyasen uygulanabileceğini; cenine yönetim kayyımı ya da temsil kayyımı atanabileceğini; taraf ve dava ehliyeti olmayan ceninin yargılamada bu kanuni temsilciler aracılığı ile temsil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Özdemir, s. 121.

¹⁰⁸⁹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 40.

Adi şirketlerin tüzel kişilikleri bulunmaması sebebiyle bu şirketlerin taraf ehliyeti de yoktur¹⁰⁹⁰. Taraf ehliyeti olmayan adi şirket dava açamayacağı gibi kendisine de dava açamaz¹⁰⁹¹. Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tüm ortakların davacı olması gerekir. Adi şirketle ilgili uyuşmazlıklarda ortakların tümüne dava açılmalıdır. Burada mecburi dava arkadaşlığı vardır¹⁰⁹². Ancak dava, bir ortak veya ortaklardan bazıları tarafından açılırsa, dava hemen red edilemez. Mahkeme, diğer ortakların davaya katılmasını veya muvafakat etmelerini sağlaması için davacıya bir süre verir¹⁰⁹³. Diğer ortaklar davaya katılır ya da muvafakat verirlerse başka bir deyişle davayı açan ortağa temsil yetkisi verirlerse davaya devam edilecektir. Diğer ortaklar davaya katılmaz ve davacıya temsil yetkisi de vermezlerse o zaman mahkeme esasa girmeden davayı usûlden reddeder¹⁰⁹⁴. Tebligatların da tarafların her birine ayrı ayrı yapılması gerekmektedir¹⁰⁹⁵. Bununla Birlikte Borçlar Kanunu'nun 637. maddesinin 3. fıkrası

¹⁰⁹⁰ Üstündağ, s. 281; Postacıoğlu, s. 180; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71; Fatih Bilgili, "Adi Ortaklığı Fiil Ehliyeti", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Birinci Cilt, İstanbul, 2002, s. 205; Kale, s. 174; Erişir, s. 226.

¹⁰⁹¹ Üstündağ, s. 281; Postacıoğlu, s. 180; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71; Kale, s. 175; Erişir, s. 226. "*Öncelikle somut olayda çözümü gereken sorun, taraf teşkili noktasındadır. Davacı dava dilekçesinde, "... Tabldot Tm. Hiz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ... Gücü Tem İnş" hasım olarak göstermiş ise de, davahlar vekili tarafından sunulan dilekçeye göre "... Tabldot Tm. Hiz. İnş. San. Tic. Ltd. Şti" ile "... Gücü Tem İnş" şeklinde iki ayrı şirket bulunduğu, mahkemece somut olayda iki ayrı şirkete mi yoksa adi ortaklığa mı husumet yöneltildiği noktasında herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadan davacının bildirdiği aynı (tek) adrese tebligat yapılarak yargılamanın sonuçlandırıldığı anlaşılmakta olup, adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından davada taraf olma ehliyeti yoktur. Bir başka ifade ile adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ortaklığa karşı dava açılmaz. Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar, adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına yöneltilmelidir. Hal böyle iken, somut olayda usûlüne uygun taraf teşkili yapılmadan işin esası hakkında karar verilmesi tek başına bozma sebebidir."* Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 25.6.2019 tarihli, E. 2017/18062, K. 2019/14056 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (29.09.2019).

¹⁰⁹² Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 703.

¹⁰⁹³ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 711.

¹⁰⁹⁴ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 712; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71; Kale, s. 175. "Adi ortaklıkta davanın tüm ortaklar tarafından birlikte açılması zorunlu olduğundan yükleniciler üç kişi olup adi ortaklık şeklinde sözleşmeyi imzaladıklarından, mahkemece davacılar asıl davada yer almayan ortağın davaya muvafakatının sağlanması için süre verilmesi, muvafakat sağlanamazsa adı geçen hakkında bu davayla birleştirilmek üzere dava açtırılıp bu şekilde taraf teşkili tamamlandıktan sonra işin esasına girilip davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından, asıl dava yönünden kararın bozulması, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir" Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 26.11.2018 tarihli, E. 2018/4572, K. 2018/4671 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019). Bilgili, s. 206.

¹⁰⁹⁵ "İki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortak girişimin (yani adi ortaklığın) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. 6098 Sayılı BK'nun 620.maddesinde (818 Sayılı BK'nun 520.) de açıklandığı üzere, adi ortaklığın hükmi şahsiyeti bulunmadığından ortaklar, ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve

uyarınca “Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır” . Hükümden anlaşıldığı üzere her ne kadar yönetim yetkisine sahip ortak, diğer ortakları temsilen dava açamayacak ve ona karşı dava açılmayacak olsa da diğer ortaklar yönetici ortağa dava açmak ve yargılama işlemlerini yürütmek için özel bir yetki verebilirler. Bu halde yönetici ortak, kendi adına asaleten ve diğer ortakların temsilcisi olarak tek başına dava açabilir veya ona karşı dava açılabilir. Burada yönetici ortağın avukat olmasına gerek yoktur. Burada yönetici ortak, taraf ehliyeti bulunmayan adi şirketin organı olarak değil, diğer ortakların temsilcisi olarak dava açtığından dava dilekçesinde bütün ortakların isimlerini de açıkça göstermelidir¹⁰⁹⁶.

Bir ticari işletmenin adi şirket ortakları tarafından işletilmesi ortakları tacir yapar (TTK m. 12) ancak adi şirkete taraf olma ehliyetini kazandırmaz¹⁰⁹⁷. Tacir olmaları sebebiyle iflas yolu ile ortaklar takip edilebilir (TTK m. 12, 18, 20) Adi ortaklığın ortak bir unvan kullanması da bu durumu değiştirmeyecektir¹⁰⁹⁸.

Davanın tüm mecburi dava arkadaşları tarafından birlikte açılmasından sonra da mecburi dava arkadaşları hakkında tek hüküm verilmesi gerekli olduğundan mahkemece yapılacak tahkikat ve yargılamaya ilişkin işlemlerde adi şirket ortaklarının birlikte hareket etmeleri gerekmektedir¹⁰⁹⁹. Ancak dava arkadaşlarından biri ya da bir kaçının tutum ve davranışları diğer dava arkadaşlarını etkileyebileceği gibi davaların gecikmesine de sebep olabilir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 60. Maddesinde duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış

sınırsız olarak tüm varlıklarıyla sorumludurlar. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından aktif ve pasif dava ehliyeti yoktur. Bu nedenle, adi ortaklığa ilişkin davalarda adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. (6098 Sayılı BK’nun 534., 818 Sayılı BK’nun 534, TMK’nun 702.maddeleri) Eldeki davada, ortaklığı oluşturan her üç şirkete de mahkeme gerekçeli kararının tebliği gerektiği halde..., Endüstriyel Tesisler Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketine ve ... İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketine usûlüne uygun olarak gerekçeli karar tebliği yapılmadığı anlaşılmıştır.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 10.06.2019 tarihli E. 2019/1255, K. 2019/3240 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (29.09.2019).

¹⁰⁹⁶ Bilgili, s. 206.

¹⁰⁹⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71.

¹⁰⁹⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 4.6.1968 tarihli, 6771/4819 sayılı kararı için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71.

¹⁰⁹⁹ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 713.

oldukları usûl işlemlerinin, usûlüne uygun olarak davet edildikleri halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade edeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, duruşmaya gelen mecburi dava arkadaşları yani adi şirket ortakları gelemeyen diğer ortakların katılımı olmaksızın tüm usûli işlemleri yapabilecektir ancak, müddeabih üzerinde doğrudan sonuç doğuran, feragat, kabul ve sulh gibi işlemler birlikte yapılmalıdır

Alman hukukunda adi ortaklığın taraf ehliyeti tartışma konusu olmuştur. Son yıllarda hem öğretide¹¹⁰⁰ hem de yargı kararlarında¹¹⁰¹ adi ortaklıkların (*die Gesellschaft bürgerlichen Rechts GbR*) taraf ehliyeti olduğu kabul edilmektedir¹¹⁰². Bu konuda hem davacı¹¹⁰³ olma açısından hem de davalı olma bakımından herhangi bir ayrım görülmemektedir¹¹⁰⁴.

Adi şirketin taraf ehliyetinin var olduğunun kabulü sonucunda adi şirketin tek başına dava ehliyetine sahip olduğu söylenemez. Adi şirketin organı aracılığı ile temsil edilmesi gerekmektedir. Eğer ortaklık sözleşmesinde yargılamada temsile yetkili bir kimse gösterilmişse o kişi, temsil yetkisine sahip olacaktır. Ortaklık sözleşmesinde böyle bir kimsenin belirlenmemesi durumunda her ortak, ortaklığı temsile yetkili olduğundan (BGB m. 714, 709/I), mahkeme önünde ortaklığı temsile de yetkili olacaktır¹¹⁰⁵. Ortaklık sözleşmesinin geçersiz olması halinde ise adi şirketin

¹¹⁰⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erich Waclawik, **Prozessführung im Gesellschaftsrecht**, Verlag C.H. Beck München, 2008, München, s. 141; Jochen Markgraf ve Arne Kiebling, “Gesellschaften als Parteien im Zivilprozess”, **Juristische Schulung**, April 2010, Heft 4, s. 314 vd.; Hans Gummert ve Lutz Weipert, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG**, Stille Gesellschaft 15. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, §19, Rn. 20. Türk Hukukunda bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 71; Erişir, s. 219 vd.; Kale, s. 149 vd. ; Metin İkizler, “Alman Dernekler Hukukundaki Reform Çalışmalarına Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, s. 418 vd; Bilgili, s. 209.

¹¹⁰¹ BGH NJW 2001, s. 1056, www.beckonline.com, (10.10.2019).

¹¹⁰² 2001 tarihli karar ile Alman hukukunda adi ortaklık her ne kadar tüzel kişiliğe sahip olmasa da hukuki trafiğe katılarak kendisi için hak ve yükümlülükler tesis ettiği için hak ehliyetinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bu karar ile adi ortaklığa açıkça atıfta bulunan Alman Medeni Kanunu’nun 54. Maddesi karşısında hak ehliyeti olmayan derneklere için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişiliği olmayan derneklere ve adi ortaklığa hak ehliyetinin tanınması ile taraf ehliyetinin de olduğu kabul edilmiştir. İkizler, s. 419.

¹¹⁰³ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, C. I, s. 713.

¹¹⁰⁴ Waclawik, s. 141; Bilgili, s. 209.

¹¹⁰⁵ Waclawik, s. 142; Markgraf ve Kiebling, s. 315. Bilgili de davayı ortaklık adına ortaklığın dış temsilini yürütmeye yetkili bir ortağın veya ortak olmayan bir temsilcinin ortaklık adına takip edebileceğini belirtmiştir. Bilgili, s. 209.

taraf olmadığı, dolayısıyla temsilcilerin de dava ehliyetine sahip olmadığı sonucunu doğurur¹¹⁰⁶.

Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı bazı hususlar bakımından zorluklar yaratabileceği gibi bir takım faydalar da sağlamaktadır. Öncelikli olarak Alman hukukunda da Türk hukukuna benzer bir şekilde adi ortaklığın Ticaret Siciline kayıt edilmesi zorunluluğu olmadığından sicilin sağladığı aleniyet fonksiyonu burada gerçekleşemeyecektir. Gerçekte bir adi ortaklık olup olmadığının tespiti üçüncü kişiler için zor bir durumdur¹¹⁰⁷. Benzer bir şekilde dava ehliyeti bakımından da temsile yetkili kişilerin belirlenmesi sorun teşkil edebilir. Bununla birlikte tüzel kişilik tanınması halinde yeni bir ortağın ortaklığa girmesi ya da ortaklıktan ayrılması hali yargılamaya etki etmeyecektir¹¹⁰⁸.

C. Şubeler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında şubelerin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu ifade edilmiş, ancak şubelerin dava ehliyetinin olup olmadığına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Özel hukuk tüzel kişilerinin şubelerinin bağlı oldukları merkezden ayrı bir tüzel kişiliği yoktur. Bu nedenle, şubelerin taraf ve dava ehliyeti yoktur¹¹⁰⁹. Öğretideki şubelerin taraf ve dava ehliyetinin bulunduğuyla ilişkin görüşe katılmamaktayız¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ Gummert ve Weipert, § 19, Nr. 20.

¹¹⁰⁷ Bilgili, s. 210.

¹¹⁰⁸ Bilgili, s. 211.

¹¹⁰⁹ Kuru, C. I, s. 1117; Tanrıver, s. 507; İşeri, s. 32; Kayış, s. 227. Benzer bir şekilde Derneklerin şubelerinin tüzel kişiliği yoktur. Uyuşmazlıkların derneğe yöneltilmesi ve benzer şekilde derneğin yetkili organı tarafından temsilin sağlanması gerekmektedir. "5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2/h maddesinde ise; dernek şubeleri, dernek faaliyetlerinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı olarak açılan, tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde organları bulunan alt birim olarak tanımlanmıştır. Bu olgu gözetildiğinde, kanun ile derneklere şube açma imkanının tanınması ve dernek şubelerinin organlarının bulunması, şubelerin tüzel kişiliği bulunduğu sonucunu doğurmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu; davada taraf olma ehliyetini, medeni haklardan yararlanma ehliyetinin bir parçası saymış, 8, 28, 47 ve 48. maddeleriyle bu yönde hükümler getirerek medeni haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olma ehliyetini taşıdığını belirtmiştir. Taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkindir. Dava tarihinden önce ölen ve kişiliği son bulan bir kişinin veya tüzel kişilik kazanmamış bir topluluğun taraf ehliyetinin bulunmayacağı kuşkusuzdur. Davada, İstanbul Valiliği'nin yazısı ile dernek şubesinde yapılan genel kurul toplantısının kanun ve tüzük hükümlerine aykırı yapıldığı ileri sürülmüş, yazı dernek şubesine tebliğ edilerek yargılama yapılmış ve hüküm verilmiştir. Yukarıda açıklanan hukuksal olgular ve şubenin tüzel kişiliğinin ve dolayısıyla davada taraf ehliyetinin bulunmadığı gözetildiğinde davada taraf teşkili sağlanmadan

Bununla birlikte öğretide bir görüş tüzel kişinin tüzüğünde ya da şirket sözleşmesinde şubelerin de organ olduğunu belirtmişlerse artık şubelerin tüzel kişiyi temsil edebileceğini kabul etmişlerdir¹¹¹¹.

Yargıtay bir kararında davanın bankaya karşı açılması gerekirken şube aleyhine açılmasının hatalı olduğunu ancak bu durumun temsilciye yanılma niteliğinde olduğunu ve davanın bankaya yöneltilmesi için davacı tarafa süre verilerek usûlüne uygun şekilde taraf teşkili sağlandıktan sonra davaya devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹¹².

yargılama yapıp hüküm verildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, dava dilekçesi ve duruşma gününün tüzel kişiliği bulunan dernek adına ve genel merkez adresine tebliğe çıkarılması, dernek yetkilileri veya vekilleri duruşmaya geldikleri takdirde davaya karşı diyeceklerinin ve delillerinin ibraz etme olanağı tanındıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi, *Doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 12.01.2015 tarihli E. 2014/10210, K. 2015/38 sayılı kararı için bkz. www.emsal.co, (30.09.2019).

¹¹¹⁰ Bu görüş için bkz. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı, Vedat, İstanbul, s. 50. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda bu hususun altını çizmiştir. “Şubenin bulunduğu yerde açılan dava, (şubeye karşı değil) merkeze karşı açılır. Çünkü şubenin (gerçek veya tüzel) kişiliği yoktur ve bu nedenle de taraf ehliyeti yoktur.” HGK, 13.07.2005, 13-443/463, 13-443/463 (MİHDER 2005/1, s. 191).

¹¹¹¹ Kuru, C. I, s. 1117. Aynı yönde Deliduman, özel hukuk tüzel kişilerinin şubelerinin tüzel kişiyi temsil edebilmeleri için, tüzüğünde organ olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu duruma örnek olarak banka şubelerinin durumunu göstermiştir. Seyithan Deliduman, “Tüzel Kişilerin Davada Temsili”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 1, 1998, s. 179. Yazara göre banka ana sözleşmesinde şubelerin de organ olduğu yazılı ise, şube işlemleriyle ilgili davada banka şube müdürleri bankayı temsil edebilecektir.

Kayış ise bu görüşe katılmadığını belirtmiştir. Yazara göre banka şubelerinin ana sözleşmede organ olarak gösterilmesi mümkün olmadığı gibi, banka şube müdürlerinin banka tüzel kişiliğini mahkemede temsil yetkisi, ticari temsilci niteliğinden kaynaklanmaktadır. Şubenin ana sözleşmede organ olarak yazılı olmasının şube müdürlerinin temsil yetkisine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kayış, s. 228.

¹¹¹² “Dava doğrudan tüzel kişiliği bulunmayan Banka Şubesine yöneltilerek açılmış, karar başlığında davalı olarak Bankaya izafeten Şube gösterilmiştir. Davanın Banka’ya karşı açılması gerekirken Şube aleyhine açılması hatalıdır. Ancak bu durum 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 124. maddesindeki temsilciye yanılma niteliğinde olup, davanın Banka’ya yöneltilmesi için davacı tarafa mehil verilmeli, usûlüne uygun şekilde taraf teşkili sağlanarak tarafların gösterdiği deliller toplanmalı ve dosya yeniden değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre karar verilmelidir. Taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde karar verilmesi usûle aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 1.12.2016 tarihli, E. 2016719791, K. 2016/23608 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (30.09.2019)

D. Kat Malikleri Kurulu

Kat Mülkiyeti Kanunu ‘nun 30. maddesine göre, kat malikleri kurulu, kat maliklerinden oluşmaktadır. Bununla birlikte kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır¹¹¹³.

Kat malikleri kurulunun taraf ehliyetinin bulunmaması¹¹¹⁴ sebebiyle dava ehliyeti de yoktur. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 35. maddesi, kat malikleri kuruluna bir takım yetkiler vermiştir. Bu madde uyarınca kat malikleri kurulunca yöneticiye yetki verilmesi durumunda kat maliklerini temsilen dava açılabilir. Ayrıca Kat Malikleri Kanunu’nun 38. maddesinde kat malikleri kurulunun kararlarının iptaline ilişkin davalarda husumetin kat maliklerini temsilen yöneticiye yöneltilebileceği hüküm altına alınmıştır. Öğretide kanun metninde yer alan husumet ifadesinden anlaşılması gereken hususun ne olması gerektiği değerlendirilmiştir¹¹¹⁵. Esasında husumet ifadesi muğlak bir ifade olup sıfat, dava takip yetkisi veya dava ehliyeti olarak anlaşılmaya müsaittir. Ancak burada kanun koyucunun burada ifade etmek istediği, yöneticinin dava takip yetkisine sahip olduğudur¹¹¹⁶.

E. Diğer Durumlar

Bu başlık altında bazı kişiliği olmayan toplulukların dava ehliyeti özel olarak değerlendirilecektir. Bu topluluklar arasında ilk olarak miras ortaklığı gösterilebilir.

¹¹¹³ Kale, s. 187. Aynı yönde: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.06.2006 gün, 2006/18-483 E., 2006/473 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere kat malikleri kurulunun tüzel kişiliğinin bulunmadığı tartışmasızdır. Ancak kanun koyucu tüzel kişiliği bulunmayan bu kurula 634 sayılı Kanun’un 35’inci maddesi ile; bu kanundan doğan yetki ve görevleri kapsamındaki bazı iş ve işlemlerde kat maliklerini temsilen hukuki ilişki kurma ve dava takip yetkisi vermiştir. Ne var ki ana taşınmazın genel yönetimi dışında kalan işler için yöneticinin dava takip yetkisi bulunmadığının kabulü gerekir (KALE, S.: Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s.188). Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu alacak iddiasının temeli mülkiyet hakkına ve bu hakkın devamı olarak tüketiciye tanınan seçimlik yetkilere dayanmaktadır. Bu durumda, site yönetimine kat malikleri kurulunca yetki verilmiş olması, eldeki uyuşmazlık yönünden site yönetiminin dava açma ehliyetinin bulunduğunu kabule yeterli sayılmamalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.12.2017 tarihli E. 2017/13-689, K. 2017/1686 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (17.12.2019).

¹¹¹⁴ Kale, s. 187; Erişir, s. 240.

¹¹¹⁵ Dişel, s. 294.

¹¹¹⁶ Kat mülkiyeti Kanunu’na göre yöneticinin dava takip yetkisi yargı kararları ile birlikte özel olarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. Çalışmamızda bu konunun dava ehliyetinin değil dava takip yetkisinin alanına girdiği belirtilmiş, bu konuda derinlemesine bir incelemeye gidilmemiştir. Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Dişel, s. 293 vd.

Miras bırakanın tek mirasçısının olması durumunda terekenin yönetimi ve paylaşımı gibi konularda bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak miras açıldığında miras bırakanın birden fazla mirasçısı varsa tereke mirasçılarının tamamına bir bütün (kül) halinde geçip paylaşmaya kadar da bir özel bir malvarlığı olarak varlığını sürdüreceğinden bir takım sorunlar ortaya çıkabilir¹¹¹⁷. Mirasçılarının paylaşma tamamlanınca kadar oluşturdukları topluluk hukuken kendine özgü bir topluluk olarak düşünülmüş¹¹¹⁸ ve bu topluluk kanunda miras ortaklığı olarak ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 640. maddesinin birinci fıkrasında bu durum “*Birden çok mirasçı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir*” şeklinde ifade edilmiştir. Elbirliği halinde hak sahipliği ilkesinin uygulandığı miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla dava ehliyeti de yoktur¹¹¹⁹. Bu açıdan davada mirasçılarının davacı ya da davalı konumunda yer almaları halinde aralarında mecburi dava arkadaşlığı vardır.

Miras ortaklığı olduğu hallerde, mirasçılardan biri, sulh hukuk mahkemesinden bir temsilci atanmasını talep edebilir (TMK m. 640/3). Bu temsilciye de miras ortaklığı temsilcisi denilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda açıkça miras ortaklığı temsilcisi olarak anılan bu kişinin davadaki durumu ise teknik anlamda bir kanunî temsil olarak kabul edilmemelidir. Bu kimse de görev gereği davada taraf olarak yer alacaktır. Mirasçılar ise davanın tarafı değil, davanın dışında yer alan hak sahipleridir. Miras ortaklığı temsilcisi, davada mirasçılarının elbirliği halinde hakları için davada görev gereği dava takip yetkisini kullanır¹¹²⁰.

Mirasçılar tereke üzerinde hal ve fiil ehliyetine elbirliği şeklinde bir bütün halinde sahiptir ancak miras bırakan dava takip yetkisini Türk Medeni Kanunu’nun 552. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mirasçılardan alıp vasiyeti yerine getirme görevlisine devredebilir. Burada “*vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir.*” Bu görev ve yetkilerden biri de maddenin ikinci fıkrasının altıncı bendinde sayılan, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke ile ilgili dava ve

¹¹¹⁷ Özlem Sarı Fidan, **Miras Ortaklığı**, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 6; Kale, s. 179; Erişir, s. 227.

¹¹¹⁸ Sarı Fidan, s. 6; Kale, s. 179; Dişel, s. 237; Erişir, s. 227.

¹¹¹⁹ Sarı Fidan, s. 85; Kale, s. 179; Erişir, s. 231.

¹¹²⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Dişel, s. 237.

takiplerde miras ortaklığını temsil etmesidir. Bu görev ve yetkilerden biri de maddenin ikinci fıkrasının altıncı bendinde sayılan, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke ile ilgili dava ve takiplerde miras ortaklığını temsil etmesidir. Ancak burada teknik anlamda kanunî temsil değil, görev gereği dava takip yetkisi bulunmaktadır¹¹²¹.

Bir diğer topluluk olan iflas masasını değerlendirmemiz gerekirse Türk hukuku bakımından, iflâs masasının hak ehliyeti ve dolayısıyla taraf ehliyeti olmadığı gibi taraf ehliyeti de bulunmamaktadır¹¹²². İflas idaresine dava takip yetkisi tanınmıştır (İİK m. 229/ I)¹¹²³. İflâsın açılmasıyla müflisin tasarruf yetkisi sınırlansa da malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlülüklerin sahibi olarak kalmaya devam eder. Başka bir deyişle müflisin sınırlanan sadece tasarruf yetkisidir ¹¹²⁴.

Son olarak konkordato masasının durumunu değerlendirmemiz gerekirse konkordato masasının tüzel kişiliği bulunmamaktadır¹¹²⁵. Konkordato tasfiye memurlarının hukuki durumu büyük ölçüde iflas idaresinin durumuna benzemektedir¹¹²⁶. Bu sebeple konkordato tasfiye memuru da dava takip yetkilisi olarak değerlendirilmektedir¹¹²⁷. Konkordato komiserinin de hukuki durumuna ilişkin öğretide tartışmalar bulunmaktadır¹¹²⁸. Konkordato komiseri ne alacaklıları ne de borçluyu temsile yetkili olan bir organdır. İflas idaresi gibi davayı takip, yeni davalar açmak, sözleşme yapmak vs. gibi yetkileri veya görevleri bulunmamaktadır. Ayrıca, komiserin, alacaklıların kaydettikleri alacakları ret hakkı gibi bir hakkı dahi bulunmamakta, komiserin yaptığı işlemler daha çok kanunla sınırlanan usûli

¹¹²¹ Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 32; Dişel, s. 235.

¹¹²² Dişel, ss. 77-78.

¹¹²³ Wiezoreck ve Schütze, §51, Rn. 32. Erişir, s. 235. Öğretide Dişel yöneticilerin hukuki durumunun temsil mi yoksa dava takip yetkisi mi olduğuna ilişkin tartışmaların devam ettiğini belirtmiş, bu durumun sui generis bir hal olduğu üzerinde durmuştur. Yazar yönetici veya idareci olan kimselerin görev gereği davada taraf olmaları gerektiğini ileri sürmüş ve bu kimselerin görev gereği dava takip yetkilisi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Dişel, s. 80

¹¹²⁴ Dişel, s. 228.

¹¹²⁵ Cenk Akil, “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru”, **AÜHFD**, 61 (3), 2012, s. 824.

¹¹²⁶ Akil, s. 824.

¹¹²⁷ Dişel, s. 175.

¹¹²⁸ Altay ve Eskiocak, kendine özgü bağımsız bir organ olduğunu belirtmiştir. Sümer Altay ve Ali Eskiocak, **Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 311. Tanrıver ise komiserin “vasiyeti tenfiz memuru” gibi kanunla kendisine verilen bir takım usûli işlemleri yapmakta, konkordatonun hükümlerini yerine getirmek suretiyle görevini ifa etmekte olduğunu ifade etmiştir. Süha Tanrıver, **Konkordato Komiseri, Yetkin**, Ankara, 1993, (Komiser), s. 139.

işlemlerden ibaret olmaktadır. Bu noktada komiserin görevlerinin, masayı temsil eden iflas idaresinden çok daha dar olduğu görülebilecektir¹¹²⁹ . Bu bağlamda iflas idaresi ile benzerlik göstermediği kanaatindeyiz.



¹¹²⁹ Tanrıver, Komiser, s. 268.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ

I. İLK DERECE YARGILAMASINDA DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ

A. Dava Ehliyetinin Usûli İşlem Şartı Olması

1. Usûli İşlem Kavramı

Usûli işlem (*Prozeßhandlungen*), kavramına ilişkin kanuni bir tanıma, ne Türk hukuku düzenlemelerinde ne de Alman hukuku¹¹³⁰ düzenlemelerinde yer verilmiştir. Bu sebeple bu kavram, medeni usûl hukuku öğretisi çerçevesinde ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

Davanın açılmasıyla birlikte davanın tarafları arasında ve taraflarla mahkeme arasında üçlü usûli bir ilişki doğar ve bu ilişki dava sonuçlanıncaya kadar devam eder. Yargılama faaliyeti de davanın açılmasından hükmün kesinleştiği tarihe kadar, gerek taraflarca gerekse mahkemece gerçekleştirilen usûl işlemlerinden oluşur¹¹³¹. Bu çerçevede yargılamanın geliştirilmesi için davanın taraflarınca veya mahkemece tarafından yapılan işlemlere usûl işlemi denir¹¹³². Ancak bu tanım, usûli işlemler için yeterli değildir. Daha geniş bir tanım ile usûli işlemler; yargılamanın yürütülmesi, ilerletilmesi ve sonuçlandırılması için yargılamaya dâhil kişilerce veya mahkemece

¹¹³⁰ Baumgärtel, s. 1; Thomas Groger, **Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren**, Andreas Offsetdruck, Göttingen, 1964, s. 3; Oda, s. 17; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Usûl Hukukunda Usûli İşlemler**, İstanbul 2001 (Usûli İşlem), s. 40, Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif, İstanbul, 2011, s. 321. Öğretide Taşpınar, karşılaştırmalı hukukta, Vatikan Usûl Kanunu'nun 144. maddesinde bir tanımın yer aldığını belirtmiştir. Bu tanıma göre usûli işlemler, bir usûli ilişkinin doğuşu, gelişimi, değişimi veya sona erdirilmesine doğrudan etki eden işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bu hususta bkz. Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 66.

¹¹³¹ Ansay, s. 144; Bilge, s. 214; Üstündağ, s. 406; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, ss. 166-167; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl C. I, s. 433.

¹¹³² Musielak ve Voit, Einleitung, Rn. 58; Oda, s. 18; Ansay, s. 144 vd.; Bilge, s. 214 vd.; Üstündağ, s. 406; Karşlı, Usûli İşlem, s. 26 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 161; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 167; Sungurtekin Özkan, s. 121; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 297.

yapılan, şartları medeni usûl hukuku tarafından belirlenen, hüküm ve sonuçlarını medeni usûl hukuku alanında gösteren işlemlerdir¹¹³³.

Medeni usûl hukukunda usûli işlem kavramı ele alınırken dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Dar anlamda usûli işlemler, taraf usûl işlemlerini (*Parteiprozeßhandlung*) ifade etmektedir. Mahkeme usûl işlemleri (*Gerichtshandlungen*), dar anlamda usûli işlemlerin tanımlanmasında dikkate alınmamıştır¹¹³⁴. Çünkü mahkemenin ve tarafların tâbi olduğu hukuki düzenlemeler nitelikleri ve görevleri doğrultusunda farklıdır¹¹³⁵ ve mahkeme usûl işlemlerinin koşulları ve etkileri, esasen taraf usûl işlemlerinden farklı hukuk kurallarına tabidir. Daha geniş anlamda usûli işlemler ele alındığında ise uyuşmazlığın çözümünü sağlamak için devlet otoritesinin uygulanmasında kamu gücü olarak hareket eden mahkemelerin işlemleri ile uyuşmazlığın çözümünün uygulanmasında gerçekleştirilen ve belirli usûli etkiler doğuran taraf usûl işlemleri, usûl işlemi olarak kabul edilmektedir¹¹³⁶.

Öğretide usûli işlemler, Goldschmit'in yapmış olduğu ayırmadan hareketle hâkimin karar vermesini gerekli kılan (*karara götürücü*) (*Erwirkungshandlung*) ya da hâkimin kararına ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden sonuç doğuran usûli işlemler (*Bewirkungshandlung*) (*karara götürücü olmayan, etkileyici*) olmak üzere farklı bir ikili ayrıma daha tâbi tutulmaktadır¹¹³⁷. İlk gruba giren usûli işlemler, mahkemenin ya da mahkemenin bir organının belirli bir kararı vermesine yol açan usûli işlemlerdir¹¹³⁸. Çünkü bu yönde bir karar olmaksızın tek başlarına etkili

¹¹³³ Musielak ve Voit, Einleitung, Rn. 58; Ansay, s. 144; Karşlı, Usûli İşlem, s. 26 vd.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 167; Erdönmez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 433; Tanrıver, s. 422; Albayrak, s. 100.

¹¹³⁴ Rudolf Bruns, **Zivilprozeßrecht**, 2. neubearbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 1979, § 19, Rn. 106; Oda, s. 17; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 297;

¹¹³⁵ Baumgärtel, s. 1; Oda, s. 17.

¹¹³⁶ Oda, s. 18; Karşlı, Usûli İşlem, s. 28; Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, s. 167.

¹¹³⁷ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. James Goldschmit, **Der Prozess als Rechtslage**, Neudruck der Ausgabe, Scientia Verlag Aalen, Berlin, 1962, s. 364 vd. Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 162. Türk medeni usûl hukuku öğretisinde bu işlemler sonuçlarını meydana getirmek için mahkeme kararına ihtiyaç duyulan veya buna gerek olmadan kendiliğinden sonuç doğuran işlemler ya da bağlı etkili işlemler ve doğrudan etkili işlemler olarak adlandırılmaktadır. Bu hususta bkz. Karşlı, Usûli İşlemler, s. 157; Taşpınar, s. 71; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 168; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303; Tanrıver, s. 425; Nur Bolayır, "Usûl İşlemlerinde Sakatlıklar ve Bunların Düzeltilmesi", **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 34, s. 292; Hakan Albayrak, **Medeni Usûl Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yekın, Ankara, 2013, ss. 106-107.

¹¹³⁸ Goldschmit, ss. 364-365; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §64, Rn. 1 vd.; Karşlı, Usûli İşlem, s. 157; Taşpınar, s. 71; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 168; Tanrıver, s. 425; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303; Albayrak, ss. 106-107; Bolayır, s. 290.

değillerdir. Bu usûli işlemleri gerçekleştiren taraflar, mahkemeye iddialarını destekleyen hususları ileri sürer ve mahkemeyi usûli işlemin gerekçesi konusunda ikna etmeye çalışırlar¹¹³⁹. Genellikle taraf usûl işlemleri, hâkimin sonunda bir karar vermesini gerektiren usûli işlemlerdir. Bu işlemlerin yargılama esnasında gerçekleştirilmesinin tek başına bir etkisi bulunmamaktadır. Aksine bu işlemler hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir¹¹⁴⁰. Ancak bu karar, dilekçede desteklenen iddialara ve ispat araçlarına dayanılarak verilecektir. Karara götürücü usûli işlemler, kendi içerisinde de üçe ayrılmaktadır. Bunların ilki talepler (*Anträge*), ikincisi iddialar (*Behauptungen*) ve üçüncüsü ise delil gösterilmesidir (*Beweisführung*)¹¹⁴¹.

İkinci gruba giren usûli işlemler ise davayı geri alma, davadan feragat gibi hâkimin belirli bir karar vermesini gerektirmeyen, aksine kendiliğinden usûli sonuçlar doğuracak işlemlerdir¹¹⁴². Örneğin, mahkeme içi ikrar, davanın kısmen ya da tamamen ıslahı, iddianın ya da savunmanın genişletilmesine ya da değiştirilmesine rıza gösterilmesi, asli müdahale talebi, yeminin ifası ya da reddi gibi işlemler bu kategoriye girmektedir¹¹⁴³. Bir dava açmak, hem hâkim kararı gerektirdiği hem de davanın açılması ile derdestlik başladığı için bu her iki türe de girebilir. Aynı çıkarım, kanun yoluna başvuru için de yapılabilir. Çünkü kanun yoluna başvuruda, üst merceye başvurulmasının yanı sıra, kanun yoluna başvurulabilme şartlarının sağlandığına ilişkin hâkim kararı da gerekmektedir¹¹⁴⁴.

Kendisine özgü özellikler taşıyan usûli işlemler, maddi hukuka özgü bir kavram olan hukuki işlemler ile karıştırılmamalıdır. Çünkü her ikisinin tâbi olduğu kurallar ile hukuk düzeni içerisinde doğurduğu sonuçlar farklıdır¹¹⁴⁵. Örneğin,

¹¹³⁹ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 64, Rn. 12 vd.; Karşlı, Usûli İşlem, s. 157; Taşpınar, s. 71.

¹¹⁴⁰ Kühlmann, s. 10; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 162; Taşpınar, s. 71; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, ss. 168-169; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303; Albayrak, s. 107; Bolayır, s. 290.

¹¹⁴¹ Goldschmit, s. 364; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 64, Rn. 1-14; Karşlı, Usûl İşlemleri, s. 157; Taşpınar, s. 71; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 168-169; Tanrıver, s. 425; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303; Albayrak, s. 107.

¹¹⁴² Goldschmit, s. 456, Kühlmann, s. 10; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 64, Rn. 15 vd.; Oda, s. 19; Karşlı, Usûli İşlemler, s. 161; Taşpınar Ayvaz, s. 72; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 62; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303.

¹¹⁴³ Karşlı, Usûl İşlemleri, s. 161; Tanrıver, s. 426.

¹¹⁴⁴ Oda, s. 20; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, ss. 162-163.

¹¹⁴⁵ Goldschmits, s. 362; Karşlı, Usûli İşlem, s. 72; Üstündağ, s. 408; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 166; Tanrıver, s. 422; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 300; Albayrak, s. 101; Bolayır, s. 290.

hukuki işlemler bakımından, kural olarak irade ve şekil serbestisi geçerliiyken; usûli işlemler genellikle tür, içerik ve yapıma biçimleri bakımından sınırlandırılmıştır. Hukuki işlemlerin şekle bağlanmış olması ispat kolaylığı, işlem güvenliği gibi sebeplerle öngörülmüşken, usûl işlemleri yargılamanın belirli bir düzen içerisinde yürütülmesi amacıyla şekle tabi kılınmaktadır¹¹⁴⁶.

Usûli işlemlere ilişkin olarak bir eksiklik ya da hukuka aykırılık olması durumunda doğuracağı sonuçlar, hâkimin karar vermesini gerekli kılan ya da hâkim kararı gerektirmeyen bir usûli işlem olmasına göre farklılık gösterecektir¹¹⁴⁷.

Hâkimin karar vermesini gerekli kılan usûli işlemin geçerliliği için kabule şayanlık (*Zulässigkeit*) ve esaslılık (*Begründetheit*) incelemesinin yapılması gerekirken, hâkimin karar vermesine gerek olmayan usûli işlemler ise hükümsüzlük (*unwirksam und unbeachtlich*) incelemesinden geçer. Hâkimin kararını gerektirmeyen usûli işlemlerde bir eksiklik olması durumunda bu işlemler hükümsüzdür. Usûli bir etki göstermezler. Mahkeme bu işlemleri dikkate almadan yargılamaya devam etmelidir¹¹⁴⁸.

Hâkimin kararını gerektiren işlemlerde ise doğrudan dikkate alınmama gibi bir yaptırım söz konusu değildir. Bu işlemler kural olarak geçersizdir¹¹⁴⁹ ancak doğrudan sonuçlarını göstermez. "Adalet talebi" (*Justizanspruch*) anlayışı üzerine mahkeme, re'sen göze alması gereken hususlar haricinde, tarafların talebi üzerine, usûli işlemin kabule şayanlığı ya da esasına ilişkin bir eksiklik sebebi ile usûli işlemi reddetmelidir¹¹⁵⁰. Örneğin dava ehliyeti olmayan bir kimsenin gerçekleştirmiş olduğu bir usûli işlem, kabule şayan olmaması sebebiyle mahkemece kabul edilmemelidir.

Bununla birlikte, çoğunlukla usûli işlemlerin eksikliklerinin giderilerek, tekrar yapılması mümkündür. Örneğin, bazı dava şartlarına ilişkin eksikliklerin giderilebilmesi mümkündür (HMK m. 115/2-3). Bu eksikliklerin giderilmesi durumunda ise usûli işlemler geçerlilik kazanacak ve açılan dava usûle uygun hala gelecektir. Dava ehliyeti de eksikliği giderilebilen bir dava şartıdır. Bu sebeple dava

¹¹⁴⁶ Karşı, Usûli İşlem, s. 40; Postacioğlu, ss. 280-281; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 161; Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, s. 170; Tanrıver, s. 423; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 300.

¹¹⁴⁷ Oda, s. 20; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 306.

¹¹⁴⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 306.

¹¹⁴⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 306.

¹¹⁵⁰ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, s. 351.

ehliyeti olmayan kimsenin açtığı davaya, kanuni temsilcisi tarafından onay verilmesi durumunda dava açılması işlemi korunmuş olacaktır¹¹⁵¹.

Burada üzerinde durmamız gerekli olan husus dava ehliyetinin bir usûli işlem olmadığıdır. Dava ehliyeti, alt başlıkta da inceleneceği üzere, türü önemli olmaksızın taraf usûl işlemleri için kabule şayanlık şartı olarak kabul edilmektedir¹¹⁵².

2. Dava Ehliyetinin Usûli İşlem Şartı Olarak Değerlendirilmesi

Taraflara ilişkin dava şartlarının birer usûli işlem şartı olup olmadığını ilk defa Abend, özellikle taraf ehliyeti üzerinden tartışmıştır. Abend'a göre taraf ehliyeti ve dava ehliyeti esasa ilişkin karar alabilme (*Sachurteilsvoraussetzungen*) şartıdır. Eksikliği durumunda davanın esasına ilişkin herhangi bir işlem (*Sachverhandlung*) yapılamaz ve davanın esasına ilişkin bir karar alınamaz. Bununla birlikte yazar, dava ve taraf ehliyetine sahip olmayan kişilerin gerçekleştirdiği usûli işlemlerin etkili olduğu ve bu sebeple taraf ile dava ehliyetinin birer usûli işlem şartı olmadığı görüşündedir. Abend, bu görüşünü, taraf ve dava ehliyeti olmayan kişilerin ehliyetlerinin belirlenmesine ilişkin işlemlere katılabilmesine ve bu süreçte ehliyetsiz olan kişilerin gerçekleştirmiş olduğu işlemlerin geçerli olmasına dayandırmaktadır¹¹⁵³.

Benzer şekilde Bernhardt da dava ehliyetinin usûli işlem şartı olarak kabul edilmesi konusunda şüphelerini dile getirmiştir. Yazar'a göre dava ehliyeti, bir usûli işlem şartı değil, hukuki dinlenilme hakkının kullanılabilmesi için kişisel bir usûli işlem olanağı (*personale Prozesshandlungsmöglichkeit zur Ausübung Rechtliches Gehör*) olarak değerlendirilmelidir¹¹⁵⁴.

Öğretide Groger ise Nikisch'in taraf ehliyetine ilişkin yapmış olduğu tanımdan hareketle taraf ve dava ehliyetini, usûli işlem şartı olarak değerlendirmiştir. Nikisch'in taraf ehliyetine ilişkin tanımı, taraf ehliyetini, bir kimsenin dava açabilme ya da dava edilebilme yoluyla esasa ilişkin bir karar alabilme ehliyeti olarak ifade

¹¹⁵¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303.

¹¹⁵² Oda, s. 22.

¹¹⁵³ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Heinrich Abend, **Prozesse nicht parteifähiger und nicht existenter Parteien**, Dissertation, Erlangen, 1953, s. 12 vd.

¹¹⁵⁴ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Jürgen Bernhardt, **Der geisteskranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung**, Gutenbergdruckerei Robert Oberkirch oHG, Freiburg im Breisgau, 1967, s. 23 vd, s. 81 vd.

eder¹¹⁵⁵. Groger'e göre bu tanımdan hareketle taraf ehliyeti, kişilere, yargılamanın öznesi olma olanağını tanır. Dava ehliyeti ve taraf ehliyeti kanunda benzer şekilde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte dava ehliyeti de esasa ilişkin bir karar alabilmek için tarafların sahip olması gereken usûli bir fiil ehliyeti olarak değerlendirilebilir. Burada davanın esasına ilişkin olmayan hususlarda, başka bir deyişle taraflara ilişkin dava şartlarının tespitine ilişkin usûli işlemlerde, dava ehliyeti aranmaz. Ancak taraf ya da dava ehliyetine sahip olmayan kişinin davanın esasına ilişkin gerçekleştirdiği usûli işlemler geçersizdir. Taraf ya da dava ehliyetine sahip olmayan tarafın işlemleri, sadece usûle ilişkin bir karar verilene kadar geçerlidir¹¹⁵⁶.

Bugün öğretilde, bizim de katıldığımız üzere dava ehliyetinin usûli işlem şartı olduğuna ilişkin herhangi bir tartışma yoktur¹¹⁵⁷. Dava ehliyetinin bir usûli işlem şartı olarak kabul edilmesinin temel nedeni, usûli işlemlerin güvence altına alınması ve dava ehliyeti bulunmayan kişilerin yargılamada karşılaşılabilecekleri olumsuzlukların ortadan kaldırılmasıdır¹¹⁵⁸.

Dava ehliyeti, genel olarak kendisi ya da atamış olduğu temsilci aracılığı ile usûli işlem yapabilme ve usûli işlemleri kabul edebilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵⁹. Bu tanımın içerisinde yer alan bu genel ifade, dava ehliyetinin doğrudan, usûli işlem (*Prozesshandlungsvoraussetzung*) şartı olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur¹¹⁶⁰. Eksikliği halinde, dava ehliyetine sahip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen işlemlerin etkisi olmaz. Bunlar hükümsüzdür (*unwirksam*) ancak burada hükümsüzlük, mutlak butlandan kaynaklanan (*Nichtigkeit*) bir hükümsüzlük değildir¹¹⁶¹. Çünkü dava ehliyeti eksikliğinin icazet ile her zaman giderilmesi olanağı bulunmaktadır¹¹⁶².

¹¹⁵⁵ Arthur Nikisch, **Zivilprozessrecht**, zweite ergänzte Auflage, Paul Siebed, Tübingen, 1952, ss. 111-112.

¹¹⁵⁶ Bu hususta bkz. Groger, ss. 48-64.

¹¹⁵⁷ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 23-25; Umar, Ehliyet, s. 614; Tanrıver, s. 498; Budak ve Karaaslan, s. 91; Oda, s. 16; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303.

¹¹⁵⁸ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 589; Kale, ss. 21-22; Bolayır, s. 319.

¹¹⁵⁹ Bknz. Birinci Bölüm/II.

¹¹⁶⁰ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 21; Zöller, §53, Rn. 13; Kern ve Diehm, §51, Rn. 1; Saenger, §51, Rn. 4; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 67 N 16; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §51, Rn. 6; Oda, s. 26; Wiczorek ve Schütze, § 52, Rn. 21; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 588; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 303.

¹¹⁶¹ Wiczorek ve Schütze, §52, Rn. 21; Schmidt, JuS, s. 405; Kühlmann, s. 10.

¹¹⁶² Kühlmann, s. 10

Taraf, dava ehliyetine sahip değilse, etki doğurması için hâkim kararı gerektirmeyen usûli işlemler olarak kabul edilen davayı geri alma (*Klagerücknahme*), davayı kabul (*Anerkenntnis*), davadan feragat (*Verzicht*) gibi işlemleri de gerçekleştiremez¹¹⁶³.

Tarafların gerçekleştirdiği ya da taraflara karşı gerçekleştirilen usûli işlemler, bu ehliyetin eksik olması durumunda geçersizdir. Burada, bu işlemlerin geçersizlik yaptırımına tabi olmasının temel sebebi, bu eksikliklerin giderilebilecek nitelikte eksiklikler olmasıdır. Usûli işlem şartları tamamlanmadan, mahkeme, usûli işlemlere sonuç tanımaz. Öğretide dava ehliyeti, herhangi bir ayrıma gidilmeden hem hâkimin kararını gerekli kılan (*karara götürücü*) (*Erwirkungshandlung*) ve hâkimin kararına ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden sonuç doğuran usûli işlemler (*Bewirkungshandlung*) için de usûli işlem şartı olarak kabul edilmektedir. Örneğin dava ehliyeti olmayan kişinin gerçekleştirdiği dava açmak, kanun yoluna başvurmak, kanun yolundan feragat ya da davadan feragat gibi usûli işlemler de geçersizdir¹¹⁶⁴. Bizce de usûli işlemler için dava ehliyetinin bir usûli işlem şartı olup olmadığı değerlendirilirken bu ayrımın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Her iki türlü usûli işlem türünde de dava ehliyetinin bulunması bir usûli işlem şartıdır. Bir usûli işlem, usûli şartına ilişkin eksiklik giderilmeden ister hakmin kararını gerekli kılan bir usûli işlem olsun isterse de kendiliğinden sonuç doğuran bir usûli işlem olsun geçerlilik kazanamayacaktır.

B. Özellik Gösteren Bazı Usûli İşlemler Bakımından Dava Ehliyetinin İncelenmesi

1. Yemin ve Dava Ehliyeti

Yemin, tarafların, davanın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu, Kanun'da belirtilen usûle uyarak, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden sözlü açıklamalarıdır¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ Walter Zeiss ve Klaus Schreiber, **Zivilprozessrecht**, 12. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 59.

¹¹⁶⁴ Bu hususta daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Oda, s. 21 vd.

¹¹⁶⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Yemin), s. 28 vd.; Bilge, s. 434; Kuru, Medeni Usûl, s. 388;

Yemin, bizzat tarafa teklif olunur ve tarafça eda yahut iade olunur. Kendisine yemin teklif edilen tarafın dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Çünkü yemin, davanın sonucunu kesin olarak etkileyen ve son çare olarak başvurulmuş bir delil türüdür¹¹⁶⁶. Taraflardan biri tüzel kişi yahut ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse ise onlar adına yapılmış bir işleme ilişkin vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanuni temsilci tarafından eda ya da iade olunabilir. Ancak burada önemli olan bir husus, kanuni temsilcinin ancak kendisinden kaynaklanan (kendisine ilişkin olan veya kişisel olarak öğrendiği) vakıalar hakkında yemin edebilecek olmasıdır. Örneğin, yeminin konusunu kısıtlının kısıtlanmasından önceki döneme ait bir vakıa oluşturuyorsa, bu vakıayı vasi bilemeyeceğinden, bu konuda vasiye yemin teklif edilemez veya yemin vasiye iade olunamaz¹¹⁶⁷.

Öğretide Yılmaz¹¹⁶⁸ yeminin verilir verilemeyeceği hususunda, yemini teklif veya iade edecek olan kişinin, ergin olup olmamasının bir önem taşımaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, yemin müessesinin niteliği gereği bunun erginlikten çok ayırt etme gücü ile ilgisi vardır. Nitekim tanık delili¹¹⁶⁹ bakımından da kabul edilen ilke budur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 257. maddesinin a bendine göre on beş yaşını bitirmemiş ve yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayan tanıklar, yeminsiz olarak dinlenir¹¹⁷⁰. Yazar, yemin için de ayırt etme gücünün esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir.

Yemin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir usûli işlemdir. Ayırt etme gücüne sahip oldukları ölçüde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kişinin kendisi tarafından

Üstündağ, s. 666; Postacioğlu, s. 509; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 430; Tanrıver, s. 864; Erdönmez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1873; Karşlı, s. 481; Sungurtekin Özkan, s. 284; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 507; Budak ve Karaaslan, s. 240.

¹¹⁶⁶ Yılmaz, Yemin, s. 75; Kuru, Medeni Usûl, s. 389; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 430; Karşlı, s. 481; Tanrıver, s. 864; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 507; Budak ve Karaaslan, s. 240.

¹¹⁶⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 435.

¹¹⁶⁸ Bu görüş için bkz. Yılmaz, Yemin, s. 75.

¹¹⁶⁹ Burada özellikle belirtmek gerekmektedir ki dava ehliyeti, taraf ehliyeti gibi usûli işlem şartları davada işlemleri ile etkili olan tanık gibi üçüncü şahıslarda aranmaz. Tanıklık yapabilmek için usûli işlem ehliyetine ihtiyaç yoktur. Esasında taraf olmayan bu üçüncü şahısların işlemleri her ne kadar usûli sonuçlar doğurup mahkemece usûli işlemler yapma gereği doğursa da bu kimselerin işlemleri usûli işlem olarak değerlendirilmemesi gerektiği ayrı bir kategoride ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Karşlı, Usûli İşlem, s. 108-181.

¹¹⁷⁰ Maddenin kaynağı olan Nöşateli Usûl Kanunu'ndan farklı olarak tanıkların yeminsiz dinlenme yaşı 18'den 15'den düşürülmüştür ancak yemin için benzer bir düzenlemeye gidilmemiştir. Kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bu düzenlemeyi aynı şekilde getirmesi eleştirilmektedir. Bu hususta bkz. Yılmaz, Yemin, s. 75.

kullanılması esastır. Bu sebeple, yemin deliline dayanabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmanın yeterli olduğu ileri sürülebilirse de kesin delil olan yemin, medeni usûl hukuku alanında, takdiri delillerden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Yemin, tanıklıktan farklı olarak takdiri bir delil değil, kesin bir delildir (HMK m. 225-239)¹¹⁷¹. Yemin teklif olunan taraf, kendisine yöneltilen yemini yerine getirirse, yemin teklif eden kimsenin iddia ettiği vakıanın doğru olmadığı ispat edilmiş olacaktır. Yeminin eda edilmesi ile artık uyuşmazlık konusu olan vakıa kesin delille ispat edilmiş olacağından karşı taraf, o konuda yeni delil getiremez ve hâkim de yeni araştırmada bulunamaz. Bulunursa, yapılan işlemler geçersizdir¹¹⁷². Benzer şekilde kendisine yemin iade olunan taraf, yemin ederse uyuşmazlık konusu vakıanın var olduğunu, kesin delille ispat etmiş olur. Kendisine yemin teklif olunan taraf ise yeminin kendisine iade edilmesini kabul etmezse yeminden kaçınmış sayılır ve bunun sonucu olarak o vakıanın ikrarla kabulü ortaya çıkar¹¹⁷³. Her nasıl ki dava açabilmek ve yargılama esnasındaki usûli işlemleri yapabilmek için kanuni temsilcinin icazeti gerekiyor ise eda edilmesi durumunda bir kesin delil teşkil edecek yeminin teklif ve eda edilebilmesi için de sadece ayırt etme gücüne sahip olma şartının aranması yeterli olmamalıdır. Yeminin edası ile dava ehliyetine sahip olmayan taraf açısından, yargılamanın lehine sonuçlanması gibi aleyhine de sonuçlanması ihtimali doğabilecektir. Bu sebeple, kanaatimizce yemin teklif ve eda edebilmek için dava ehliyetine sahip olma şartının aranması yerinde bir düzenlemedir (HMK m. 232/II-III).

Yemin teklif ya da eda edilirken tarafın dava ehliyetinin eksik olması durumunda bu eksikliğin sonrasında giderilip giderilemeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. Öğretide, Karşlı, Koç ve Konuralp, dava şartlarının eksik olduğu dönemde yapılan işlemlerin geçerliliğin ne olacağını problem teşkil eden bir husus olarak değerlendirmiş, dava şartının eksik olduğu dönemde yapılan işlemlerin bozmaya konu olup olmayacağının uygulamada görüleceğini belirtmiştir¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ Burada tanığa yemin ettirilmesinin sonuçları ile taraf yeminin sonuçları aynı değildir. Tanık yeminli ifade verse de takdir hakime aittir. Ancak yemin delilinde ise yemine konu vakıa aydınlatılmış sayılır (HMK m. 225).

¹¹⁷² Yılmaz, Yemin, s. 177.

¹¹⁷³ Yılmaz, Yemin, s. 184.

¹¹⁷⁴ Esasında bu değerlendirme sadece yemin için değil, diğer tüm usûli işlemler için geçerlidir. Bu hususta bkz. Abdurrahim Karşlı, Evren Koç ve Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemli Konular**, Alternatif, İstanbul, 2014, s. 65.

Bu hususta yemin ile ilgili iki farklı değerlendirme yapılabilir. Bunlardan ilki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 232. maddesi hükmünde yer alan *“Taraflardan biri tüzel kişi yahut ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse ise onlar adına yapılmış bir işleme ilişkin vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanuni mümessil tarafından eda ya da iade olunabilir.”* ifadeleri ile yeminin eda ya da teklif edilmesi hususunda özel bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Çünkü burada ilgili hükme yer verilmeseydi dahi tarafların dava ehliyetine ve davada kanuni temsile ilişkin hükümler uygulanacaktı. Bu sebeple bu düzenlemenin yemin eda ve teklifi için kurucu nitelikte bir düzenleme olduğu düşüncesinden hareketle sonradan verilecek icazetle eksikliklerin iyileştirilmeyebileceği düşünülebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 231. maddesinde yemin edecek tarafın, gerçek kişi olması ve fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda, yemin teklif edilmemiş sayılacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun burada, kanuni temsilciler ile yemin deliline devam etmek istemediği görülmektedir¹¹⁷⁵. Dava ehliyeti olmayan tarafın eda ettiği yeminden sonra, temsil eksikliği giderilmiş, kanuni temsilci tüm usûlî işlemlere icazet vermiş ise kanun yolları aşamasında artık dava ehliyeti eksikliğinden bir karar verilemeyecek olsa da karar, yemin deliline dayanılarak verilmişse bu husus bir istinaf ya da temyiz sebebi olarak değerlendirilebilir.

Bu konuda yapılabilecek bir diğer değerlendirme ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinden hareketle dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesi durumunda, eda edilen yeminin geçerli olacağı yönündedir. Bu maddeye göre, mahkeme, dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir ancak dava şartı eksikliği, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu eksiklik giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usûlden reddedilemez. Bir dava şartı olan dava ehliyetinin eksikliği iki şekilde giderilebilir. Bunlardan ilki kanuni temsilcinin icazet vermesi ile bir diğeri ise dava ehliyeti olmayan kişinin dava ehliyetini kazanması ve icazet vermesidir. Kanuni temsilcinin ya da dava ehliyetini kazanan kimsenin icazeti tüm yargılama içindir. Bazı usûlî işlemlere icazet verip bazılarına vermemek gibi bir durum söz konusu

¹¹⁷⁵ Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanuni temsilcinin yeniden yemin teklif etmesine engel olacak bir düzenleme hüküm altına alınmamıştır. Tarafın dava ehliyetini kaybetmesi durumunda, kanuni temsilci tekrar yemin teklif edebilir.

olmayacaktır¹¹⁷⁶. Bu sebeple verilen icazet tüm usûli işlemler için olup, yemin de buna dahildir. Öğretide Budak ve Karaaslan, dava ehliyeti bulunmayan taraf adına kanuni temsilcisine yemin teklif edilebilmesini hukuki işlemlerin de fiil ehliyeti bulunmayan kişinin kanuni temsilcisinin izni veya onayı ile geçerli hale geleceğine ilişkin maddi hukuk düzenlemesinin tabii bir sonucu olarak ¹¹⁷⁷ değerlendirmiştir. Sonuç olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinden hareketle kanuni temsilcinin ve kişinin kendisinin sonradan vereceği icazet yargılamanın tümünü olduğu gibi, eda edilen yemini de geçerli hale getirecektir.

Kanaatimizce, dava ehliyeti eksikliği, eksikliği giderilebilecek bir dava şartıdır. Bunun temel amacı usûl ekonomisi ilkesi gereğince, yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmek istenmesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava ehliyeti olmayan kimseler adına yemin etme olanağı tanımıştır. İcazetle iyileştirilebilecek usûli işlemler hakkında da bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu sebeple ehliyet eksikliğinin giderilmesi durumunda ehliyetsiz kişi tarafından edilen yeminin ve yemin teklifinin de geçerli olacağı düşüncesindeyiz.

Sınırlı ehliyetsiz kimseler, dava ehliyetlerinin bulunduğu davalarda yargılamayı tek başlarına yürütebileceklerinden yemin teklif ve eda edebilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 232. maddesinin üçüncü fıkrasında ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde, ikinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı, başka bir deyişle, kişinin dava ehliyetine sahip olduğu hallerde, yemin teklif edip, eda edebileceği, hüküm altına alınmıştır. Ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hallerde, esas olarak bu kimseler fiil ehliyetlerini kaybetmemektedir. Bu hallere ilişkin olarak fiil ve dava ehliyetleri bulunmaktadır. Böyle bir durumda, kişi tam ehliyetli iken kısıtlansa dahi bizzat dava hakkı tanınan haller için dava ehliyetine sahip olarak kabul edileceğinden yemin teklif edilmemiş sayılmayacaktır. Bu kimseler, yemini kabul ya da iade edebilirler.

Tüzel kişiler bakımından yemini yerine getirecek olan o tüzel kişiliği temsil eden kişi veya organıdır (HMK m. 232/2)¹¹⁷⁸. Dernek, vakıf ve ticaret şirketleri

¹¹⁷⁶ Bu hususta bkzn. Üçüncü Bölüm I/F.

¹¹⁷⁷ Budak ve Karaaslan, s. 242.

¹¹⁷⁸ “HMK’nun 232. maddesine göre, yemin tarafa teklif olunur ve tarafça eda yahut iade olunur. Taraflardan bir tüzel kişi ise onlar adına yapılmış bir işleme dair vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi tarafından eda ya da iade olunabilir. Yemin davetiyesinin davalı şirkete çıkartılması gerekir. Vekile müvekkilini hazır etmesi hususunda bir görev yüklenemez. Bu yönde

bakımından, şirketi temsil edenler tespit edilmeli ve yemin ona göre teklif edilmelidir. Örneğin, özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu nitelikte olan anonim ortaklığın organları tarafından temsil edilmeleri esastır. Temsilci, ana sözleşme ve Ticaret Kanunu'nun 342. maddesi uyarınca belirlenmelidir¹¹⁷⁹. Tüzel kişilerde yemini yerine getirecek olan temsilcinin yetkisi imza sirkülerine bakılarak belirlenir¹¹⁸⁰. Bu sebeple tüzel kişi adına yemin eden yetkili kişiyle ilgili bilgilerin örneğin imza sirkülerinin dosyaya konulması gerekmektedir¹¹⁸¹.

Tüzel kişiyi birden çok kişinin temsil etmesi durumunda, temsilcilerin ayrı ayrı mı yoksa birlikte mi temsile yetkili olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁸². Eğer birlikte temsil söz konusu ise yeminin hepsi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir¹¹⁸³. Aynı husus, gerçek kişilerin temsilinde de

vekile çıkartılan tebligat usûlüne uygun değildir. Davalı şirkete çıkartılan yemin davetiyesi tebliğ edilmeksizin iade edildiğine göre, usûlüne uygun tebligat yapılmaksızın davalı yanın yeminden kaçındığı kabul edilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 27.06.2013 tarihli E. 2013/7772, K. 2013/12045 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019).

¹¹⁷⁹ "O halde and .için gelen ve içen kimsenin davacı ortaklığı sözü edilen esaslar uyarınca **tek başına temsile yetkisi olup olmadığı yönünden araştırılmamış, sonucunun tutanağa yazılmamış ve keza kimliğinin açıklattırılıp belirtilmemiş olması usûl ve kanuna aykırıdır**" Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 5.11.1964 tarihli, 4356/5150 sayılı kararı için bkz. Yılmaz, Yemin, s. 79.

¹¹⁸⁰ "Taraflar arasında fatura konusu işlerin yapıldığı uyumsuzluk konusu değildir. Davalı ödemelerin tümüyle yapıldığını, borcu kalmadığını savunmuş, elden yaptığı ödemelerle ilgili olarak yemin deliline dayanmıştır. Bu nedenle mahkemece yapılması gereken iş TMK'nun 50. maddesinde tüzel kişilerin iradesi organları aracılığıyla aklanacağından davacı **şirketi halen temsile yetkilinin imza sirküleri incelenmek suretiyle tespiti ile ödemelerle ilgili hazırlanacak metne göre yeminin temsilciye eda ettirilmesi ve hası olacak sonuca göre hüküm kurulmasından ibarettir. Tarafların şirket olduklarından bahisle yemin teklifinin reddi usûl ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.**" Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 9.6.2008 tarihli, E. 2008/2914, K. 2008/3772 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019).

¹¹⁸¹ "Mahkemece yemin hakkında bilgisine başvurulmuş İ'nin davalı E Konut A.Ş.'nin yetkili temsilcisi olmadığı belirtilmiştir. **Gerçekten de hükmü şahıslara yöneltilecek yeminin hükmü şahsiyetinin yetkili temsilcisi tarafından eda edilmesi gerekir. İ'nin şirket temsilcisi olduğuna dair bir belge dosyaya ibraz edilmemiştir. Bu durumda mahkemece davalı E Konut A.Ş. ye yemin davetiyesinin tebliğ edilerek yemine icabet edilmesi halinde gerçek yetkiliye yemin eda ettirilip sonucuna göre hüküm tesis gerekirken yetkili olmayan kişinin eda ettiği yemine dayanılarak davanın reddi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur.**" Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 10.06.2003 tarihli, E. 2003/1093, K. 2003/3102 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019).

¹¹⁸² Karşılı, birden çok kişinin tüzel kişiyi temsile yetkili olması ve yetkili kimselerin birinin, diğerinden başka beyanda bulunması halinde, yeminin iade edilmiş veya yerine getirilmiş sayılıp yapılmayacağının maddi hukuk meselesi olarak çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu hususta bkz. Karşılı, s. 483.

¹¹⁸³ Kuru, Medeni Usûl, s. 395; Üstündağ, s. 669. Aynı yönde "Tüzel kişilerin taraf olduğu davalarda tüzel kişiye teklif edilen yemin, tüzel kişinin yetkili organı tarafından eda edilir. **Bu temsilci, yemin konusu işlemin yapıldığı tarihteki değil, yemin teklif edildiği zamandaki temsilcidir. Ayrıca, birlikte temsil Söz konusu olduğu takdirde yeminin bağlayıcı olabilmesi için birlikte temsile yetkili kişilerin tamamının da yemin etmesi zorunludur.**" Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.4.2009 tarihli, E. 2007/42574, K. 2009/10859 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019). Alman Medeni

geçerlidir. Velayet hakkı ana ve babada ise velayet hakkı ortak olarak kullanılır (TMK m. 336). Yemine ilişkin hususların birlikte yerine getirilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde vasi tayin edilirken birden fazla vasinin birlikte hareket etmesi gerekliliği öngörülmüş ise yemin birlikte ifa edilmelidir. Eğer ki velayet hakkı sadece anne ya da babada ise yemin bakımından geçerli işlemler, bu kimse tarafından yapılacaktır. Velayet altındaki bir kimsenin kanuni temsilcisi dava açarken ve ilgili usûli işlemleri gerçekleştirirken vesayet makamından herhangi bir izin almasına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple velinin, yemin için de özel bir izin almasına gerek yoktur.

Vasinin dava açabilmesi, sulh, tahkim, konkordato, davayı kabul ve davadan feragat edebilmesi için ayrı ayrı olarak sulh hukuk mahkemesinden izin alması gerekmektedir. Ancak yemine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, yeminin kesin delil değeri ve yeminle ilgili delil anlaşmaları bakımından yeminin ortaya çıkardığı sonuçlar göz önüne alındığında, vesayet altındakinin menfaatinin açıkça görüldüğü hallerde vesayet makamından izin alınması gereklidir¹¹⁸⁴. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü yemin teklifi yapılması ve yeminin iade olunması bakımından özel bir hüküm yer almamaktadır. Özel bir hüküm yer almadan taraflara böyle bir zorunluluk getirilmesi, kişilerin iddia ve savunmalarını da sınırlayıcı nitelikte olduğundan adil yargılanma hakkının da bir nevi sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Nitekim incelemiş olduğumuz yargı kararlarında da özel olarak bu hususa değinilmese de vasinin böyle bir izin alması gerekliliğinden de bahsedilmemektedir¹¹⁸⁵.

Usûl Kanunu'nda ise farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Her ne kadar Alman medeni usûl hukuku sisteminde yemin delili kabul edilmese de tarafların isticvabına ilişkin getirilen düzenlemede, dava ehliyeti olmayan kimselerin kanuni temsilcileri aracılığı isticvap edileceği, tarafın birden fazla kanuni temsilcisinin bulunması durumunda ise Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 449. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır (ZPO m. 455). Bu Kanun'un 449. maddesinin kıyasen uygulanması sonucu olarak kanuni temsilcilerin birinin ya da tamamının dinlenilmesine mahkeme takdir yetkisini kullanarak karar verecektir.

¹¹⁸⁴ Yılmaz, Yemin, s. 77.

¹¹⁸⁵ “Dava, ehliyetsizlik, hile ve taraf muvazaası hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı vasisi, kısıtlı ...'ın maliki olduğu 1142 parsel (imar ile 1 parsel) sayılı taşınmazı davalı eşi ...'e satış suretiyle temlik ettiğini, davacının işlem tarihinde hukuki ehliyeti haiz olmadığını, yapılan temlikin muvazaalı olduğunu ve davacının akli melekelerinin yerinde olmadığını ileri sürerek, davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesini istemiştir.....Taraf muvazaası iddiasına gelince; davacı akdin tarafıdır. 05.02.1947 tarih, 20/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı uyarınca bu tür bir iddianın yazılı delille, yazılı delil yok ise yemin delili ile ispatlanması zorunludur.

Yemin konusunda kayyım açısından ise ikili bir ayrıma gidilmektedir. Eğer temsil kayyımlığı söz konusu ise kayyımın dava ile ilgili her türlü işlemleri, bu arada yemin teklifi, yeminin iadesi gibi hususları da izin almadan yapabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte idare kayyımlığı söz konusu ise asıl görevi idari, yan görevin davada temsil olması sebebiyle yemin konusunda değerlendirmenin vasi açısından varılan sonuçlara paralel bir şekilde yapılması gerekmektedir¹¹⁸⁶. Çünkü kanunda aksine açık hüküm bulunmadıkça vasiye ilişkin hükümler kayyım hakkında da geçerlidir (TMK m. 4706/3).

Yönetim danışmanı atanmış kişiler bakımından malvarlığının yönetimi ile ilgili davalarda yeminin edası kanuni temsilci tarafından yapılacaktır mal varlığının gelirleri üzerinde yönetim danışmanının herhangi bir yetkisi bulunmadığından, yemin, bizzat tarafın kendisi tarafından gerçekleştirilecektir¹¹⁸⁷.

Tüzel kişiler için yemin edecek olan kanuni temsilci, yeminin konusu işlemin yapıldığı tarihteki temsilci değil, yemin teklif edildiği zamandaki kanuni temsilcidir¹¹⁸⁸. Kamu tüzel kişilerine de yemin teklif edilebilir¹¹⁸⁹. Benzer şekilde

Somut olayda, davacı tarafından temlikin muvazaalı olduğuna dair yazılı bir delil ibraz edilememiştir. Bu tür iddialar bakımından HMUK'nun 293.maddesinin, (HMK 203.) de uygulama yeri yoktur. Ne var ki, dava HMK'nun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olup, dava dilekçesinde her türlü delil denilmek suretiyle yemin deliline de dayanılmıştır.

Hal böyle olunca, temlikin muvazaalı olup olmadığının kanıtlanması bakımından davacının yazılı delili bulunmadığına göre, yemin hakkının hatırlatılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 2.7Z2018 tarihli, E. 2018/13749, K. 2018/11714 sayılı kararı aynı yönde “Davacı; davanın irade fesadına dayanan iptal davası olduğu, irade fesadının bir sene içinde ileri sürülebileceğini aksi halde icazet verilmiş olacağını savunarak davanın zamanaşımı yönünden reddini istemiştir. Diğer taraftan davacının, noter senedini yaparken, akli melekelerinin yerinde olduğunu, bu nedenle senedin iptalini isteyemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmiştir. Karar davacı vasisi tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, noter senedinin bedelsiz olduğunu iddia ederek iptal isteğinde bulunmuştur. Dava dilekçesinde davalı olan torunu ile anlaşarak bedeli almış gibi beyanda bulunduğunu fakat gerçekte herhangi bir bedel almadığını, iddia etmiştir. Böyle bir iddia hata, hile ve ikrah niteliğinde değildir. Senet metnine aykırı bulunan satış bedelinin ödenmediği iddiasının yazılı delille kanıtlanması gerekir. Öte yandan bu nitelikteki bir dava BK. nun 31. maddesindeki hak düşürücü süreye de tabi değildir. Bu bakımdan mahkemenin davayı zamanaşımı yönünden reddetmiş olması yanlıştır. Ancak davacı iddiasını yasal delillerle ispat edemediğinden ve dava dilekçesinde de yemin deliline dayanmış olduğundan davacıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna uygun bir karar verilmek üzere hüküm bozulmalıdır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 27.01.1987 tarihli E. 1987/87, K. 1987/331 sayılı kararı bknz. www.lexpera.com , (07.12.2019).

¹¹⁸⁶ Yılmaz, Yemin, s. 78.

¹¹⁸⁷ Tanrıver, s. 867.

¹¹⁸⁸ Karşı, Medeni Muhakeme, s. 484. Aynı yönde “Davacı, tüzel kişiliği haiz limited şirkettir. Özel hukuk tüzel kişilerinin organları tarafından temsil edilmeleri asıldır. Temsilcinin ortaklık sözleşmesi ve T.T.K.nun 540.maddesine göre belirlenmesi gerekir. **Yemin teklif edilmesi halinde tüzel kişi adına yemin edecek temsilci, yemin teklif edildiği andaki temsilcidir.** Somut olayda mahkemece ödeme

belediye başkanının görevinin son bulmasından itibaren belediye tüzel kişiliği adına başkan yemin edemez, çünkü kanuni temsilcilik yetkisi kalmamıştır¹¹⁹⁰.

Yemin edecek tarafın gerçek kişi olup, yeminden evvel ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda bir başka deyişle bu kişinin usûlî işlem ehliyetini kaybetmiş olması durumunda ise yeminin teklif edilmemiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. (HMK m. 231). Gerçek kişi olan tarafın, yemin teklifi ile iadesi veya edası arasındaki dönemde ölümü ya da fiil ehliyetini kayıp etmesi hâlinde durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Yemin teklif eden kişinin fiil ehliyetini kaybetmesinden sonra, karşı taraf yemini eda eder ya da yemini etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ve sonuçlarını doğuracağı açıktır. Ancak yemin, artık fiil ve dava ehliyeti olmayan kişiye iade edilirse ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 231. maddesinden hareketle yeminin teklif edilmemiş sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü Kanun koyucu,

*konusunda davalının yemin teklifi üzerine davacı şirket ortağı olan Günseli Gülcan'a yemin yaptırılarak sonuca gidilmiş ise de adı geçen şahsın davacı şirketi tek başına temsil yetkisi olup olmadığı araştırılmaksızın, temsil veya yetki belgesi ibraz ettirilmeksizin yemin beyanı yeterli görülerek kısmi ödeme savunmasının kabul edilmemesi doğru olmamıştır.”*Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2005 tarihli, E. 2004/6031, K. 2005/3540 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019).

¹¹⁸⁹ Yılmaz, Yemin, s. 85.

¹¹⁹⁰ “Davacı, davalı ile varlığını iddia ettiği akdi ilişkiyi ve iş bedeli tutarını, diğer delillerle kanıtlanamamış ancak yemin deliline dayandığından, davalı **Belediyenin eski başkanına eda ettirilen yemine göre mahkemece dava kabul edilmiştir. HUMK.nun 337 ve devamı maddeleri hükmünce yemin davanın taraflarına yaptırılır. Somut olayda olduğu gibi, şayet taraflardan birisi hükmi şahsiyet ise yeminin bu hükmi şahsiyete yemin teklif edilen tarihte temsile yetkili olanına eda ettirilmelidir. Uyuşmazlıkta, yemini eda eden Salih Y.'ın halen davalı belediyeyi temsile yetkili olmadığı ve belediyenin eski başkanı bulunduğu anlaşıldığından, mevcut yemin davalı belediyeyi bağlamaz ve bu yemine dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece davacının dayandığı yemin, belediyenin temsile yetkili başkanına yöneltilerek sonucu dairesinde bir hükme varılması yerine, değinilen husus gözden kaçırılarak temsile yetkili olmayan kişiye eda ettirilen yeminle davanın kabulü yasaya aykırıdır.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28.01.2002 tarihli, E. 2001/4491, K. 2002/375 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (02.07.2019). Her ne kadar yargı kararlarında ve öğretide bu yönde bir tartışma bulunmasa da kanaatimizce tüzel kişiler adına temsile yetkili olan kişilerin yemin edebilmesi için yemin konusu işlem hakkında bilgi sahibi olması ya da tüzel kişiliğe ilişkin belgelerden bu konu hakkında fikir edinebiliyor olması gerekmektedir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 225. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yeminin konusu olarak davanın çözümü bakımından önem taşıyan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalar gösterilmiştir. Aynı fıkrasının ikinci cümlesinde ise bir kimsenin bir hususu bilmesinin onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılacağı belirtilmiştir. Bu maddeden hareketle davanın çözümü bakımından önem taşıyan vakıanın gerçekleştiği tarihte kanuni temsilci olmayan kişinin bu vakıa hakkında bilgi sahibi olmaması ve sahip olamayacak durumda olması halinde tüzel kişilik adına yemin edemeyeceği kanaatindeyiz. Her ne kadar yemin, tüzel kişi adına ediliyor olsa da yemini eden ve gerçek bir kişi olan kanuni temsilcinin bu konuda bilgi sahibi olmaması ve olamayacak durumda olması halinde ondan yemini eda etmesi beklenilmemelidir.**

yemin edecek tarafın fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda yemin görevinin kanuni temsilciye geçeceğini kabul etmemiş, özel olarak yeminin teklif edilmemiş sayılacağını hüküm altına almıştır. Yeminin iadesi ile yemin, bunu teklif eden tarafa geçer. Bu sebeple artık karşı tarafa yemin teklif edilmemiş sayılması gerekmektedir. Ölüm veya fiil ehliyetini kayıp etme, gerçek kişilere mahsus hâllerden olduğundan, madde tüzel kişi olan tarafa uygulanmayacaktır. Bir kimsenin ölümü halinde kanuni mirasçıları aracılığı ile; fiil ehliyetini kaybetmesi halinde ise kanuni temsilcisi aracılığı ile yargılamaya devam edilebilir. Ancak tüzel kişiliğin sona ermesi halinde, tüzel kişinin taraf ehliyeti son bulacağından davanın bir dava şartı olan taraf ehliyeti eksikliği sebebi ile usûlden reddedilmesi gerekmektedir (HMK m. 115/II). Bu sebeple tüzel kişiliğin son bulması haline ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmemiştir.

Yemin teklif edilmemiş sayılması, yemine ilişkin usûlü başlatan ve devamında gereken usûli işlemlerin hiç gerçekleştirilmemiş sayılması gerektiği anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda kanuni temsilcinin tekrardan yemin teklif etmesine engel olacak bir durum bulunmamaktadır.

Yemin edecek kimse, mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya engelli ise hâkim, bulunduğu yerde o kimseye yemin ettirir. Bu sırada isterlerse taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilir. (HMK m. 235)¹¹⁹¹. Burada üzerinde durulması gereken bir husus bu maddenin dava ehliyeti olan kimseler bakımından hüküm altına alınmış olduğudur. Tarafların ehliyetine ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte taraf, sadece bazı sebeplerle mahkemeye erişimde sorun yaşamaktadırlar. İlgili hükmün sadece hastalık ve özürlülük nedeniyle sınırlı tutulmadığı şeklinde bir yorum getirilebilir¹¹⁹². Örneğin, cezaevinde bulunmak bir kimsenin kendi kusuru olmaksızın yemin davetine icabet edemeyeceği hallerden bir tanesidir. Kişinin kısıtlanabilmesi için bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması (TMK m. 407) koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşulun gerçekleşmediği hallerde, taraf, usûli işlem ehliyetine sahip olsa dahi mahkemeye gelip yemin verebilecek durumda olmayacaktır. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri

¹¹⁹¹ Mahkemenin tüm işlemleri sırasında zabıt katibi hakimle beraber bulunacağı için burada zabıt katibi de hazır bulunur şeklinde bir tekrara gidilmemiştir. Bununla birlikte yeminin edası sırasında isterse taraf vekilleri ve karşı tarafın da hazır bulunabileceği belirtilmiştir. Bu hususta bkzn. Karşlı, Medeni Muhakeme, s. 485.

¹¹⁹² Yılmaz, Yemin, s. 160.

Kanunu'nun 228. maddesinin 2. fıkrasında “*yemin davetiyesine, yemine konu hususlar hakkında sorulacak sorular ile geçerli bir özrü olmaksızın yemin için tayin olunan gün ve saatte mahkemeye bizzat gelmediği*” hallerde yemini eda etmekten kaçınmış sayılacağı belirtilmekte olduğundan kişinin cezaevinde bulunması bir mazeret olarak kabul edilecek olsa da madde 235'te yer alan kolaylık bu kişilere açık bir şekilde sağlanmamıştır. Bizce de HMK m. 235'in sadece sayılan hallerle sınırlı olarak değil hükmün özü değerlendirilerek yorumlanması gerekmektedir¹¹⁹³. Ancak göz önünde bulundurulması gereken bir husus ise bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan kişiler kısıtlanacağından (TMK m. 407) yargılamada temsilcileri zaten kanuni temsilci aracılığı ile olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 235. maddesi yorumlanırken bu kapsama girmeyen kişiler ele alınmalıdır.

2. İsticvap ve Dava Ehliyeti

İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa veya vakıalar hakkında mahkeme tarafından sorguya çekilmesi (dinlenilmesi) demektir¹¹⁹⁴. Vekil ile takip edilen davalarda kural olarak bütün usûli işlemler, vekil tarafından yapılırsa da tarafın şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar vekil tarafından yapılmaz. Örneğin, yemin tarafa teklif olunur ve tarafça eda edilir yahut tarafça iade olunur. İsticvapta da durum bu şekildedir. İsticvapta tarafın kendisinin isticvap edilmesi esastır. Dava ehliyetine sahip olan taraf, vekil aracılığı ile takip ediliyor olsa dahi, vekil değil bizzat taraf, isticvap edilecektir¹¹⁹⁵. Tüzel kişiler adına da temsil yetkisine sahip olan kimseler isticvap olunacaktır (HMK m. 170/1).

Dava ehliyeti olmayan kimseler bakımından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 170. maddesinin 2. fıkrası özel bir düzenleme getirmiştir¹¹⁹⁶. Bu hükme

¹¹⁹³ Yılmaz, Yemin, s. 159.

¹¹⁹⁴ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Erdal Tercan, **Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara, 2001; Kuru, C. II, s. 1949; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 371; Meral Sungurtekin Özkan, **Türk Medeni Yargılama Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 258; Budak ve Karaaslan, s. 199; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 540;

¹¹⁹⁵ Kuru, C. II, s. 195; Pekcanitez, ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. II, s. 673.

¹¹⁹⁶ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak, dava ehliyeti olmayan kimselerin isticvabına ilişkin farklı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 231. maddesi “*İsticvap olunacak şahıs, mahcur veya yaşı on altıdan küçük ise hâkimin takdirine göre ya kendisi veya velisi veya vasisi ve*

göre ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanuni temsilcisi isticvap olunur¹¹⁹⁷. Bununla birlikte maddenin devamında ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 170. maddesinin 2. fıkrası hükmünün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bir başka deyişle tarafların dava ehliyetine sahip oldukları ölçüde isticvap edilebileceği hüküm altına alınmıştır¹¹⁹⁸.

İlgili hüküm, yemine ilişkin düzenlemede de olduğu üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer almasaydı dahi dava ehliyetine ilişkin genel

hükmi şahıs ise mümessili isticvap olunur” şeklinde hüküm altına alınmıştı. Burada ayırt etme gücüne sahip olan on altı yaşını doldurmamış ya da kısıtlanmış kimselerin isticvabı için hâkime bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Hakim, duruma göre bu kimselerin ya da kanuni temsilcilerinin isticvabına karar verebilmekteydi. Bununla birlikte on altı yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip kimseler için (madde hükmünde açıkça belirtilmese de hükmün niteliği itibarı ile bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olmaları gerektiği anlaşılmaktadır) hâkimin takdir yetkisi söz konusu bulunmamaktaydı. Bu gibi durumlarda kişinin bizzat kendisinin isticvabı gerekmekteydi. Burada bu kişiler dava ehliyetine sahip olmasa dahi bu kişilere doğrudan isticvap işlemi için kanunen ehliyet tanındığı görülmektedir.

¹¹⁹⁷ Kanuni temsilcisi isticvap edilen dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin tanık olarak dinlenebileceği hususu ile ilgili bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 353.

¹¹⁹⁸ Karşılaştırmalı hukuklara baktığımızda ise Türk medeni usûl hukukunda benimsenen esaslardan farklı düzenlemeler getirildiğini görmekteyiz. Öncelikli olarak Fransız Medeni Usûl Kanununda yer alan isticvaba ilişkin düzenlemelere bakıldığında yaşa ve ayırt etme gücüne ilişkin herhangi bir ayırım getirmeden sadece “ehliyetli-ehliyetsiz” ayrımı yapıldığını ve başka herhangi bir şart aranmaksızın, ehliyetsizler hakkında hâkime takdir hakkı tanındığını görülmektedir (CPCN m. 197/I). Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Mert Namlı, **Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 80. Alman hukukunda ise tarafların mahkemeye gelerek beyanda bulunmalarına ilişkin olarak iki farklı kurum öngörülmüştür. Bunlardan ilki Alman Medeni Usûl Kanun’un 141. maddesinde düzenlenen tarafların dilekçelerindeki eksikliklerin giderilmesi ve belirsizliklerin giderilebilmesine ilişkin tarafların dinlenilmesine ilişkin “*Parteianhörung*” bir diğeri ise 445. maddede ve devamında düzenlenen yemin delili yerine tali bir delil olarak kabul edilen “*Parteivernehmung*” (isticvap) dır. Alman hukukunda dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin isticvabı hakkında özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Dava ehliyetsizler üst başlıklı 455. maddenin ilk fıkrasına göre tarafın dava ehliyetsiz olması ve bu maddenin 2. fıkrasında sayılan kişilerden olmaması durumunda kanuni temsilcisinin isticvap edileceği düzenlenmiştir. Birden fazla kanuni temsilcinin olması durumunda ise 449. maddenin kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 449. madde birden fazla dava arkadaşının olması durumunda bu kimselerin isticvabına ilişkindir. Hükme göre mahkeme, birden fazla dava arkadaşının olması durumunda hepsinin ya da hangilerinin dinleneceğine karar verecektir. Bu durumda birden fazla kanuni temsilcinin bulunduğu hallerde mahkeme hangi kanuni temsilcinin dinleneceğine ya da hepsinin dinlenip dinlenmeyeceğine karar verecektir. Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 445. maddenin ikinci fıkrasında 16 yaşını doldurmuş olan kişilerin kendi gerçekleştirdikleri işlemler ya da ayırt etme gücüne sahip oldukları konularda dinlenebileceği ve mahkemenin uygun görmesi halinde mahkemenin bu kimseleri 452. maddede düzenlenen yemin altında dinleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm dava ehliyeti olup söz konusu uyumsuzlukta kanuni temsilci aracılığı ile dinlenen kişiler için de geçerlidir. İsviçre Federal Medeni Usûl Kanununda ise isticvaba benzer olarak deliller arasında şahsi sorgulama (Parteibefragung) ve delil ifadesi (Beweisaussage) şeklinde iki ayrı delile yer verilmiştir. İsviçre hukukunda her iki durumda da tarafların dava ehliyetine sahip olmaları gerekmeyeceği, ayırt etme gücüne sahip olmalarının yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Art. 192, N 9; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

kuralların uygulanmasıyla aynı sonuca varılabilecekti. Çünkü ergin olmayan ve kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan haller, bu kimselerin dava ehliyetine sahip oldukları hallerdir. Dava ehliyeti olan bir kimse usûli işlem ehliyetine de sahiptir. Yargılama esnasında ilgili tüm usûli işlemleri gerçekleştirebilir ve esas hakkında bir karar alabilme yeteneğine sahip olur. İsticvap olunma da bu usûli işlemlerin içerisinde. Bu sebeple gerçek ve tüzel kişilerin isticvabında esas olarak dava ehliyetine ilişkin kurallar geçerli olacaktır.

İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Bu hususun yanı sıra davetiyede, isticvap konusu vakıaların gösterilmesi ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtarinin da yapılması gerekmektedir. Çünkü çağrılan taraf, özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar, ikrar edilmiş sayılacaktır (HMK m. 171/II). Davetiye, isticvap edilecek kişiye gönderilecektir. Dava ehliyeti olmayan kimseler, kanuni temsilcileri aracılığı ile isticvap edileceklerinden davetiyenin bu kimselere gönderilmesi gerekmektedir. Aynı husus, tüzel kişilerin kanuni temsilcileri için de geçerlidir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, vekil ile temsil edilen bir davada isticvap davetiyesinin kanuni temsilciye tebliğ edilmesi gerektiği, mahkemenin bu tebligatın gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetmeden yargılamanın diğer aşamalarına geçmemesi gerektiği hususu üzerinde durmuştur¹¹⁹⁹.

3. Mahkeme İçi İkrar ve Dava Ehliyeti

İkrar, karşı tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesidir¹²⁰⁰. Mahkeme içi ikrar ise bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve

¹¹⁹⁹ “İsticvap davetiyesinin tebliğ edildiği şahsın şirket yetkilisi olup olmadığının araştırılması, şirket yetkilisi ise HMK’nın 171/1. maddesi uyarınca hizmetin verildiğinin kabul edildiğinin gözetilmesi, şirket yetkilisi değil ise isticvap davetiyesinin davalı şirkete Tebligat Kanunu’nun 12. ve 13. maddeleri uyarınca usûlüne uygun olarak tebliği ve sonucuna göre bir işlem yapılması gerekirken, henüz yemin deliline sıra gelmemesine rağmen, yemin delilinin tartışılması ve yanlışlığı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. “ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 27.06.2016, E. 2015/6424, K. 2016/3931 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (03.07.2019)

¹²⁰⁰ Bilge, s. 375; Kuru, C. II, s. 2037; Kuru, Medeni Usûl, s. 335; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyaz ve Hanağası, s. 391; Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1633; Karşı, s. 473; Görgün, s. 298; Tanrıver, s. 749; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 268; Budak ve Karaaslan, s. 213.

aleyhinde hukuki sonuç doğurabilecek bir nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu bildirmesidir¹²⁰¹.

Mahkeme içi ikrar, ispat gereksinimini ortadan kaldıran, tespiti yönelik, tek taraflı bir usûl işlemidir. Etkilerini doğrudan doğruya usûli ilişki üzerinde gösteren ve yapılması özel bir biçime bağlı tutulan bir işlem söz konusudur¹²⁰².

Kimlerin ikrarda bulunmaya ehil olduğu konusunda, isticvap edilebilecek kimseler ya da yemin edilebilecek kimselerin aksine, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açık bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, ikrar ister delil olarak ister bir usûli işlem olarak değerlendirilsin¹²⁰³, ikrarda bulunabilecek tarafların dava ehliyetine sahip olması gerektiği gayet açıktır. Çünkü delil olarak ikrar, dava sonucunda verilecek hükmü doğrudan etkilemektedir. Benzer şekilde, usûli işlem olarak ikrarda da bir usûli işlemi gerçekleştirebilmek için gerekli olan usûli işlem şartı aranacaktır¹²⁰⁴.

Yargıtay, bir kararında davacının ikrarının o tarihte akıl hastalığı sebebiyle kısıtlı olması dolayısıyla ikrar olarak kabul edilemeyeceğini ancak davacının kısıtlılık halinin kaldırılmasından sonra davacının dava sırasında tekrar çağrılarak dinlenmesine herhangi bir yasak bulunmadığını, aksine davanın aydınlatılması için bu durumun bir zorunluluk olduğunu belirtmiş ve davalı tarafın karar düzeltme talebini kabul etmiştir¹²⁰⁵. Kanaatimizce sonradan dava ehliyetini kazanan kimselerin

¹²⁰¹ Bilge, s. 375; Kuru, C. II, s. 2044; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 319; Görgün, s. 298; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1634; Karşı, s. 474; Muşul, s. 473; Tanrıver, s. 749; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 268; Budak ve Karaaslan, s. 213.

¹²⁰² Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1634 vd. ; Görgün, s. 298.

¹²⁰³ Fransız hukukunda ikrar bir delil olarak kabul edilmekte iken Alman ve İsviçre hukuklarında ikrar, delil olarak kabul edilmemektedir. Hukukumuzda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ikrarın deliller ve ikamesi başlığı altında 236. maddesinde düzenlenmesi ve ikrarın delil teşkil edeceğinin kanun hükmünde belirtilmiş olması sebebiyle ikrar delil olarak kabul görmektedir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu tartışma sona ermiştir. Çünkü ikrar, Kanun'da "İspat ve Deliller" başlıklı dördüncü kısmın, "Genel Hükümler" e ilişkin birinci bölümünde ve "İspatın Konusu" kenar başlıklı 187. maddesinden sonra düzenlenmiştir. Deliller arasında sayılmamıştır. Bu sebeple bizce de ikrar delil ikamesine gerek bırakmayan bir taraf usûl işlemi olarak değerlendirilmelidir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1634.

¹²⁰⁴ Taylan Özgür Kiraz, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Bilge, Ankara, 2013, s. 77.

¹²⁰⁵ "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31.maddesinde Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir hükmünü içermektedir. Aynı Kanunun 169 vd. maddelerinde ise isticvap düzenlenmiştir. **Mahkemece alınan taşınmazların bedelinin ve tapu masraflarının davacı tarafından ödendiğinin ispat edilemediği, tüm ödemelerin davacının kızı tarafından resmi olarak yapıldığı, mahkememizce doğrudan dava konusunun ispatına yönelik olması sebebiyle bu konuda isticvap yapılamaması, gerekçesi ile davacı isticvap edilmemiş ve davacının Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/92 Esas sayılı dosyasının duruşmalarındaki beyanlarının o tarihte akıl hastalığı sebebi ile kısıtlı olması**

gerçekleştirdiği usûli işlemler bakımından, bu kimselerin vermiş olduğu icazet, yeterli olmalıdır. Verilecek icazet, açık bir şekilde olabileceği gibi zımni bir şekilde de olabilir¹²⁰⁶. Nitekim söz konusu kararda, dava ehliyetine sahip olmayan kişi, ehliyetini kazandıktan sonra bu hususta herhangi bir itirazda bulunmamış, yargılamaya devam etmiştir. Artık burada mahkeme içi yapılan ikrara zımni bir şekilde icazet verildiği sonucuna ulaşılabilir. Tarafın icazeti ile bir usûli işlem olan ikrar, geçerlilik kazanır. Tekrardan, tarafların bu işlemi yenilemesine gerek yoktur. İlk derece yargılamasında ve istinaf yargılamasında bu hususun çok fazla bir önemi olmadığı düşünülse de temyiz kanun yolunda usûl ekonomisi ilkesi bakımından önem arz etmektedir. Çünkü söz konusu kararda da görüldüğü üzere, davacının sonradan tamamlanmış usûli işlem ehliyeti eksikliğinden hareketle talep edilen karar düzeltme isteğinin kabul edilmesi, sadece yargılamayı uzatmaya hizmet edecektir.

Mahkeme içi ikrar bakımından, yukarıda da değindiğimiz üzere dava ehliyeti eksikliğinin her zaman tamamlanabilmesi sebebiyle kanuni temsilcinin icazeti ya da kişinin kendisinin sonradan dava ehliyetini kazanması durumunda vereceği icazet ile işlem geçerli hale gelebilecektir. Burada kişinin tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz olup olmamasının bir önemi yoktur¹²⁰⁷. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde herhangi bir ayrıma gidilmeden dava ehliyeti eksikliğinin sonradan tamamlanabilecek bir eksiklik olduğu kabul edilmektedir.

Mahkeme dışı ikrar ise bu sonuçlardan yararlanamaz. Mahkeme dışı ikrar bir usûl işlemi değildir¹²⁰⁸. Bu ikrar, mahkeme içi ikrarın öngördüğü koşullarda yapılmış

*dolayısıyla ikrar kabul edilemeyeceği kanaatine varılmış ise de, davacının kısıtlılık halinin kaldırılmış olduğu bu dava sırasında tekrar çağrılarak dinlenilmesinde yasak bulunmadığı gibi tarafların beyanları ve dosya kapsamı itibarı ile davanın aydınlatılması için zorunludur. Bir başka açıdan bakıldığında da, beyanına göre davada iddia edilen gelirleri dışında başkaca yüklü bir geliri olmayan davacının, beş yıllık süre içerisinde kendisine harcanan 30.665 TL ile yaşamını sürdürmüş olması üzerinde durulması gereken bir konudur. Tüm bu açıklamalar dikkate alınarak mahkemece; davacının ödediği nafaka, kira giderleri, taşınmaz alım bedeli ve bu işlemler için yapılan giderler, davacıya elden yapılan ödemeler gibi hususlar konusunda **davacının 6100 Sayılı HMK'nın 169 vd. maddeleri usûlünde dinlenilmesi**, varsa tarafların diğer kanıtlarının toplanması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesinin hatalı olduğu bu seferki incelemeden anlaşıldığından, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.”* Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 08.03.2018 tarihli, E. 2017/16345 K. 2018/8533 sayılı kararı için bkz www.kazanci.com, (03.02.2019).

¹²⁰⁶ Kern ve Diehm, § 56, Rn. 9; Wieczorek ve Schütze, §52, Rn. 19; Kuru, Dava Şartları, s. 125; Yenice, s. 1190.

¹²⁰⁷ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 47; Kälın, s. 107; Kuru, Dava Şartları, ss. 123-124; Yenice, s. 1194.

¹²⁰⁸ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanında ikrar, mahkeme içi ve mahkeme dışı ikrar şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmişti (HUMK m. 236/4). Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

bir ikrar değildir. Bir mahkeme dışı ikrarın geçerli olabilmesi için dava ehliyetine ilişkin şartın değil de maddi hukuka ilişkin ehliyet koşullarının sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Burada kişinin tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz olması önem arz edecektir. Çünkü sınırlı ehliyetsizlerin gerçekleştirdiği hukuki işlemlere kanuni temsilcisinin verdiği icazet ile geçerlilik kazandırılabilirken (TMK m. 16/I), tam ehliyetsizlerin yapmış oldukları hukuki işlemler hukuki sonuç doğurmaz (TMK m. 15), bu işlemlerin kanuni temsilci aracılığı ile baştan gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

4. Davayı Kabul ve Dava Ehliyeti

Davaya son veren bir taraf işlemi olan davayı kabul¹²⁰⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesinde davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olarak tanımlamıştır. Kural olarak dava sadece davalı tarafından kabul edilebilirken; görülmekte olan bir davanın davalısı, davacıya karşı bir karşı dava açmışsa, bu durumda ilk davanın davacısı da karşı davayı kabul edebilir¹²¹⁰.

Davayı kabul, her şeyden önce bir usûl işlemi olduğundan, kabulün şartları ve etkileri de usûl hukukunda düzenlenmiştir. Bu nedenle, kabulün şekli, davayı sona erdirmesi ve kabul nedeniyle davanın kabulüne ilişkin mahkeme kararına karşı kanun yoluna gidilmesi, usûl hukuku kurallarına tâbidir¹²¹¹. Davayı kabulün doğurduğu sonuçlar göz önüne alındığında davalının, davayı kabul edebilmesi için dava

Kanunu'nda mahkeme dışı ikrara ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bunun sebebi, mahkeme dışı ikrarın tek başına, sadece takdiri delillere ispatın mümkün olduğu hallerde, delil olarak mahkemeye sunulabilen bir iddia olmasıdır. Bu hususta bkz. Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1635. Davayı kabul hakkında daha fazla bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, **Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

¹²⁰⁹ Kuru, C. IV, s. 3677; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 557; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 572.

¹²¹⁰ Kuru, C. IV, s. 3678; Ermenek, s. 46.

¹²¹¹ Davayı kabul iradesi sadece irade bozukluğu hallerinden birisinin varlığı halinde ortadan kaldırılabilirken kural olarak kanun yollarına başvurmak mümkün değildir. Ancak, hakimın davayı kabul iradesinin açıklanıp tutanağa geçirilmesi sırasında usûl hukuku kurallarına aykırı hareket etmesi veya yargılama giderlerini tespit edip ilgili tarafa yüklerken yanlış karar vermesi yahut kabulün caiz olmadığı bir davada gerçekleşen kabul beyanıyla davanın sona erdiğine karar vermesi gibi usûle ilişkin sebeplerle hakimın davayı sona erdiren kararına karşı kanun yollarına başvurmak mümkündür. Atalı, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2032. Kuru, C. IV, s. 3677; Kuru, Medeni Usûl, s. 546; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 557.

ehliyetine sahip olması gerekmektedir¹²¹². Dava ehliyetine ve dava ehliyeti eksikliği durumunda kanuni temsile ilişkin tüm kurallar davayı kabulde de geçerli olacaktır.

Bu hükmün etkisi, sınırlı ehliyetsiz kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanımına ilişkin davalarda da görülmektedir. Her ne kadar sınırlı ehliyetsiz kimselerin belirlenen istinaslar haricinde dava ehliyetlerinin olmadığı, davada kanuni temsile gerek duydukları genel kural ise de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı bu istisnai durumlardan biridir. Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz kişiler de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda ya da çekişmesiz yargı işlerinde tek başlarına usûli işlemleri gerçekleştirebilecek, davayı kabul edebileceklerdir¹²¹³. Ancak kamu düzenine ilişkin hallerde ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Evlenmenin butlanı, babalık davası gibi hallerde bunlar kamu düzenine ait olduklarından davayı kabulden beklenen hüküm ve sonuçlar doğmayacaktır¹²¹⁴. Bu durum sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin dolayısıyla usûli işlem ehliyetinin sınırlandırılmasından dolayı değil davayı kabulün kendine özgü niteliğinden kaynaklanmaktadır. Tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz olup uyumsuzlukla ilgili dava ehliyetine sahip olan kimsenin tasarruf ehliyeti, kendisinden değil kamu düzenini ilgilendiren sebeplerden ötürü sınırlandırılmaktadır.

Davayı kabul, ehliyetsizlik durumunda kanuni temsilci tarafından yapılacaktır. Davalının velisi, davayı kabul edebilir; bunun için vesayet makamından izin almasına gerek yoktur¹²¹⁵. Türk Medeni Kanunu'nda vesayet makamından izin alınması gereken haller bakımından davayı kabulden bahsedilmemektedir. İlgili hükümde sulh olabilmek için vesayet makamından izin alma şartının, davayı kabul için de aranması gerekmektedir¹²¹⁶. Çünkü çoğu zaman sulh, kısmi kabul ve kısmi feragatten oluşur¹²¹⁷. Bu sebeple hem öğretide¹²¹⁸ hem de yargı kararlarındaki¹²¹⁹

¹²¹² Önen, Sulh, s. 63; Ermenek, s. 45. Aynı yönde, “Mahkemenin 29/04/2016 tarihli kararı, davalı vekili tarafından 11/07/2016 tarihinde süresinde temyiz edilmiş ise de, davalı asil ... vasisi ... 21/11/2018 havale tarihli dilekçe ile davayı kabul ettiğini ve temyiz talebinden feragat ettiğini beyan etmiştir. TMK'nın 462/8. maddesi uyarınca davada **sulh olma ve kabul konusunda vesayet makamının izni gerekir**. Mahkemece vasiye, davayı kabul konusunda vesayet makamından izin alması için süre verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir” Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2018/1947, K. 2018/6388, karar için bkz. lexpera.com, (07.07.2019).

¹²¹³ Kamu düzenini ilgilendirmeyen çekişmesiz yargı işleri bakımından kabule dair hükümlerin, ilgili çekişmesiz yargı işinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Bu hususta bkz. Atalı, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2029.

¹²¹⁴ Ermenek, s. 53.

¹²¹⁵ Kuru, C. II, s. 3680; Kuru, Medeni Usûl, s. 542.

¹²¹⁶ Kuru, Medeni Usûl, s. 542; Ermenek, s. 52.

¹²¹⁷ Ermenek, s. 52.

hâkim görüş davayı kabul edebilmek için vesayet makamından izin alınması gerektiği yönündedir¹²²⁰. Bizce de velayet altında olmayan bir küçük ya da kısıtlı aleyhine açılmış olan dava kabul edilecek ise, vasi veya kayyımın davayı kabul edebilmesi için sulh hukuk hâkiminden izin alması gerekir.

Davalı, davanın görüldüğü mahkeme dışında da davayı kabul edebilir. Mahkeme dışında yapılan kabul ile uyuşmazlık kendiliğinden son bulmaz. Davacı, mahkeme dışı kabulü ispat etmelidir¹²²¹. Mahkeme dışı kabul, bir usûlî işlem olmadığından, bu hususla ilgili maddi hukuk kuralları geçerli olacaktır¹²²².

5. Davadan Feragat ve Dava Ehliyeti

Davadan feragat Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307. maddesinde davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide ise davadan feragat, davalının ve mahkemenin kabulüne ve herhangi bir şarta bağlı olmaksızın, davacının, dava konusundan kısmen ya da tamamen vazgeçtiğini, yazılı veya sözlü olarak mahkemeye yönelik, tek taraflı, kesin, açık ve rücu edilemez bir irade beyanıyla açıklanması suretiyle davaya son veren, böylece esas haktan da vazgeçilmesine neden olan ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuran karma karakterli bir işlem olarak tanımlanmaktadır¹²²³.

¹²¹⁸ Bilge ve Önen, s. 355; Kuru, C. IV, s. 3681; Kuru, Medeni Usûl, s. 542.

¹²¹⁹ “1-Vesayet altında bulunan davalı A. K.’ın vasisi olan N. A.’ın vesayet altındaki kişiyi temsilen duruşmalara katılabilmesi ve **davayı kabul edebilmesi**, bu bağlamda 4650 Sayılı Yasayla değişik Kamulaştırma Yasasının 10. maddesi hükümleri çerçevesinde davacı idare ile uzlaşmaya varabilmesi için Türk Medeni Kanunu’nun 462. maddesinin sekizinci bendi uyarınca **vesayet makamından izin alması gerekmektedir**. Bu husus dikkate alınmadan duruşmaya devam edilerek davanın esasıyla ilgili karar verilmesi,

2-Kendisini vekil ile temsil ettirmiş olan davacı idare yararına maktu tarife üzerinden avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, Doğru görülmüştür.” Yargıtay 118. Hukuk Dairesi’nin 28.03.2011 tarihli, E. 2010/12209, K. 2011/4138 kararı için bkznz. www. kazanci.com, (07.07.2019).

¹²²⁰ Kuru, C. IV, s. 3680; Ermenek, s. 52; Üstündağ, s. 578.

¹²²¹ Kuru, C. IV, s. 3741.

¹²²² Borçlar hukuku alanında sözleşmeyi kurmak amacıyla açıklanan kabul içeriği ve yapılış şekli itibarıyla davayı kabulden farklıdır. Davayı kabul davayı sona erdirmek üzere mahkemeye yöneltilmiş tek taraflı irade beyanı iken borçlar anlamında kabul ise icapçıya yönelik tek taraflı bir irade beyanıdır ve saf maddi hukuk işlemi niteliğindedir. Atalı, Pekcanıtez Usûl C. III, ss. 2025-2026.

¹²²³ Leyla Akyol Aslan, **Medeni Usûl Hukukunda Davadan Feragat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 68.

Davadan feragat etme yetkisine sahip olan davacının yaptığı feragatin geçerli olabilmesi için, dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir¹²²⁴. Dava ehliyetine sahip olmayan bir kimse, usûlî işlem ehliyetine de sahip olmayacak ve bu durumda davadan feragat ancak kanuni temsilci aracılığı ile gerçekleştirilebilecektir.

Vasinin vesayeti altındaki kişi adına dava açıp takip edebilmesi için, vasiye sulh hukuk mahkemesi tarafından husumet izni verilmiş olması gerekir (TMK m.462/8). Ancak, vasiye bir dava için verilmiş olan husumet izni, aynı zamanda davadan feragat yetkisini kapsamaz. Vasinin davadan feragat edebilmesi için, sulh hukuk mahkemesinden ayrı bir davadan feragat izni almış olması gerekir. Bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinin 8. fıkrasına göre vasi “*sulh*” olabilmek için mahkemeden izin almaya mecbur olduğuna göre, feragat için de mahkemeden izin almaya mecbur olduğu sonucuna varılmaktadır¹²²⁵. Nitekim içtihatlar da bu yönde ilerlemektedir¹²²⁶.

Davadan feragat tüzel kişilerin yetkili organları aracılığı ile yapılacaktır. Bu konuda özellik gösteren bir durum vakıflara ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 109. maddesinde, “*Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir.*” kuralına yer

¹²²⁴ Akyol Aslan, s. 338.

¹²²⁵ Akyol Aslan, s. 341.

¹²²⁶ “Ne var ki, davacı K2, kısıtlı K3 adına davayı açarken husumete izin kararı almadığı gibi, **feragat davaya son veren bir işlem olduğu halde, K3 adına davadan feragat ederken Türk Medeni Kanunu 462.maddesi uyarınca vesayet makamından izin de almamıştır.** Hâl böyle olunca, öncelikle davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine TMK.nin 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulunun gözardı edilmesi, daha sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu 311.maddesi uyarınca davadan feragatte irade bozukluğu olup olmadığının incelenmesi, irade bozukluğu olmadığı saptanırsa davacı K2'nin kendi adına feragatine değer verilerek bir karar verilmesi, ancak kısıtlı K3 açısından vesayet makamından izin alınmadığından K3 bakımından işin esasının incelenmesi gerekirken değinilen hususlarda inceleme yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/11417, K. 2018/15734 sayılı kararı içi bknz. www.lexpera.com; Aynı yönde; “Somut olayda, davacı K7 vesayet makamı tarafından 21.03.2013 tarihli karar ile kısıtlanmış olup, kendisine bir vasi atanmıştır.

Türk Medeni Kanununun 462/8.maddesine göre; acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması durumunda vesayet makamının izni gereklidir. Bu bağlamda, vasi tarafından Dairemize hitaben sunulan temyiz dilekçesine ek beyanları içeren belgelerden, davacı K7 hakkındaki vesayet kararının vesayet makamınca 19.02.2018 tarihli karar ile 2 yıl daha uzatıldığı belirlendiğinden, **Mahkemece öncelikle vasinin, vasi tayin edilen kişi adına dava açabilmesi, bir kısım taleplerden feragat edebilmesi için vesayet makamının izni gerekeceğinden (TMK. madde 462/8) vasiye dava açmaya ve feragat etmeye izin kararı alıp ibraz etmesi için süre verilip, bu eksikliklerin tamamlanmasından sonra, toplanmış ve toplanacak delillere göre yargılama yapıp hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.**” Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin E. 2018/1980, K. 2018/16362 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (07.07.2019).

verilmiştir. Bu hükümden hareketle, vakıflar bakımından da davadan feragat etme yetkisi vakfın yönetim kuruluna aittir ancak vakfeden, vakıf senedinde başka organlar öngörmüş ve organı yetkili kılmışsa, bu organın feragate yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay ise vakıf aleyhine yapılacak feragat beyanlarında Vakıflar dairesinin de feragate muvafakat vermesi gerektiğini yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır¹²²⁷.

Davadan feragate ilişkin bir diğer özel durum ise belediyeler konusundadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 38. maddesinde ise belediye başkanının belediyeyi davacı ve davalı olarak temsil etme veya vekil tayin etme yetkisinin bulunduğu hükme bağlanmıştır. Belediye Kanunun 18. maddesinin (h) bendinde vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı “beş bin TL”¹²²⁸ den fazla olan dava konusu belediye uyuşmazlıklarında belediye meclisinin davadan feragate yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır¹²²⁹.

¹²²⁷ “Dava konusu taşınmazın mülhak vakıf malı olduğu ve davacının da müteveli bulunduğu hususu tartışmasıdır. Bu tür vakıfların denetim ve gözetim hakkı da Vakıflar Kanununca Vakıflar İdaresine bırakılmıştır. Vakıf mütevellisinin görevleri genelde idarî işlere yönelik olup, vakıflar yasasında sayılan görevleri arasında vakfı ilgilendiren hakların özünden feragat ve sulh yetkisi bağımsız olarak kendisine tanınmış değildir. Vakıf mallar toplumun geçmişi ile bu günü ve yarınları arasında manevi bir köprüdür. Bu tür yerlerin kuruluş amaçlarına uygun biçimde kullanılıp muhafazası ve gelecek kuşaklara aynen intikal ettirilmesi hususunda tüm kamu görevlileri yanında özellikle millet adına bağımsız yargı yetkisini kullanan Mahkemelerin duyarlılık göstermeleri gerekir. Hal böyle olunca, Mahkemece mütevellinin hakkın özüne ve vakıf aleyhine sonuç doğurabilecek **feragatinin vakıflar idaresince muvafakat sağlanması ve sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve mütevellinin feragatinden bahisle hüküm kurulması isabetsizdir**” Yargıtay 1.Hukuk Dairesi'nin 24.10.1988 tarihli, 7175/11078 sayılı karar için bkz. Kuru, C. IV, s. 3557.

¹²²⁸ 5393 sayılı Kanun'un 83. maddesine göre, beş bin TL olan sınır, her yıl 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu'na göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranına göre artırılır.

¹²²⁹ “Yargı kararlarında bu yetkinin belediye meclisine ait olduğu, belediye başkanının bu yetkiyi tek başına kullanamayacağı belirtilmiştir. “**3 Sayılı Belediye Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi ile, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin Türk Lirasından fazla davaya konu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermenin belediye meclisinin görev ve yetkisinde olduğu belirtilmiştir.**

Belediye başkanının görev ve yetkileri aynı Kanun'un 38'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belediyeyi davacı veya davalı olarak da yargı yerlerinde temsil etmek veya vekil tayin etmek; (h) bendinde meclis ve encümen kararlarını uygulamak; (p) bendinde ise kanunlarla belediyeye verilen ve belediye meclisi veya belediye encümeni kararını gerektirmeyen görevleri yapmak ve yetkilerini kullanmak olarak sıralandığı görülmüştür.

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddeleri birlikte değerlendirildiğinde miktarı beşbin Türk Lirasını geçen belediye uyuşmazlıklarında belediye meclisinin bu yönde bir kararı olmaksızın belediye başkanının temyizden feragatinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Hâl böyle olunca, somut olayda direnmeye konu uyuşmazlık miktarı beşbin Türk Lirasının üzerinde olduğu görülmekle mahkemece, davalı Belediye Meclisinin temyizden feragate dair bir kararının bulunup bulunmadığı araştırılarak varsa onaylı karar örneği ile ayrıca temyizden feragat dilekçesi ibraz eden belediye başkanı G.A.'ın kimlik tespiti yapılarak kimlik tespitine dair belgenin de dosya arasına alınması gerekmektedir.

6. Sulh ve Dava Ehliyeti

Mahkeme içi sulh, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı ya da kuşkulu durumu sona erdirmek amacıyla, mahkeme önünde, karşılıklı özveride bulunmak yoluyla gerçekleştirmiş oldukları bir işlem, bir sözleşmedir¹²³⁰. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesinde de sulh, tarafların mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Sulhun konusunu oluşturan maddi hukuk işlemi, yani sulh sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak anlaşması ile yapılabilir ve mahkemenin sulh sözleşmesinin içeriği hakkında karar verebilmesi mümkün değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi hükmü gereğince sulh sözleşmesi yapılırken sözleşme içeriğinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ya da konusunun imkânsız olmaması gerekmektedir.

Mahkeme huzurunda yapılan sulh karma karakterli bir işlem olsa da bir usûl işlemidir¹²³¹. Sulhun aynı zamanda bir maddi hukuk işlemi, yani bir sözleşme olması sebebiyle şartları ve etkilerinin, maddi hukuka tâbi olması gerektiği düşünülebilir olsa da mahkeme huzurunda yapıldığı için artık sulh sözleşmesinin şekline ilişkin olarak usûl hukuku kurallarının uygulanması gerekmektedir¹²³². Başka bir deyişle, mahkeme önünde sulhun, maddi hukuk bölümünün hükümsüzlüğü halinde medeni (borçlar) hukuku, usûli yönünün hükümsüz olması durumunda ise medeni usûl hukuku hükümleri geçerli olacaktır¹²³³. Bu sebeple geçerli bir şekilde sulh işleminin yapılabilmesi için usûli işlem şartı olan usûli işlem ehliyetinin bulunması gereklidir.

Sulh, bir sözleşme olduğundan, ancak taraflarca birlikte yapılabilir¹²³⁴. Bu sebeple her iki tarafın da usûli işlem ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bunun

Açıklanan sebeplerle eksiklikler giderildikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanlığına gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekmektedir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.4.2018 tarihli E. 2016/7-2655, K. 2018/680 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (07.12.2019).

¹²³⁰ Kuru, C. IV, s. 3742; Taşpınar, s. 129.

¹²³¹ Kuru, C. IV, s. 3744.

¹²³² Ayşe Soy, **Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Adalet, Ankara, 2017, s. 114.

¹²³³ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, (Sulh), s. 172.

¹²³⁴ Kuru, C. IV, s. 3748. *“Bir tarafın vekilinin karşı tarafla sulh anlaşması yapabilmesi için, vekaletnamesinde açık bir sulh yetkisinin bulunması gerekmektedir.*

Vesayet altına alınmadan önce davasını bir vekil aracılığı ile takip eden davacının, vesayet altına alınması ile bu vekalet sona erer. Bu nedenle, bundan sonra davadan feragat yetkisi, sulh mahkemesinin izni ile vasiye ait olacaktır. “Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi

yanı sıra Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesinde yer alan vesayet makamının iznini gerektiren haller arasında sulh olma da yer almaktadır. Bu madde uyarınca mahkeme önünde sulh olmak isteyen kanuni temsilci öncelikli olarak sulh hukuk mahkemesinden izin almalıdır. Ayrıca, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye atanan yasal danışmanın sulh olmadan önce görüşü alınmalıdır (TMK m. 429)¹²³⁵.

Tüzel kişilerde temsile ilişkin hükümler, sulh sözleşmesinin yapılmasında da geçerli olacaktır. Kamu tüzel kişileri de sulh olabilirler(Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükümünde Kararname m. 11).

5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi ile, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin Türk Lirasından fazla davaya konu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermenin belediye meclisinin görev ve yetkisinde olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme dışı sulh, diğer sözleşmelerde olduğu gibi tamamen maddi hukuk hükümlerine tabidir¹²³⁶. Sulh bir sözleşme olarak mahkeme dışında yapılacaksa tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu sebeple mahkeme dışı sulh sözleşmesinde dava ehliyetine ilişkin kurallar değil fiil ehliyetine ilişkin kurallar

sonunda mahalli mahkemeye verilen hüküm iştirak nafakası ve velayet yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle yargılama sırasında nesebin reddi davası açıldığının bildirilmemiş, bu iddiadan vazgeçilmiş bulunmasına göre davacının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Medeni Kanunun 405.maddesi Sulh olmayı dahi vesayet makamının iznine tabi tutmuş olup, davacı vasi vekilinin vesayet makamından izin almadan çocuk için 500.000.TL iştirak nafakası ödeyebilecekleri yönündeki beyanı sonuç doğurmaz. Davacı akıl hastası olup, hiçbir mal varlığı ve gelirinin bulunmadığı toplanan delillerle kanıtlanmış, davalı aksine bir kanıt getirememiştir. Hiçbir malı ve geliri bulunmayan hastalığı sebebi ile çalışma imkanından yoksun eş nafaka ile sorumlu tutulamaz. Bu yön gözetilmeden davacı eşin nafakası ile sorumlu tutulması bozmayı gerektirmiştir. “ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 11.6.1998 tarihli E. 1998/6142, K. 1998/7410 sayılı kararı için bkzn. Kazancı.com, (03.07.2019).

¹²³⁵ Danışmanın görevi, Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde sayılmış olan işlemlerin yapılması sırasında oyunu açıklamak, yani kanuni danışman olarak atandığı kişinin belirtilen işlemleri yapıp yapmaması hususunda olumlu veya olumsuz görüşünü belirtmektir. Yoksa işlemlerin yapılmasına katılamayacağı gibi, kendisine danışman olarak atandığı kişinin yerine geçerek veya onu temsilen bu işlemlerden herhangi birini yapamaz. Kendisine yasal danışman tayin edilen kişinin sulh olabilmesi için, yasal danışmandan, sulh için ayrıca izin alması gerekir. Yasal danışmandan izin alınmadan yapılan sulh geçersizdir.

¹²³⁶ Kuru, C. IV, s. 3797; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 565; Budak ve Karaaslan, s. 288; Görgün, s. 386.

geçerli olacaktır. Ancak taraflar, mahkeme dışında yapmış oldukları sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve buna göre sulh olduklarını bildirirler, bu husus tutanağa geçirilir, taraflara okunur ve imza ettirilir ise mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür¹²³⁷. Bununla birlikte taraflar mahkeme dışında sulh olduklarını davaya bakan mahkemeye bildirmezlerse mahkeme dışındaki sulh sözleşmesine dayanan taraf, bunu mahkemede ispat etmekle yükümlüdür¹²³⁸. Artık burada maddi hukuka ilişkin kuralların geçerli olması gerektiği düşüncesindeyiz.

7. Usûl Sözleşmeleri ve Dava Ehliyeti

Usûl sözleşmeleri, mevcut ya da gelecekteki bir davada bir usûli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usûli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren, etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı usûli işlemlerdir¹²³⁹.

Usûli sözleşme yapabilmek için fiil ehliyetinin mi dava ehliyetinin mi aranması gerektiği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Öğretide Karşılı, usûli sözleşmelerin, şartları, “yani inikadı ve geçerliliği” bakımından, medeni hukukun kurallarına tâbi olduğunu, sadece usûli fonksiyonlar ifade ederek dolaylı yoldan dava içi bir etki gösterdiklerini, bu sebeple bu işlemlerin usûli işlem olarak tanımlandığını belirtmiştir¹²⁴⁰. Bu ifadeden hareketle bu sözleşmelerin yapılabilmesi için yazarın fiil ehliyetinin esas alınması gerektiği görüşünde olduğu çıkarımında bulunabiliriz.

Öğretide Taşpınar ise usûli sözleşme yapabilmek için fiil ehliyetinin aranması gerektiğini belirttikten sonra, Alman hukukunda usûli sözleşme yapabilmek için usûli bir ehliyet mi, yoksa fiil ehliyetine mi sahip olunması gerektiği yönünde bir tartışma olduğu üzerinde durmuştur. Ancak dava ehliyetinin kapsamının, Medeni

¹²³⁷ Kuru, C. IV, s. 3798; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 565; Budak ve Karaaslan, s. 288; Görgün, s. 386.

¹²³⁸ Kuru, C.IV, s. 3798; Budak ve Karaaslan, s. 288.

¹²³⁹ Musielak ve Voit, Einleitung, Rn. 66; Taşpınar, s. 73; Üstündağ, s. 408; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 175; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 168; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 440; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 302; Sungurtekin Özkan, s. 104.

¹²⁴⁰ Karşılı, Usûli İşlem, s. 168.

Kanun hükümlerine atıf yapılarak belirlenmiş olması sebebiyle böyle bir tartışma yapılmasının gerekli olmadığı görüşünde olduğunu belirtmiştir¹²⁴¹.

Alman hukukunda Musielak, doğurduğu etkilerin medeni usûl hukukunda olması sebebiyle birer usûlî işlem olarak değerlendirilen usûlî sözleşmelerin doğurduğu etkiler ve kabule şayanlık incelemesi konusunda (*zulässigkeit*) usûl hukuku kurallarının geçerli olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak yazar, bu sözleşmelerin temelinde bir sözleşme olması sebebiyle usûlî işlemlerden farklılık gösterdiğini, fiil ehliyeti, temsil, irade eksikliği ve sözleşmenin sona ermesi gibi hususlarda maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte yazara göre bir usûlî sözleşme uyumsuzluğu sona erdirecek nitelikte ise artık usûlî işlem şartlarına sahip olmalıdır. Dolayısıyla usûlî sözleşme yapan kişilerin usûlî işlem ehliyetine sahip olmaları gerekecektir¹²⁴².

Alman medeni usûl hukuku öğretisinde Wagner, fiil ehliyetli olan kimseler için usûlî sözleşme yapma, fiil ehliyeti olmayan tam ehliyetsizler bakımından ise usûlî sözleşme yapamama konusunda herhangi bir şüphe olmadığını belirttikten sonra asıl tartışılması gereken konunun sınırlı ehliyetsizler konusunda olduğunu vurgulamıştır. Yazar, medeni usûl hukukunda maddi hukuktan farklı olarak sınırlı dava ehliyeti olmadığını belirtmektedir¹²⁴³. Şöyle ki; medeni usûl hukukunda dava ehliyeti olan kimseler ve dava ehliyeti olmayan kimseler bulunmaktadır. Ehliyetli olan kişiler yargılamada tüm işlemleri kendileri yürütür. Ehliyetsiz kişilerin ise kanuni temsilcileri tarafından temsilleri gerekmektedir. Bu konuda kişinin tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz olmasının bir önemi yoktur¹²⁴⁴. Nitekim sınırlı ehliyetsizler hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde tek başlarına işlem yapmaya yetkili

¹²⁴¹ Taşpınar, ss. 206-207.

¹²⁴² Musielak ve Voit, Einleitung, Rn. 66.

¹²⁴³ Gerhard Wagner, **Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s. 285. Alman hukuku öğretisinde genel olarak sınırlı dava ehliyetinin (beschränkte Prozessfähigkeit) olmadığı kabul edilmektedir. Bir kimsenin bir davada ya tam olarak dava ehliyeti vardır (volle Prozessfähigkeit) ya da dava ehliyeti yoktur (Prozessunfähigkeit). Sınırlı ehliyetsizlerin, dava ehliyetine sahip oldukları davalara ilişkin kısmi dava ehliyeti (partielle Prozessfähigkeit) terimi kullanılmaktadır. Günther Schmitz, Grundfälle zu den Sachurteilsvoraussetzungen des Zivilprozesses, **Juristische Schulung**, Heft: 11, 1976, s. 732; sınırlı dava ehliyeti kavramının kullanılmaması gerektiği hususunda aynı yönde daha fazla bilgi için bkz. Wiezoreck ve Schütze, §52, Rn. 8 vd; Wolfgang Grunsky, **Grundlagen des Verfahrensrecht**, 2. neu Arbeitete Auflage, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, s. 253 vd.; Kern ve Diehm, §56, Rn. 3. Bununla birlikte İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde bazı yazarların beschränkte Prozessfähigkeit/beschränkte Prozessunfähigkeit terimlerini kullandığı görülmektedir. Örneğin bkz. Hausheer ve Walter, Art. 67, N. 13 vd; Morf, Orell Füssli Kommentar, Art. 6, N. 8 vd.

¹²⁴⁴ Yenice, s. 1194.

oldukları konularda dava ehliyetine sahiptirler. Dava ehliyetlerinin bulunmadığı hallerde ise ayırt etme gücüne sahip olup olmamanın bir önem arz etmediği söylenebilir. Bu kişiler, ayırt etme gücüne sahip olsalar dahi davada, kanuni temsilcileri aracılığı temsil edilirler. Tek başlarına işlem yapmaya yetkileri yoktur. Maddi hukuktaki gibi kanuni temsilcinin rızası ile sınırlı ehliyetsizler tek başlarına işlem yapamazlar (TMK m. 16) ve yargılamayı yürütemezler¹²⁴⁵. Dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin yapmış olduğu işlemler ancak kanuni temsilcinin işlemlerin tümüne icazet vermesi ile olur. Wagner'e göre usûli sözleşmeler bakımından özel bir hüküm yoksa maddi hukuk hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir¹²⁴⁶.

Alman medeni usûl hukuku öğretisinde Heinrich ise yetki sözleşmesi için (*Gerichtsstandsvereinbarung*) bir değerlendirmede bulunmuştur. Geçerli bir yetki sözleşmesinin yapılabilmesi için medeni hukuk kurallarının uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple dava ehliyetine bakılmasına gerek yoktur. Örneğin sınırlı ehliyetsiz bir kimse kanuni temsilcisinin onayı ile yetki sözleşmesi imzalayabilecektir. Yetki sözleşmesinin geçersizliği ise yine medeni hukuk kurallarına tabi olacaktır (BGB m. 119/120)¹²⁴⁷.

İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde bir görüş ise bu durumu ispat sözleşmeleri açısından değerlendirmiştir. Bu görüşe göre dava açılmadan önce yapılan delil sözleşmeleri için fiil ehliyetine ilişkin kuralların geçerli olması gerekmektedir¹²⁴⁸. Ancak davada delil sözleşmesinin yapılabilmesi için dava ehliyetine ilişkin kurallar geçerli olacaktır¹²⁴⁹. Bununla birlikte hakem bilirkişi sözleşmesi (*Schiedsgutachtenvereinbarungen*) için farklı bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu yazarlar sözleşmenin hangi aşamada imzalandığına bakılmaksızın tarafların dava ehliyetine sahip olması gerektiği belirtilmiştir¹²⁵⁰.

Türk medeni usûl hukukunda, borçlar hukukunda geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesi geçerli değildir. Taraflar ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılmasına izin verilen usûli sözleşmeleri yapabilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk medeni usûl hukukunda yapılabilecek olan usûli sözleşmeleri; yetki

¹²⁴⁵ Schmitz, 1976, s. 732.

¹²⁴⁶ Wagner, s. 279; Taşpınar, s. 206.

¹²⁴⁷ Musielak ve Voit, §38, Rn. 4

¹²⁴⁸ Olivia Pelli, **Beweisverträge im Zivilprozess**, Dike, Zürich/St. Gallen, 2012, ss. 197-198.

¹²⁴⁹ Guldener, s. 263; Bachmann Arthur, **Der Schiedsgutachter**, Diss. Zürich, 1949, s. 65 Pelli, s. 198.

¹²⁵⁰ Bachmann, s. 65; Pelli, s. 197.

sözleşmesi (HMK m. 17), teminatın şekline ilişkin olarak tarafların yapabilecekleri sözleşmeler (HMK m. 87), delil sözleşmesi (HMK m. 193) ve tahkim sözleşmesi (HMK m. 412) olarak sınırlandırmıştır. Bu sözleşmelerden yetki sözleşmesi ve teminatın şekline ilişkin sözleşme yargılama aşamasına geçilmeden yapılması gereken sözleşmelerdir. Delil sözleşmeleri ise davadan önce ve sonra yapılabilir. Kanaatimizce davadan önce bir usûli sözleşme yapabilmek için fiil ehliyeti yeterli olmalıdır. Davadan önce yapılan tüm usûli sözleşmeler için bu kural geçerlidir. Ancak delil sözleşmesi gibi dava esnasında yapılması mümkün olan bir usûli sözleşme yapılmak isteniyorsa artık dava ehliyetine ilişkin kuralların geçerli olması gerektiği düşüncesindeyiz. Burada dava ehliyetinin mi fiil ehliyetinin mi aranması gerektiğine ilişkin tartışmanın göstermiş olduğu en büyük özellik ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından olacaktır. Dava ehliyeti eksikliği kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın sonradan giderilmesi mümkün bir eksikliktir. Ancak tam ehliyetsizler bakımından bir hukuki işlemin geçerli olması için kanuni temsilcinin icazet vermesi yeterli değildir. Aynı hukuki işlemin baştan yapılması gerekmektedir¹²⁵¹.

C. Bir Dava Şartı Olarak Dava Ehliyeti

1. Dava Şartı Kavramı

Davacı ve davalı, yargılama sonuçlanıncaya kadar devlet tarafından öngörülmüş ve hüküm altına alınmış kurallar aracılığı ile yargılamaya başvururlar ve uyumsuzluk bu kurallar çerçevesinde ele alınır. Burada her iki taraf da genel ve zorunlu olan usûl hukuku kurallarına uymak zorundadır. Çünkü bu kuralların genel amacı başarılı bir şekilde yargılamanın yürütülmesini sağlamaktır. Yargılamanın daha başarılı bir şekilde yürütülüp hukuka bağlılığın sağlanabilmesi için her hukuk sisteminde farklı şartlar öngörülmüştür. Dava şartları diye adlandırılan bu şartlar, Alman Hukukunda ilk kez 1868 yılında Bülow¹²⁵² tarafından incelenmiştir. Bülow'a

¹²⁵¹ Bu hususta bkzn. Üçüncü Bölüm

¹²⁵² Bülow medeni usûl hukuku öğretisinde ilk defa bir davada karar verebilmek için uyumsuzluğun esasına ilişkin şartlar ile usûle ilişkin şartlar arasında bir ayrıma gitmiştir. Bülow bu ayrımı, Roma medeni usûl hukuku sistemini göz önünde bulundurarak yapmıştır. Bülow, çalışmalarında Roma hukukunda medeni yargılamanın iki aşamadan oluştuğunu belirtmiştir. İlk aşama, yargılamaya

göre dava şartları başarılı bir şekilde tüm usûli işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan şartlar ya da usûli işlemin var olabilmesi için gerekli şartlar olarak tanımlanmıştır¹²⁵³. Bülow’a göre mahkeme sadece tartışmalı iddialar hakkında karar vermemeli, bunun yanı sıra mahkeme ihtilaflı özel hukuk ilişkilerine ek olarak bir yargılamanın yürütülebilmesi için bulunması gereken varlık şartlarının da bulunup bulunmadığını araştırmalıdır¹²⁵⁴.

İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde ise Kummer dava şartlarını “ *bir davanın mesmu*¹²⁵⁵ *olması ve bunun bir sonucu olarak esasa ilişkin bir hüküm verilebilmesi yani bir davada, talebin esasa ilişkin olarak yerinde olup olmadığına ilişkin bir karar verilebilmesi için gerekli olan şartlar*”¹²⁵⁶ olarak tanımlamıştır. Günümüzde İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde bu tanımdan hareketle daha kısa ve daha basit bir tanım ile dava şartları “*esasa ilişkin karar verilebilmesi için bulunması gerekli şartlar*”¹²⁵⁷ olarak ifade edilmektedir.

Dava şartları ifadesi, öğretilde bazı yönlerden eleştirilmektedir. İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde Berti, dava şartları (*yargılama şartları*) ifadesini dil bilgisel

hazırlık (das Verfahren in iure) aşamasıdır. Diğer aşama ise esasa ilişkin yargılamanın (das Verfahren in iudicio) yapıldığı aşamadır. Her iki aşama da belirli hukuki problemlerin çözümlenmesini sağlamaktadır. Davaya hazırlık aşamasında Pretor davaya esas uyuşmazlık hakkında karar vermekten kaçınmaktadır. Bu aşamada genellikle yargılama koşulları belirlenir ve uygulanacak hukuk kuralları tespit edilir. Bununla birlikte bu aşamada Pretor, dava şartları olarak da ifade edilebilecek mahkemeye, taraflara ya da uyuşmazlığın elverişliliğine ilişkin bazı şartları göz önünde tutabilir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Bülow, s. 29 vd.; Hans Berg, “Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess”, **Juristische Schulung**, Heft: 3, 1969, s. 124.

¹²⁵³ Bülow, s. 6; Karl Heinz Schwab, “Gegenwartsprobleme de deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft”, **Juristische Schulung**, Heft: 2, 1976, s. 69.

¹²⁵⁴ Bülow, s. 7.

¹²⁵⁵ Burada mesmu ifadesi ile davada usûle ilişkin koşulların gerçekleşmesi sebebi ile esasa girebilmek için yeterli olma kastedilmektedir.

¹²⁵⁶ Max Kummer, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, 4. Aufl., Bern 1984, Verlag Stämpfli & Cie AG s. 86; aynı yönde Stephen V. Berti, Prozessentstehung- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: **Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), FS Kellerhals**, 1. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, FS Kellerhals, s. 254; Urs Henryk Hoffmann-Nowotny, **Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren**, Dike Verlag AG, 2010, Zürich/St. Gallen, s.

¹²⁵⁷ Staehelin, Staehelin ve Grolimund, § 11, N 1; Alfred, Bühler, Andreas Edelmann ve Albert Killer, **Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung**, 2. Auflage, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg, Sauerländer, 1998, § 72, N 7; Frank, Sträuli, Messmer, Wiget ve Wiget, Sträuli, § 108, N. 1; Ernst Roduner, **Prüfung der Prozessvoraussetzungen nach ZPO**, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für den Aargauischen Juristenverein 1936-1986, Aarau 1986, s. 91; Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, dritte, verbesserte und vermehrte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979, s. 220; Hoffmann-Nowonty, s. 23.

olarak yanıltıcı bir ifade olarak değerlendirmektedir¹²⁵⁸. Dava şartlarının sadece işin esasına girebilmek için gerekli şartlar olduğunu, dava açmak için gerekli olan şartlar olmadığını, Bülow'un da çalışmalarında dava şartları için başka ifadelerin de kullanılabileceği belirtmiş olduğunu ileri sürmüştür¹²⁵⁹. Bununla birlikte İsviçre hukukunda kanun koyucu dava şartları ifadesini kullandığından bu ifadenin değiştirilmesi için yeterli bir sebep olmadığı sürece bu terimin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁶⁰. Benzer bir şekilde Türk Hukukunda da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde bu şartlar için “*dava şartları*” ifadesi kullanıldığından çalışmamızda da bu terim kullanılacaktır.

Türk hukukunda 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda nelerin dava şartı olacağını düzenlenmese de¹²⁶¹ Kanunun 188. maddesinin 2. fıkrasından hareketle dava şartları “*hâkimin re'sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlarla*” ifadesi ile dava şartlarının hangi ölçütlerle belirleneceği, hüküm altına alınmıştı. Buna göre hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken veya eksikliği durumunda işin esası hakkında yargılama yapılamama durumunun ortaya çıkması gereken haller, dava şartlarını belirlemede bir ölçüt olarak kabul edilmekteydi¹²⁶². Bu ölçütlerden hareketle Türk hukukunda da dava şartları “*davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır*” şeklinde tanımlanmıştır¹²⁶³

¹²⁵⁸ Berti, terimsel olarak bu şartların “esasa ilişkin karar verilebilme şartları” (Sachbeurteilungsvoraussetzungen) olarak ifade edilmesini önermiştir. Berti, FS Kellerhals, s. 254. Alternatif olarak ileri sürülen bu terimlerden diğerleri ise Eintretensvoraussetzungen ve Sachentscheidungs voraussetzungen şeklindedir. Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Hoffmann-Nowonty, s. 23.

¹²⁵⁹ Bu hususta bkz. Alexander Brunner, Dominik Gasser ve Ivo Schwander, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, Dike Verlag AG, 2016, § 59, N. 6.

¹²⁶⁰ Brunner, Gasser ve Schwander, §59, N. 6.

¹²⁶¹ Kuru, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Türk hukukunda dava şartları kurumunu, Alman medeni usûl hukukundan hareketle ilk olarak Ansay'ın incelediğini ve hatta kurduğunu belirtmektedir. Ansay ile aynı yönde Kuru da dava şartlarını münhasıran bir usûl hukuku kurumu olarak kabul edip inceleyen Alman sisteminin esas alınması gerektiği görüşüne katılmaktadır. Kuru, Dava Şartları, s. 110. Ansay, yargılama şartları şeklinde ifade ettiği dava şartlarını, davanın maddi hukuk bakımından haklılığına ilişkin değil de, usûl noktasından cevazına ilişkin şartlar olarak ifade etmektedir. Bu hususta bkz. Ansay, s. 202 vd.

¹²⁶² Bu hususta bkz. Erişir, s. 247.

¹²⁶³ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 927.

Dava şartlarının kapsamına ilişkin ilk düzenleme ise büyük ölçüde İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu Tasarısının¹²⁶⁴ 57. maddesinde yer alan kuraldan esinlenerek Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 114. ve 115. maddeleri ile getirilmiştir¹²⁶⁵. Dava şartları, bu hükümlerde sayılan şartlarla sınırlı değildir. Farklı Kanunlarda özel dava şartları düzenlenebilir¹²⁶⁶. Ancak Kanun haricinde dava şartı öngörülmesi mümkün değildir.

Dava şartları olumlu ve olumsuz, genel ve özel dava şartları ya da mahkemeye, dava konusu şeye ve taraflara ilişkin dava şartları olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Mahkemeye ilişkin dava şartları, mahkemenin yargı hakkına haiz olması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevli olması ve kesin yetki kuralı var ise mahkemenin bu kurala göre yetkili olmasıdır¹²⁶⁷. Dava konusu şeye ilişkin dava şartları ise davacı tarafından gider avansı yatırılması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi, hukuki yarar, davanın derdest olmaması, kesin hüküm bulunmaması, dava konusu yapılan talebin dava edilebilir olmasıdır. Taraflara ilişkin dava şartları ise davada her iki tarafın bulunması, tarafların taraf ve dava ehliyetine sahip olması, dava takip yetkisinin bulunması ve dava bir vekil aracılığı ile takip ediliyorsa vekilin geçerli bir temsil yetkisinin

¹²⁶⁴ Hükümet gerekçesinde Tasarı olarak anılan İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu 19.12.2008 tarihli ve 1.1.2011'de yürürlüğe girmiştir. Yürürlükteki İsviçre Federal Medeni Usûl Kanununda ilgili madde 59. maddeye denk gelmektedir.

¹²⁶⁵ “Bu düzenleme, büyük ölçüde İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu Tasarısının 57 nci maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuştur. Maddenin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken hususların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Burada sözü edilen dava şartlarından maksat, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen hâllerdir. Ayrıca maddede, davanın taraflarına ve davanın konusuna ilişkin dava şartlarının tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması; yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; kesin yetki hâllerinde, mahkemenin yetkili bulunması; tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması; yasal temsilin işlerlik kazandığı hâllerde, yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması; davayı takip yetkisine sahip olunması; vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usûlüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması; davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması; davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması; aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunması, genel dava şartları olarak belirlenmiştir.” Bu hususta bkz. Hükümet Gerekçesi www.tbmm.gov.tr, (12.10.2018).

¹²⁶⁶ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 950.

¹²⁶⁷ Ansay, s. 203; Bilge, s. 295; Kuru, Dava Şartları, s. 112 vd.; Üstündağ, s. 277; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 928 vd; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 190; Budak ve Karaaslan, s. 144.

bulunması gerekmektedir. Dava ehliyeti bu bağlamda taraflara ilişkin dava şartları kategorisinde değerlendirilmektedir¹²⁶⁸.

Bir dava şartının eksikliği durumunda, uyuşmazlık daha fazla tartışılmaz. Uyuşmazlığın çabuk ve hızlı bir şekilde ele alınması hedeflenmektedir¹²⁶⁹. Dava şartları kamu yararı amacı güdülerek getirilmiş, bu sebeple emredici niteliğe sahip olan usûl hükümleridir. Bu sebeple taraflar, dava şartlarına ilişkin hükümleri değiştiremeyecektir. Bu yönde yapılan usûli sözleşmeler geçersizdir¹²⁷⁰.

2. Dava Ehliyetinin Bir Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 114. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre dava ehliyeti, bir dava şartı olarak kabul edilmiştir¹²⁷¹. Bu ehliyet, davanın dinlenilerek esasa ilişkin bir karar verilebilmesi için aranan bir önkoşuldur¹²⁷². Dava şartları, aynı zamanda, dava dışında, diğer yargılama prosedürleri için de birer yargılama şartı niteliğindedir ve esasa ilişkin olmadıklarından usûli olarak öncelikle ele alınmalıdır¹²⁷³.

Dava dilekçesinde, davacı ve davalı olarak gösterildikleri için davada taraf olanlar, taraf ehliyetine sahip iseler, yargılama ilişkisinin süjeleri olarak davaya devam edebilirler, ancak bu kimselerin davada geçerli usûli işlemleri

¹²⁶⁸ Ansay, s. 203; Bilge, s. 296; Kuru, Dava Şartları, s. 118 vd; Üstündağ, s. 278; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 931 vd.; Alangoya, s. 192; Budak ve Karaaslan, s. 147.

¹²⁶⁹ Kuru, Dava Şartları, s. 112; Erişir, s. 247.

¹²⁷⁰ Üstündağ, s. 409. Taraflar, dava şartlarının bulunmadığı bir davaya bakılmasına muvafakat etseler dahi hakim davayı usûlden reddetmelidir. Kuru, Dava Şartları, s. 111.

¹²⁷¹ Benzer şekilde taraf ve dava ehliyeti İsviçre ve Alman medeni usûl hukuku uygulamasında da birer dava şartı olarak kabul edilmiştir. Dava ehliyetinin bir dava şartı olduğu, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 59. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde hüküm altına alınmıştır. Alman hukukunda ise dava şartlarına ilişkin özel bir madde bulunmamaktadır. Dava ehliyeti, re'sen göz önünde tutulması sebebi ile bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 20-22.

¹²⁷² Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 20. *"Dava şartları, medeni usûl hukukuna ait bir kurumdur. Bunun amacı, bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usûlünü tespit etmek, böylece davaların daha çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmaktır. Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi (davayı esastan inceleyebilmesi) için varlığı veya yokluğu gerekli olan haller, dava (yargılama) şartlarıdır. Davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gerekli hallere, olumlu dava şartları (görev, hukuki yarar gibi); yokluğu gerekli haller ise olumsuz dava şartları denilmektedir (kesin hüküm gibi). Dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır. Buna davanın dinlenebilmesi şartları da denir"* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.1.2016 tarihli, E. 2015/18-2560, K. 2016/96 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (27.07.2019).

¹²⁷³ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 927.

gerçekleştirebilmeleri için dava ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir¹²⁷⁴. Dava ehliyeti, taraf ehliyetinden farklı olarak pasif değil, aktif bir ehliyettir¹²⁷⁵. Zira davada geçerli usûl işlemlerinin yapılabilmesi ve esasa ilişkin inceleme yapılarak bir karar verilebilmesi için davanın taraflarının dava ehliyetine sahip olmaları gerekir. Dava ehliyeti, aynı zamanda usûl işlemlerinin geçerlilik kazanabilmesi için varlığı aranan koşullardan birisidir. Yani dava ehliyeti bulunmayan taraf, usûl işlemi de yapamaz¹²⁷⁶. Bu gereklilik, dava esnasındaki usûlî işlemleri güvence altına almak ve dava ehliyeti bulunmayan kimselerin davada karşılaşacakları olumsuzlukları bertaraf edebilmek için kabul edilmiştir¹²⁷⁷. Dava şartlarının, yargılamanın en başında ele alınmasının temel sebebi ise bu şartların esasa ilişkin bir incelemeye başlayabilmek için gerekli olan şartlar olmasıdır. Ancak bu şartlar, en son yargı merciinde, en son işlem yapılana kadar gereklidir¹²⁷⁸.

3. Dava Ehliyetinin Dava Şartı Olarak Gösterdiği Özellikler

a. Yargılamanın Başlaması İçin Gerekli Bir Şart Olmaması

Dava şartları, kural olarak yargılamanın başlaması için gerekli şartlar değildir¹²⁷⁹. Dava, tüm dava şartlarının varlığı ile değil tarafların dava açılmasına yönelik usûlî işlemlerde bulunması ile başlar¹²⁸⁰. Dava şartı eksikliği sebebi ile bir tarafın dava açmasına engel olunamaz¹²⁸¹. Dava şartları, davanın açılmasına engel

¹²⁷⁴ Pekcanıtez ve Taş Korkmaz, Pekcanıtez Usûl C.I, s. 588; Kale, s. 21.

¹²⁷⁵ Tanrıver, s. 496.

¹²⁷⁶ Umar, Ehliyet, s. 614; Tanrıver, s. 498; Budak ve Karaaslan, s. 91.

¹²⁷⁷ Kahlke, s. 33; Oda, s. 36; Kuru, Dava Şartları, s. 110; Kale, s. 22.

¹²⁷⁸ Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 20. Bununla birlikte Alman hukukunda dava ehliyetine ilişkin bir eksikliğin bulunması durumunda dava ehliyetinin bir dava şartı olması sebebiyle en son sözlü yargılama aşamasına gelindiğinde karar verilmeden önce bu eksikliğin giderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44 Rn. 20; Wiezoreck ve Schütze, §52, Rn. 16; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §52, Rn. 3; Thomas ve Putzo, § 52, Rn. 6.

¹²⁷⁹ Roduner, s. 92; Hoffmann-Nowotny, s. 26-27.

¹²⁸⁰ Berti, Sachbeurteilungsvoraussetzungen, s. 255; Staehelin, Staehelin ve Grolimund, §14, N 1; Roduner, s. 91; Guldener, s. 220; Hoffmann-Nowotny, s. 26-27.

¹²⁸¹ Jürgen Blomeyer, "Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ZZP 81, 1968, (1968), s. 29; Hoffmann-Nowonty, s. 26-27; Akkan, Dava Açma, s. 10.

olmaktan daha ziyade, yargılama esnasında öncelikle incelenmesi gereken, esasa ilişkin karar verilebilmesine ilişkin şartlardır¹²⁸².

Dava şartlarından biri olmaksızın açılan bir dava da açılmış sayılır. Başka bir ifade ile dava derdestir¹²⁸³. Davanın açılması ile mahkemenin davayı inceleme ve nihai bir karar verme zorunluluğu doğmaktadır. Başka bir deyişle mahkemeler hakkı dağıtmaktan kaçınmaz¹²⁸⁴. Dava şartları mevcut olmasa dahi, mahkeme, davayı incelemesiz bırakamaz. Açılmış bir dava vardır, ancak dava şartlarından biri olmadığından, açılmış olan bu davanın esasına ilişkin karar verilemeyecektir¹²⁸⁵. Burada, davanın kabule şayan olmadığı tespit edilirse, dava, esasa ilişkin bir karar ile değil, usûle ilişkin bir karar ile sonuçlandırılmalıdır. Çünkü dava şartlarındaki eksiklik, davanın açılmasını değil, esastan incelenmesini engeller¹²⁸⁶. Burada, dava şartlarına ilişkin yapılan yargılama, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesine yardımcı (Hilfprozess)¹²⁸⁷ bir yargılamadır.

Dava ehliyeti eksikliği durumunda da tarafın, dava açmasına ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dava, davacının dava açmak için gerçekleştirdiği usûli işlemler neticesinde açılmış sayılacak ve dava eksikliği sebebi ile dava usûlden reddedilmiş olsa dahi dava açılmasına ilişkin maddi ve usûl hukukuna ilişkin sonuçlar doğmuş olacaktır.

Anayasamızın “*Hakların Korunması ile İlgili Hükümler*” üst başlığı altında yer alan “*Hak Arama Hürriyeti*” başlığı altında düzenlenen 36. maddesi gereğince, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”

¹²⁸² Guldener, s. 220; Hoffmann-Nowotny, s. 28; Kuru, C. II, s. 1344; Kuru, Dava Şartları, s. 111; Akkan, Dava Açma, s. 10.

¹²⁸³ Kuru, C. II, s. 1344; Kuru, Dava Şartları, s. 111. Dava şartlarından birisinin bulunmaması sebebiyle usûlden red olunacak bir davada, henüz red kararı verilmeden aynı konuda yeni bir dava açılırsa, derdestlik, yani davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olması” (HMK m.114/1-I) sebebiyle ikinci dava usûlden reddolunacaktır.

¹²⁸⁴ Kudret Aslan, “Medeni Usûl Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, **MİHDER**, Cilt: 9, Sayı: 25, 2013/2, s. 31.

¹²⁸⁵ Kuru, Dava Şartları, s. 111. “*Dava şartlarından biri olmadan açılan dava da açılmış (var) sayılır, yani derdesttir. Ancak mahkeme, dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince, davanın esası hakkında inceleme yapamaz; davayı dava şartı yokluğundan (usûlden) reddetmekle yükümlüdür.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.1.2016 tarihli, E. 2015/18-2560, K. 2016/96 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (27.07.2019).

¹²⁸⁶ Staehelin, Staehelin ve Grolimund, § 11, N. 1; Kummer, s. 86 vd.; Guldener, s. 220; Hoffmann-Nowotny, s. 28.

¹²⁸⁷ Alman Hukuku öğretisinde yargılama, uyuşmazlığın esasına ilişkin gerçekleştirilen yargılama esas yargılama (Hauptprozess) ve dava şartlarının varlığına ilişkin gerçekleştirilen yargılama ise yardımcı yargılama (Hilfprozess) olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Blomeyer, 1968, s. 29.

Bu maddenin 2. fıkrasında ise hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı düzenlenmiştir¹²⁸⁸. Mahkemelerin esasında mahkemelerin görev ve yetkisi dışındaki davalara da bakma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir mahkemenin ilgili davanın görev ve yetkisi alanında olup olmadığını anlayabilmesi için bu hususta yargılama gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu yargılamanın sonunda uyuşmazlığın kendi görev ve yetkisi kapsamında olmadığı yönünde bir sonuca ulaşırsa usûle ilişkin bir karar verecektir. Bununla birlikte mahkemelerin işin esasına girmeyip, usûle ilişkin bir karar vermesi sadece görev ve yetkiye ilişkin konularla sınırlı değildir. Diğer dava şartlarının yanı sıra, tarafların ileri sürmüş oldukları ilk itirazlar neticesinde de mahkeme, esasa ilişkin bir karar vermese de usûle ilişkin bir karar vermekten kaçınamayacaktır. Davanın açılmasıyla ortaya çıkan mahkemenin karar verme yükümlülüğünden kastedilen şey nihai kararlardır. Bu nihai kararlar, esasa ya da usûle ilişkin olabilir. Yargılamayı sonlandırmayı amaçlamayan, aksine yargılamanın devamına yönelik olan ara kararların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir¹²⁸⁹.

Bir dava şartı olarak düzenlenen dava ehliyetinin eksikliğinde ise dava ehliyeti eksik olan kimsenin gerçekleştirmiş olduğu işlemler ile yargılama başlamış sayılacaktır. Yazılı yargılama usûlünde dava bir dilekçe ile açılır¹²⁹⁰. Mahkeme, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile davayı incelemesiz bırakamaz. Nitekim dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik olup olmadığı hususu, yapılan yargılama sonucunda belli olacaktır. Mahkemenin bu konuda herhangi bir inceleme yapmadan doğrudan kişinin ehliyetsiz olduğunu kabul ederek yargılamaya başlamaması, hak arama hürriyetini ihlal eden bir durumdur. Çünkü yukarıda da değindiğimiz üzere, Anayasamızın 36. maddesi gereğince subjektif hakkı ihlal edilen ve tehlikeye düşen kimsenin devletin yetkili yargı organlarından hukuki koruma talep edebileceği ayrıca, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı olarak yer alıp talepte bulunabileceği garanti altına alınmıştır¹²⁹¹. Buna ilişkin usûllerin, medeni usûl hukuku kurallarınca belirlenmesi, yargılamanın en hızlı ve doğru bir biçimde

¹²⁸⁸ Anayasa'nın 36.maddesi ile güvence altına alınan bu ilke, aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde adil yargılanma hakkının kapsamı içinde de düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹²⁸⁹ Emre Kıyak, **Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usûl Hukukuna İlişkin Sonuçları**, Seçkin, 2014, Ankara, s. 82.

¹²⁹⁰ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1113.

¹²⁹¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C.II, s. 1112.

yapılabilmesi için gereklidir. Ancak bu kurallar, yargılamanın doğru bir şekilde yürütülmesi için hüküm altına alınmıştır. Kişinin dava açma hakkının sınırlandırılması amacını taşımaz. Bu sebeple bir dava şartı olan dava ehliyetine ilişkin bir şüphe olması¹²⁹² durumunda, mahkeme, bu konuda bir inceleme yapmaktan kaçınamayacak, dava ehliyeti eksikliğinin tespiti ve bu eksikliğin giderilememesi durumunda ise usûle ilişkin bir karar verme yükümlülüğü altında olacaktır.

b. Dava Ehliyetine İlişkin Olarak Başvurulan Mahkemenin Karar Verecek Olması

Dava şartlarının eksik olup olmadığı hususunda karar vermeye yetkili mahkeme, tarafların uyuşmazlığın çözülmesi için başvurdukları mahkemedir¹²⁹³. İsviçre Federal Mahkemesi, davanın açıldığı mahkemenin bu konuda karar vermeye yetkili olmasını, medeni yargılamanın temel prensibine ilişkin bir ilke (*un principe fondamentale du droit de Procédure*) olarak nitelendirmektedir¹²⁹⁴. Aynı ilke, tahkim yargılamasında da kabul edilmiştir. Tahkim yargılamasında kabul edilen *Kompetenz-Kompetenz*¹²⁹⁵ ilkesi uyarınca mahkeme, kendisinin bu konuda karar verip veremeyeceğine karar verebilir.

Dava ehliyetinin eksikliğinin tespitinde mahkeme, gerekli gördüğü hallerde, kişinin fiil ehliyetinin tespitini, bekletici sorun yapabilir. Nitekim mahkemenin bir davada hüküm verebilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesi hükmü

¹²⁹² Bir dava şartının bulunup bulunmadığına ilişkin bir araştırmaya geçilmeden önce mutlaka bu hususta bir şüphe bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Herhangi bir şüphe olmadan, mahkeme tüm dava şartlarının bulunup bulunmadığını kontrol etmekle yükümlü değildir. Saenger, §56, Rn. 13. Dava ehliyeti bakımından aynı yönde Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3.

¹²⁹³ Hoffmann-Nowotny, s. 27.

¹²⁹⁴ BGE 121 III, s. 495, www.swislex.ch, (08.07.2019) aktaran Hoffmann-Nowotny, s. 28.

¹²⁹⁵ Birçok milli hukuk, kurumsal tahkim kuralları ve birtakım uluslararası konvansiyonlarda benimsenen kompetenz-kompetenz prensibi uyarınca, tahkim anlaşmalarının varlığı, geçerliliği ve genel olarak tahkim yetkisine ilişkin itirazlar hakem heyetince karara bağlanacaktır. Kompetenz-kompetenz prensibini tamamen benimsememiş hukuk düzenlerinde, önüne tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına dair bir uyuşmazlık gelen resmi yargının, tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerine bir karar vermesi gerekecektir. Buna karşılık, kompetenz-kompetenz prensibini benimsemiş ulusal hukuk düzenlerinde, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı denetimi esasen tahkim mahkemelerine bırakılmıştır. Nesli Şen Özçelik, "Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 36, Issue: 2, s. 61; Seda Özsumcu, "The Principle of Separability and Competence-Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Cilt: 46, Sayı: 62, 2013, s. 263 vd.

uyarınca, başka bir davaya yahut idari makamın tespitine kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanması ya da idari makamın kararı, bekletici sorun yapılabilir. Burada, başka mahkemenin kararı ile çözümlenmesi beklenen sorun doğrudan dava ehliyetine ilişkin değildir. Kişinin fiil ehliyetinin tespitine ilişkindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine başka bir ifade ile fiil ehliyetine göre belirlenecektir. Nitekim asıl uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme de doğrudan kanuni temsilci atamaya yetkili değildir. Uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin yapması gereken iş de vesayet altına alınmayı gerektiren bir hal olup olmadığını belirlenmesi için sulh hukuk mahkemesine yazı yazmak (TMK m. 404/2, 405/2) ve sonucu bekletici sorun yapmakla sınırlıdır¹²⁹⁶.

Kişinin fiil ehliyetinin eksikliği, dava ehliyetini doğrudan etkileyen bir husus olmasına rağmen bu iki kavram, aynı şeyi ifade etmemektedir. Esas uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme, kişinin fiil ehliyetine göre dava ehliyetinin olup olmadığına karar verecektir. Benzer şekilde, fiil ehliyeti eksikliği durumunda, kişinin kanuni temsilcisinin davayı açıp, yargılamayı yürütebilmesi için kanuni temsilcisinin belli bir makamdan izin alması gerekiyorsa bu izin belgelerinin mahkemeye teslimi süresinde bu izin belgesinin alınması bekletici sorun yapılmaktadır (HMK m. 54/II). Bunun yanı sıra kişinin, sonradan fiil ehliyetini kazanması durumunda ya da kanuni temsilcisinin vereceği icazet ile bu eksikliğin giderilmesi mümkündür.

En nihayetinde eksikliklerin bulunması halinde kişinin dava ehliyetinin olup olmadığına, dava ehliyeti eksikliği halinde bunun yaptırımının ne olacağına karar verecek olan mahkeme esas uyuşmazlığın görüldüğü mahkemedir. Kararı bekletici sorun yapılan diğer mahkemelerin kararları, doğrudan dava ehliyetine ilişkin değil, dava ehliyetine ilişkin ön sorunun çözümlenmesi için gerekli hususların aydınlatılması için gerekli kararlardır. Bu mahkemeler, esasa ilişkin uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin yerine geçip açılan dava hakkında usûle ilişkin bir karar veremez. Bu sebeple diğer dava şartlarında da olduğu üzere bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığına ilişkin kararı verecek olan mahkeme, esasa ilişkin uyuşmazlığın görülmesi için davacı tarafından başvurulmuş mahkeme olacaktır.

¹²⁹⁶ Pekcanıtez ve Taş Korkmaz, Pekcanıtez Usûl, s. 593.

c. Davalının Usûle İlişkin Yürütülen Yargılamada Dava Ehliyetine İlişkin Beyanda Bulunması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinde dava şartlarının re'sen araştırılacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde kıta Avrupası hukuk sistemine tâbi olan İsviçre (schZPO m.60) ve Alman (ZPO m. 54) medeni usûl hukuklarında dava şartlarının re'sen göz önüne alınacağı öngörülmüştür. Aşağıda da daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere burada teorik olarak, davalının mahkemeye, davanın usûle aykırı olduğunu öne sürmesine ilişkin bir zorunluluğu, bulunmamaktadır¹²⁹⁷. Taraflara, bu konuda, herhangi bir iddia yükü yüklenmemiştir. Bununla birlikte, taraflar, davada dava şartlarından kaynaklanan eksikliklerin tespit edileceğine ilişkin bir güven duyuyor olsalar da, bu durum her zaman risk içermektedir ve eksikliğin tespit edilememesi her iki taraf için de ağır sonuçlar doğurabilir¹²⁹⁸. Çünkü mahkeme, bu konuda yanlış bir karar vererek esasa ilişkin incelemeye geçebilir. Mahkemenin bu konuda doğru bir değerlendirme yapmamış olması dava şartı eksikliğine rağmen esasa ilişkin bir karar verilmesi riskini doğurabilir. Bu sonuçtan kaçınmak için davalı taraf, bu yardımcı yargılamada (*Hilfprozess*) dava şartlarının varlığına ya da yokluğuna ilişkin olarak yargılamaya katılmalıdır¹²⁹⁹. Davacı tarafın da korunması gereken sübjektif hakkını en doğru ve usûlüne uygun bir şekilde talep edebilmesi için ehliyetli olması gerekmektedir. Dava ehliyetine ilişkin bir şüphe olması durumunda, bu hususta yargılamaya katılması oluşabilecek ağır sonuçları ortadan kaldırmak için gereklidir.

Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması bir yargılamanın iadesi sebebi olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla dava ehliyeti eksikliğine rağmen davanın görülmüş ve esastan karara bağlanmış olması durumunda, hangi taraf lehine olursa olsun, her zaman, hukuki bir belirsizlik riskiyle karşılaşılabilir. Bu durum, yargılamanın en başında eksikliği kolaylıkla ortadan kaldırılabilir bir usûli hata sebebiyle yargılamanın en baştan

¹²⁹⁷ Hoffmann-Nowotny, s. 29; Kuru, Dava Şartları, s. 123.

¹²⁹⁸ Reinhold Geimer ve Rolf A. Schütze, **Europäisches Zivilverfahrensrecht**, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2010, §26, N 13; Orhan Eroğlu, **Medeni Usûl Hukukunda Ön İnceleme**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 87.

¹²⁹⁹ Geimer ve Schütze, § 26, N. 13; Hoffmann-Nowotny, s. 29.

başlaması ve sürecin uzaması gibi sonuçlara yol açacaktır. Bu süreç içerisinde, taraflara yüklenecek olan maddi yükün (usûli anlamda) yanı sıra sürecin uzamasından ötürü, davaya konu sübjektif hakkın elde edilmesinin imkânsızlaşması gibi sorunlarla da karşılaşılabilir. Bu sebeple, her ne kadar re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak taraflara, bu hususta bir iddia yükü ayrıca yüklenmemiş olsa da, tarafların dava ehliyeti eksikliğini ileri sürmesi ve buna ilişkin savunmalarını belirtmesi, yargılamanın en doğru şekilde gerçekleştirilebilmesi için gereklidir.

d. Re'sen Araştırma İlkesinin Geçerli Olması

Dava ehliyeti eksikliğinin bir dava şartı olmasının bir diğer sonucu, eksikliği durumunda bu eksikliğe ilişkin bir şüphenin bulunması durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca davanın her aşamasında, mahkemenin bu hususu kendiliğinden araştırması gerekmesidir. Bu konu, dava ehliyeti eksikliğinin tespiti başlığı altında daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir¹³⁰⁰.

4. Yargılama İçerisinde Dava Ehliyetinin İncelenme Zamanı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, usûl hukukuna ilişkin birçok yenilik getirmiştir. Bu yeniliklerden biri de ön inceleme kurumudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Üçüncü Kısımının Dördüncü Bölümünde bu kurum, delillerin ve hukuki uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlanması sebebiyle istenilen sonuçların elde edilememesi, bu sebeple de yargılamanın gereksiz uzamasını önlemek amacıyla getirilmiştir¹³⁰¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinde ön incelemenin kapsamı hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre:

“Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin

¹³⁰⁰ Üçüncü Bölüm I/E/1.

¹³⁰¹ Karslı, Koç ve Konuralp, s. 62; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, ss. 357-358; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1273 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 325; Budak ve Karaaslan, s. 195; Eroğlu, s. 21.

toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.”

Bu maddeden de anlaşıldığı üzere dava şartları, ön inceleme aşamasında öncelikli olarak incelenecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 138. maddesinde de mahkemenin, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar¹³⁰² hakkında dosya üzerinden karar vereceği, gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, işin esasına girmeye engel olan ve yargılamanın başında incelenip karara bağlanması gereken usûli sorunların daha ileri taşınmamasını arzu etmiştir. Dava şartlarına ilişkin bir sorunun yargılamanın başında çözülmeyp tahkikat işlemleri yürütüldükten sonra, eksikliğin giderilememesi ve davanın dava şartı eksikliği sebebiyle reddedilmesi sonucu ile karşılaşılabilir. Bu durumun usûl ekonomi ilkesinin yanı sıra¹³⁰³ makul sürede yargılanma ve adil yargılanma hakkı ile de bağdaşmayacağı açıktır¹³⁰⁴. Bununla birlikte mahkeme, dava şartlarını sadece ön inceleme aşamasında değerlendirmez. Dava şartları yargılamanın her aşamasında mahkeme tarafından re’sen göz önünde tutulmalıdır (HMK m. 115/1). Çünkü bu eksiklik ön inceleme aşamasında gözden kaçırılmış ya da sonradan ortaya çıkmış olabilir.

Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 138. maddesi, hakime, dava şartları hakkında dosya üzerinden karar verme yetkisi tanımış ise de bu yetkinin çok sınırlı ve istisnai olarak kullanılması gerekmektedir¹³⁰⁵. Kanaatimizce, dava ehliyeti,

¹³⁰² Öğretide Karslı, Koç ve Konuralp her ne kadar madde metninde “dava şartları ve ilk itirazlar” denilmiş ise de her ikisinin birlikte sonuçlandırılması gerekmediğini ve bu şekilde incelemenin doğru olmadığını belirtmiştir. Bu görüşe göre mahkeme, öncelikle dava şartlarını incelemeli ve dava şartlarında bir eksiklik yoksa daha sonra ilk itirazları incelemelidir. Bu hususta bkznz. Karslı, Koç ve Konuralp, s. 63.

¹³⁰³ Bir yargılamada aslında gereksiz yere yapılan giderlerin ve harcanan zamanın temelinde, mahkeme ve taraflarca gereksiz yere yapılan, aslında ihtiyaç duyulmayan usûl işlemleri yatmaktadır. Usûl ekonomisi ilkesinin bir işlevi de bu tür usûli işlemlerin yapılmasını engelleyerek, zaman ve paradan tasarruf sağlamaktır. Bu hususta bkznz. Rüzgarkesen, ss. 73-74. Bu sebeple Türk hukukunda da dava şartlarının da incelenmesi için uygun zamanın ön inceleme aşaması olduğu kabul edilmiştir.

¹³⁰⁴ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1285.

¹³⁰⁵ Nitekim Hukuk Genel Kurul’u bir kararında bu konuya değinmiş, bu konuda karşı görüşler dile getirilmesine rağmen, özellikle yazılı yargılama usûlünün uygulandığı davalarda, duruşma yapılmadan karar verilmesini hukuki dinlenilme hakkının ihlali olduğu yönünde karar verilmiştir. “Tüm bu yasal düzenlemeler göstermektedir ki; yazılı yargılama usûlüne tabi bir dava açıldığında, mutlaka

dosya üzerinden incelenmesi mümkün olan bir dava şartı değildir. Mahkeme, dava ehliyetine ilişkin bir şüphe bulunması durumunda tarafı şahsen dinlemeden herhangi bir karar vermemelidir¹³⁰⁶. Ancak bu konuda şüphe bulunmaması durumunda ise duruşma yapılmasına gerek yoktur. Türk Medeni Kanunu’nun 409. maddesinin ikinci fıkrasının 2. cümlesinde hâkimin, kısıtlılık hakkında karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebileceği düzenlenmiştir. Türk hukuku içtihatlarında da bu maddeden hareketle vasi atanmasına yönelik yargılamanın evrak üzerinden inceleme yapılarak sonuçlandırılmayacağı kabul edilmektedir¹³⁰⁷. Burada kişinin hukuki dinlenilme

*dilekçelerin değişiminin gerçekleştirilmesi ve ön-inceleme duruşmasının yapılması zorunludur. Diğer yandan, dava şartlarından birinin bulunmadığını ve bunun yargılama aşamasında giderilmesinin mümkün olmadığını tespit eden hakim; dilekçelerin tamamlanması aşamasından sonra, fakat ön inceleme duruşmasından önce dosya üzerinden dava şartı eksikliği sebebiyle davayı karara bağlayabilir (HMK. m. 138). Dava 15.11.2013 harç tarihli dilekçeyle açılmış olup, Mahkemenin 22.11.2013 tarihli tensip kararı uyarınca dava ve cevap dilekçesi ile cevaba cevap dilekçesi karşılıklı olarak taraflara tebliğ edildikten sonra duruşma açılmaksızın 4.2.2014 tarihli inceleme tutanağı ile tensip kararında getirilmesine karar verilen Kayseri 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1995/510E., 1995/1003 K. sayılı dava dosyası ile Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/15723 soruşturma sayılı dosyaları incelenmek suretiyle tarafların yokluğunda karar verilmiştir. Bu durumda, davacının mahkemeden hukuki koruma istemesinde hukuki yararı bulunduğu gibi, az yukarda açıklandığı üzere **Hukuk Muhakemeleri Kanununun 138. maddesi hakime; dava şartları hakkında dosya üzerinden karar verme yetkisi tanımış ise de yazılı yargılama usûlüne tabi davalarda, açılan davaların niteliğinin de gözetilerek bu yetkinin çok sınırlı ve istisnai hallerde uygulanması gerekmektedir.***

Hal böyle olunca; yerel mahkemece duruşma açılmadan, taraflara iddia ve savunma haklarını kullanmaları için olanak tanınmadan dosya üzerinden yapılan inceleme ile yazılı gerekçelerle karar verilmiş olması Kurul çoğunluğu tarafından doğru bulunmamıştır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.1.2016 tarihli, E. 2015/18-2560, K. 2016/96 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (27.07.2019).

¹³⁰⁶ Alman Federal Mahkemesi de mahkeme tarafından davacı kişisel olarak dinlenilmeden kişinin dava ehliyeti hakkında bir karar verilmesini Alman Anayasası’nın 103. maddesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olarak kabul etmiştir. Karara göre ancak taraf dinlenilmek için davet edilir ve taraf buna rağmen gelmezse artık mahkeme bu konuda bir karar verebilir. Karar için bkznz. Bundesgerichtshof, Versäumnisurteil vom 6. Dezember 2013 – V ZR 8/13, www.juris.bundesgerichtshof.de, (08.07.2019). Bizce de her ne kadar Türk medeni usûl hukuku sisteminde, davacının davası, doğrudan dava ehliyeti eksikliği sebebiyle reddedilmeyecekse de yargılamanın devamında kanuni temsilcisinin icazet verip vermeyeceği kesin değildir. Dolayısıyla davanın usûlden reddedilmesi riski bulunmaktadır. Bu sebeple dava ehliyetine ilişkin herhangi bir ara karar verilmeden önce de mahkemenin tarafı, şahsen dinlemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak usûlüne uygun şekilde ön inceleme duruşmasına taraf davet edilmesine rağmen gelmezse mahkeme artık bu hususta, karar verebilmelidir. NJW 290 2000, s. 289; NJW 1994, s. 215. Aynı yönde Rosenberg, Gottwald ve Schwab, §44, Rn. 31.

¹³⁰⁷ Gençcan, Vesayet Hukuku, ss. 486-487. “*Vesayet davaları Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 73. maddesinde belirtilen istisnalardan olmadığından duruşma açılması; kısıtlanması istenilen ergin kişinin davadan haberdar edilmesi, bu amaçla davetiye çıkarılması gereklidir. Zira Türk Medeni Kanununun 415. maddesindeki haklı sebepler engel olmadıkça, vasilğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimsenin atanacağını öngörmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanununun 408. maddesi, ergin kişinin yasada belirtilen bazı durumlarda, kendisinin de kısıtlamayı isteyebileceğini kabul etmektedir. Ayrıca Türk Medeni Kanununun 409. maddesi bir kimsenin savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanabilmesi için dinlenmesini koşul olarak göstermiştir. İşte*

hakkını kullanması amaçlanmıştır. Dava ehliyetinin tespitinde de mahkeme, tarafın dava ehliyetine ilişkin şüpheyi düşerse, her ne kadar dava, doğrudan dava ehliyeti eksikliği sebebiyle reddedilmeyecek olsa da bu şüphenin giderilmesi için vesayet makamının kararı, bekletici sorun yapılacaktır. Vesayet makamı, tarafın kısıtlanmasına karar verebileceği gibi bunun gerekli olmadığı yönünde de bir karar verebilir. Bu yönde bir karar çıkmış olması durumunda yargılama gereksiz yere uzamış, sübjektif hakkın korunması zorlaşmış olabilir. Bu sebeple usûl ekonomisi ilkesi uyarınca, mahkemenin tarafların dava ehliyetine ilişkin bir karar vermeden önce mutlaka tarafı şahsen dinlemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu durum farklı şekillerde de ortaya çıkabilir. Örneğin kısıtlı bir kimsenin aradan geçen süre halinde kısıtlılık durumunun kalkmış olabileceğini düşünen mahkeme, bu hususu da bekletici sorun yapabilir. Aksi takdirde, dava, kanuni temsilcinin icazeti olmazsa, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile reddedilecektir. Bu sebeple, vesayet yargılamasına paralel bir şekilde mahkemenin, bir ara karar olsa dahi tarafı şahsen dinlemeden dava ehliyetine ilişkin bir karar almaması gerektiği kanaatindeyiz.

Esas olan, ön incelemenin tek duruşmada tamamlanmasıdır. Ancak zorunlu olan hallerde mahkeme bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edebilir (HMK m. 140/4). Örneğin, taraflardan birinin dava ehliyetine ilişkin bir şüphe olması durumunda, bu şüphe giderilemeyecek nitelikte ise mahkeme bu hususu bekletici sorun yapabilir. Devamında da tarafın dava ehliyeti eksikliğinin tespiti durumu ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda kanuni temsilci atanması ve kanuni temsilcinin izin almasını gerektiren haller de mahkemece bekletici sorun yapılacaktır¹³⁰⁸. Tüm bu sürecin tamamlanması esasında bir dava şartı olan dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesine yöneliktir.

Kanaatimizce her ne kadar sadece bekletici sorun yapılan hususların çözümlenip çözümlenmediğine ilişkin bilgi edinmek amaçlı duruşma günü verilmemesi gerekse de uygulamada gerçekleştirildiği görülen bu duruşmaların ön

belirtilen bu gereklilikler karşısında, duruşma açılması ve kısıtlanması istenilenin duruşmaya daveti bir zorunluluktur. Mahkemece, açıklanan şekilde işlem yapılması gerekirken yazılı olduğu şekilde evrak üzerinden hüküm verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 24.05.2010 tarihli, E. 2009/21807, K. 2010/10038 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (16.07/2019).

¹³⁰⁸ Uygulamada kanuni temsilcinin vesayet makamının iznini alması, bir kimsenin fiil ehliyetini tespit etmek ve ona kanuni temsilci atamak kadar uzun sürmemektedir. Genellikle birkaç günlük bir süre içerisinde kanuni temsilcinin izin alması gereken hallerde vesayet makamından izin aldığı görülmektedir.

inceleme duruşması kapsamında değerdendirilmemesi gerekmektedir. Çünkü bekletici sorun yapılan husus, dava şartı eksikliğine ilişkindir. Dava şartlarının eksikliğine ilişkin bir şüphe olması durumunda bu husus tespit edilmeden ve devamında eksiklik iyileştirilmeden tahkikat aşamasına geçilemeyecektir. Bu konuda bir karar verilene kadar gerçekleştirilen ara duruşmaların ön inceleme duruşması olarak değerdendirilmeyeceğı kanaatindeyiz. Nitekim bu duruşmalarda sadece ön soruna ilişkin vesayet makamının bir karar verip vermediğı takip edilmektedir. Vesayet makamının tespitinden sonra mahkeme ya dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik olmadığına ilişkin bir karar verecek ya da kanuni temsilci atanması için yargılamaya ara verecektir. Mahkeme, kanuni temsilcinin atanmasından sonra temsilcinin icazeti ile başka bir makamın iznini gerektiren hallerde bu iznin alınması için süre verecektir. Esasında bir dava şartı olan dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesine yönelik bu sürecin, ön inceleme aşaması kapsamında olduğı düşüncesindeyiz. Çünkü tüm eksiklikler giderilmeden, tahkikat aşamasına geçilmesi mümkün değildir. Eksikliklerin giderilmesi durumunda tahkikat aşamasına geçilecektir. Giderilememesi ihtimalinde ise mahkeme, dava ehliyeti eksikliği sebebiyle davayı usûlden reddedebilir ya da gerekli izin belgelerinin teslim edilmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılması yönünde karar verebilir (HMK m. 54).

Sonuç olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanununda ikiden fazla ön inceleme duruşmasının yapılmaması esası benimsense de pratikte dava ehliyetine ilişkin ön sorunun çözümlenmesi sürecinde daha fazla sayıda duruşma yapılabileceğı düşüncesindeyiz. Çünkü ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan ve tahkikat aşaması ise işin esasına ilişkin incelemenin yapılacağı bir aşama olduğundan tahkikat aşamasına geçilemeyecektir. Dava ehliyetine ilişkin sorunun ön inceleme aşamasında çözüme ulaştırılması gerekmektedir.

Ön inceleme duruşmasının sonunda hakim, ön inceleme tutanağı düzenlemek zorundadır (HMK m. 137). Tutanağın içeriğı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğı'nin 41. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasının b bendine göre dava şartlarının mevcut olup olmadığı, eksiklik varsa ne tür işlem yapıldığı ön inceleme tutanağında yer alması gereken bir husustur. Ön inceleme tutanağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğı Ek 1'de yer alan Örnek Ön İnceleme Kontrol Formu kullanılmak suretiyle düzenlenebileceğı gibi hakim

tarafından re'sen de düzenlenebilir. Ek 1'de yer alan veya hakim tarafından re'sen oluşturulan form, elektronik ortamda doldurulup güvenli elektronik imza ile imzalanarak kaydedilir ve ön inceleme tutanağına eklenir (HMK Yön. m. 41).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin 3. fıkrasına göre dava şartı eksikliğinin, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemesi, taraflarca ileri sürülmemesi ancak hüküm anında bu eksikliğin giderilmiş olması durumunda, başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden ötürü, davanın usûlden reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Öğretide Karslı, Koç ve Konuralp¹³⁰⁹, başlangıçtaki dava şartı eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddedilemeyeceği durumlarda; davanın usûlden reddedilmesinde menfaati olan kişi için hâkimin sorumluluğuna gidebilme imkânının söz konusu olup olmadığını tartışmıştır. Yazarlara göre, hâkimin sorumluluğunu belirten haller, hâkimlerin daha ağır bir sorumluluk rejimiyle karşılaşmalarını engellemek için tahdidi olarak sayılmıştır. Davanın usûlden reddedilmeyeceği hallerde zaten bu yola başvurmak mümkün değildir. Ancak belli aşamadan sonra dava şartı eksikliği sebebi ile davanın reddedilmemesine ilişkin olan bu hükmün, problem arz ettiğini belirtmişlerdir. Öğretideki bu görüşe katılmamaktayız. Yazarların da belirttiği gibi hâkimin sorumluluğuna ilişkin haller tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hallerden ancak birinin varlığı ile bu sorumluluğa gidilebilecektir. Dava şartı eksikliğinin tamamlanması ise bu hallerin aksine hakimın usûl ekonomisi ilkesince tamamlanması mümkünse, bu yönde işlem yapması gereken hallerdir (Örneğin kanuni temsilcinin vesayet makamından izin alması gerektiğini hatırlatması ve vesayet makamına başvuru halinde bu hususu bekletici sorun yapması). Kanunun açıkça öngördüğü bir hal için hakimın sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün olmamalıdır. Bu sebeple bu durumun, hâkimin sorumluluğunu gerektiren bir hal olmadığı kanaatindeyiz.

¹³⁰⁹ Karslı, Koç ve Konuralp, ss. 64-65.

5. Dava Ehliyetinin Dava Şartlarının İçinde İncelenme Sırası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, dava şartlarının hangi sıra ile inceleneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹³¹⁰. Bu sebeple öğretide bu konuya ilişkin farklı öneriler getirilmiştir.

Öğretide bir görüş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 143. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ilkenin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu ilkeye göre hâkim tahkikatı basitleştirmek veya kısaltmak için bazı dava şartlarını diğerlerinden önce inceleyebilmelidir. Belli bir dava şartının yokluğu halinde diğerlerinin incelenmesine gerek kalmayacak ise öncelikli olarak o dava şartının varlığı incelenebilir¹³¹¹. Bu inceleme yapılırken öncelikli olarak mahkemeye ilişkin dava şartları ile başlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü mahkemeye ilişkin dava şartlarından birinin yokluğu halinde mahkemenin bu davaya bakmasına ve diğer dava şartlarını incelemesine gerek kalmayacaktır¹³¹². Mahkemeye ilişkin dava şartlarından sonra sırasıyla taraflara ilişkin dava şartlarının incelenmesine geçilebilir. En son dava konusuna ilişkin dava şartları incelenmelidir¹³¹³.

Bir başka görüşe göre¹³¹⁴ ise taraflara ilişkin dava şartlarının öncelikli olarak incelenmesi gerekmektedir. Örneğin, mahkemece taraf ehliyeti eksikliğine rağmen bir karar verilmişse bu kararlar etkisiz hüküm niteliğindedir. Eğer mahkemeye ilişkin dava şartları taraf ehliyetine nazaran öncelikle incelenecektir denilirse, örneğin göreve ilişkin verilen bir kararın etkisiz hüküm niteliği taşıma riski ile karşılaşılabilir¹³¹⁵. Benzer bir şekilde taraflara ilişkin bir diğer dava şartı olan tarafın dava ehliyetinin eksik olması durumunda da taraf ehliyetli olmadığı için örneğin

¹³¹⁰ Bununla birlikte madde gerekçesinde “Maddenin birinci fıkrasında, dava şartlarının mevcut olup olmadığı hususunun, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilebileceği; taraflarca da bu bağlamdaki eksikliğin her zaman ileri sürülebileceği açıkça vurgulanmıştır. Genel dava şartlarının inceleme sırasının ne olacağı hususu ise pozitif bir düzenlemeye elverişli bir nitelik taşımaması sebebiyle, tümüyle doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır” ifadesi ile bu durumun doktrin ve yargı uygulamasına bırakıldığı belirtilmiştir. Bknz. www.tbmm.gov.tr, (08.03.2019).

¹³¹¹ Günther Schmitz, Grundfälle zu den Sachurteilsvoraussetzungen des Zivilprozesses, **Juristische Schulung**, Heft: 7, 1976, (JuS 1976), s. 443; Kuru, Dava Şartları, s. 145; Kuru, , Medeni Usûl, s. 201; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 954.

¹³¹² Kuru, Dava Şartları, s. 145; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 954; Görgün, s. 151; Eroğlu, s. 117.

¹³¹³ Kuru, Medeni Usûl, s. 201; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 954; Eroğlu, s. 117..

¹³¹⁴ Öncelikli olarak dilekçenin zorunlu unsurlarının incelenmesi ardından taraflara ilişkin dava şartlarının göz önünde tutulmasına ilişkin bir diğer görüş için bknz. Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 199; Erişir, s. 251.

¹³¹⁵ Bu görüş için bknz. Erişir, s. 251.

görev itirazına ilişkin bir itiraza karşı herhangi bir usûli işlem gerçekleştiremeyecektir. Tarafın korunabilmesi için dava ehliyetinin öncelikli incelenmesi de gereklidir¹³¹⁶. Bu sebeplerle taraflara ilişkin dava şartlarının öncelikli olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.

Öğretide bir diğer görüş ise, dava şartları arasında bir önem sıralaması yapmaya katılmamaktadır. Bu görüşe göre, hakim önüne gelen davayı bütün dava şartları bakımından re'sen incelemeli ve gereken kararı vermelidir¹³¹⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin gerekçesinde “*Genel dava şartlarının inceleme sırasının ne olacağı hususu ise, pozitif bir düzenlemeye elverişli bir nitelik taşınamaması sebebiyle, tümüyle doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır.*” denilmektedir¹³¹⁸. Kanaatimizce dava şartlarının incelenmesi sırasında dava şartlarına ilişkin bir ayırım yapılmadan eksikliğinin tamamlanması mümkün olan ve olmayan dava şartlarına ilişkin bir ayırım yapılarak bu inceleme yapılabilir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kabul edilen genel sistem dava şartı eksikliğinin giderilebilmesi mümkün ise, usûl ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanabilmesi için hâkimin usûlden ret kararı vermeden önce eksikliğin tamamlanması yönünde ilgisine kesin süre vermesi esası benimsenmiştir. Dava şartlarının herhangi birisinde eksiklik bulunduğu iddiası ileri sürülmüş veya dilekçeler ya da diğer delillerden böyle bir eksiklik bulunduğu izlenimi edinilmişse öncelikle o dava şartının mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, söz konusu eksiklik giderilebilir nitelikte ise eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmeli, eksikliğin giderilmesinden sonra diğer dava şartları incelenmelidir¹³¹⁹. Örneğin, davanın derdest olduğu iddiası varsa, mahkeme diğer dava dosyasını getirerek, davaların aynı olup olmadığını incelemeli, davalar aynı ise eldeki daha sonra açılmış olan davanın, derdestlik sebebi ile reddine karar vermelidir. Burada, dava şartı eksikliği,

¹³¹⁶ Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 2.

¹³¹⁷ Burada yazarlar, bir mahkemenin hem görevsiz hem de yetkisiz olması örneğinden hareketle davanın hem görevsizlik hem de yetkisizlik sebebiyle reddedilerek, davacının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesine göre talepte bulunması halinde davanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, böyle bir durumda mahkemenin sadece görevsizlik kararı verebileceğine, yetkisizlik kararının artık görevli mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin görüşe katılmadığını belirtmiştir. Bu hususta bkz. Budak ve Karaaslan, ss. 157-158.

¹³¹⁸ Bknz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, (08.07.2019).

¹³¹⁹ Budak ve Karaaslan, s. 157. Öğretide Erişir, dava şartlarının incelenme sırasına ilişkin olarak kesin bir kıstas benimsemek yerine, bu konuda takdir yetkisini mahkemeye bırakmanın, mahkemenin de takdir yetkisini kullanırken usûl ekonomisi ilkesini göz önünde bulundurması gerektiğini ileri sürmüştür. Erişir, s. 255.

giderilebilir nitelikte olmadığı için mahkemenin diğer dava şartlarını incelemesine de gerek bulunmamaktadır¹³²⁰. Benzer bir çıkarım dava ehliyeti için de yapılabilir. Dava ehliyeti, eksikliği giderilebilir bir dava şartıdır. Her ne kadar dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik usûli işlem yapabilme ehliyetine ilişkin bir eksiklik de doğursa bu eksiklik her zaman giderilebilir niteliktedir. Örneğin bir mahkemenin görevine ilişkin itirazda bulunabilmek için usûli işlem ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. Ancak usûli işlem ehliyetine sahip olmayan davalı, bu eksikliği yargılamanın her aşamasında giderebilecektir. Bir dava şartının incelenmesi, diğer dava şartının incelenmesini gereksiz kılacak ise öncelikli olarak o dava şartının incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kural dava ehliyeti için de geçerlidir. Dava şartları içerisinde dava ehliyetinin incelenme sırasına ilişkin kesin bir sıra belirlenmesi usûl ekonomisi ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

D. Dava Ehliyetinin Çifte Etkili Bir Vakıa Olması

Karara bağlanması açısından önem arz eden bazı vakıalar, dava şartları hakkında verilecek karar açısından da önem arz edebilir. Mezger, hem uyuşmazlığın esası ile ilgili olan (*Begründetheit*) hem de davanın kabule şayanlık şartları ile ilgili olan vakıaları, çifte etkili vakıalar (*doppelrelevante Tatsachen*) olarak ifade etmektedir¹³²¹. Çifte etkili vakıalara ilişkin değerlendirmeler özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde ele alınmaktadır. Bu kurama göre, esasa ilişkin bir karar verilebilmesi aynı zamanda bir usûl hukuku probleminin de çözümlenmesini gerektiriyorsa, dava şartlarına ilişkin davanın en başında bir inceleme yapılması esastan vazgeçilebilir¹³²². Örneğin, esasa ilişkin uyuşmazlık, sözleşmenin bir iş sözleşmesi olup olmadığı (ya da sözleşmenin geçerli olup olmadığı) yönündeyse ve göreve ilişkin tespit ancak bu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ile olacaksa artık mahkemenin bu hususta görevli olduğu kabul edilmelidir. Yargılamanın sonunda uyuşmazlık esasa ilişkin bir karar ile

¹³²⁰ Budak ve Karaaslan, s. 158.

¹³²¹ Edmund Mezger, **Prozessual-materielle Doppelrelevanz einer Tatsache im zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren**, Dissertation, Tübingen, 1908, s. 3; Ekkehard Schumann, Examensprobleme der örtlichen Zuständigkeit im Zivilprozess (Folgen der örtlichen Unzuständigkeit, Gerichtsstandsfragen im Mahnverfahren, doppelrelevante Tatsachen), **Juristische Schulung**, Heft: 25, 1985, s. 206; Hoffmann-Nowotny, s. 6.

¹³²² Çifte etkili vakıalarla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Hoffmann-Nowotny, s. 6 vd.

sonuçlandırılır. Burada artık usûle ilişkin bir sebeple davanın reddedilmesi usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu kuram, özellikle görev ve yetki konusunda işlerlik kazanmaktadır¹³²³.

Türk hukukunda Yardımcı, benzer şekilde, çifte etkili vakıaları hem uyuşmazlığın karara bağlanmasına etki eden hem de dava şartlarının mevcut olup olmadığını gösteren vakıalar olarak ifade etmiştir¹³²⁴. Kale ise çifte etkili vakıaların, yargılamada ihtilafın hem usûli hem de maddi hukuk boyutunun önem arz ettiği durumlar olduğunu belirtmiştir¹³²⁵.

Dava ehliyetinin çifte etkili vakıa olarak özellik göstermesi özellikle vesayet altına alınma veya vesayetin kaldırılması hallerinde söz konusu olmaktadır¹³²⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki yerleşmiş içtihadı, vesayet hukukuna ilişkin yargılamalarda bu kişilerin ehliyetli olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹³²⁷. Bu içtihatlar göre, kişinin talepte bulunup bulunamayacağına ilişkin bir yargılama değil esasen kişinin fiil ehliyetine ilişkin olarak bir değerlendirme yapılmalı ve bu husus esasa ilişkin bir yargı kararı ile sonuçlandırılmalıdır. Bu içtihatlarda, dava ehliyetinin mutlak olarak kabulünün gerektiği, zaten bu hususun esasla ilişkili konunun çözümlenmesinde ayrıca değerlendirilecek olması sebebiyle bu konuda tekrar bir değerlendirme yapılmaması gerektiği izlenimi verilmektedir¹³²⁸. Türk hukukunda da kısıtlının bizzat vesayetin kaldırılması isteminde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır (TMK m. 472).

Türk medeni usûl hukuku öğretisinde ise Kale, çifte etkili vakıaları taraf ehliyeti üzerinden değerlendirmiştir. Yazara göre, bir vakfın tüzel kişiliği, taraf ehliyetini kazanması için gerekli bir unsurdur. Uyuşmazlığın esası da aslında vakfın tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı noktasında toplanabilir. Örneğin, davacı açtığı menfi tesit davası ile vakfın mevcut olmadığının tespitini talep edebilir. Davada, vakıf, artık taraf olarak gösterildiğinden kuruluş şartları oluşmamış olsa da taraf

¹³²³ Hoffmann-Nowotny, s. 101.

¹³²⁴ Yazara göre, belirli bir dava şartının mevcut olup olmadığı hakkında karar verilmesinde dikkate alınacak bir vakıa, aynı anda davanın esasının çözülmesinde de önem gösteriyorsa söz konusu vakıanın somutlaştırılması gerekmeyeceği gibi, iddia edilip edilmediğine dahi bakılmayacaktır. Bu hususta bkz. Taner Emre Yardımcı, **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 70.

¹³²⁵ Kale, s. 49.

¹³²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hoffmann-Nowotny, ss. 100-101.

¹³²⁷ BGE 88 IV 111, s. 113; BGE 99 III 4, s. 8 kararlar için bkz. www.swisslex.ch, (07.07.2019).

¹³²⁸ Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Hoffmann-Nowotny, s. 101.

teşkilinin gerçekleştiği kabul edilecektir. Burada görüldüğü üzere çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, hem maddi hukukta hem de yargılama hukukunda ikiye bölünmüş bir etkiye sahiptir¹³²⁹. Dava ehliyeti yönünden de benzer çıkarımlarda bulunulabilir.

Dava ehliyetinin geniş anlamda çifte etkili bir vakıa olarak kabul edilmesi, dava ehliyetinin kişilerin korunmasına ilişkin fonksiyonu sebebiyle, bir takım sakıncalar, yaratabilir¹³³⁰. İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde esasa ilişkin uyuşmazlığın kişinin fiil ehliyetine ilişkin olması ve bu durumun hala kişinin dava ehliyeti üzerinde etkili olması halinde, fiil ehliyetine ilişkin bir araştırma yapmadan kişinin dava ehliyetinin olduğu kabul edilirse, bu koruyucu amaçtan sapılmış olacağı görüşü ileri sürülmektedir¹³³¹. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere vesayet altına alınma, kayyımlık altına alınma, vesayetin kaldırılması ya da kayyımlığın kaldırılmasına ilişkin gerçekleştirilen yargılamalar kişilerin sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkindir. Bu kişilerin söz konusu olan hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunda bu kimseler ayırt etme gücüne sahip oldukları ölçüde zaten bu hakları kendileri kullanabilirler. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlarda da kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilirler. Bu sebeple yargılamanın esastan kabulü ya da reddi bu kimseler aleyhine herhangi bir durum oluşturmayacağından, bu kimselerin korunmasına aykırı bir sonuç oluşmaz¹³³². Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında sadece vesayet hukukuna ilişkin hususlarda değil, genel olarak dava ehliyetinin çifte etkili olduğu tüm vakılarda bu yönde değerlendirme yapılması gerektiğine değinilmiştir¹³³³.

Türk hukukunda Yargıtay'ın da bu yönde çeşitli kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarında Yargıtay, dava ehliyetine ilişkin ön sorunu değerlendirmeden doğrudan kişinin ehliyetine ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır¹³³⁴. Ehliyetsizlik

¹³²⁹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Kale, s. 49.

¹³³⁰ Hans-Joachim, Sauer, **Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess**, Heymanns, Köln, 1974, ss. 61-84; Wolfgang Grunsky, **Prozess- und Sachurteil**, ZZP 80 (1967), s. 73; Bruno Rimmelspracher, **Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß**, Otto Schwartz, Göttingen, 1966, s. 70 vd. ; Hoffmann-Nowotny, s. 249.

¹³³¹ Hoffmann-Nowotny, s. 249.

¹³³² Hoffmann-Nowotny, s. 249.

¹³³³ İlgili değerlendirme için bkz. Hoffmann-Nowotny, s. 249.

¹³³⁴ Budak ve Karaaslan, dava şartlarının incelenmesi aşamasında, taraflardan birinin dava ehliyetine sahip olmadığı hal ve tavrından anlaşıyorsa, karşı taraf talep etmese dahi, hakimin, Adli Tıp Kurum'undan rapor istereyerek dava ehliyetinin mevcut olup olmadığını araştırması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu hususta bkz. Budak ve Karaaslan, s. 157.

hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tesciline ilişkin bir davada Yargıtay¹³³⁵, davacının dava ehliyetine ilişkin bir tartışma yapmamıştır. Davacının ehliyetsiz olarak kabul edilip, kanuni temsilci ile temsilinin sağladığına ilişkin herhangi bir bulgu da bulunmamaktadır. Somut olayda, davacının ayırt etme gücüne ilişkin şüphe uyandıran husus, davacının Alzheimer hastası olduğu iddiasıdır. Davacının bu hastalığa sahip olması durumunda, sadece hukuki işlemi gerçekleştirdiği tarihte değil, yargılamanın yürütülmesi esnasında da ayırt etme gücünün olmadığı sonucu ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda, kararda her ne kadar bu husus net bir şekilde anlaşılamasa dahi, kişinin ehliyeti çifte etkili bir vakıa olarak değerlendirilmemeli, öncelikle dava ehliyetine ilişkin bir değerlendirme yapıldıktan sonra, esasa ilişkin incelemeye geçilmelidir. Çünkü davacının akıl hastalığına ya da akıl zayıflığına sahip olması uyuşmazlığın esasının öncelikli olarak

¹³³⁵ “Dava, ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacı, yaklaşık 3 yıldır alzheimer hastası olduğunu, hastalığı nedeniyle zaman zaman ne yaptığını bilemediğini ve yapacağı işlemin sonrasını düşünemediğini, böyle bir zamanda damadı olan davalının kendisini tapuya götürerek adına kayıtlı olan çekişme konusu 1907 parsel sayılı taşınmazın temlikini sağladığını ileri sürerek tapu iptali ve tescil istekli eldeki davayı açmıştır.

Davalı, taşınmazın davacı tarafından iradi olarak kendisine temlik edildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu Konya Adli Tıp Şube Müdürlüğünden alınan rapor doğrultusunda temlik tarihi itibarıyla davacının ehliyetli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.....Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında; bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve malvarlığı hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibarıyla ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması, tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta gözlem (müşahade) kağıtları, film grafiplerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin “oy ve görüşü” hakimî bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye, eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Dairesinden rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK’nın 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür.

Somut olaya gelince; dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu Konya Adli Tıp Şube Müdürlüğünün raporunda davacının akit tarihi itibarıyla ehliyetli olmadığı belirtilmişse de ehliyetsizlik yönünden alınan raporun hükme yeterli olduğunu söyleyebilmek olanağı yoktur.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler ve yasa hükümleri çerçevesinde bir araştırma yapılarak tarafların bu yönde bildirecekleri tüm delillerin toplanması, varsa davacıya ait sağlık kurulu raporları, hasta müşahade kağıtları, reçeteler vs. istenmesi, tüm dosyanın 2659 sayılı yasanın 7. ve 16. maddeleri hükümleri gereğince Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi, akit tarihinde davacının ehliyetli olup olmadığı yönünde rapor alınması, ondan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir.” Görüldüğü üzere ilgili kararda davacının dava ehliyetinden bahsedilmemektedir. İlgili karar için bkz. 12.01.2015 tarihli, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2014/1710 K. 2015/23 sayılı kararı, www.kazanci.com, (08.07.2019).

çözümlemesine sebep olacağı düşünülebilse de yeterli olmayacaktır. Kişi yargılama esnasında ayırt etme gücüne sahip olmayabilir. Böyle bir durumda hukuki işlemin gerçekleştirildiği tarihte ayırt etme gücüne sahip olsa dahi, bu hususa ilişkin savunmalarını dava ehliyeti eksikliği sebebiyle doğru ve yeterli bir şekilde ileriye süremeyecektir. Bu sebeple öncelikli olarak dava ehliyetine ilişkin sorunun bir ön sorun olarak değerlendirilip, sonrasında bu eksiğin tamamlanması ile artık esasa ilişkin bir yargılamaya geçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca somut olayda da olduğu üzere tüm davalarda davacı taraf, tek bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. Muvazaa, hukuki ehliyetsizlik, şekil şartı eksikliği gibi birçok hukuki sebeple hukuki işlemin geçersizliğini ve davasının kabulünü talep edebilir. Ehliyetsizliğin işin esasına etkisinin olmadığı, ancak davanın farklı şekillerde kabulünü ya da reddini gerektiren durumlar ortaya çıkabilir (Örneğin, hak düşürücü süre). Böyle bir durumda esasa ilişkin savunmalar, ancak dava ehliyeti olan kimseler tarafından usûlüne uygun bir şekilde ileri sürülebilir. Artık, ehliyetin ya da ehliyetsizliğin artık işin esasına etkili olmaması sebebiyle çifte etkili bir vakıa olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülebilirse de buna ilişkin tespitin yapılabilmesi için de öncelikli olarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu sebeple öncelikli olarak, tarafların dava ehliyetine ilişkin ön sorunun çözülmesi, sonrasında ise işlem tarihindeki fiil ehliyetine ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılması düşüncesindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde de kararları bulunmaktadır. Örneğin;

“ Dava, ehliyetsizlik ve aldatma (hile) hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacı, maliki olduğu 194 ada 4 parsel sayılı taşınmazdaki 1 numaralı bağımsız bölümü davalı torununa bağış suretiyle devrettiğini, davalının kendisine bakacağı vaadetmesine rağmen bakmadığını, iradesinin fesada uğratılarak temlikin yapıldığını, işlem tarihinde yaşından dolayı temyiz kudretinin bulunmadığını ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının dava ehliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle davanın usûlden reddine ilişkin verilen kararın davacı vasisi tarafından temyizi üzerine mahkemece temyiz talebinin reddine karar verilmiştir.

...

Hemen belirtmelidir ki, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı, görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamların, noterlerin ve mahkemelerin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları, 409. maddesinde, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verileceği, 448. maddesinde, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasinin, vesayet altındaki kişiyi tüm hukuki işlemlerinde temsil edeceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Öte yandan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 50. maddesinde medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların davada taraf ehliyetine de sahip olacağı, 51. maddesinde, dava ehliyetinin, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği, 52. maddesinde, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların davada yasal temsilcileri tarafından temsil edilecekleri, 56. maddesinde, taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması istemi mahkemece uygun bulunur veya gerekli görülürse, bu konuda kesin bir karar verilinceye kadar yargılamanın ertelenebileceği, aynı Yasanın 114/4 maddesi gereğince taraf ve dava ehliyeti dava şartı ise de, başlangıçta ve dava açılırken bulunmayan dava şartının davanın devamı sırasında gerçekleşmesi halinde, davanın esasına girilerek sonuçlandırılması gerekeceği, HMK'nin 115/2. maddesinde de bu yönde düzenleme bulunduğu açıktır. Buna göre, kişinin kendisi tarafından veya yetkili kılacağı temsilci aracılığı ile bir davayı takip etme ve usûl işlemlerini yapabilme yeteneği olarak tanımlanan dava ehliyeti, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin medeni usûl hukukundaki karşılığı olup davayı takip yetkisinin resen göz önüne alınması gereken bir husus olduğu kuşkusuzdur.

Somut olayda, ... Devlet Hastanesinin 05.09.2014 tarihli raporuna göre davacının dava tarihi itibarıyla hukuki işlem ehliyetine sahip olmadığı, kendisine sonradan vasi tayin edildiği tespit edilmiştir.

Hal böyle olunca, öncelikle vasi için husumete izin kararının dosya arasına alınması, bu eksiklik giderildikten sonra davacının akit tarihinde fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda ... 4. İhtisas Kurulundan rapor alınması, ehliyetsiz olduğu saptanırsa davanın kabul edilmesi, ehliyetli olduğu saptanırsa

aldatma (hile) hukuksal nedeni üzerinde durularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir."¹³³⁶

Bununla birlikte bazı durumlarda, tekrar rapor almanın usûl ekonomisi ilkesi bakımından gereksiz olacağı durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin, benzer şekilde muris muvazaasına ilişkin görülen bir davada davalı muris hakkında Adli Tıp'tan alınan raporun kişinin hem hukuki işlem esnasında, hem de yargılama esnasında, ayırt etme gücüne ilişkin herhangi bir eksiklik olmadığına ilişkin tespitlerde bulunması durumunda kişi, hem yargılama esnasında dava ehliyetine sahip olacak hem de hukuki işlemi gerçekleştirdiği tarihte, fiil ehliyetli olacaktır. Dava ehliyetine ilişkin herhangi bir tartışma bulunmayan ve aynı rapordan hukuki işlem tarihinde ehliyetli olduğu anlaşılan kişi için tekrar ayrı bir rapor alınmasına gerek yoktur¹³³⁷. Yine de her iki ehliyetle ilişkin değerlendirmenin mahkeme tarafından ayrı ayrı yapılması düşüncesindeyiz. Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere, mahkemece verilen karar, fiil ehliyetine ilişkin olduğu sürece, esasa ilişkin niteliktedir. Bu kararların esasa

¹³³⁶ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2018 tarihli, E. 2016/1342, K. 2018/15080 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (08.07.2019). Çifte etkili bir vakıa olarak değerlendirilmesi tartışmalı olan bir diğer durum ise akıl hastalığı ile boşanma davasının açılmasıdır. Her ne kadar kişinin fiil ehliyetinin olup olmadığı hem dava konusunu hem de kişinin dava ehliyetini ilgilendirse de bu durum çifte etkili bir vakıa olarak kabul edilip, kişinin dava ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti için uyuşmazlığın esasının incelenmesi beklenmemelidir. Öğretide Akkaya da aile mahkemesinin akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılır açılmaz derhal davalının vesayet altına alınmasının gerekkip gerekmediğinin tespiti için dosyayı vesayet makamına göndermemesi gerektiğini öncelikli olarak davacının diğer eşin akıl hastası olduğunu göstermeye yönelik delillerini incelemesi gerektiğini belirtmiştir. Davalının akıl hastası olması ve kendisine vasi atanması gerekliliği dava ehliyeti ve dolayısıyla dava şartları ile ilgili bir konu olduğundan bu konunun tahkikat aşamasına geçmeden evvel ön inceleme aşamasında incelenmesi gerekir. Hakim ön inceleme duruşmasında tarafların tanıklarını dinleyebilmelidir. Burada tanık dinlenmesi davanın esası hakkında tahkikat yapılması ve boşanma sebebi sayılan akıl hastalığının araştırılması ve incelenmesi amacıyla değil davalının dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti için gereklidir. Bu hususta bkz. Akkaya, Boşanma, s. 304.

¹³³⁷ İncelediğimiz kararlarda Adli Tıp Kurumu'nun ayırt etme gücüne ilişkin değerlendirmelerde bulunurken belirli bir tarihten itibaren fiil ehliyetine sahip olduğuna ilişkin tespitlerde bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin, "Dosya içeriği ve toplanan delillerden, 1938 doğumlu mirasbırakan Rahime ...'nin 08.06.2011 tarihinde ölümü üzerine davacı kızı Nimet, davalı kızı Gülseren ile dava dışı kızları Nuray ve Nezaket'in mirasçı kaldıkları, davacı ile diğer mirasçıların anne bir baba ayrı kardeş oldukları, dava konusu 1118 ada (yeni 2587 ada) 93 parsel sayılı taşınmazda bulunan 2 no'lu bağımsız bölümün tamamı mirasbırakan adına kayıtlı iken 21.08.2007 tarihinde bizzat satış yolu ile davalı kızı Gülseren'e temlik ettiği, mirasbırakanın 04.01.2005 tarihli vekaletname ile dava konusu 2 no'lu bağımsız bölümün davalı ...'e satışı konusunda davalı ...'i yetkili kıldığı ancak davaya konu satış işleminin bizzat mirasbırakan tarafından gerçekleştirildiği, ... Kurumu 4. İhtisas Kurulu'nun 23.06.2014 tarihli raporuna göre, **mirasbırakanın 2007 yılı itibarıyla fiil ehliyetini haiz olduğunun bildirildiği anlaşılmaktadır.**" ifadeleri ile hukuki işlem tarihi olan 2007 yılından itibaren davalının fiil ehliyetine sahip olması davalı açısından hem dava ehliyeti hem de fiil ehliyeti problemlerini bir çözüme ulaştırmaktadır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.1.2019 tarihli, E. 2015/9137, K. 2019/109 sayılı kararı için bkz. kazanci.com, (08.07.2019).

ilişkin olmasının bir sonucu, uyuşmazlığın tekrar, dava konusu yapılamayacak olmasıdır. Sadece usûle ilişkin bir karar verilmiş olması durumunda ise dava ehliyetine ilişkin eksiklikler giderildikten sonra yeniden dava açılabilecektir¹³³⁸. Karar verilirken bu husus da göz önünde tutulmalıdır.

E. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti

1. Re'sen Araştırma İlkesinin Geçerli Olması

a. Genel Olarak Re'sen Araştırma İlkesi

Medeni usûl hukukuna hakim olan ilkeler, usûl hukukunda taraflarla hâkimin yetkilerinin dağılımını ve yargılamanın yürütülmesiyle ilgili temel kurallara ışık tutan ilkelerdir. Bu ilkeler, medeni usûl hukukunun amacıyla doğrudan ilgili olup, anayasa hukukunun yargıya ve yargısal temel haklara ilişkin ilkeleri ile medeni usûl hukukunun önemli prensiplerini oluşturur¹³³⁹.

Medeni usûl hukukunda, tarafların ve hâkimin davadaki rollerinin ne olacağı tartışma konusu olmuştur. Her ülkenin medeni usûl hukuku şekillenirken, bu ülkelerde hâkim olan siyasal ve toplumsal düşüncelerin etkisi büyüktür. Örneğin, kıta Avrupası ülkelerinde medeni usûl hukukuna ilişkin kanunlar hazırlanırken, sosyalist dünya görüşünün baskın olduğu ülkelerde re'sen araştırma ilkesinin, liberal sistemlerin hâkim olduğu ülkelerde ise tarafların iradelerine önem veren tasarruf ilkesi ile taraflarca getirilme ilkelerinin daha etkili olduğu görülmektedir¹³⁴⁰. Türk medeni usûl hukukunda hakim olan ilke tasarruf ilkesi olsa da (HMK m. 25) re'sen harekete geçme ilkesi çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıya nazaran daha geniş ölçekte bir uygulama alanı bulmaktadır¹³⁴¹.

¹³³⁸ Taraf ehliyeti üzerinden benzer bir değerlendirme için bkz. Kale, s. 50.

¹³³⁹ Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, s. 145; Erdönmez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 781; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 117; Budak ve Karaaslan, s. 66.

¹³⁴⁰ Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 145.

¹³⁴¹ Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, s. 154; Erdönmez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 807; Budak ve Karaaslan, s. 75.

Tarafların bir konuda dava açıp açmamakta, açtıkları davanın konusunu ve talep sonucunu belirlemede serbest oldukları tasarruf ilkesi, özel hukuktaki tasarruf özgürlüğünün ve irade serbestliğinin medeni usûl hukukundaki uzantısını oluşturmaktadır¹³⁴². Bu ilkenin karşısında ise re'sen harekete geçme ilkesi yer almaktadır. Re'sen harekete geçme ilkesi, tasarruf ilkesinin aksine mahkemenin bir uyuşmazlığa ya da işe, ilgililerin talebine dahi gerek kalmadan, kendiliğinden el koyup onu çözüme kavuşturabilmesi veya karara bağlayabilmesini ifade eder¹³⁴³. Bu ilke, çekişmesiz yargı işleri arasında açıkça sayılmamış olan bir işin, çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tayininde de belirleyici bir rol üstlenir¹³⁴⁴. Yargılama sürecinin başlatılması ile ilgili olan bu ilkenin, re'sen araştırma ilkesi ile karıştırılmaması gerekmektedir.

İddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıalarla, ispat araçlarının dava malzemesinin taraflarca mahkeme önüne getirilmesini öngören ilke ise taraflarca getirilme ilkesidir¹³⁴⁵. Türk hukukunda, çekişmeli yargı alanında, dava malzemesinin toplanmasında egemen olan ilke, taraflarca getirilme ilkesidir. Bu ilke kapsamında, kanunda öngörülen istisnalar haricinde, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz. Kanunda belirtilen durumlar haricinde hâkim kendiliğinden hiçbir delile müracaat edemez, delil toplayamaz. Bu kuralın istisnalarını, bilirkişiye başvuru ve keşif yaptırılması oluşturur¹³⁴⁶. Hakim, anılan delillere re'sen başvuru kararı da alabilir (HMK m. 266, 288). Bu ilkenin karşısında ise re'sen araştırma ilkesi bulunmaktadır. Hükme dayanak yapılacak olan maddi vakıalarla ispat araçlarının toplanmasında, tarafların ya da talepte bulunanların yanı sıra, hâkimin de aktif bir rol üstlenmesini öngören bu ilkeye re'sen araştırma ilkesi

¹³⁴² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 152; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl C. I, s. 783; Türkoğlu Üstün, s. 36; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 152; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 118; Budak ve Karaaslan, s. 71; Sungurtekin Özkan, s. 95.

¹³⁴³ Kuru, C. II, s. 1923; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 154; Tanrıver, s. 354; Budak ve Karaaslan, s. 73; Özmumcu, s. 146.

¹³⁴⁴ Tanrıver, s. 354.

¹³⁴⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 155; Erdönmez, Pekcanıtez Medeni Usûl C. I, s. 795; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 124; Budak ve Karaaslan, s. 73; Sungurtekin Özkan, s. 97; Akkaya, Boşanma, s. 84.

¹³⁴⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, s. 156; Budak ve Karaaslan, ss.74-75.

adı verilir¹³⁴⁷. Türk medeni usûl hukukunda çekişmeli yargıda istisnaen, çekişmesiz yargıda ise hakim olan ilke (HMK m. 385, II) konumundadır. Bu ilke kapsamında taraflarca getirilme ilkesinden farklı olarak ileri sürülmemiş olan maddi vakıaların da kendiliğinden dikkate alınıp taraflara hatırlatılabilmesi ve hâkimin her türlü delile kendiliğinden müracaat edebilmesi mümkündür¹³⁴⁸.

Re'sen araştırma ilkesinin yanı sıra, re'sen inceleme ilkesinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Yer yer öğretilde ve yargı kararlarında, aynı kavramı ifade etmek için bu iki terimin kullanıldığı görülse de re'sen araştırma ve re'sen inceleme kavramları farklı şeyleri ifade etmektedir. Re'sen araştırma ilkesi, maddi olayın araştırılması ve maddi gerçeğe ulaşılması için dava dosyasında yer almayan bilgi belgelerle hakim tarafından ulaşılmaya çalışılması faaliyeti olarak ifade edilebilir¹³⁴⁹. Re'sen inceleme ise ve kamu düzenine ilişkin konularda tarafların talebine bağlı kalmadan hâkimin dosya üzerinden inceleme yapması olarak değerlendirilebilir¹³⁵⁰.

b. Dava Şartlarının Tespitinde Uygulanacak Temel İlke

(1) Alman Hukukunda

Dava ehliyeti, Alman medeni usûl hukukunda dava şartı olarak kabul edilmesinin yanı sıra, esasa ilişkin karar alabilme (*Sachurteilvoraussetzung*) ve aynı zamanda esasa yönelik usûli işlem yapabilme (*Sachverhandlungvoraussetzung*) şartı olarak kabul edilmiştir¹³⁵¹. Bu sebeple bir davada, bir tarafın dava ehliyetine ilişkin bir şüphe olması durumunda, bu uyuşmazlık giderilmeden, yargılamaya devam edilmesi, mümkün değildir¹³⁵². Mahkeme, esasa yönelik bir karar vermeden önce,

¹³⁴⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 156; Erdönmez, Pekcanitez Usûl C. I, s. 806; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 127; Budak ve Karaaslan, s. 73; Sungurtekin Özkan, s. 99; Özmumcu, s. 146.

¹³⁴⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 196; Özmumcu, s. 146 vd.; Akkaya, Boşanma, s. 87.

¹³⁴⁹ Özmumcu, s. 146.

¹³⁵⁰ Türkoğlu Üstün, s. 124.

¹³⁵¹ Saenger, §51, Rn. 3; Abend, s. 12; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 44, Rn. 20; Karsten Schmidt, "Prozessunfähigkeit im Rechtsmittelverfahren", Heft: 4, **JuS**, 2000, (JuS), s. 405; Peter Arens ve Wolfgang Lüke, **Zivilprozessrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2006, s. 144; Laubinger, FS für Ule, s. 164; Oda, s. 1; Schwab, s. 69; Schmitz, , JuS 1976, s. 441; Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11.

¹³⁵² Oda, s. 45.

hatta uyuşmazlığın esasına bile girişmeden önce, tarafların dava ehliyetine ilişkin sorunlarını çözümlemelidir¹³⁵³. Mahkemenin, tarafların dava ehliyetinin olduğuna ikna olması durumunda ise artık davanın esasına ilişkin işlemler yapılabilecek ve esasa ilişkin bir karar verilebilecektir¹³⁵⁴.

Alman Hukukunda bir davanın, dava ehliyeti olmayan bir kimse tarafından açılması, davanın usûlden reddini (*unzulässig*) gerektirmektedir. Bu durum sadece, davanın, dava ehliyeti olmayan bir kişi tarafından açılması durumunda geçerli olur. Bu kişi, dava ehliyetini, dava açtıktan sonra kaybederse dava usûle aykırılıktan reddedilmez. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesine göre yargılamaya ara verilmesi (*Unterbrechung*) ve kanuni temsilci ile temsilin sağlanması gerekmektedir. Bu sebeple, Alman hukukunda dava ehliyetinin tespitinin Türk hukukundan farklı olarak davacı açısından daha fazla önem taşıdığını söyleyebiliriz.

Genellikle, dava ehliyetinin tespitinin belirsiz “*non liquet*” kalmasının olasılığı düşüktür. Çünkü dava ehliyetinin tespiti, fiil ehliyetinin tespitinin aksine, mevcut durumun tespitidir. Bu sebeple bir tarafın dava ehliyetinin olup olmadığına ilişkin tespit, fiil ehliyetinin tespitine göre daha kolaydır¹³⁵⁵. Dava ehliyeti belirlenirken kişinin yargılama esnasındaki fiil ehliyetine bakılır. Bu sebeple, kişinin mevcut olan fiil ehliyetinin belirlenmesi, geçmişteki fiil ehliyetinin belirlenmesinden çok daha kolaydır¹³⁵⁶.

Mahkeme, davanın açılması ile önüne gelen davayı sonuçlandırmaya mecburdur. Mahkemenin karar vermekten kaçınma hakkı bulunmamaktadır¹³⁵⁷. Bu sebeple mahkeme, objektif ispat yükünün kimin üzerinde olacağına, başka bir ifade ile belirsizlik durumunda, bu durumun kimin aleyhine olacağına karar vermek zorundadır¹³⁵⁸. Objektif ispat yükünün belirlenmesi, sadece taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda değil, aynı zamanda re'sen araştırma ilkesinin

¹³⁵³ Oda, s. 45; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl C. II, s. 927.

¹³⁵⁴ Oda, s. 45.

¹³⁵⁵ Dieter Leipold, **Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen**, Duncker&Humboldt, Berlin, 1966, s. 119; Michael Reinicke, “Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit”, **Festschrift für Rudolf Lukes**, Carl Haymanns Verlag KG, Kassel, (FS für Lukes), s. 756; Oda, s. 45.

¹³⁵⁶ Leipold, 1966, ss. 119-120; Hans-Joachim Musielak, **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess**, De Gruyter, Newyork, 1975, (Beweislast im Zivilprozess), 1975, s. 329; Reinicke, FS für Lukes, s. 757.

¹³⁵⁷ Gottwald, “Grundprobleme der Beweislastverteilung”, **Jura 1980**, (Jura), s. 225; Oda, s. 46.

¹³⁵⁸ Gottwald, Jura, s. 225; Leipold, s. 22; Musielak, Beweislast, s. 199; Wieczorek ve Schütze, §56, Rn. 12; Saenger, §56, Rn. 6; Zöller, §56, Rn. 9; Oda, s. 46.

geçerli olduğu davalarda da önem taşımaktadır¹³⁵⁹. Bu sebeple Alman hukukunda, ispat yüküne ilişkin kurallara girilmeden önce dava şartlarının gözetilmesinde hangi medeni usûl hukuku ilkesinin geçerli olduğuna karar verilmesi gerektiğine değinilmiştir¹³⁶⁰.

Alman medeni usûl hukukunda taraf ehliyetinin, dava ehliyetinin, kanuni temsilcinin yetkisinin ve yargılamayı yönetebilmek için yetkili kılınıp kılınmadığının mahkeme tarafından re'sen gözetileceği Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır¹³⁶¹. Dava ehliyetinin mahkemece re'sen gözetilmesi, bu hususta her iki tarafın menfaati olması temeline dayanır¹³⁶². Alman Federal İş Mahkemesi'nin (*Bundesarbeitsgericht*) bir kararında belirtildiği üzere, usûlüne uygun kanuni temsil yoksa taraf kendi çıkarlarını gerektiği gibi gözetemeyecektir. Bu sebeple dava ehliyetine sahip olmayan kimselerin korunması gerekmektedir. Koruma düşüncesi, aynı şekilde ehliyetsiz tarafın karşısında yer alan taraf için de geçerlidir. Dava ehliyetinin re'sen gözetilecek olması ile ehliyetli taraf da tarafın ehliyetsizliğine ilişkin bilgi yetersizliğinden kaynaklanan haksız bir yükten kurtarılmaktadır¹³⁶³. Bu sebeple dava ehliyeti, tarafların kontrolüne bırakılmamıştır. Yargılama esnasında re'sen gözetilmesi gerektiği öngörülmüş, eksikliği durumunda da kanun yolları aşamasında usûle ilişkin bir bozma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Her ne kadar Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasında, dava ehliyetin re'sen gözetileceği belirtilse de bu hususta hangi ilke esas alınarak bu incelemenin yapılacağı belirtilmemiştir. Bu sebeple Alman hukuku öğretisinde, dava ehliyetinin mahkeme tarafından re'sen incelenmesinin kapsamı konusunda çeşitli fikirler öne sürülmüştür.

Alman hukuku öğretisinde, öncelikli olarak dava şartlarının gözetilmesinde re'sen araştırma ilkesinin (*Untersuchungsgrundsatz*) mi yoksa taraflarca getirilme ilkesinin (*Verhandlungsgrundsatz*) mi geçerli olması gerektiği tartışılmıştır. Bununla

¹³⁵⁹ Rosenberg, *Die Beweislast*, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München-Berlin, 1965, (Beweislast), s. 24; Oda, ss. 46-47.

¹³⁶⁰ Oda, s. 46.

¹³⁶¹ Alman Medeni Usûl Kanunu'nda, İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu'ndan farklı olarak inceleme ifadesi yerine (Prüfung), dikkate alma/gözetme (Berücksichtigung) ifadesine yer verilmiştir. Alman hukukunda re'sen inceleme ve re'sen dikkate alma ifadeleri arasında herhangi bir farklılık olmadığı belirtilmektedir. Bu hususta bkz. Oda, s. 46.

¹³⁶² Oda, s. 48.

¹³⁶³ BAG, NJW 1958, ss. 1699-1700, karar için bkz. www.prinz.law, (20.07.2019), Oda, s. 48.

birlikte, mahkemenin dava ehliyetini re'sen göz önüne alabilmesi için tarafların bunu ileri sürmesine gerek olmadığına ilişkin herhangi bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır¹³⁶⁴.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkeme¹³⁶⁵ dava ehliyetinin bulunup bulunmadığını re'sen gözetmek zorundadır. Alman hukukunda, re'sen gözetme ifadesinden mahkemenin hangi medeni usûl hukuku ilkesine tâbi olduğu tartışılmaktadır. Çünkü re'sen araştırma ilkesinin hakim olduğu alanlarda objektif ispat yükünün tespiti yeterli olacaktır. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, objektif ispat yükünün varlığı tartışma konusu olmasa da sübjektif ispat yükünün (*Bewisführungslast-delili ikame yükü*) bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte, Alman medeni usûl hukukunda hakim olan görüşe göre; Alman Medeni Usûl Kanunu'nda yer alan "*re'sen gözetme*" ifadesinde kastedilenin re'sen araştırma ilkesi olmadığı yönündedir¹³⁶⁶. Hakimin re'sen gözetmesinden anlaşılması gereken ifadenin, bir vakıa hakkında şüphe olması durumunda, taraflar bu hususu ileri sürmese ve hatta aksini kabul etse dahi hakimin bu husus hakkında tarafların beyanı ile bağlı olmadığı ve eksiklikle ilgili şüphelerini belirtebileceği anlamına geldiği kabul edilmektedir¹³⁶⁷.

Dava ehliyetine ilişkin bir şüphe bulunması durumunda mahkeme, vakıalara ilişkin malzemeleri kendiliğinden toplayıp çözemez. Aksine mahkeme, bu hususta sadece şüphesini belirtmek zorundadır. Şüphenin ortadan kalkması için delil ikame etmek tarafların görevidir. Hâkimin re'sen gözetme görevinin, re'sen araştırma ilkesi

¹³⁶⁴ BGH NJW 1989, ss. 2064-2065; karar için bkznz. www.prinz.law, (20.07.2019). Freiderich Stein ve Martin Jonas, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 21. Auflage, Tübingen, 1993, § 128, Rn. 91 a; Oda, s. 47.

¹³⁶⁵ Alman hukukunda dava ehliyeti eksikliğini, re'sen dikkate alması gereken organların arasına icra memurlarının (Gerichtsvollzieher), yazı işleri katibinin (Urkundsbeamter), adli hizmet uzmanının (Rechtspfleger) da dahil olduğu ileri sürülmüştür. Bu hususta bkznz. Rosenberg, Gottwald ve Schwab, §44, Rn. 31.

¹³⁶⁶ Bu duruma örnek olarak Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56'ıncı, 341'inci, 519'uncu, 554'üncü, 574'üncü, 589'üncü maddeleri gösterilmektedir. Reinicke, s. 755.

¹³⁶⁷ Bir tarafın dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik olduğuna ilişkin şüphe, tarafların bu konuda iddiası ile ortaya çıkar. Bir tarafın iddiası ile dava ehliyetine ilişkin varsayım sarsılmaktadır ancak burada ispatlanmadığı sürece bir tarafın iddiasının yeterli olduğu söylenemez. Burada dava ehliyetinin eksikliğini ileri süren tarafın vakıalarını ve bu vakıaların doğruluğuna ilişkin delillerini ileri sürmesi gerekmektedir. Bu konuda herhangi bir delil sözleşmesi de yapılamaz. Oda, s. 52 vd.; Reinicke, s. 755; Bruno Rimmelspacher, **Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess**, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1966, s. 150; Wieczorek, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §56, Rn. 6; Zöller, §56, Rn. 8. Prütting ve Gehrlein ise tarafın bu konuda sübjektif ispat yüküne sahip olmadığını ve mahkemenin delilleri kendiliğinden toplayabileceğini belirtmiştir. Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 4.

ile taraflarca getirilme ilkesi arasında yer alan kendine özgü niteliği olan bir durum olarak kabul edilmektedir¹³⁶⁸. Hâkimin dava ehliyetini re'sen gözetmesi dava ehliyetinin, dava şartı olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Dava şartları, kamu düzenine ilişkindir¹³⁶⁹. Bu sebeple hakim, taraflarca getirilme ilkesinin aksine tarafların beyanları ile bağlı olmaz. Bununla birlikte medeni usûl hukuku subjektif hakların korunmasını amaçlar. Bu sebeple re'sen araştırma ilkesinin doğrudan kabul edilmesine gerek yoktur¹³⁷⁰. Hakim olan görüşe göre burada, taraflarca getirilme ilkesi ile re'sen araştırma ilkesi arasında bir ilke geçerli olacaktır¹³⁷¹.

Mahkemenin dava şartlarını re'sen gözetmesi, her durumda ve sistematik olarak dava ehliyetinin ya da her dava şartının bulunup bulunmadığını incelemek zorunda olduğu anlamına da gelmez¹³⁷². Öğretide, kişilerin ergin olması, kısıtlı olmaması halinde yaşam deneyi kurallarına göre ehliyetli olduklarının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kişilerin akıl sağlığına ilişkin bir sorun olması istisnaidir. Bu konuda bir şüphe ortaya çıkmadığı sürece mahkeme, bu konuda bir inceleme yapmaz¹³⁷³. Şüphenin ortaya çıkması durumunda ise bu hususu artık kendiliğinden gözetebilecektir. Ancak mahkemeye bu konuda takdir yetkisinin verilmesi mahkemenin dava ehliyetine ilişkin bir şüphe bulunması halinde kendiliğinden harekete geçip delil toplayabileceği anlamına da gelmemektedir. Bu sebeple bir yönü ile re'sen araştırma ilkesi geçerli olsa da mahkemenin doğrudan delil toplayamayacağı kabul edildiğinden, bu ilkenin tam anlamıyla geçerli olduğu söylenemez¹³⁷⁴. Uyuşmazlığın aydınlatılması için delillerin ibraz edilmesi tarafların görevidir. Dava ehliyeti hususunda, mahkemenin kendiliğinden ya da tarafların iddiası ile dava ehliyetine ilişkin bir şüpheye düşmesi durumunda, tarafları Alman Medeni Usûl Kanunun 139. maddesinin 2. fıkrasına göre bilgilendirmesi ve dava ehliyetine ilişkin şüpheleri, delilleri ile netleştirmeleri ya da çürütmeleri

¹³⁶⁸ Reinicke, ss. 755-756.

¹³⁶⁹ Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3; Schellhammer, Rn. 352; Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 1.

¹³⁷⁰ Reinicke, s. 756 vd.; Oda, s. 50.

¹³⁷¹ Wolfgang Bernhardt, **Zivilprozessrecht**, Walter De Gruyter&Co, Berlin, 1968, (Zivilprozess), §23, I, Rn. 3; Stein ve Jonas, § 128, Rn. 91; Oda, s. 50.

¹³⁷² Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3; Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 2.

¹³⁷³ Oda, ss. 46-47; Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3.

¹³⁷⁴ BGH NJW 1991, s. 3095-3096; BGH NJW 1982, s. 1468; BGH NJW 1976, s. 149 kararlar için bkz. www.prinzlaw.com, (20.07.2019); Baumbach, Lauterbach ve Hartman, §56, Rn. 4; Stein ve Jonas, §128, Rn. 95; Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3; Oda, s. 50.

istenilmelidir¹³⁷⁵. Burada mahkeme, tarafların bu hususta dikkatini çekmeye yetkilidir. Mahkeme, sadece dava ehliyetine değil, bu konunun aydınlatılmasına yardımcı olabilecek yardımcı vakıalara da dikkat çekmelidir. Hâkimin bu konudaki yardımı ile bu konuda şüphe uyandıran vakıalar sürece dâhil edilir¹³⁷⁶. Bu görüşe göre, dava ehliyetine ilişkin bir şüphenin oluşması durumunda, mahkemenin kendiliğinden bu vakıaları yargılamaya sokabileceği kabul edilmiştir, ancak taraflar bu konuda delillerini ileri sürerek yargılamanın devam edebilmesi için bu şüpheyi gidermelidir. Bu şüphe, davayı kabul ederek ya da davadan feragat edilerek giderilemez¹³⁷⁷.

Öğretide Jauernig, hakim olan bu görüşe ilişkin çekincelerini dile getirmiştir. Jauernig'in görüşüne göre, dava ehliyetiyle ilgili bir şüphenin ortaya çıkması durumunda mahkemenin bu hususu tamamen tespit etmesi gerekmektedir. Çünkü bu husus, yargılamanın doğru bir şekilde ilerleyebilmesi için herkesi ilgilendiren bir sorundur. Dava ehliyeti, esasa ilişkin bir karar verilebilmesi için bir dava şartıdır ve karar verilmeden önce varlığı ya da yokluğu doğru bir şekilde tespit edilmelidir. Jauernig'e göre, taraflar bu konuya ilişkin şüpheleri gideremezler ise mahkemenin artık bu durumu re'sen araştırması ve kendiliğinden bu şüpheyi giderebilecek delilleri de yargılamaya katması gerekmektedir. Çünkü mahkemenin bu konuda araştırma yapıp netleştirebilme ihtimali olmasına rağmen, dava ehliyetine ilişkin kararın ispat yükünü üstlenen tarafın delillerine bağlı olması adalet düşüncesine aykırılık teşkil edebilir¹³⁷⁸. Bu görüşe, şu yönde eleştiriler getirilmiştir: Bir tarafın

¹³⁷⁵ BGH NJW 1991, ss. 3095-3096; BGH NJW 1989, ss. 2064-2065; BGH NJW 1976, s. 149, www.prinzlaw.com, (20.07.2019); Baumbach, Lauterbach ve Hartmann, § 128, Rn. 39; Wiczorek, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 3; Oda, s. 50; Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 2.

¹³⁷⁶ Stein ve Jonas, vor §128, Rn. 95; Oda, s. 51.

¹³⁷⁷ Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 1.

¹³⁷⁸ Othmar Jauernig, **Zivilprozessrecht**, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993, §25 X. Her ne kadar Alman medeni usûl hukuku içtihatlarında genel kanaat doğrudan re'sen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı yönündeyse de bazı istisnai kararlarda aksine de rastlanmaktadır. Örneğin, Federal Mahkeme bir kararında taraflara sadece objektif ispat yükünün yüklendiği, sübjektif ispat yükünün yüklenmediği belirtilmiştir. İlgili kararda mahkemenin dava ehliyeti konusunda re'sen araştırma ilkesini kabul ettiği görülmektedir. Olayda, davacının ceza yargılamasında tespit edilen 1987 ve 1990 tarihlerinde şizofrenik bir hastalıktan kaynaklanan psikoz sonucu, akıl sağlığında bozulma olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir. Hayatın olağan akışında zihinsel rahatsızlıkların istisna olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu hususta şüphe uyandıracak bir durum varsa bu kural geçerli olmaz. Burada objektif ispat yükünün davacı üzerinde olduğu sübjektif ispat yükünün yüklenmediği kabul edilmektedir. Bu husus mahkemenin dava ehliyetine ilişkin tespit yapabilmek için daha fazla rol üstlenmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Ancak tüm kaynakların tüketilmesinden sonra ispatlanamama halinde ortaya çıkacak sonuçlar, objektif ispat yükü kuralları gereğince belirlenen tarafa yüklenir. Kanun yolları aşamasında dava ehliyeti ile ilgili bir uzmanın tespitine başvurulmadığı

ergin olmaması ya da kısıtlı olması sebebiyle dava açtığı durumlarda dava ehliyetine sahip olup olmadığı nispeten kolay bir şekilde tespit edilebilir ancak kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle dava ehliyeti hususunda şüphe bulunması durumunda mahkeme tarafları bu konuda incelemeye zorlayamayacağı için şüpheleri netleştiremeyecektir¹³⁷⁹.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinin Alman Medeni Kanunu'na yaptığı atıf sebebiyle ergin bir gerçek kişi, iradesini sakatlayan bir akıl hastalığına ya da akıl zayıflığına sahip ise dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilemez. Dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafın, bu hususta ilgili araştırmaların yapılmasını reddetmesi durumunda bu kişinin dava ehliyetinin tespit edilmesi mümkün olmayabilir¹³⁸⁰. Bu durumda, tarafların mahkeme zoru ile akıl sağlıklarına ilişkin bir incelemeye tâbi tutulmalarının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹³⁸¹.

Bu sebeple Alman hukukunda, mahkemenin bu konuya ilişkin re'sen delilleri toplaması gerektiğine ilişkin görüşün yerinde olmadığına ilişkin eleştiriler gelmiştir. Bunun yanı sıra medeni usûl hukukunda esas olan ilke, tasarruf ilkesidir. Tarafların lehlerine olan vakıaları somutlaştırmaları ve ispatlamaları için çaba göstermeleri beklenir. Bu sebeple öncelikle dava ehliyetinin hakkındaki şüpheler, ilke olarak tarafların girişimi ile çözüme kavuşturulmalıdır. Çünkü medeni usûl hukuku, kişilerin subjektif haklarını bu kişilerin daha aktif katılması ile korunmasını hedefler¹³⁸².

görülmektedir. Davacının ceza mahkemesinden aldığı, neredeyse üzerinden 4-5 yıl geçen raporun hem güncelliği hem de ceza ve hukuka ilişkin yapılan değerlendirmelerin farklı olması sebebiyle tekrar bir uzman görüşünün alınması şarttır. Çünkü ayırt etme gücüne ilişkin ceza davası için ayrı bir değerlendirme yapılmış olabilir. Burada yerel mahkemenin, tarafa re'sen araştırma ilkesinin kapsamında olmayan subjektif ispat yükü yüklemeye çalıştığı tespit edilmiş ve bunun geçerli olmadığını belirtmiştir. BGH, 09.01.1996 - VI ZR 94/95, www.prinzlaw.com, (20.07.2019).

¹³⁷⁹ BGH NJW 1962, s. 1511, www.prinzlaw.com, (20.07.2019) ; Oda, s. 52.

¹³⁸⁰ BGH NJW 1962, s. 1510.

¹³⁸¹ BGH NJW 1952, s. 1215; BGH NJW 1962, ss. 1510-1511; OLG Frankfurt NJW-RR 1992, ss. 763-765; www.research.wolterskluwer-online.de, (20.07.2019). Aynı yönde bkz. Leipold, s. 120; Stein, Jonas ve Schumann, §371, Rn. 29; Putzo, §371, Rn. 2, Oda, s. 46. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, uyumsuzluğun görüldüğü mahkemenin kişinin dava ehliyetinin sabit olup olmadığının belirlenebilmesi için onun akıl muayenesine tabi tutulmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da kişilerin istisnai kurallar haricinde akli durumları sebebiyle incelenmek zorunda bırakılmayacakları öne sürülmüştür. (Vesayet mahkemesinin yaptığı inceleme bu istisnai hallerden biridir.) Karar için bkz. BGH NJW 1962, ss. 1510-1511; Aynı yönde BGH NJW 1952, s. 1215, www.prinzlaw.com, (20.07.2019). Aynı yönde Oda, s. 46.

¹³⁸² Oda, s. 52.

(2) İsviçre Hukukunda

İsviçre medeni usûl hukukunda dava şartlarının incelenmesi, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 60. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede, dava şartlarının, mahkeme tarafından re'sen inceleneyeceği/tetkik edileceği hüküm altına alınmıştır. İsviçre Federal Kantonlarında, öğretide ifade edildiği şekliyle “yaban otu” gibi kendiliğinden ortaya çıkan ve hakim görüş haline gelen dava şartlarının re'sen incelemesi Federal Medeni Usûl Kanunu ile de genel bir hüküm olarak kabul edilmiştir¹³⁸³.

İsviçre medeni usûl hukukunda re'sen araştırma ilkesi, sınırlı re'sen araştırma ilkesi ve mutlak re'sen araştırma ilkesi olarak iki şekilde kabul edilmektedir¹³⁸⁴. Mutlak re'sen araştırma ilkesine göre mahkemenin, taraflar sunmasa dahi dava malzemesini toplama yetkisi vardır. Burada, kamu yararı güdüldüğünden mahkemenin araştırma yetkisi geniştir. Taraflar ise objektif ispat yüküne sahip olsalar dahi hiçbir zaman sübjektif ispat yüküne sahip olmazlar. Re'sen araştırma ilkesinin bir diğer kolu olan sınırlı re'sen araştırma ilkesine göre ise mahkemenin kendiliğinden delil ikame etme yetkisi yoktur. Sadece tarafları, bu konuda, iddia yükünden kurtarır. İsviçre medeni usûl hukukunda hakim olan görüşe göre, dava şartlarını incelemesinde, re'sen araştırma ilkesinin sınırlı bir şekilde uygulanacağı kabul edilmiştir¹³⁸⁵. Mahkemenin genişletilmiş bir araştırma yetkisi ile görevlendirilmediği kabul edilmektedir. Burada, tarafların bir uyuşmazlık hakkında takdir yetkilerinin kısıtlanması, tarafların kamu düzenine ilişkin bir durumu olduğundan farklı gösterebilme ihtimalinin bulunmasından kaynaklanmaktadır¹³⁸⁶. Yine de İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde, mahkemenin dava şartları

¹³⁸³ Thomas Sutter- Somm, “Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft: 15, 2007, (ZZZ 2007), s. 315; Ivo Schwander, “Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft: 19, 2008/09, (ZZZ 2008/09), s. 204; Alexander Zürcher, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** in Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2016, s. 555.

¹³⁸⁴ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Sutter-Somm, ZZZ 2007, ss. 316-317; Staehelin, Staehelin ve Grolimund, § 11, Rn. 6; Zürcher, s. 555; Akkaya, Boşanma, s. 88.

¹³⁸⁵ Zürcher, s. 555; Staehelin, Staehelin ve Grolimund, §11, N. 6; Sutter-Somm, ZZZ 2007, s. 316; Frank, Sträuli, Messmer, Wiget ve Wiget, §108, N. 16; Jürgen Brönnimann, **Der Beweis im Zivilprozessrecht in: Christoph Leuenberger (Hrsg.)**, Bern, 2000, s. 93; Hoffmann-Nowotny, s. 38.

¹³⁸⁶ Hoffmann-Nowotny, s. 40.

konusunda, kapsamlı bir araştırma yapmak zorunda olmadığı kabul edilmektedir. Dava şartlarında bir eksiklik bulunmasına ilişkin muhtemel bir şüphe halinde, mahkeme bu hususta inceleme yapmalıdır. Mahkemenin dava şartlarına ilişkin herhangi bir şüphe olmadan tarafları, incelemeye tutma hakkı yoktur. Bununla beraber bir şüphe olması durumunda mahkeme, taraflardan eksik olan hususları açıklamasını ve ilgili belgeleri sağlamasını talep etmek zorundadır. Bu durum sınırlı re'sen araştırma ilkesinden kaynaklanmaktadır. Re'sen araştırma ilkesinin sınırlı olarak kabul edildiği durumlarda tarafların objektif ispat yükünün yanı sıra subjektif ispat yükü de bulunmaktadır¹³⁸⁷.

Özellikle İsviçre medeni usûl hukuku öğretisinde dava ehliyetinin incelenmesinde, tarafların gönüllü olarak yargılamaya katılmadığında bir takım problemlerle karşılaşılabilceği üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 160. maddesine göre tarafların ve üçüncü kişilerin kanıt toplamada işbirliğinde bulunmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca mahkeme İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca tarafların haksız yere işbirliğini reddetmesi durumunda, kanıtları değerlendirirken bu hususu göz önünde tutmaya yetkilidir. Böyle bir durumda mahkemenin tarafa dava ehliyetinin tespitine ilişkin olarak işbirliğinde bulunmaması durumunda ehliyetsiz olarak kabul edileceği yönünde bildirimde bulunması mümkündür¹³⁸⁸.

(3) Türk Hukukunda

Dava şartları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilecektir. Hakim, tarafların ileri sürdükleri vakıalar ile bağlı değildir¹³⁸⁹. Bu konuda tarafların ileri sürmedikleri vakıaları re'sen gözetebileceği gibi taraflarca ikame edilmemiş bir delili de re'sen dikkate alabilir¹³⁹⁰. Her şeyden önce dava ehliyetinin yargılamanın her aşamasında mahkemece incelenmesi gerektiğine ilişkin

¹³⁸⁷ Sutter-Somm, ZZZ 2007, 309 vd.; Zürcher, s. 555 vd.

¹³⁸⁸ Matthias Courvoisier, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Baker&McKenzie**, Stämpfli Handkommentar, Bern, 2010, s. 265

¹³⁸⁹ Kuru, Şerh, s. 1098; Üstündağ, s. 289; Bilge, s. 179; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl C. II, s. 951; M. Kamil Yıldırım, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul 2002, s.50; Özümücü, s. 152; Tanrıver, s. 496; Budak ve Karaaslan, s. 92.

¹³⁹⁰ Üstündağ, s. 313; Tanrıver, s. 623.

zorunluluk, bu hususta her iki tarafın menfaati olduğu gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Hukuka uygun bir şekilde temsil edilmeyen taraf, yargılama süresi içerisinde kendi lehine olan işlemleri bir şekilde gerçekleştiremeyeceği için usûlüne aykırı bir şekilde yargılamayı yürütecektir. Bu sebeple dava ehliyeti olmayan kişinin korunması gerekmektedir. Koruma fikri, aynı şekilde dava ehliyeti olmayan kişinin karşı tarafının da korunması için geçerlidir¹³⁹¹.

Dava şartları re'sen gözetilmektedir ancak dava şartı noksanlığı mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş ve taraflarca ileri sürülmemiş fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin 3. fıkrası uyarınca dava başlangıçtaki dava şartı eksikliği sebebi ile usûlden reddedilemez¹³⁹².

Ön inceleme aşamasında öncelikli olarak dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verilmelidir. Burada dava şartlarından birisinin bulunmaması durumunda o zamana kadar yapılan esas hakkındaki incelemede boş yere vakit kaybedilmiş olunmaması amaçlanmaktadır¹³⁹³. Mahkeme, dava ehliyetine ilişkin tüm şüpheleri ortadan kaldırmak için her türlü delile başvurabilir. Tanık dinleyebilir ya da başka bir davada elde edilen delillerden özellikle tıbbi raporlardan yararlanabilir¹³⁹⁴. Buna bilirkişiye başvurmak da dahildir. Bununla birlikte, kişinin kişilik alanına

¹³⁹¹ Kahlke, s. 33; Oda, s. 155; Kale, s. 22.

¹³⁹² “Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanununun 404/2 maddesi uyarınca, görevlerini yaparken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

Öte yandan, HMK'nun 56. (HUMK'nun 42.) maddesi uyarınca, taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse, bu konuda kesin karar verilinceye kadar yargılama ertelenebilir.

6100 sayılı HMK'nun 51. maddesinde (1086 sayılı HUMK'ın 38. maddesi) “dava ehliyeti” dava şartı olarak benimsenmiştir. Hukuk Genel Kurulunun 03.03.1993 tarih, 773/82 sayılı kararında da; dava şartlarının davanın açıldığı tarihten, hükmün kurulduğu tarihe kadar varlığını devam ettirmesinin temel kural olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu yasal düzenlemeler ve yargısal uygulamalar karşısında şüphesiz hakim, davanın başında dava şartlarının mevcut olup olmadığını kendiliğinden (re'sen) araştırmak zorundadır. Ne var ki; dava açılırken bulunmayan dava şartının yargılama sırasında tamamlanması halinde dava ekonomisi yönünden davanın esasına girilerek sonuçlandırılması gerekeceği de gerek doktrinde gerekse Yargıtayın istikrar kazanmış içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, yargılama sırasında dava şartı noksanlığının ortadan kalkması halinde 6100 sayılı HMK'nun 30. maddesindeki usûl ekonomisine ilişkin düzenleme karşısında davanın reddedilemeyeceği kuşkusuzdur.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2016 tarihli, E. 2016/1975, K. 2016/8836 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com, (07.12.2019).

¹³⁹³ Kuru, Dava Şartları, s. 145. Alman medeni usûl hukukunda her ne kadar ön incelemeye ilişkin özel bir düzenleme bulunmasa da prensip olarak esasa ilişkin incelemeye dava şartlarının sağlandığının tespitinden sonra girilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aynı kural kanun yolları aşamasında da geçerlidir. Bu hususta bkznz. Wicczorek ve Schütze , §56, Rn. 6.

¹³⁹⁴ Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 3. Aynı yönde NJW 2000, s. 289, www.lexetius.com, (26.10.2019)

dikkat edilmelidir. Bu durumda öncelikle mahkemenin kişisel izlenim elde etmek için tarafı şahsen dinlemesi gerektiği düşüncesindeyiz¹³⁹⁵.

Türk hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce dava şartlarının incelenmesinde hangi ilkenin geçerli olacağı tartışma konusu oluşturmuştur.

Alangoya, dava şartlarının re'sen dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre mahkeme, tarafların iddiası olmadan, dava şartlarının bulunup bulunmadığını re'sen dikkate alabilir. Bu husus, kanun yolları da dahil her aşamada taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen gözetilecektir. Bunun yanı sıra tarafların bir dava şartının varlığı hususundaki anlaşmaları mahkemeyi bağlamayacaktır. Ancak Yazar'a göre re'sen dikkate alınma bunlarla sınırlı olmalıdır. Burada re'sen dikkate alınmanın, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu anlamına gelmediğini belirtmektedir. Hâkimin dava şartı hususunda bir kuşkuya düşmesi durumunda dava şartının gerçekleşmiş olduğunu iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafın bu konudaki vakıaları ve delilleri getirmesini isteyebileceğini belirtmiş ancak dava malzemesi bakımından mahkemenin bu malzemeyi toplamaya yetkili olmadığını ileri sürmüştür¹³⁹⁶.

Erişir, bu konuyu taraf ehliyeti kapsamında değerlendirmiştir. Yazar taraf ehliyetinin bir dava şartı olarak kendiliğinden dikkate alınmasının hâkimin vakıa araştırması yapabileceği ve taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları yargılamaya getirebileceği anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. Yazara göre dava şartlarının var olduğuna dair dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi, taraflara ait bir yük olmasına karşın, taraf ehliyetinin kamu düzenini ilgilendiren yönü sebebiyle hâkimin taraf ehliyetinin incelenmesine yönelik etkinliği esasa ilişkin yapılacak yargılamaya kıyasla daha fazla olacaktır. Bu sebeple taraf ehliyetinin inceleneceği yargılamada taraflarca getirilme ilkesinin sınırlı bir şekilde uygulandığı sonucuna varmıştır¹³⁹⁷.

Kale de aynı değerlendirmeyi yine taraf ehliyeti üzerinden yapmış, hâkimin dava şartlarının varlığı konusunda şüpheye düşmesi durumunda, dava şartlarının varlığının ispatı lehine sonuçlar doğuracak taraftan, dava şartının varlığını ispata

¹³⁹⁵ Wieczorek ve Schütze, §56, Rn. 14; Budak ve Karaaslan, s. 157.

¹³⁹⁶ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 197.

¹³⁹⁷ Yazar bu değerlendirmesini 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde gerçekleştirmiştir. Erişir, s. 260.

yarayacak delillerini getirmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Bu durumu hakimnin davayı aydınlatma ödevi ve maddi anlamda yargılamayı sevk yetkisi kapsamında değerlendirmiştir¹³⁹⁸.

Umar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu zamanındaki çözümün kısmen farklı olduğu hususuna vurgu yaparak, Alangoya'nın görüşünün Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde artık geçerli olmadığını, dava şartlarının incelenmesinde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu, ancak pratikte bir şeyin değişmeyeceğini belirtmiştir. Yazar, eski uygulamanın devam etmesinin başka hukuk kuralları sayesinde hukuka uygun olduğu kanaatinde¹³⁹⁹.

Öğretide, Özmumcu da dava şartlarının incelenmesinde re'sen araştırma ilkesinin evleviyetle geçerli olması gerektiğinden bahsetmiştir. Bunun sonucu olarak mahkemenin dava ehliyetine ilişkin olarak tarafların ileri sürdükleri iddiaları, itirazları ve hatta ikrarları ile bağlı olmadığını vurgulamıştır. Hâkimin dava şartlarını re'sen araştırma yükümlülüğünün mevcudiyeti, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi prensibinden vazgeçilmesi ve re'sen araştırma ilkesinin kabul edilmesi demek değildir¹⁴⁰⁰. Yazar bu görüşünü Schilken'e¹⁴⁰¹ dayandırmıştır. Esasında Schilken, Alman hukuku öğretisinden hareketle re'sen araştırma kavramından anlaşılması gerekenin taraflarca getirilme ilkesinden vazgeçmek ve re'sen araştırma ilkesinin kabulü anlamına gelmediğini belirtmiştir. Yazara göre *ne esasa girme şartlarının mahkeme tarafından incelenmesine yönelik vakıaların mahkeme tarafından muhakemeye sokulmasından, ne de yapılan inceleme için re'sen delil ikamesinden söz edilememelidir*.

Budak ve Karaaslan ise hakimnin dava şartlarını yargılamanın her aşamasında araştırması gerektiğini, örneğin, taraflardan birinin dava ehliyetine sahip olmadığı hal ve tavrından anlaşılıyorsa, karşı taraf talep etmese dahi hakimnin Adli Tıp Kurumu'ndan rapor isteyerek dava ehliyetinin mevcut olup olmadığını araştırması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁰². Yazarların burada re'sen araştırma ilkesinin bütünüyle uygulanması gerektiği düşüncesinde olduğu kanaatindeyiz.

¹³⁹⁸ Kale, s. 45 vd.

¹³⁹⁹ Umar, Şerh, s. 356.

¹⁴⁰⁰ Özmumcu, s. 152.

¹⁴⁰¹ Elberhard Schilken, çev. M. Kamil Yıldırım, "Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü", **İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Bası, Alkım Yayınevi, 2002, s. 50.

¹⁴⁰² Budak ve Karaaslan, s. 157.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. maddesinin 1. fıkrası ile mahkemenin dava şartlarının bulunup bulunmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı hüküm altına alınmıştır. Getirilen bu hüküm ile esasında dava şartlarının gözetilmesinde hakim olacak olan ilkenin re’sen araştırma ilkesi olduğu hakkında herhangi bir tereddüt kalmamıştır. Türk medeni usûl hukuku öğretisi 6100 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 115. maddenin 1. fıkrasına paralel olarak mahkemenin, dava şartlarının bulunup bulunmadığını re’sen araştırmak ve incelemekle yükümlü olduğu konusunda hem fikirdir¹⁴⁰³.

(4) Görüşümüz

Dava şartlarının ne şekilde incelemeye tâbi tutulması gerektiği Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 188. maddesinin 2. fıkrasında “*hâkimin re’sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlarla 98. madde hükmü mahfuzdur*” şeklinde iken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Dava şartlarının incelenmesi üst başlıklı 115. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi “*mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır*” şeklinde değiştirilmiştir.

İlgili hükmün Hükümet gerekçesinde yer alan açıklamasına bakıldığında ise şu ifadelere yer verilmiştir:

“*Maddenin birinci fıkrasında, dava şartlarının mevcut olup olmadığı hususunun, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilebileceği, taraflarca da bu bağlamdaki eksikliğin her zaman ileri sürülebileceği açıkça vurgulanmıştır.*”

Kanun gerekçesinde dava şartlarının incelenmesine ilişkin geçerli olan ilke açısından net bir ifade bulunmamaktadır. Kanun maddesinin aksine dava şartlarının incelenmesinin mahkemenin kendiliğinden gözetebileceği bir husus olduğu ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce, Alman ve İsviçre medeni usûl hukuk öğretisi ışığında kendiliğinden gözetme ve kendiliğinden araştırma ilkesi (re’sen araştırma ilkesi) iki farklı durumu ifade etmektedir. Kendiliğinden gözetme, sınırlandırılmış re’sen araştırma ilkesi doğrultusunda tarafların iddia yükünü ortadan kaldırır ancak ispat

¹⁴⁰³ Kuru, Usûl, s. 200; Budak Karaaslan, s. 157; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 290.

yükü kapsamında delil ikame yükünü ortadan kaldırmaz. Hâkimin re'sen delil toplama yetkisi bulunmamaktadır. Re'sen araştırma ilkesi ise tarafların iddia ve delil ikame yükünü ortadan kaldırmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. hükmüne mehzaz olarak, İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 60. maddesi gösterilmektedir¹⁴⁰⁴. İlgili hükümde belirttiğimiz üzere dava şartlarının incelenmesinde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Mahkemenin kendiliğinden dava şartlarının bulunup bulunmayacağını inceleyebileceği (*prüfen von Amtes wegen*) hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun re'sen inceleme üst başlıklı (*Prüfung von Amtes wegen*) 56. maddesinde de dava ehliyetine ilişkin eksikliklerin mahkeme tarafından kendiliğinden gözetileceği (*von Amtes wegen zu berücksichtigen*) düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Türk hukukunda dava şartlarının incelenmesinde, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak madde hükmünde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm bir dava şartı olan dava ehliyetinin gözetilmesinde de geçerli olacaktır. Kanun hükmünün açık düzenlemesi sebebiyle Türk hukukunda dava şartlarının gözetilmesinde geçerli olan ilke re'sen araştırma ilkesi olacaktır. Kanaatimizce, dava ehliyeti, tarafların korunması ve kamu yararı götmesiyle tamamen taraflarca getirilme ilkesinin varlık gösterebileceği bir alan değildir. Bu sebeple bir takım özel kurallara tâbi olması dava ehliyetinin niteliğinin bir gereğidir. Yine de göz önünde bulundurulması gereken husus, medeni usûl hukukunda genel olarak tasarruf ilkesinin geçerli olduğu, tarafların bu konuda hiç harekete geçmemiş olması halinde haklarını aramalarına ilişkin herhangi bir zorunluluğa tâbi tutulmayacaklarıdır. Medeni usûl hukuku, kişilerin sübjektif haklarının bu kişilerin daha aktif katılması ile korunmasını hedefler. Dava ehliyetine ilişkin şüpheler, ilke olarak öncelikle, tarafların katılımı ile giderilmelidir. Dava ehliyetinin varlığını kanıtlamak tarafların lehine ilişkin olması sebebiyle onlardan bu konuyu netleştirmeleri için çaba göstermeleri de beklenir. Ayrıca mahkemenin bu konuya işaret edebilmesi de gerekmektedir. Bu sebeple dava şartlarının göstermiş olduğu önem itibarıyla Alman ve İsviçre medeni usûl hukukları ışığında dava ehliyetinin incelenmesinde geçerli olan ilkenin sınırlandırılmış re'sen araştırma ilkesi olması gerektiği düşünülebilir. Bu

¹⁴⁰⁴ Ali Cem Budak, **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 179.

durumun önem arz edebileceği hallere örnek vermemiz gerekirse, kısıtlı bir kimse ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia ediyor olabilir. Bu kimse ayırt etme gücüne sahipse kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin davalarda dava ehliyetine sahiptir. Ayırt etme gücüne ilişkin uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin, re'sen bilirkişi deliline başvurması halinde davacı işbirliğine zorlanamayacaktır. Ancak vesayet mahkemesi, bu hususta harekete geçebilir. Sınırlandırılmış re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kabul edilirse, vesayet makamına gitmeden, işbirliğinde bulunmayan davacının ayırt etme gücünün eksik olduğu kabul edilerek, kanuni temsilcinin icazet verip vermemesine göre davaya devam edilecek ya da usûlden red edilecektir. Ancak re'sen araştırma ilkesinin doğrudan kabul edildiğini düşünürsek, mahkeme kanuni temsilciye başvurmadan önce bu kimse, işbirliğine gitmese dahi vesayet makamına başvurup, bu hususu bekletici mesele yapabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi, esasında, bu konuda herhangi açık bir kapı bırakmamaktadır. Bu sebeple mevcut olan medeni usûl hukuku sistemimizde dava şartlarının ve konunun özelinde dava ehliyetinin incelenmesinde geçerli olan ilkenin re'sen araştırma ilkesi olduğu hususunda herhangi bir tartışma bulunmadığı kanaatindeyiz.

2. Dava Ehliyetinin Tespitinde İspat Yükü

a. Genel Olarak İspat Yükü Kavramı

Bir hukuk kuralının somut olayda uygulanması, bu hukuk kuralının koşul vakıasını oluşturan somut vakıaların gerçekleşmesine bağlıdır¹⁴⁰⁵. Medeni usûl hukukunda hâkimin karar vermekten kaçınması gibi bir durum söz konusu olamaz. Yargılamanın sonunda uyuşmazlık konusu hakkında bir karar vermek zorundadır. İddia edilen vakıaların ispatlanamaması halinde hakim, ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verecektir. Bu bağlamda ispat yükü için belirsizlik durumunda aleyhe hüküm verilme riskinin üstlenilmesidir denilebilir. İspat yükü, hâkimin iddia edilen vakıanın varlığı veya yokluğu konusunda kanaat edinemediği durumda hangi taraf

¹⁴⁰⁵ Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1693; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 476.

aleyhine karar verileceği sorusuna cevap veren ve belirsizlik halinin aşılmasına yardım eden maddi hukuka ilişkin kurallardır¹⁴⁰⁶.

İspat yükü objektif ve sübjektif ispat yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yükü hükmün temelini oluşturan olayların ispat edilememesi halinde belirsizliğin kimin açısından risk oluşturduğunu belirler¹⁴⁰⁷. İleri sürülen iddianın ispatsız kalması durumunda ortaya çıkacak sonuçları açıklar. Bu bağlamda davada taraflarca hazırlama ilkesinin veya kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması açısından farklılık oluşturmaz. Delil ikame yükü olarak adlandırılan sübjektif ispat yükü ise hangi tarafın delil ikame edeceğini belirler¹⁴⁰⁸.

Burada üzerinde durmamız gereken önemli bir husus ise ispat yükünün taraflara düşen usûli bir yük (kulfet) olmasıdır. Bu yükü yerine getirmeyen kimse hakkında, maddi hukuktaki gibi ifaya zorlama ya da tazminat gibi bir yaptırım uygulanmaz, yük yerine getirilmediğinde aleyhine olan sonuca katlanma, yani aleyhe karar riskiyle karşı karşıya kalınmaktadır¹⁴⁰⁹.

İspat yükü, yargısal faaliyetin türüne ve yargılamada taraflarca hazırlama veya re'sen araştırma ilkesinin uygulanıyor olmasına bağlı olmaksızın her zaman mevcuttur ve değişmez. Her davada belirsizlik hali doğabileceğinden, bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağına ilişkin ispat yüküne dayanan karar önem göstermektedir¹⁴¹⁰.

İspat yükü kurallarının belirlenmesi, ispatın konusunu oluşturan somut vakıaların gerçekleşmiş olduğu hususunda hakimde bir kanaat uyandırmaya yeterli olmadığı hallerde önem arz eder. Çünkü meselenin açıklığa kavuşmamış olması durumunda ortada bir belirsizlik söz konusu olacaktır. Bu belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Çünkü mahkeme davaya bakmaktan kaçınmaz. İspat yükü kuralları bu belirsizlik halinin giderilmesi hususunda rol oynamaktadır. İspat yüküne dayanan karar, hakimde, vakıa iddiaları hakkında olumlu veya olumsuz bir kanaatin

¹⁴⁰⁶ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980; Oğuz Atalay, **Menfi Vakıların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001; Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1693; Kuru, Medeni Usûl, s. 320; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 378; Budak ve Karaaslan, s. 226; Albayrak, ss. 385-386.

¹⁴⁰⁷ Atalay, s. 14; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 477; Budak ve Karaaslan, ss. 229-230; Albayrak, s. 385.

¹⁴⁰⁸ Umar ve Yılmaz, ss. 34-37; Atalay, s. 10; Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1695; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 477; Albayrak, s. 387.

¹⁴⁰⁹ Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1694; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 477; Albayrak, s. 386.

¹⁴¹⁰ Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1705; Albayrak, s. 386.

oluşturmadığı durumlarda, ispat yükünü belirleyen hukuk normundan hareketle ispat yükünün kime düştüğü ve dolayısıyla ispat edilememe riskini kimin taşıdığı konusunda yapacağı bir belirleme üzerine verilecek olan karardır ve bu karar ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine olacaktır¹⁴¹¹.

İspat yükünün yer değiştirmesi, objektif ispat yükünün normlara dayanan dağılımının değişmesi anlamına gelir. Bu durum bu hususa ilişkin başka bir kanun hükmü yoksa mümkün değildir. Ancak somut vakıda ispat imkansızlığının ortaya çıkması sebebiyle delil ikame yükünün yer değiştirmesi söz konusu olabilir¹⁴¹².

İspat yükü, yargılamada taraflarca hazırlama veya re'sen araştırma ilkesinin uygulanıyor olmasına bağlı olmaksızın her zaman mevcuttur. Her davada belirsizlik halinin doğması ihtimali her zaman vardır. Bu sebeple bu belirsizliğin kimin aleyhine sonuç doğuracağına ilişkin ispat yüküne dayanan kararın verilmeden önce ispat yükü kurallarının paylaşılması gerekmektedir¹⁴¹³.

İspat yükünün belirlenmesi, ispat edilememe halinde aleyhine karar verilecek tarafın belirlenebilmesi için önem arz etmektedir¹⁴¹⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınan bu hükmün ispat yükü sorununu çözmeye yeterli olmadığı düşüncesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tekrar düzenlenmiştir. Buna göre ispat yükü kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaracak tarafa aittir (HMK m. 190).

Ortaya çıkan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ispat yüküne ilişkin teoriler hâkimin hangi ispat yükü normlarını uygulayacağına ilişkin pek çok teori ortaya sürülmüştür. Bugün halen tartışmalı olan ancak sıkça alıntı yapıp kullanılan Rosenberg'in norm teorisidir. Norm teorisine göre, normlar birbirlerini desteklemekte, tamamlamakta aynı zamanda da dışlamakta ve alıkoymaktadır. Maddi hukuk tarafından belirlenen norm türleri ile ispat yükünün dağılımı arasında bir bağ bulunmaktadır. Rosenberg'in bu teorisi, hâkimin bir hukuk kuralını ancak o

¹⁴¹¹ Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1699.

¹⁴¹² Atalay, s. 18; Albayrak, s. 388.

¹⁴¹³ Atalay, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1705.

¹⁴¹⁴ Hans Joachim Musielak, "Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozeßfähigkeit", *NJW*, 1997, (Beweis), s. 1737; Umar ve Yılmaz, s. 50.

kurala ilişkin maddi şartlarının mevcut olduğu tespit edilebiliyorsa uygulanması gerektiği ancak yargılama esnasında bu tespit yapılamıyorsa yani belirsiz “*non liquet*” kaldı ise uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴¹⁵. Başka bir deyişle bu kuram, aynı zamanda belirsizlik durumunda hâkimin vakıaların gerçekleşmediğini kabul etmesine dayanır. Ancak günümüzde Öğretide, norm teorisi, farklı sebeplerle eleştirilmekte ve yetersiz kaldığı alanlarda ne şekilde bir yol izlenmesi gerektiği hususunda farklı fikirler ileri sürülmektedir.

b. Fiil Ehliyetinin Belirsizliği Durumunda İspat Yükü

(1) Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi

Türk Medeni Kanunu’nun 13. maddesine göre ergin olmayanların, akıl hastalığı, akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların, akla uygun bir şekilde davranmamaları esastır. Başka bir ifadeyle, kanun gereği bunların ayırt etme gücünden yoksun oldukları bir karine olarak kabul edilmiştir¹⁴¹⁶. Çünkü akıl hastasının ya da çok küçük bir çocuğun esas olarak ehliyeti olmadığı kabul edilir. Hayat tecrübelerine göre çok küçük bir çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenemez. Aksine bu yaşta ayırt etme gücüne sahip olmama asıldır. İspat yükü, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden kişiye aittir¹⁴¹⁷.

(2) Ayırt Etme Gücünün Varlığı Karinesi

Türk Medeni Kanununun 13. maddesiyle, kanunun küçüklük nedeniyle veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin, bu kanun çerçevesinde ayırt etme gücüne sahip olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile ayırt

¹⁴¹⁵ Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO*, 5. Aufl. (1965), s. 12; Atalay, s. 110 vd.; Albayrak, s. 394.

¹⁴¹⁶ Dural ve Ögüz, C. II, Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Kılıçoğlu, s. 139.

¹⁴¹⁷ Dural ve Ögüz, C. II; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64

etme gücünün varlığına ilişkin bir karine getirilmiştir. Kural, ayırt etme gücünün varlığıdır. Aksi ispatı gerekli bir istisna teşkil eder¹⁴¹⁸.

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebebin bulunması halinde, bu sebebin varlığını iddia eden taraf bu iddiasını, ispat etmelidir (HMK m. 190/II). Ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu hakim tarafından takdir edilir. Ancak çoğu kez hakim, kendi duyuları ve tanık beyanları ile bunu takdir edebilecek durumda olamaz. Bu sebeple hakim, bu konuda bilirkişiye başvuracaktır¹⁴¹⁹. Nitekim Medeni Kanun'un 409. maddesinin 2. fıkrasına göre akıl sağlığına ve akıl zayıflığına ilişkin kısıtlama kararının resmi sağlık kurulu raporu ile verileceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple en yetkili kurum Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiği uygulamada yerleşmiştir. Bilirkişinin vereceği rapor hâkimi bağlamasa da hakim bu konuda gerekçelerini iyi bir şekilde ileri sürmelidir. Örneğin, genellikle bu raporlarda geriye yönelik tespitte bulunmaktadır. Böyle bir durumda hayatın olağan akışına uygun yorumlanıp yorumlanmayacağı dikkate alınmalıdır¹⁴²⁰.

c. Dava Ehliyetinin Belirsizliği Durumunda İspat Yükü

(1) Alman Hukukunda

Alman hukukunda ispat yüküne ilişkin kurallara geçmeden önce, Alman medeni usûl hukukunda, davanın dava ehliyetine sahip olmayan kimse tarafından açılması durumunda, usûlden reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Dava ehliyetine sahip olmayan kişi dava ehliyetini, dava açtıktan sonra kaybederse dava usûle aykırılıktan reddedilmez. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesine göre yargılamaya ara verilir. Eğer bu kişi, dava ehliyetini kaybetmeden önce bir temsilci ile temsil ediliyorsa Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 246. maddesine göre yargılamaya ara verilmeyecektir.

Dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin dava açması ancak devamında dava ehliyetini kazanıp bu konuda icazet vermesi (ya da kanuni temsilcisinin icazet

¹⁴¹⁸ Wiczoreck ve Schütze, §56, Rn. 13; Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3; Dural ve Ögüz, C. II, s. 61; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64; Zevkliler, Ertaş, Havutçu ve Gürpınar, s. 89; Kılıçoğlu, s. 139.

¹⁴¹⁹ Dural ve Ögüz, C. II, s. 61; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64.

¹⁴²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 64

vermesi) dava ehliyeti eksikliğinin giderilmesi için yeterlidir. Kanuni temsilcinin ya da sonradan dava ehliyetini kazanan tarafın doğrudan yargılamayı yürütmesi bu icazetin verildiği anlamına gelir. Görüldüğü üzere Alman medeni usûl hukukunda dava ehliyeti eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddedilmesi sadece davanın ehliyetsiz kimse tarafından açılması ve bu eksikliğin sonrasında icazet ile giderilmemiş olması durumunda mümkün olmaktadır¹⁴²¹.

Alman hukukunda hakim olan görüşe göre davada, esas hakkında karar almak isteyen kişi ispat yükünü taşır. Yargılamada, esasa ilişkin olarak karar almak isteyen taraf, davacıdır. Aksi halde dava, usûlden reddedilecektir. Bu sebeple davacı, her iki tarafın da ehliyetli olduğuna ilişkin yükü taşımaktadır¹⁴²².

Bunun yanı sıra dava ehliyetinin aynı zamanda usûli işlem yapabilme ehliyeti olduğunun da altının çizilmesi gerekmektedir. Bu sebeple dava ehliyetinin yargılamanın başından, hüküm kesinleşinceye kadar bulunması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Eksikliği durumunda, tarafların gerçekleştirmiş oldukları usûli işlemler geçerli olmayacaktır ve ancak daha sonradan verilen icazet ile geçerlilik kazanır. Böyle bir durumda usûli bir işlemin geçerliliğinin ancak dava ehliyetine sahip olan kişinin işlemi gerçekleştirdiği esnada ehliyetli olup olmamasına bağlı olduğu söylenebilir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 52. maddesine göre esas olan ergin olan kişilerin ehliyetli olmasıdır¹⁴²³. Ergin olmayan kişiler sadece belirli hallerde ehliyetli olarak kabul edilirler. Bu sebeple genellikle küçüklerin dava ehliyeti hususunda herhangi bir ispat problemi ile karşılaşılmamaktadır. Ancak bu kuralın istisnasını yabancı kişiler oluşturur. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 55. maddesinde yabancıların dava ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilebilmesi için Alman hukukuna göre ya da kendi ülke hukuklarına göre ehliyetli sayılmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple Almanya'da doğmamış bir yabancı için ehliyet hususunun belirsiz kalması mümkündür. Bu durumda objektif ispat yüküne dayanılarak karar verilecektir¹⁴²⁴.

Esasa ilişkin bir karar verebilmek için dava ehliyetinin olumlu bir dava şartı olarak bulunması gerektiği açıktır. Bir tarafın dava ehliyeti hakkında bir şüphe

¹⁴²¹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Oda, s. 13 vd.

¹⁴²² Baumbach, Lauterbach ve Hartmann, §56, Rn. 5; Reinicke, s. 758; Wieczorek, Schütze ve Hausmann, §56, Rn. 17, Zöller, §56, Rn. 9, Oda, s. 53; Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 3.

¹⁴²³ Baumgärte, s. 103.

¹⁴²⁴ Reinicke, s. 757.

olması durumunda ve bu şüphenin giderilememesi durumunda esasa ilişkin bir karar verilemeyecektir. Bu sebeple ilgili taraf sonuç olarak ehliyetli olarak kabul edilemeyecektir¹⁴²⁵. Ancak öğretide ileri sürülen bu görüş maddi hukuk ile çelişmektedir. Fiil ehliyetine ilişkin ispat yükü ehliyetsizliği ileri süren tarafa dolayısıyla kural olarak davalıya aittir. Bu görüş fiil ehliyeti ile dava ehliyetine ilişkin ispat yükünün farklı olduğunu savunmaktadır¹⁴²⁶. Çünkü dava ehliyeti ve fiil ehliyeti esasen farklı iki kavramdır. Dava ehliyeti medeni usûl hukukuna özgü sonuçları olan ve bir takım özel amaçlar güden bir kavramdır. Fiil ehliyetinin gösterdiği özellikler ancak medeni usûl hukukunun taşıdığı amaçları sağlıyorsa geçerli olacaktır¹⁴²⁷. Bu sebeple dava ehliyetinin ispat kurallarının fiil ehliyetinin ispat kurallarından farklılaştığı kabul edilmelidir.

Alman hukukunda bir diğer görüş ise maddi hukuk ile usûl hukuku arasındaki çelişkiyi anlamsız bulmaktadırlar. Bu görüşe göre dava ehliyetine ilişkin kurallar medeni kanuna yapılan referans (ZPO m. 52) ile düzenlenmektedir. Bu referans aynı zamanda dava ehliyetinde ispat yüküne de uygulanmalıdır. Ortada dava ehliyetine ilişkin bir şüphe olması durumunda bu şüphe ortadan kaldırılamazsa tarafların dava ehliyetine sahip olduğu varsayılmalıdır. Bu husus, ehliyetsizliği ileri süren tarafça ispat edilmelidir ki bu taraf genellikle davalıdır. Aksinin kabulü halinde ispat yükünün benimsenmesinde bir takım zorluklar ortaya çıkabilir. Kural, dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin tek başına yargılamaya devam etmemesi ve yasal temsilcisi tarafından temsil edilmesidir. Ancak ilk görüş kabul edilirse burada şöyle bir problem ortaya çıkmaktadır. Dava ehliyeti olmayan kişinin ehliyetsiz olduğuna ilişkin bir delile ihtiyaç duyulursa bu delilin ortaya konması mümkün olmayacaktır. Aynı zamanda, maddi hukuk ile farklı ispat yüklerinin geçerli olduğunu kabul etmek işin niteliği açısından da çelişkiler yaratabilir¹⁴²⁸. Esas kural, kişinin dava ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesidir. Eğer bu yönde bir şüphe varsa ve bu şüphe ortadan kaldırılamıyorsa kişinin ehliyetli olduğunun kabulü ve yargılamaya devam edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple ehliyetsizlik ispat edilemezse bunun aleyhe

¹⁴²⁵ Stein, Jonas ve Bork, §56, Rn. 9; Reincike, s. 758; Zöllner, §56, Rn. 9; Oda, s. 54

¹⁴²⁶ NJW 1955, s. 1714; NJW 1961, s. 2207, www.prinzlaw.com, (28.07.2019). Baumgärtel, Beweislast, § 104, Rn. 9; Berg, JuS 1969, s. 125; Reinicke, s. 764 vd. Stein, Jonas ve Bork, § 56, Rn. 10.

¹⁴²⁷ Reinicke, s. 764 vd.; Stein, Jonas ve Bork, §56, Rn. 10.

¹⁴²⁸ Leipold, s. 123 vd.

sonuçlarını yüklenecek olan kişi kural olarak ehliyetsizliği ileri süren taraf olmalıdır ki bu da genellikle davalı olarak kabul edilmektedir. Burada medeni usûl hukukuna ilişkin değerlendirilmeler yapılırken kanuni düzenlemelerin kendisi ve dogmatik temelleri ile birlikte ele alınmasının unutulmaması gerekmektedir. Çünkü ispat kuralları kanunu uygulayacak kişilerin keyfiyetinden bağımsız olarak kanunlara dayanmaktadır. Bu sebeple öncelikli olarak kanuni düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Bu sebeple dava ehliyetine ilişkin ispat yükü kurallarının, maddi hukuk ile örtüşmesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁴²⁹.

Ayrıca belirsizlik durumunda, dava ehliyetinin olmadığı düşünülen kimse, fiil ehliyetinin ispat kurallarına göre ehliyetli kabul edilmelidir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 57. maddesinin birinci fıkrası belirsizlik durumunda, yargılamayı yürütmesi için bir temsilci "*Prozesspfleger*" atanmasını öngörmüştür. Ancak bu durum, sadece davalının ehliyetsizliği durumunda geçerlidir. Davacının ehliyetsizliği halinde geçerli değildir¹⁴³⁰.

Dava ehliyeti esasa ilişkin karar verebilme şartıdır. Esasa ilişkin karar sadece esasa ilişkin karar verebilme şartlarının eksiksiz olması durumunda verebilir. Bu şartlardan birinin bulunmaması usûle ilişkin bir eksiklik oluşturur. Bu sebeple, her iki tarafın dava ehliyetine ilişkin objektif ispat yükünün esasa ilişkin karar almak isteyen davacı üzerinde olduğu kabul edilir. Ancak bazı durumlarda bu yük davalı üzerine geçebilir. Özellikle davacının, davasından feragat etmesi durumunda (ZPO m. 306) davalının mahkemeden bu hususa ilişkin bir karar talep etmesiyle ispat yükü davalının üzerinde olacaktır. Benzer şekilde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 330. maddesi uyarınca gıyapta hüküm verilmesi halinde her iki tarafın dava ehliyetine ilişkin ispat yükünün davalı üzerinde olduğu kabul edilmektedir¹⁴³¹.

(2) İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda dava şartlarına ilişkin geçerli olan re'sen inceleme yükümlülüğünün, ispat külfetine sahip olan tarafı, tamamen rahatlatmadığı ileri

¹⁴²⁹ Musielak, Beweis, s. 1737 vd.

¹⁴³⁰ Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Wieczorek, Schütze ve Hausmann, §57, Rn. 1; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §57, Rn. 4; Zöller, §57, Rn. 1; Musielak ve Voit, §57, Rn. 1; Saenger, §57, Rn. 1; Kern ve Diehm, § 57, Rn. 1

¹⁴³¹ Reinicke, s. 758.

sürülmektedir¹⁴³². İsviçre medeni usûl hukukunda da hakim görüş, kendisinin ya da karşı tarafının dava ehliyetine sahip olduğunu iddia eden tarafın ispat yüküne sahip olduğunu kabul etmektedir. Genellikle bu taraf esasa ilişkin karar almak isteyen davacıdır¹⁴³³.

Dava şartlarına ilişkin ispat yükü, İsviçre Medeni Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan genel kurala göre dağıtılacaktır. Davanın kabule şayan olduğuna ilişkin bir şartın ispatsızlığı durumunda, bu durum, esasa ilişkin bir karar almak isteyen davacının aleyhine olacaktır. Davanın kabule şayanlığını kaldıran bir vakıanın ispatsız kalması durumunda ise bu durum davalı aleyhine olacaktır¹⁴³⁴.

İsviçre medeni usûl hukukunda ispat külfetinin, maddi hukukun aksine tarafların yargılamadaki rollerine göre değiştiği kabul edilmiştir. Örneğin; menfi tespit davasında (*negativen Feststellungsklagen*) ya da borçtan kurtulma davasında (*Aberkennungsklage*) her ne kadar davacı taraf esasında, savunma konumunda olsa dahi, olumlu dava şartlarının davasında bulunduğunu kanıtlamak zorundadır¹⁴³⁵.

(3) Türk Hukukunda

Türk hukukunda dava şartlarının ispatında ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı hususunu Kale, taraf ehliyeti kapsamında değerlendirmiştir. Kale, hâkimin dava şartlarının varlığı konusunda şüpheye düşmesi durumunda, varlığının ispatı lehine sonuçlar doğuracak taraftan delillerini getirmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Burada Alman ve İsviçre'deki hakim görüşü esas alarak bu tarafın davacı olduğunu kabul etmiştir. Ancak davalının etki alanında bulunan bir hususun bulunması durumunda ispat yükünün davalıya geçeceğini belirtmiştir. Dava ehliyetine ilişkin yaptığı değerlendirmede ise Alman Federal Mahkemesinin taraf ve dava ehliyetinin incelenmesi konusunda hâkimin geniş kapsamlı araştırma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Hakim tarafından bu şüphelerin giderilmesi gerektiği üzerinde durmuş

¹⁴³² Zürcher, s. 556.

¹⁴³³ Hoffman-Nowotny, s. 33; İsviçre öğretisinde bu tartışma Alman ve Avusturya medeni usûl hukuku öğretilerine dayanılarak yapılmıştır.

¹⁴³⁴ Zürcher, s. 556; Zinng, Berner Kommentar, s. 639.

¹⁴³⁵ Zinng, Berner Kommentar, s. 640.

ancak bu şüphenin giderilememesi durumunda objektif ispat yüküne sahip olan tarafı belirtmemiştir¹⁴³⁶.

Budak ve Karaaslan, dava şartlarının mevcudiyeti halinde davada esas bakımından hüküm verilebileceği ve bu durumun da davacının lehine olduğu için dava şartlarının mevcudiyeti bakımından ispat yükünün kural olarak davacıda olduğunu belirtmiştir¹⁴³⁷.

Atalay, delil ikame yükünün, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da uygulama alanı bulabileceğinden bahsetmiştir. Yazara göre hâkimin kendisi delil toplama yetkisine sahip olmasına rağmen, taraflara delil ikamesini emredebilir ve bu tür davalarda ispat yükü kuralları sebebiyle aleyhlerine karar verilme riski ortadan kalkmaz. Dolayısıyla re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda da delil ikamesinin taraflar için usûli bir yük olarak kabul edilmesi gerektiğinden hareketle dava şartlarına ilişkin benzer bir çıkarımda bulunabileceğimiz sonucuna varmaktayız¹⁴³⁸.

(4) Görüşümüz

Kanaatimizce dava ehliyetine ilişkin ispat yükünün belirlenmesi önem arz etmektedir. Çünkü ispat yükü kavramı, sadece sübjektif ispat yükü kavramından oluşmamaktadır. İspat yükünün belirlenmesi re'sen araştırma ilkesinin kabul edildiği durumlarda bile ispatın gerçekleşmemesi durumunda bunun sonuçlarına katlanacak tarafın belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Dava şartlarının, mahkeme tarafından re'sen araştırılması gerektiği düzenlendiği için dava ehliyeti açısından, objektif ispat yükünün önem taşıdığı düşüncesindeyiz. Tarafların bu konuda sübjektif ispat yükü başka bir deyişle delil ikame yükü bulunmamaktadır. Objektif ispat yükü ise esasa ilişkin karar almak isteyen davacının üzerindedir.

Hukuk sistemimizde Alman hukukunun aksine dava ehliyeti hususunda objektif ispat yükü kurallarına başvurulup, ispatsızlık halinde davacı aleyhine doğrudan dava usûlden reddedilmemektedir. Re'sen araştırma ilkesi uyarınca mahkemenin bu şüpheyi ortadan kaldırması için her şeyi yapması gereklidir.

¹⁴³⁶ Kale, ss. 47-48.

¹⁴³⁷ Budak ve Karaaslan, s. 228.

¹⁴³⁸ Atalay, s. 1714.

Örneğin, her ne kadar işbirliğinde bulunmayan taraf hakkında mahkemenin zorla bilirkişiye gidilmesine karar vermesi mümkün olmasa da artık vesayet mahkemesine başvurup, bu konuyu bekletici sorun yapabilir. Vesayet mahkemesinin, fiil ehliyetine ilişkin değerlendirme yetkisi uyuşmazlığı gören mahkemeninkine göre daha geniştir. Bu hususta bir Yargıtay kararının önem arz ettiği düşüncesindeyiz. Söz konusu kararda¹⁴³⁹ davacı hukuki ehliyet eksikliği sebebi ile tapu iptal ve tescili talep etmektedir. Ancak sonrasında davacı Adli Tıp Kurumu Başkanlığınca hukuki ehliyetinin tespiti için iş birliğinde bulunmamış ve sevk talebinden vazgeçmiştir. Yerel mahkeme de dava konusu vakıaların ispatlanamaması sebebiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay ise dosyada, ehliyet eksikliğine ilişkin bir raporun bulunmasından hareketle, bu hususun öncelikli olarak bekletici sorun yapılması gerektiğini, sonrasında yargılamanın bu temsilci aracılığı ile yürütülmesi gerektiğini ifade etmiş ve bu hususu bozma sebebi yapmıştır. Kanaatimizce, davacının fiil ehliyetine ilişkin bir şüphe ortaya çıkmıştır. Zaten bu şüphe esasında davanın temelini oluşturmaktadır. Bu kimsenin ehliyetli olup olmadığının tespiti, yargılamayı yürütmesi için büyük önem göstermektedir. Bu sebeple öncelikli olarak mevcut durumda fiil ehliyetinin olup olmadığı sorununun giderilmesi lazımdır. Bu husus re'sen gözetilmesi gereken bir durumdur. Mevcut fiil ehliyetine ilişkin tespit yapıp,

¹⁴³⁹ “Davacı A..., babası olan diğer davacı S...'ye verdiği geniş yetkili vekaletname kullanılarak, vekilin yaşlı, saf ve kandırılabilir bir insan olmasından yararlanılarak maliki olduğu 2633 ve 2632 parsel sayılı taşınmazların satış suretiyle davalı F...'ye, ondan da davalı S...'a devrinin sağlandığını ileri sürerek, tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuş, diğer davacı S...de 100.000,00.-TL para ve 500 gr. altının durumundan yararlanan F... ve eşi M... tarafından alınması nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak iade ve alacak isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, davacı S...'nin işlem tarihi itibarıyla fiili ehliyetine sahip olup olmadığının rapor ile tespit edilemediği, bunun tespiti için Adli Tıp Kurumu Başkanlığına sevkinden davacılar vekilinin talebi üzerine vazgeçildiği, dinlenen davacı tanıklarının da davacı S...'nin yaşlılığı, saflığı ve dalgınlığından bahsetmedikleri, bu halinden bahsetseler bile bu beyanların davanın kabulü için yeterli olmadığı, bu konuda yazılı belge de olması gerektiği ve açılan davanın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa, yargılama sırasında temin edilen 13.01.2009 tarihli raporda davacı S...'nin hukuki işlem yapma ehliyetinin olmadığı belirtilmiştir.

Bu durumda, öncelikle Suphi tarafından açılan davanın görülebilirliği ve yürütülebilirliğinin, davacıya 1086 sayılı HUMK'nun 42 ve 6100 sayılı HMK'nun 56/1 maddesi gereğince vasi atanmak suretiyle sağlanması gerekmektedir.

Hal böyle olunca, davacı S... yönünden HMK' nun 56/1 . maddesi uyarınca vasi atanmak üzere sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulması ve sonucunun beklenerek vasi atanması halinde onun huzuru ile davanın görülmesi gerekirken, bu husus gözardı edilerek hüküm tesis edilmiş olması doğru değildir.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 3.12.2012 tarihli E. 2012/10020, K. 2012/14307 sayılı karar için www.kazanci.com, (20.07.2019).

yargılamayı yürütmesi için kanuni temsilci atandıktan sonra, ancak maddi hukuka ilişkin ispat yükü kuralları (objektif-sübjektif) önem arz eder.

3. Dava Ehliyetinin Varlığının ya da Yokluğunun Tespitinin Bekletici Sorun Yapılması

Bekletici sorun, 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmemişken¹⁴⁴⁰ 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden hareketle bekletici sorun, bir mahkemenin gördüğü davada ortaya çıkan ön sorun çözümlenmeden, asıl sorun hakkında karar verilemiyorsa ve bu sorun mahkemenin görevli olmadığı bir husus ise, mahkemenin kararıyla ortaya çıkan sorun şeklinde tanımlanabilir¹⁴⁴¹.

Bekletici sorun yapmanın, yargı organlarının çelişkili kararlar vermelerinin önüne geçmek, aynı iş için iki defa inceleme yapılmasından kaçınmak gibi yararlarının yanında¹⁴⁴², özellikle davanın uzamasına sebebiyet vermesi gibi sakıncaları da bulunmaktadır¹⁴⁴³. Bu sebeple, taraflardan biri sırf davayı uzatmak için, başka bir mahkemede dava açar ise bu mahkeme kararının bekletici sorun yapılması talebinin kabul edilmemesi yerinde olur. Ortada, böyle bir kötü niyet olmasa dahi bekletici sorun yapmak, yargılamada istenen yararı sağlamayacak veya davayı gereksiz yere uzatacaksa, bekletici sorun yapmaktan kaçınılmalıdır¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴⁰ Her ne kadar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda bekletici soruna ilişkin genel nitelikte bir düzenleme bulunmasa da bazı kanuni düzenlemeler ile bekletici sorun yapma zorunluluğu getirilmişti. Örneğin Anayasa m. 152/I. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanundan önceki dönemde bekletici sorun ("bekletici meseleye") ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Hakan, Pekcanitez, "Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)", **Makaleler**, Cilt: I, On İki Levha, İstanbul, 2016, ss. 251-252; Kuru, C. III, s. 3207 vd.; Kuru, Medeni Usûl, s. 249; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 76; Üstündağ, s. 190 vd.

¹⁴⁴¹ İbrahim Aşık, **Medeni Usûl Hukukunda Bekletici Sorun**, Ankara 2012, s. 28; Pekcanitez, s. 251-252; Kuru, C.III, s. 3210; Kuru, s. 477; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 484-485; Özekes, Pekcanitez Usûl II, s. 1403; Umar, Şerh, s. 488; Üstündağ, s. 186; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 450.

¹⁴⁴² Aşık, s. 28 vd.; Kuru, C. III, s. 3211; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 484; Özekes, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1404; Karşı, Medeni Usûl, s. 577; Sungurtekin Özkan, s. 225; Tanrıver, s. 719.

¹⁴⁴³ Kuru, C. III, s. 3212; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 484; Özekes, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1420; Karşı, s. 577; Aşık, s. 29 vd.

¹⁴⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 484; Özekes, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1420.

Bazı konularda, kanun koyucu, bekletici sorunu, hâkimin takdir yetkisi altında bırakmamıştır. Başka bir deyişle, bazı hallerde, mahkemenin bekletici sorun yapması zorunludur. Bu haller, zorunlu bekletici sorun olarak adlandırılır¹⁴⁴⁵.

Bu haller dışında mahkemenin, başka bir mahkemede görülmekte olan bir davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapması zorunlu değildir; yani ihtiyaridir¹⁴⁴⁶. Hukuk mahkemesi, kendisine açılmış olan davayı bütün yönleriyle inceleyip karara bağlamakla görevli olduğu için, bekletici sorun yapılması mümkün olan halleri de ön sorun olarak kendisi inceleyip karara bağlayabilir. Bu husus “*davanın hâkimi savunmanın da hâkimidir*” deyişi ile de ifade edilmektedir¹⁴⁴⁷.

Alman Hukukunda bir davanın, dava ehliyeti olmayan bir kimse tarafından açılması, davanın usûlden reddini (*unzulässig*) gerektirmektedir. Bu durum sadece, davanın, dava ehliyeti olmayan bir kişi tarafından açılması durumunda geçerli olur. Bu kişi, dava ehliyetini, dava açtıktan sonra kaybederse dava usûle aykırılıktan reddedilmez. Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 241. maddesine göre yargılamaya ara verilmesi (*Unterbrechung*) gerekmektedir. Çünkü Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 241. maddesinde, bir tarafın dava ehliyetini kaybetmesi ya da bir tarafın kanuni temsilcisinin ölmesi ya da temsil yetkisini kaybetmesi durumunda¹⁴⁴⁸ kanuni temsilcisinin ya da yeni atanan kanuni temsilcinin atamasını mahkemeye bildirmesine ya da karşı tarafın bu durumu mahkemeye bildirmesine kadar, yargılamaya ara verileceği hüküm altına alınmıştır.

Mahkeme, bu bildirimi re’sen göz önüne almak zorundadır. Eğer bu kişi, dava ehliyetini kaybetmeden önce yargılamada bir avukat ile temsil ediliyorsa Alman Medeni Usûl Kanunu’nun 246. maddesine¹⁴⁴⁹ göre yargılamaya ara verilmeyecektir.

¹⁴⁴⁵ Zorunlu olarak beklenmesi gereken halleri saymamız gerekirse, Anayasa Mahkemesinin Kararının beklenmesini (Anayasa m. 152), Uyuşmazlık Mahkemesinin Kararının Beklenmesini (UMK m. 18), İcra Mahkemesi’nin terekenin borca batıklığın tespitini bekletici sorun yapmasını (İİK m. 68/IV) gösterebiliriz. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık, s. 59 vd.; Kuru, C. III, s. 3211; Umar, Şerh, s. 490; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 485; Özekes, Pekcanitez Usûl C. II, s. 1414 vd.; Karşlı, s. 577; Sungurtekin Özkan, s. 224; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 451.

¹⁴⁴⁶ Kuru, C. III, s. 3211; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 486; Özekes, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 1420; Karşlı, s. 577.

¹⁴⁴⁷ Kuru, C. III, s. 3211.

¹⁴⁴⁸ Temsil yetkisini kaybetme sebebinin tarafın, dava ehliyetini kazanmasından başka bir durum neticesinde olması gerekmektedir.

¹⁴⁴⁹ Bu maddeye göre dava ehliyeti kaybı durumunda avukatla temsil durumu var ise yargılamaya ara verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır ancak bununla birlikte yargılamanın gerçekleştiği mahkeme, kişinin ölümü halinde avukatın, mirasçıların ya da karşı tarafın talebi ile yargılamaya ara verilmesine karar vermelidir.

Bir diğ er yandan, tarafın yargılamanın başında dava ehliyetine sahip olmayıp sonradan bu ehliyeti kazanması ve yargılamaya devam etmesi halinde, us l i işlemlere icazet verildiğı kabul edilmektedir. Bu icazet her zaman, kanun yolları aşamasında da verilebilir. Bu sebeple Alman hukukunda dava ehliyeti eksikliğinden davanın reddedilmesi sadece davanın açılması esnasında davacının dava ehliyetine sahip olmaması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Taraflardan birinin dava ehliyetinin olup olmadığı, esasında bir  n sorundur.  n sorun, bir davada esasa ilişki inceleme yapılabilmesi veya esasa ilişkin incelemeye devam edilebilmesi ve davada talep sonucu hakkında karar verilebilmesi için öncelikle     mlenmesi gereken sorunlardır¹⁴⁵⁰.

Türk hukukunda ise mevcut olan hukuki düzenlemelerde dava ehliyetinin zorunlu olarak bekletici sorun yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 56. maddesinin 1. fıkrası h k m  söz konusu olabilir. İlgili h k me göre: “*Taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse, bu konuda kesin bir karar verilinceye kadar yargılama ertelenebilir.*” Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebinin mahkemece uygun bulunması durumunda yargılamanın ertelenecek olmasıdır. Mahkemenin, tarafların dava ehliyetini doğrudan kendisinin tespit etmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak mahkeme taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması gerektiğini d    nyorsa artık dava ehliyeti eksikliğinden davayı, usûlden reddedemez. Bu konuda kesin bir karar verilene kadar davayı ertelemelidir.

Öğretide Umar, bu ön sorun hakkında, bekletici sorun yoluna gidilmesi gerekliliğinin tipik bir örneğı olarak bahsetmektedir. Yazara göre, davada, tarafın vesayet altına alınması gerekli ise bunu sağlamak için mahkemenin girişimde bulunup bekletici sorun yapması gerek madde 56 h k m  gereğince gerekse de madde 165 gereğince her ne kadar ertelenebilir, yargılama bekletilebilir denilmesine rağmen zorunludur¹⁴⁵¹. Umar’ın bu görüşüne bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza almış kişiler bakımından katılmaktayız. Türk Medeni Kanunu’nun 407. Maddesinin birinci

¹⁴⁵⁰ Açık, s. 42.

¹⁴⁵¹ Umar,  erh, s. 215.

fikrasına göre bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanacaktır. Uyuşmazlığın görüldüğü mahkemece taraflardan birisinin ceza mahkemesinin kesinleşen kararıyla bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olduğu anlaşılırsa mahkemece vasi tayin edilip edilmediği araştırılmalı, eğer vasi tayin edilmemişse bu durum zorunlu olarak bekletici sorun yapılarak yargılamaya ara verilmelidir¹⁴⁵². Böyle bir durumda kişinin ehliyetine ilişkin

¹⁴⁵² Bununla birlikte Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarında bu hususun bekletici sorun yapılmamış olmasını bir bozma sebebi olarak değil de geri çevirme sebebi olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu durum karşı oy yazısında şu şekilde eleştirilmiştir. *“Dava ehliyeti ve taraf teşkili, kamu düzeni ile ilgili olup, önemli usûl kurallarından olduğundan mahkeme hakimî tarafından taraf teşkili sağlanana kadar yargılamaya ara verilerek re’sen bu konudaki usûli işlemler bekletici mesele kabul edilerek, kısıtlılık altına alınacak tarafa (kişiye) vasi tayin ettirilmesi bakımından ya davanın taraflarına mehil vererek, ya da vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesine re’sen ihbarda bulunarak kısıtlılık altına alınacak kişiye vasi tayin ettirilmesini, vasiye husumet izni alınması gereken hallerde bu izninde vesayet makamından alınmasını ve bu suretle tayin edilecek vasi veya onun vekalet vereceği vekili huzuru ile taraf teşkilini sağladıktan sonra yargılamaya devam ederek nihai kararın verilmesini sağlaması gerekir. Yukarıda açıklanan ve bekletici mesele yapılması gereken usûli işlemler yapılmadan yargılamaya devam edilmesi ve esasa ilişkin karar verilmesi halinde kısıtlılık nedeniyle dava ehliyeti kalmayan kişi ve bunun varsa vekili huzuru ile yargılama yapılması taraf teşkili yönündeki eksikliklerdir. Bunların yapacağı yargılama işlemleri geçersizdir. Ve yok hükmündedir. Bu durum, kısıtlı olan taraf yönünden iddia ve savunma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur ki böyle bir sonuç bozma nedenidir. Bu durumda olan bir dosyadaki kısıtlılık hali ile ilgili yukarıda açıklanan usûli eksiklikler giderilmeden karar verilmesi ve kararın temyiz edilmesi üzerine dosyanın bu eksikliklerin giderilmesi için geri çevrilmesi yolu ile giderilmesi, yasalara ve benim düşünceme göre doğru değildir. Zira, Öncelikle yargılama sırasında kısıtlılık hali ortaya çıkmakla, o andan itibaren dosyada taraf teşkili kalmayacağından ve bunun sonucu olarak kısıtlılık altına giren tarafın iddia ve savunma hakkı kısıtlanacağından ve bu durumda bozma nedeni olduğundan, Ayrıca, vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi olup, vasi tayini ayrı bir yargılamayı ve yargılama sürecini gerektirdiğinden ve geri çevrilmiş dosyada, dosya ele alınmadan bu süreci takip etmek ve eksiklikler giderildikten sonra dosyayı Yargıtay’a göndermek kalem mevzuatı açısından güvenilir olmadığı gibi, bir an için bunların zamanında yerine getirildiği kabul edilse dahi bu çevirme ile sağlanan gelişmeler yargılama sırasındaki taraf teşkili eksikliğini hiçbir zaman gidermeyeceğinden, iddia ve savunmanın kısıtlandığının re’sen veya ileri sürülmesi halinde kararın bozulması zorunlu olacağından ve bunun sonucu olarak da geri çevirme işlemlerinin zaman kaybından başka dosyaya bir katkısı olmayacağından dosyanın geri çevrilmesi yolu ile kısıtlılık hali ile ilgili işlem ve uygulama yapılması doğru değildir.”* Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 16.06.2014 tarihli E. 2013/14834, K. 2014/9959 sayılı kararı ve aynı yönde karar ve karşı oy yazısı için bknz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2.2.2012 tarihli, E. 2012/198, K. 2012/1344 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 22.09.2014 tarihli E. 2014/9067, K. 2014/12010 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (08.12.2019). Kanuni temsilcisi olmayan kişiye kanuni temsilci atanması için yargılamaya ara verilmesi bizce de zorunlu bekletici sorun kapsamında değerlendirilmelidir. Bu eksiklik geri çevirme yolu ile giderilemez. Bu hususun göz önünde tutulmadığı ve bozma sebebi olarak değerlendirilmediği Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin kararlarına katılmamaktayız. Nitekim Yargıtay’ın 10. Hukuk Dairesi bu hususun bozma sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir kararı da bulunmaktadır. *“Yukarıdaki yasal düzenleme ve açıklamalar ışığında yapılan değerlendirmede, dosya içerisinde yer alan bilgi ve sağlık belgelerine göre davacının şizofreni rahatsızlığının bulunduğu buna göre davacının kısıtlanarak vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediği, giderek dava ehliyetine sahip olup olmadığı saptanıp öngörülen yasal prosedürler işletilerek yargılama yapılması gerektiği açıktır.*

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmadan, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu, anılan süreçler izlenmeksizin davanın sonuçlandırılması, usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Benzer şekilde kişinin kısıtlanmış ancak çeşitli sebeplerle bir kanuni temsilcisinin bulunmadığı hallerde de kanuni temsilci atanması zorunlu bekletici sorun olarak değerlendirilmelidir.

Ancak kişinin vesayet altına alınmasını gerektirecek bir durumun olup olmadığı her zaman belli değildir. Özellikle bir kimsenin ayırt etme gücünün olup olmadığına ilişkin doğrudan bekletici sorun yapılmasına ilişkin karar verilmesi hemen mümkün olmamaktadır. Yargıtay'ın, özellikle “*Türk Medeni Kanununun 405. ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 56. maddesi uyarınca davalının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön sorun (HMK.md.163,164) sayılarak mahkemece usûlünce incelenmesi veya sulh mahkemesine bu konuda ihbarda bulunulup sonucunun bekletici sorun (HMK.md.165/1) yapılması ve gerçekleşecek sonucuna göre işlem yapılması*” gerektiğini belirttiği ifade ettiği kararları bulunmaktadır¹⁴⁵³. Burada şüphenin kolaylıkla giderilip giderilemeyecek olması ya da değerlendirmeye esas alınıp alınmayacak nitelikte olup olmadığı kanaatimizce esas kriter olmalıdır. Örneğin boşanma davasında davacının zaman zaman depresyon tanısıyla psikiyatri kliniğine başvurması ve ilaç kullanması dava ehliyetinin araştırılmasına gerek olmayan bir hal olarak değerlendirilmiş ve aksi yönde bozma kararının kaldırılması kabul edilmiştir. Ancak bu şüphe kolaylıkla ortadan kaldırılamayacaksa bu husus mahkemece değerlendirilmesi ve bekletici sorun yapılmalıdır. Burada vesayet mahkemesinin kararını beklemek hem re’sen araştırma ilkesinin hem de usûl ekonomisi ilkesinin bir gereğidir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hükmün sair yönleri incelenmeksizin bozulmalıdır” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 26.10.2017 tarihli, E. 2015/17609, K. 2017/7324 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (08.12.2019).

¹⁴⁵³ “*Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları dava şartlarından (6100 s. HMK. m.114/1-d) olup, bu husus kamu düzeniyle ilgilidir. Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. (6100 s. HMK. m.115/1) Davada, davalının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delille de doğrulanmıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; Türk Medeni Kanununun 405. ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 56. maddesi uyarınca davalının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön sorun (HMK.md.163,164) sayılarak mahkemece usûlünce incelenmesi veya sulh mahkemesine bu konuda ihbarda bulunulup sonucunun bekletici sorun (HMK.md.165/1) yapılması ve gerçekleşecek sonucuna göre işlem yapmaktan ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında karar verilmesi usûl ve kanuna aykırı bulunmuştur.*” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 12.06.2013 tarihli, E. 2013/11142, K. 2013/16371 sayılı kararı için bkznz. www.lexpera.com.

Dava ehliyetinin tespitine ilişkin ön sorunu iki şekilde değerlendirebiliriz. Öncelikli olarak, mahkeme, taraflardan birinin dava ehliyeti hakkında bir şüpheyi düşebilir. Bu şüphe giderilmeden, esasa ilişkin bir karar verilmesi mümkün değildir. Bu şüphe, gerçek bir kişinin ayırt etme gücüne ilişkin bir durumdan kaynaklanıyorsa ve uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme, bu şüpheyi kolaylıkla ortadan kaldıracak şekilde düşüncesinde ise bu hususu netleştirmek için gerekli adımları atabilir¹⁴⁵⁴. Nitekim belirttiğimiz üzere dava ehliyeti uyuşmazlığın esasına geçebilmek için çözümlenmesi gereken bir ön sorundur. Bir kimsenin ayırt etme gücüne ilişkin değerlendirme, en sağlıklı olarak bilirkişi aracılığı ile yapılacaktır. Mahkeme, bu konuda tarafların talebiyle ya da re'sen bilirkişi deliline başvurabilir. Bilirkişi incelemesi sonucunda kişinin ayırt etme gücüne ilişkin herhangi bir sorun olmadığına ilişkin bir rapor gelirse mahkeme bu raporu değerlendirecektir. Mahkemenin şüpheleri, bilirkişi raporu aracılığı ile giderilmiş ise mahkeme, tarafın dava ehliyetine sahip olduğuna ilişkin bir karar verecek ve davaya devam edecektir. Bu durumda, mahkemenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca kanuni temsilci atanması için, bu hususu bekletici mesele yapması ve yargılamayı ertelemesi gerekmemektedir.

Bilirkişi raporu her zaman tarafların ehliyetli olması yönünde olmayabilir ya da bilirkişi raporu hâkimin şüphelerini gidermeyecek ölçüdedir¹⁴⁵⁵. Böyle bir

¹⁴⁵⁴ Benzer yönde: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51.maddesi hükmü gereğince, dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. Aynı Yasa'nın 50. maddesi hükmü uyarınca da medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan gerçek kişiler ise, davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir. Gerçek kişinin medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olup olmadığı ise, Türk Medeni Kanunu'nun 9 ve izleyen maddeleri hükümlerine göre belirlenir. Davacı, 20.05.2010 tarihli temyiz dilekçesine eklediği 18.05.2010 ve 3678 numaralı Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü ilaç kullanma raporuna da dayanarak, halen Yedikule Hastanesi Psikiyatri Bölümünde tedavi gördüğünü bildirmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi hükmü gereğince, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Bu husus, mahkemece, tespit olunduğunda hemen yetkili vesayet makamına bildirilmelidir. HMK'nın 114/d maddesi hükmü gereğince tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları dava şartı olup; her aşamada mahkemece, doğrudan gözetilmesi gerekir. Bu hukuksal sebeplerle, Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereğince davacının vesayet altına alınmasının gerekli olup olmadığının ilgili vesayet makamına bildirilmesi ve HMK'nın 56.maddesi hükmü gereğince işlem yapılması zorunludur. Bu sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2011 tarihli, E. 2010/5767, K. 2011/6354 sayılı kararı için bknz. www.kazanci.com, (09.07.2019).

¹⁴⁵⁵ “Dava, taraflarca karşılıklı olarak açılmış olan, evlilik birliğinin sarsılması sebebine (TMK m.166/1) dayalı boşanma davasıdır. Davacı-karşı davalı kadın, davalı-karşı davacı erkekte psikolojik rahatsızlık bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulması üzerine, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/116 esas, 2014/799 karar sayılı dosyasında vasi tayini

durumda, mahkeme tekrar rapor talep edebilecektir¹⁴⁵⁶. Her iki rapor arasında çelişki de olabilir. 2959 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 15. maddesinin (f) bendi "Adli Tıp İhtisas Kurulu ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkiler Adli Tıp Genel Kurulunca incelenir ve kesin karara bağlanır" hükmünü getirmiştir. 5.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 30479 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan 4 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (Adli Tıp Kurumu Teşkilat Kararnamesi) 16/d maddesinde; "Adli Tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet halinde verdikleri

talebinin reddine karar verilmiştir. Vasi dosyasında, davalı-karşı davacı erkek ile ilgili ... Devlet Hastanesinden aldırılan 11/06/2014 tarihli sağlık kurulu raporunda, davalı-karşı davacı erkekte "Şizofreni tanısı olup, ayaktan tedavi gördüğü, yatışmış olup belirtilerinin devam ettiği, vasi tayinine halen gerek olmadığı" ifade edilmiştir. ... Devlet Hastanesinden alınan bu rapor davalı-karşı davacı erkeğin sağlık durumunu yeterince ortaya koymaya elverişli değildir. Davalı-karşı davacı erkeğin dosya arasında bulunan tüm tedavi evrakları, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/116 esas, 2014/799 karar sayılı dosyası ile birlikte bir kez de Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek, ilgili ihtisas dairesinden vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediği, fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı, hastalığın hangi tarihlerde aktif, hangi tarihlerde yatışmış olduğunun tespit edilip edilemeyeceği, rahatsızlığının iradesini etkileyip etkilemediği hususlarında rapor düzenlenmesinin istenmesi, fiil ehliyetinin bulunmadığı şeklinde rapor verilmesi halinde vesayet mahkemesine yeniden ihbarda bulunularak, sonucunun beklenmesi, aksi halde işin esasının incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Bu husus üzerinde durulmadan, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.2.2017 tarihli E. 2017/817, K. 2017/1899 tarihli kararı için bknz. www.lexpera.com, (08.12.2019)

¹⁴⁵⁶.. "Davada, davalı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delille de doğrulanmıştır. Bu nedenle, mahkemece verilen 18.06.2015 tarihli ilk hüküm Dairemizin 2015/20823 esas, 2016/14321 karar sayılı ilamı ile "davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması, taraf ve dava ehliyeti yönünden bu durumun ön sorun sayılarak yargılamanın bekletilmesi" gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada, davalı kadın hakkında aldırılan ... Devlet Hastanesinin 23.02.2017 tarih ve 11.41 numaralı sağlık kurulu raporunda "hastanın yaklaşık 18 yıldır bipolar affektif bozukluk tanısı ile takip ve tedavisinin devam ettiği, zaman zaman yatışlarının olduğu, bu hastalığın ataklarla seyreden kronik bir hastalık olup, hastalığın atak dönemlerinde hastaya kısa süreli vasi tayini gerekebileceği, hastanın şu an hastalığın aktif döneminde olmayıp kısmi remisyon halinin sürdüğü, mevcut hali ile hastaya vasi atanmasının gerekmediği, mahkemece dinlenilmesinde fayda bulunduğu" yönünde görüş mütalaa edilmiş, bunun üzerine mahkemece yargılamaya devamla işin esası hakkında hüküm kurulmuştur.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) gözönünde tutulur. Her ne kadar mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada ... Devlet Hastanesinden davalı hakkında vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğine yönelik kurul raporu aldırılmış ise de raporda da belirtildiği üzere kadının çok uzun süredir kronik bipolar affektif bozukluk hastası olduğu, zaman zaman yatarak da tedavilerinin devam ettiği ve atak dönemlerinde vasi tayini gerekebileceği yönündeki mütalaalar da dikkate alındığında bahsi geçen kurul raporunun davalı kadının fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda dosyada toplanan tüm deliller bir küll halinde değerlendirildiğinde, davalı kadının vesayet altına alınmasını gerektirecek bir rahatsızlığının olup olmadığının tekrardan araştırılması gerekmiştir. O halde mahkemece, davalı kadın adına olan tüm tedavi kayıtları ile birlikte eldeki dava dosyası, alınan tüm sağlık kurul raporları hep birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, Adli Tıp Genel Kurulundan görüş alınmak suretiyle oluşacak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2018 tarihli E. 2017/6699, K. 2018/12208 tarihli kararı için bknz. www.kazanci.com, (08.12.2019).

rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri, konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceler ve kesin karara bağlar." hükmü gereğince çelişkinin giderilmesi zorunludur¹⁴⁵⁷.

Tarafın dava ehliyetinin tespitinde ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal ise dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafın bu konuda işbirliği yapmamasıdır. Böyle bir durumda Alman ve İsviçre Yüksek Federal mahkemelerinin, yerel mahkemenin kişiyi bilirkişi incelemesine tabi tutamayacağı yönünde kararları bulunmaktadır¹⁴⁵⁸. Bizce de artık bu husus bekletici sorun yapılmalıdır. Vesayet mahkemesi, bu konuda yetkileri daha geniş ve uzman bir mahkemedir. Vesayet mahkemesinin kişinin fiil ehliyetine ilişkin kararının sonucunda, mahkeme yargılamaya devam edebilecek ya da diğer eksikliklerin giderilebilmesi için süre tanıyacaktır.

Kanaatimizce bozma sebebi yerinde olsa da bozma sebebini ayrıca ele almak istemekteyiz. Dava ehliyetinin eksikliği durumunda esasa ilişkin bir karar verilemeyeceği açıktır. Nitekim somut olayda olduğu üzere bir kimsenin hakkında kısıtlılık kararı bulunması onun fiil ehliyetini, dolayısıyla dava ehliyetini etkiler. Dava ehliyeti eksikliği durumunda tarafın kanuni temsilcisi aracılığı ile temsil edilmesi gerekmektedir. Ayrıca dava ehliyeti eksik olan tarafın davacı olması durumunda davaya devam edebilmek için kanuni temsilcinin icazeti gereklidir. Bu icazet de ancak vesayet makamının izni ile anlam ifade eder. Vesayet makamının izninin alınması gereken durumlarda bu durumun bekletici sorun yapılması ve ilgili belgelerin sunulması gerekmektedir. İlgili kararda, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile kararın usûlden bozulması ve bu eksikliğin giderilmesi için yerel mahkemenin yargılamayı bekletmesinden bahsedilmemiştir. Yargıtay, davacının kısıtlanma kararına rağmen davacının bir daha vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararının gerekçesinin, kısıtlılık kararı ile bozma kararı arasındaki sürenin fazla olması sebebiyle verilmiş olabileceği düşüncesindeyiz. İlgili Yargıtay kararı 29.04.2019 tarihli iken davacının vesayet altına alınmasına ilişkin karar 2011 tarihlidir. Bu süre içerisinde bir kimsenin akıl sağlığı konusunda olumlu ya da

¹⁴⁵⁷ Aynı yönde Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2019 tarihli, E. 2018/2505, K. 2019/2655 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (08.12.2019).

¹⁴⁵⁸ Bknz. Üçüncü Bölüm 1/E/2/d-e

olumsuz gelişmeler olabilir. Bir dava şartı olan dava ehliyetini davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmakla yükümlü olan yerel mahkemenin bu süreyi de göz önüne katarak davacının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması yönünde Yargıtay'ın bu şekilde bir bozma kararı verdiği kanaatindeyiz¹⁴⁵⁹.

Kanaatimizce ilk derece mahkemesinin dava ehliyetine ilişkin ön sorunu bekletici sorun yapabilmesi için öncelikli olarak dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafı, şahsen dinlemesi gerekir. Alman Federal Mahkemesi bazı kararlarında mahkemenin, dava ehliyetinin olmadığı iddia edilen kişiyi şahsen dinlemeden, dava ehliyeti eksikliği sebebiyle usûlden red kararı veremeyeceğine değinmiştir¹⁴⁶⁰. Bizce de bu husus adil yargılanma hakkı kapsamında büyük önem arz etmektedir. Bu husus, bekletici soruna da uyarlanabilir. Bir kimsenin fiil ehliyetinin tespitinin gereksiz yere bekletici sorun yapılması hem adil yargılanma hakkına hem de usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu konuda taraf duruşmaya davet edilmeli ve usûlüne uygun bir şekilde davet edilmesine rağmen duruşmaya gelmezse bu hususun bekletici sorun yapılabileceği tarafına bildirilmelidir. Ancak mahkemenin tarafı şahsen dinlemeden ve bu konuda usûlüne uygun bir şekilde davet yapıp buna ilişkin sonuçlar bildirilmeden bekletici sorun kararı vermemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

F. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Giderilmesi

1. Dava Ehliyetinin Yargılama Esnasında Kaybı

Taraflardan birinin dava ehliyetinin bulunmaması, giderilebilecek bir eksikliktir. Bu sebeple, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün olduğundan bu eksikliğin tamamlanması için mahkemece kesin süre verilecektir (HMK m. 115/2). Davada, taraflardan biri, dava ehliyetini, yargılama esnasında kaybetmişse, eksikliğin giderilmesi için gerekli işlemler yapılmalıdır.

¹⁴⁵⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 29.04.2019 tarihli, E. 2018/5463, K. 2019/4959 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (10.07.2019).

¹⁴⁶⁰ NJW 290, s. 2000, 289; aynı yönde NJW 1994, s. 215 için bkz. beckonline.com, (02.07.2019).

Dava ehliyeti bulunmayan kişiye, kanuni temsilci atanması gereklidir. Usûlüne uygun bir şekilde kanuni temsilci atanmadan davaya devam olunması hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmayacaktır¹⁴⁶¹. Nitekim dava açıldığı zaman, dava ehliyetine sahip olup, sonrasında bu ehliyeti kaybeden kişiler hakkında da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 56. maddesi uygulanacak ve bu durum hakkında bir karar verilene kadar yargılama ertelenecektir. Ancak yargılama esnasında kişinin kısıtlanması durumunda vesayet makamının izninin alınmasının gerekli olup olmadığı hususunda yargı kararlarında bir birlik bulunmamaktadır. Yargıtay'ın vasinin vesayet makamından izin alması gerektiğine ilişkin kararlarının¹⁴⁶² yanı sıra böyle bir gerekliliğin olmadığına ilişkin kararları da bulunmaktadır¹⁴⁶³. Kanaatimizce dava ehliyetinin yargılama esnasında kaybedilmesi durumunda dava açmak için vesayet makamının iznine gerek yoktur. Çünkü taraf, dava ehliyetine sahip iken usûlüne uygun bir şekilde dava açmıştır. Artık burada vesayet makamının usûlüne uygun bir şekilde açılmış olan bu davaya izin vermeme gibi bir yetkisinin bulunmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim dava ehliyeti olmayan davacının dava açması durumunda bu eksiklik kendiliğinden giderilmezse bu usûlden red sebebi olarak kabul eden Alman hukukunda dava ehliyetinin yargılama esnasında kaybı durumuna ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesinde bir tarafın dava ehliyetini kaybetmesi ya da bir tarafın kanuni temsilcinin ölmesi ya da temsil yetkisini kaybetmesi durumunda (temsil yetkisini kaybetme sebebinin tarafın dava ehliyetini kazanmasından başka bir durum neticesinde olması şartıyla) kanuni temsilcisinin ya da yeni atanan kanuni temsilcinin atamasını mahkemeye bildirmesine ya da karşı tarafın bu durumu mahkemeye bildirmesine kadar yargılamaya ara verileceği hüküm altına alınmıştır. Mahkeme bu

¹⁴⁶¹ Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenilme), s. 293.

¹⁴⁶² Yargıtay 2. H.D. 21696-1791 numaralı, 18.02.2008 tarihli kararına göre: "*Davacı kadın yargılama esnasında kısıtlanıp annesi Şefika kendisine vasi olarak atanmıştır. Türk Medeni kanunu'nun 462/8. Maddesi gereğince vasiye vesayet makamından dava açmaya izin kararı alıp ibraz etmesi için süre verilmesi, bunun bekletici sorun yapılması, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*" Karar için bkz. Gençcan, s. 1325.

¹⁴⁶³ Yargıtay 2. H.D. 6508-4226 numaralı 27.03.2008 tarihli kararına göre: "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle açılmış bulunan dava sırasında davacıya vasi tayin edilmesi halinde, vasinin vesayet makamından izin almasına gerek bulunmamasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usûl ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına*" karar için bkz. Gençcan, s. 1325.

bildirimi re'sen göz önüne almak zorundadır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı da zaten kişinin usûlüne uygun bir şekilde açmış olduğu davaya devam edebilmesinin sağlanmasıdır. Bu sebeple dava ehliyetini sonradan kaybeden davacının vasisinin vesayet makamından izin alması gerekmediği kanaatindeyiz. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus dava sırasında davacının kısıtlanması durumunda davacının vesayet altına alınmasını gerektiren sebebin dava tarihinde mevcut olup olmadığıdır. Eğer bu sebep dava tarihinde de mevcut ise sonradan kısıtlanan kişinin kanuni temsilcinin vesayet makamından izin alması gerekmektedir¹⁴⁶⁴.

Alman Medeni Kanunu'nun 241. maddesi sadece tarafın yargılama esnasında ortaya çıkan dava ehliyetini kaybına ilişkin olmak üzere düzenlenmiştir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 579. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendine göre kanun yoluna gidilmesi mümkün olmaz (dava ehliyeti eksikliği sebebiyle). Burada uyuşmazlığın başında dava ehliyeti olan kimsenin usûlüne uygun şekilde görevlendirdiği idari temsilci olan avukatın ehliyet kaybından sonra da yetkilendirmesi geçerli bir şekilde kalacaktır. Şirketlerin temsil organlarını kaybetmeleri de bu madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Avukatın dava ehliyetini kaybetmesi durumunda ise Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 244. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre, bir tarafın avukatı yargılama esnasında ölürse ya da dava ehliyetini kaybederse yeni bir avukat atanana ve yeni atanan avukat, mahkemece re'sen karşı tarafa bildirilene kadar yargılamaya ara verilir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise bu bildirimin yapılmasının ertelenmesi durumunda, karşı tarafça yapılan başvuru üzerine, avukatı fiil ehliyetini kaybeden taraf, duruşmaya davet edilmeli ya da taraf mahkeme başkanı tarafından verilen süre içerisinde yeni bir avukat atamalıdır. Bu talimatlara uyulmaması durumunda, yargılamanın devam ettiği varsayılır. Geçmişe yönelik olarak yeni bir avukat atadığını bildirene kadar, tüm bilgi ve belgeler, bu bildirimi yapma yükümlülüğü olan tarafın kendisine sunulacaktır.

¹⁴⁶⁴ Aynı yönde Gençcan, Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri, s. 1077. *“Davacının kronik psikotik bozukluk teşhisi konularak vesayet altına alınmasına 29.12.2005 günü karar verildiği görülmüştür. Davacının rahatsızlığının dava tarihinde de mevcut olduğu dosyadaki toplanan delillerle anlaşılmaktadır. Davacı vesayet altında olmakla TKM'nin 462/8. maddesine göre vesayet makamından izin alınmadan vasi davaya devam edemez.”* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.04.2007 tarihli, 18379-6784 sayılı kararı için bkz. Aynı yönde Gençcan, Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri, s. 1077.

Alman hukukunda dava tarafın fiil ehliyetine sahip olmasına rağmen yine de bir kanuni temsilci aracılığı ile açıldı ise (*Pfleger ya da Betreuer*) artık tarafın fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda yargılamaya ara verilmeyeceği belirtilmektedir (BGB m.1911, 1913, 1960, 1896). Burada her ne kadar taraf, ehliyetsiz hale gelse de davaya ara verilmesini gerektirecek bir durum olarak bu hal öngörülmemiştir. Çünkü zaten yargılama kanuni temsilci aracılığı ile yürütülmektedir.

Yargılamaya ara verilmesi, mahkemenin yeni kanuni temsilcinin davaya katıldığını karşı tarafa tebliğ etmesi ile sonlanır. Yargılamaya ara verilmesinin sonuçları ise Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 249. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre yargılamanın kesilmesi ya da askıya alınması durumunda verilen süreler kesilir. Bu sürecin bitmesi durumunda ise süre yeniden başlayacaktır. İkinci fıkraya göre ise yargılamaya ara verilmesi esnasında bir tarafın gerçekleştirmiş olduğu usûlî işlemlerin diğer taraf üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Son fıkrada ise duruşmanın sona ermesinden sonra yargılamaya ara verilmesi gerekirse bu durumun duruşmada verilmiş ara kararların uygulanmasına engel olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

İsviçre hukukunda da bir tarafın dava ehliyetinin eksik olması durumunda mahkemenin hemen harekete geçmesi gerektiği, ehliyetsiz kişinin bir yasal temsilcisi var ise gerekli yasal işlemleri yapması için kesin süre verilmesi gerektiği eğer ehliyetsiz kişi gerçek bir kişi ise ve kanuni temsilcisi bulunmuyorsa (tüzel kişilerin ise organ yokluğu durumunda) yetkili makamlara bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yetkili merciler bu sorunu çözene kadar yargılama askıya alınmalıdır¹⁴⁶⁵.

2. Tarafın Dava Ehliyetini Sonradan Kazanması

Dava ehliyeti olmayan ancak dava açan davacı, dava esnasında dava ehliyetini kazanabilir. Bu durum çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, dava açan küçük ergin olursa davaya artık kendisi devam edebilecektir. Burada erginliğe 18 yaşın tamamlanması ile erişilebileceği gibi evlilik ya da mahkeme kararı ile de erişilebilecektir (TMK m. 11-12).

¹⁴⁶⁵ Bu hususta bkzn. Brunner, Gasser ve Schwander, § 59, Nr. 65.

Aynı şekilde kısıtlılar açısından bakıldığında da mahkemenin kısıtlılık kararını kaldırması durumunda davacı, dava ehliyetini kazanacaktır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin yürütülen davalarda ise dava ehliyetine sahip olabilmek için ayırt etme gücü yeterli sayıldığından, ayırt etme gücünü kazanması ile davacı, dava ehliyetini de kazanmış olacaktır.

Ergin olan tam ehliyetsiz dava esnasında ayırt etme gücünü kazanırsa artık yargılama bu kişi tarafından yürütülmelidir. Artık tam ehliyetli olan kişi, işlemleri şahsen yapabilir, veliye ya da vasiye karşı yapılacak olan işlemlerin de bundan sonra kendisine yapılması gerekir. Tam ehliyetli hale gelinmesinden sonra, velinin yaptığı veya veli ya da vasiye karşı yapılmış olan işlemler geçersizdir¹⁴⁶⁶. Eğer hüküm eski kanuni temsilciye tebliğ edilmiş ve onun tarafından kanun yoluna başvurulmuşsa bölge adliye mahkemesi bu usûlsüzlüğü anlayabildiği takdirde başvuranın yetkisizliği nedeni ile başvuruyu işleme koymayı reddetmeli ve ilk derece mahkemesine göndererek kişinin kendisine tebliğ edilmesini sağlamalıdır. Başvuru süresi bu tebligat ile başlayacaktır. Burada dava ehliyeti olmayan kişinin, eski kanuni temsilciye yapılmış tebliği öğrenmiş olması durumu değiştirmeyecektir, çünkü burada Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca usûlsüz tebligat değil, geçersiz tebligat vardır. Yanlış kişiye yapılan tebliğ ehliyetsiz kişiye hiç gönderilmemiştir¹⁴⁶⁷.

Benzer yönde çıkarımlar, dava ehliyeti olmayan davalı için de yapılabilir. Davalının dava ehliyetini sonradan kazanması ile yargılamaya kanuni temsilci ile değil, davalı ile devam edilecektir.

Davacı, dava ehliyeti yok iken açtığı davaya icazet vererek onu devam ettirirse dava reddolunamaz. Örneğin, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün velisinin izni olmadan kendisinin açtığı bir davanın görülmesi sırasında reşit olması halinde artık davanın reddine karar verilemez. Burada davacı küçüğün reşit olmasına az bir zaman kalmış ise davacının reşit olmasına kadar bekletilip bekletilmemesi gerektiği tartışma konusu yapılabilir¹⁴⁶⁸. Kanaatimizce her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda bu yönde bir hüküm bulunmasa da usûl ekonomisi ilkesi düşünülerek bir değerlendirme yapabiliriz. Şöyle ki, kanuni temsilciye icazet verip vermediğini bildirmesine ilişkin verilecek süre içerisinde artık ayırt etme gücüne sahip küçük

¹⁴⁶⁶ Tanrıver, s. 518.

¹⁴⁶⁷ Umar, Şerh, s. 196; Tanrıver, s. 506.

¹⁴⁶⁸ Käelin s. 107; Kuru, Dava Şartları, s. 124.

erginliğe erişecekse ya da bu süre mahkemenin göz önünde bulundurabileceği kadar bir süre ise bu konuda artık mahkemenin takdir yetkisini kullanarak küçüğün erginliğe erişmesini bekleyebileceği düşüncesindeyiz. Çünkü dava ehliyetine sahip olmayan tarafın davacı olması halinde kanuni temsilci ya icazet verip yargılamayı yürütecektir ya da icazet vermeyip dava usûlden reddedilecektir. İlk ihtimalde erginliğe erişmesine kısa süre kalan tarafın bizzat kendisinin icazetinin alınmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü kısa bir süre için usûli işlemler yapacak olan kanuni temsilci icazet verse dahi sonrasında yargılama dava ehliyetini kazanan tarafça yürütülecektir. Bu konuda icazet verip vermeme yönünden tarafın bizzat kendi iradesinin beklenilmesi daha doğru olabilir. Diğer ihtimalde ise kanuni temsilci icazet vermeyebilir. Böyle bir durumda dava usûlden reddedilecektir. Kısa süre içerisinde tam ehliyetli olan kişi bu konuda tekrar dava açabilir. Bu olasılık göz önünde tutularak ayırt etme gücüne sahip olan kişinin erginliğini kazanmasını beklemek usûl ekonomisi ilkesi gereğince daha uygun olabilir. Bu husus evlilik ile ergin kılınma ve yasal olarak ergin kılınma hallerinde de değerlendirilebilir.

Tarafın, dava ehliyetini sonradan kazanmasına ilişkin ikili bir ayrım yapılabilir. Öncelikli olarak dava, taraf davacı ise kanuni temsilci aracılığıyla usûlüne uygun olarak açılmış ve yürütülmüş, davalı ise gerekli tüm usûli işlemler yine kanuni temsilci aracılığı ile yürütülmüş olabilir. Bu durumda davacı ve davalı dava ehliyetini kazanarak yargılamaya tek başına devam etmeye hak kazanır. Kanuni temsilci tarafından gerçekleştirilen usûli işlemler geçerlidir. Bunların sonradan geçersizlikleri ileri sürülemez. Davacı ve davalı, dava ehliyetlerini kazanmaları ile sadece kazandıkları andan itibaren ileriye yönelik olarak yargılamayı yürütebileceklerdir.

Bir diğer ihtimal ise dava ehliyeti olmayan davacı ve davalının yargılamayı usûle aykırı bir şekilde kendilerinin yürütmesidir. Dava ehliyeti olmayan davacı tarafından dava açılmış ve yürütülmüş ya da ehliyetsiz davalı tarafından usûle aykırı işlemler yapılmış olabilir. Böyle bir durumda tarafın dava ehliyetini kazanması ile yapılan usûli işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için kendisinin icazet vermesi gerekmektedir. İcazet açık bir şekilde ya da yargılamaya devam ederek zımni bir

şekilde verilebilir¹⁴⁶⁹. Verilen icazet karşı tarafın onayına tabi değildir¹⁴⁷⁰ ve geçmişe (ex tunc) etkilidir¹⁴⁷¹.

Taraf kanun yolları aşamasında da dava ehliyetini kazanabilir. Dava hangi aşamada olursa olsun dava ehliyetinin kazanılması ile yargılama artık tarafça yürütülmelidir. Taraf, kanun yolları aşamasında da davaya icazet verebilir¹⁴⁷².

3. Kanuni Temsilcinin Yargılamaya Dahil Olması

a. Kanuni Temsilci Atanması Sebebiyle Yargılamanın Ertelenmesi

Dava ehliyeti olmadığı halde dava açan davacının kanuni temsilcisi yoksa mahkeme önce davacıya vasi atanması için durumu hemen vesayet makamına bildirmelidir (TMK m. 404/2, 405/2)¹⁴⁷³.

Dava ehliyetinin dava şartı olması sebebiyle yargılamanın her aşamasında belirttiğimiz üzere mahkeme bunu doğrudan gözetmelidir. Taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse bu konuda kesin bir karar verilene kadar yargılama ertelenebilir (HMK m. 56/1). Hükümden de anlaşıldığı üzere hâkimin bu gerekliliği tespit etmesi halinde yargılama ertelenebilecektir.

¹⁴⁶⁹ Kern ve Diehm, § 56, Rn. 9; Wieczorek ve Schütze, §51, Rn. 19; Kuru, Dava Şartları, s. 125; Yenice, s. 1190.

¹⁴⁷⁰ Saenger, §56, Rn. 9; Kern ve Diehm, § 56, Rn. 9; Wieczorek ve Schütze, §56, Rn. 24; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §52, Rn. 10.

¹⁴⁷¹ Wieczorek ve Schütze, §51, Rn. 19.

¹⁴⁷² Zöller, §51, Rn. 8.

¹⁴⁷³ İsviçre hukukunda da bir tarafın dava ehliyetinin eksik olması durumunda mahkemenin hemen harekete geçmesi gerektiği, ehliyetsiz kişinin bir yasal temsilcisi var ise gerekli yasal işlemleri yapması için kesin süre verilmesi gerektiği eğer ehliyetsiz kişi gerçek bir kişi ise ve yasal temsilcisi bulunmuyorsa (tüzel kişilerin ise organ yokluğu durumunda) yetkili makamlara bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yetkili merciler bu sorunu çözüme kadar yargılamaya ara verilmelidir. Bu hususta bkz. Brunner, Gasser ve Schwander, Art. 59, Nr. 65. Alman hukukunda da benzer şekilde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesinde bir tarafın dava ehliyetini kaybetmesi ya da bir tarafın kanuni temsilcinin ölmesi ya da temsil yetkisini kaybetmesi durumunda (temsil yetkisini kaybetme sebebinin tarafın dava ehliyetini kazanmasından başka bir durum neticesinde olması şartıyla) kanuni temsilcisinin ya da yeni atanan kanuni temsilcinin atamasını mahkemeye bildirmesine ya da karşı tarafın bu durumu mahkemeye bildirmesine kadar yargılamaya ara verileceği hüküm altına alınmıştır. Mahkeme bu bildiri re'sen göz önüne almak zorundadır.

Burada vesayet kararını, davaya bakan mahkeme değil, kişinin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi verecektir¹⁴⁷⁴.

Davalı kendisine kanuni temsilci atanması gereken kişilerden olduğu halde bir kanuni temsilci atanmamış ise dava, kanuni temsilci göstermeden, davalının kendisine açılır. Bunun üzerine mahkeme, re'sen davalıya kanuni temsilci atanması için vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine başvuracaktır. Yargılama, kanuni temsilci atanana kadar ertelenir ve vasi atandıktan sonra mahkeme dava dilekçesini davalının vasisine tebliğ edecektir¹⁴⁷⁵. Vasi değişmiş ise yeni vasi ile temsil zorunludur¹⁴⁷⁶.

Sulh hukuk mahkemesi her zaman vasi atanmasına ilişkin bir karar vermez. Eğer ki mahkeme davalıya vasi atanmasına gerek olmadığı yönünde bir karar verirse davalının dava ehliyetine sahip olduğu da tespit edilmiş olur ve bunun üzerine davalının kendisine karşı yargılama devam eder¹⁴⁷⁷.

Küçük veya kısıtlı kişinin davalı olduğu davada yasal temsilcisi ile çıkarı çatışıyorsa davada kendisini temsil etmesi için kayyım atanacaktır (TMK m. 426/I-2).

Vasinin vesayet makamından izin almadan açtığı bir dava reddedilmeden önce vesayet kalkar ve davacı dava ehliyetine sahip olursa da davacı vasinin izin almadan açtığı davaya icazet vererek davaya devam edebilecektir¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ Vesayet işleri aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece Hukuk Muhakemeleri Kanununda çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiştir. Buna göre çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemeleridir (HMK m. 383/1).

¹⁴⁷⁵ Kuru, C. I, s. 1053; Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 590; Budak ve Karaaslan, s. 92. Aynı yönde Yargıtay 1. HD. 04.11.2014 tarihli, E. 2014/17485 K. 2014/16858 sayılı kararı: “Hal böyle olunca, davacı Mustafa yönünden HMK'nin 56/1. maddesi uyarınca vasi atanmak üzere sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulması ve sonucunun beklenerek ehliyetsiz olduğu saptanarak vasi atanması halinde onun huzuru ile davanın görülmesi, ayrıca birleştirme kararı ve duruşma gününü bildirir davetiyenin davalı vekiline usûlüne uygun olarak tebliğ edilmesi, taraf teşkili sağlandıktan sonra yanların gösterecekleri kanıtların toplanması, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken açıklanan hususlar gözardı edilerek hüküm kurulmuş olması doğru değildir.”

¹⁴⁷⁶ Yargıtay 2. H.D. 280-1631 numaralı 09.02.2009 tarihli kararına göre: “Davalı Fevzi, Türk Medeni Kanunun 406. Maddesi uyarınca 26.03.2008 tarihinde kısıtlanarak eşi Neslihan vasi atanmıştır. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine dayalıdır. Dava dilekçesinin davalı vasisi Sema Bartutçu'ya tebliği ve onun katılımı ile yargılamanın yapılması gerekirken vasinin yokluğunda davanın görülmesi usûl ve yasaya aykırı olduğundan kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Karar için bkz. Gençcan, s. 1323.

¹⁴⁷⁷ Kuru, C. I, s. 1055.

¹⁴⁷⁸ Kuru, C. I, s. 1078; Budak ve Karaaslan, s. 93. Umar, dava açan küçüğün ergin olması ile dava ehliyetini kazanması olasılığını değerlendirmiş ve henüz küçük iken dava açıp sonrasında ergin olan kişiye davaya ilişkin icazet vermeme hakkının tanınmasını bir çelişki olarak nitelendirmiştir. Umar'a göre davacının ergin olması ile dava şartı eksikliği kendiliğinden tamamlanmış olacaktır. Bu hususta bkz. Umar, Şerh, s. 362. Umarın bu görüşüne katılmamaktayız. Ergin olmayan kişinin bazı istisnalar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 56. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taraflardan biri kanun gereğince tedavi, gözlem veya koruma altına alınmış yahut başkalarıyla görüşmekten yasaklanmış olup da kendisi veya vekilinin mahkemede bulunması mümkün değil ise o kimse hakkında takip için kayyım atanıncaya kadar yargılama ertelenebilir.

Alman hukukunda kanuni temsilci atanması halinde yargılamanın işleyişi konusunda daha farklı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 57. maddesinde kanuni temsilcisi bulunmayan bir kişiye dava açılması durumunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahkeme başkanının bu kişiye bir temsilci "*prozesspfleger*" atayabileceğini düzenlemiştir. Böyle bir durumda yargılama devam edecektir. Bu hüküm özel olarak davalının kanuni temsilcisinin olmamasına ilişkidir. Kanuni temsilci olmadan davalı açısından davaya devam edilmesi onun hukuki dinlenilme hakkının zedelenmesine neden olacaktır. Ancak yargılamaya ara verilmesi hali bazen davacının etkili bir hukuki koruma elde etmesine engel olabilir¹⁴⁷⁹. Bununla birlikte ilgili hüküm tüzel kişiler için de geçerlidir. Ayrıca Alman hukuku öğretisinde bu hükmün sadece dava açma durumunda geçerli olmadığı belirtilmiştir. Dava açılmasının yanı sıra bir ödeme emri gönderilmesi halinde ya da geçici hukuki korumalarda da bir temsilci atanabilir¹⁴⁸⁰.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca bir temsilcinin atanabilmesi için davalıya bir kanuni temsilci atanması süresinde yargılamanın ertelenmesi durumunda davacı için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal oluşturmasıdır. Davanın temsilcinin atamasına kadar ertelenmesi, davacının korunmaya değer menfaatini elde etmesini tehlikeye atacak ya da engelleyecekse bu

haricinde dava ehliyeti yoktur. Ehliyetle ilişkin sınırlamalar bazı kıstaslar göz önüne alınarak getirilmiştir. Her nasıl ki bu kimselerin ehliyet eksikliğine rağmen yapmış oldukları işlemlerin geçerliliği için kanuni temsilcisinin icazeti aranmaktaysa, bu kimselere de ehliyetsiz oldukları zamanlarda gerçekleştirmiş oldukları işlemlere icazet verip vermeme hakkı tanınmalıdır. Ehliyetle ilişkin kurallar, esas olarak kişilerin korunması için getirilmiştir. Burada ergin olmayan kişiler ayırt etme gücüne sahip olsalar da yeterli psikolojik ve fizyolojik olgunluğa sahip değildir. Dolayısıyla bu kişilerin ehliyetsiz oldukları dönemde yapmış oldukları işlemlerin geçerlilik kazanması için icazet verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

¹⁴⁷⁹ Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 1; Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §57, Rn. 1; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §57, Rn. 4; Zöller, §57, Rn. 1; Musielak ve Voit, §57, Rn. 1; Saenger, §57, Rn. 1; Kern ve Diehm, § 57, Rn. 1.

¹⁴⁸⁰ Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 2; Wiczoreck, Schütze ve Hausmann, §57, Rn. 2; Zöller, §57, Rn. 4; Saenger §57, Rn. 1.

durumda bir temsilci atanmalıdır¹⁴⁸¹. Bu karar verilmeden önce Alman Anayasa'nın 103. maddesi gereğince öncelikli olarak tarafın dinlenilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁸².

b. Kanuni Temsilcinin İcazet Vermesi

Dava ehliyeti olmayan bir kişinin dava açması halinde, mahkeme, dava ehliyetinin dava şartı olması sebebiyle davayı hemen usûlden reddetmemelidir. Tarafın kanuni temsilcisi varsa davaya davet edilmelidir¹⁴⁸³. Kanuni temsilcinin yargılamaya dahil olmasından sonra, kanuni temsilciye, açılmış olan bu davaya icazet verip vermediğine ilişkin kesin bir süre verilmelidir¹⁴⁸⁴. Buna göre kanuni temsilci kendisine verilmiş olan kesin süre içerisinde açılan davaya icazet verecek olursa davaya kalınan noktadan itibaren devam edilmelidir¹⁴⁸⁵. Kanuni temsilcinin vereceği bu icazetle dava ehliyeti olmayan tarafça yapılan tüm usûli işlemler geçmişe yönelik olarak geçerlilik kazanacaktır. Bununla birlikte davaya verilecek olan icazetin davanın tamamına ilişkin olarak verilmesi gerekmektedir¹⁴⁸⁶. İcazet verilmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir¹⁴⁸⁷. İcazet açık olarak verilebileceği gibi zımni olarak da verilebilir. Başka bir deyişle kanuni temsilci yargılamaya dahil olup, davaya devam ederse onay verdiğiğine ilişkin açık bir icazet vermese dahi artık hal ve şartlardan kanuni temsilcinin zımni olarak icazet verdiği kabul edilir¹⁴⁸⁸. Davanın sonunda artık dava ehliyeti eksikliği sebebiyle dava usûlden reddedilmez

¹⁴⁸¹ Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 2; Wiczoreck ve Schütze §57, Rn. 7 vd; Musielak ve Voit, §57, Rn. 2; Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, §57, Rn. 5; Zöller, §57, Rn. 4.

¹⁴⁸² Prütting ve Gehrlein, §57, Rn. 4; Wiczoreck ve Schütze §57, Rn. 10.

¹⁴⁸³ Pekcanitez ve Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl C. I, s. 591.

¹⁴⁸⁴ Kuru, C. I, s. 1098; Üstündağ, s. 290; Umar, Şerh, s. 360; Görgün, s. 160; Budak ve Karaaslan, s. 92.

¹⁴⁸⁵ Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11; Kuru, C. I, s. 1100; Üstündağ, s. 290; Tanrıver, s. 505.

¹⁴⁸⁶ Wiczoreck ve Schütze, §56, Rn. 24. İcazet sadece yargılamanın bir kısmı ya da bir takım usûli işlemler için verilemez. BGHZ 92, 137, s.140 = NJW 87, s. 130, www.beckonline.com, (26.12.2019). İcazetin verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. İcazetin verildiği durumun gereklerinden anlaşılabilir. Örneğin, dava ehliyetini kazanan davacının davaya kaldığı yerden devam etmesi halinde, davaya icazet verdiği sonucuna varılır. Bu hususta bkz. Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3; Kuru, C. I, s. 1102; Üstündağ, s. 290; Umar, Şerh, s. 359.

¹⁴⁸⁷ Kuru, Dava Şartları, s. 125.

¹⁴⁸⁸ Kern ve Diehm, § 56, Rn. 9; Kuru, Dava Şartları, s. 125; Yenice, s. 1190.

çünkü dava ehliyetine ilişkin eksiklik kanuni temsilcinin davaya dahil olması ve davaya devam etmesi ile giderilmiştir¹⁴⁸⁹.

Burada esas olarak icazet ile usûlî işlemlerin iyileştirilmesine imkan tanınması sayesinde, davanın reddi engellenerek aşırı bir şekilciliğin önüne geçilmek istenmiştir. Eksikler tamamlanabilecekken doğrudan davanın reddi usûl ekonomisinin yanı sıra, aşırı şekilcilik yasağına da aykırıdır¹⁴⁹⁰.

Mahkeme, dava ehliyeti eksikliğini fark etmiş ve kanuni temsilciye icazet verip vermediği konusunda süre verilmişse artık kanuni temsilcinin icazet vermemesi halinde, artık davaya icazet verilmediği kabul edilmelidir¹⁴⁹¹. Böyle bir durumda dava ehliyeti eksikliğinden dava usûlden reddolacaktır¹⁴⁹². Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında icazetin zımni olarak verilmesini farklı olarak değerlendirdiği görülmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Davalılar ... ve ..., tazminat davası sona ermeden önce ceza mahkemesinin kesinleşen kararı ile 25'er yıl hapis cezasına mahkum olmakla yasal kısıtlılık altına girmişlerdir. Türk Borçlar Kanunu'nun 43. ve 513. maddeleri hükümlerine göre aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin ve gerekse müvekkilin ehliyetinin ortadan kalkması ile son bulur. Böylece Avukat ...'in ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinden itibaren davalı yasal kısıtlıları temsil yetkisi kalmamıştır. Bu nedenle davalı yasal kısıtlılara Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği araştırılmalıdır. Şayet bu işlem yapılmamışsa ve TMK'nun 471. maddesine göre hapis hali sona ermemişse (yani vasiyet hali devam ediyorsa) öncelikle bu husus tamamlattırılmalı ve sonra kararı temyiz eden avukatın vasiden alacağı vekaletnameyi ibraz etmesi istenilmelidir. Vekaletname verilmezse, mahkeme ilamı vasiye "kanuni süre içinde vasinin mahkeme hükmünü ayrıca temyiz edebileceği, bu süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı takdirde yetkisiz vekil tarafından yapılmış olan temyize icazet vermiş (kabul etmiş) sayılacağı; temyizi kabul etmiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği" kaydını içerir biçimde tebliğe çıkarılmalı ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır

¹⁴⁸⁹ Prütting ve Gehrlein, §51, Rn. 11; Wiczorek ve Schütze, §56, Rn. 24.

¹⁴⁹⁰ Bolayır, ss. 320-321.

¹⁴⁹¹ Kuru, Dava Şartları, s. 125.

¹⁴⁹² Kuru, Dava Şartları, s. 123; Kuru, C. I, s. 1101; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 117; Pekcanitez, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 952; Bolayır, s. 319.

Dosyanın yukarıda gösterilen nedenle işlem yapılmak üzere mahalli mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE 16/06/2014 gününde oyçokluğuyla karar verildi."¹⁴⁹³

Karardan anlaşıldığı üzere vasi olmadan gerçekleştirilen yargılama sonunda eksikliğin giderilmemesi halinde vasinin hükmü temyiz edebileceği, temyizi kabul etmiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği aksi halde yetkisiz vekil tarafından yapılan temyize icazet vermiş sayılacağına ilişkin bir tebliğ yapılması gerektiği yönünde bir karar verilmiştir. Bu karara şu gerekçelerle katılmamaktayız. Öncelikle burada yargılamanın kişinin kanuni temsilcisi aracılığı ile yürütülmesi gerekmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi ancak kanuni temsilcisinin icazeti ile olacaktır. Bu icazet açık bir şekilde verilebileceği gibi yargılamaya devam ederek zımni bir şekilde de verilebilir¹⁴⁹⁴. Ancak zımni bir şekilde icazet vermekten anlaşılması gereken kanuni temsilciye tebligat yapıp bu süre içerisinde bir itirazda bulunmazsa yargılamaya ve yetkisiz vekilin işlemlerine icazet verdiğinin kabul

¹⁴⁹³ Kararın karşı oy yazısı şu şekildedir: "Dava ehliyeti ve taraf teşkili, kamu düzeni ile ilgili olup, önemli usûl kurallarından olduğundan mahkeme hakimi tarafından taraf teşkili sağlanana kadar yargılamaya ara verilerek re'sen bu konudaki usûli işlemler bekletici mesele kabul edilerek, kısıtlılık altına alınacak tarafa (kişiye) vasi tayin ettirilmesi bakımından ya davanın taraflarına mehil vererek, ya da vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesine re'sen ihbarda bulunarak kısıtlılık altına alınacak kişiye vasi tayin ettirilmesini, vasiye husumet izni alınması gereken hallerde bu izninde vesayet makamından alınmasını ve bu suretle tayin edilecek vasi veya onun vekalet vereceği vekili huzuru ile taraf teşkilini sağladıktan sonra yargılamaya devam ederek nihai kararın verilmesini sağlaması gerekir.

Yukarıda açıklanan ve bekletici mesele yapılması gereken usûli işlemler yapılmadan yargılamaya devam edilmesi ve esasa ilişkin karar verilmesi halinde kısıtlılık nedeniyle dava ehliyeti kalmayan kişi ve bunun varsa vekili huzuru ile yargılama yapılması taraf teşkili yönündeki eksikliktir. Bunların yapacağı yargılama işlemleri geçersizdir. Ve yok hükmündedir. Bu durum, kısıtlı olan taraf yönünden iddia ve savunma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur ki böyle bir sonuç bozma nedenidir.

Bu durumda olan bir dosyadaki kısıtlılık hali ile ilgili yukarıda açıklanan usûli eksiklikler giderilmeden karar verilmesi ve kararın temyiz edilmesi üzerine dosyanın bu eksikliklerin giderilmesi için geri çevrilmesi yolu ile giderilmesi, yasalara ve benim düşünceme göre doğru değildir. Zira, Öncelikle yargılama sırasında kısıtlılık hali ortaya çıkmakla, o andan itibaren dosyada taraf teşkili kalmayacağından ve bunun sonucu olarak kısıtlılık altına giren tarafın iddia ve savunma hakkı kısıtlanacağından ve bu durumda bozma nedeni olduğundan,

Ayrıca, vesayet makamı Sulh Hukuk Mahkemesi olup, vasi tayini ayrı bir yargılamayı ve yargılama sürecini gerektirdiğinden ve geri çevrilmiş dosyada, dosya ele alınmadan bu süreci takip etmek ve eksiklikler giderildikten sonra dosyayı Yargıtay'a göndermek kalem mevzuatı açısından güvenilir olmadığı gibi, bir an için bunların zamanında yerine getirildiği kabul edilse dahi bu çevirme ile sağlanan gelişmeler yargılama sırasındaki taraf teşkili eksikliğini hiçbir zaman gidermeyeceğinden, iddia ve savunmanın kısıtlandığının re'sen veya ileri sürülmesi halinde kararın bozulması zorunlu olacağından ve bunun sonucu olarak da geri çevirme işlemlerinin zaman kaybından başka dosyaya bir katkısı olmayacağından dosyanın geri çevrilmesi yolu ile kısıtlılık hali ile ilgili işlem ve uygulama yapılması doğru değildir." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2014 tarihli, E. 2013/14834, K. 2014/9959 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (08.12.2019).

¹⁴⁹⁴ Kern ve Diehm, § 56, Rn. 9; Kuru, Dava Şartları, s. 125; Yenice, s. 1190.

edileceğinin tebliğ edilmesi değildir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesi gereğince vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamayacaktır. Bununla birlikte aynı maddenin 2. fıkrasınca gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usûl işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılacaktır. Burada usûlüne uygun bir şekilde vekalet sunmayan vekilin vasinin mahkemece yapılan tebligata rağmen bir itirazda bulunmaması durumunda da kanun yoluna başvuramayacağı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce somut olayda öncelikli olarak vasinin, tarafın dava ehliyetini kaybetmesinden sonra yapılan usûlî işlemlere icazeti aranmalıdır. Vasinin icazet vermemesi durumunda gerçekleştirilen tüm usûl işlemleri baştan yapılmalı ve yargılamaya o şekilde devam edilmelidir.

Hâkimin kanuni temsilciye icazet vermesi için verilecek süre kesin süredir¹⁴⁹⁵. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için verilecek sürenin kesin süre olduğu belirtilmiştir. Kesin sürenin kaçırılması halinde, o usûl işleminin yapılabilmesi mümkün değildir. Kesin sürenin üzerinden az veya çok süre geçmesi, sonucu değiştirmeyecektir. Aksinin kabulü halinde kesin süre ile kesin olmayan süre arasındaki ayrım ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte öğretide usûl işlemi kesin süre geçtikten sonra yapılır ve karşı taraf buna muvafakat ederse işlemin geçerli olması gerektiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır¹⁴⁹⁶. Dava ehliyeti açısından da bir değerlendirme yapmamız gerekirse, eğer ki kesin süre verilmesine rağmen kanuni temsilci bu süre içerisinde icazet vermemişse ve sonrasında dava usûlden reddedilmeden bu konuda icazetini mahkemeye bildirmişse artık mahkeme, davalı tarafa bu konuda muvafakati olup olmadığını sormalıdır. Davalı taraf, bu konuda açık bir şekilde muvafakat verirse

¹⁴⁹⁵ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 952.

¹⁴⁹⁶ Karşı tarafın vereceği muvafakatin mutlaka açık muvafakat olması gerekmektedir. Zımni muvafakat yeterli değildir. Aksi takdirde, Kanunda kesin sürenin geçirilmesine bağlanan sonuçlar karşı tarafın susmasından yararlanılarak dolanılmış olur. Örneğin, karşı davayı değiştirme yasağının ancak karşı tarafın rızasıyla aşılabileceği kabul edilmiştir (HMK m. 141/2). Bu hususta bkz. Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 466.

kanaatimizce dava, dava ehliyeti eksikliğinden reddedilmemelidir. Çünkü tamamlanabilir dava şartları bakımından mümkün olduğu sürece bunların en kısa süre içerisinde tamamlanıp, davanın esasına geçebilmek hedeflenmiştir. Henüz dava usûlden reddedilmemişse, davalının bu konuda açık muvafakatinin bulunması durumunda davaya devam edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Davalı taraf içinse, kanuni temsilcinin kesin süre içerisinde icazet vermemesi durumunda yapılan tüm usûli işlemlerin yenilenmesi gerekmektedir. Hakim tarafından verilen kesin süre sonrasında ancak usûli işlemlerin yenilenmesine geçilmeden, kanuni temsilci icazetini mahkemeye bildirdiyse usûl ekonomisi ilkesi gereğince karşı tarafın açık muvafakati ile usûli işlemlerin tekrar yapılmasına gerek olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Dava ehliyeti ile fiil ehliyeti genel olarak paralellik gösterse de bu iki ehliyet türü arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin fiil ehliyetinde sınırlı ehliyet var iken dava ehliyetinde sınırlı dava ehliyeti olduğu kabul edilmemektedir. Bir kimsenin davada ehliyeti vardır ya da yoktur. Sınırlı ehliyetsizler bakımından kanunun izin verdiği ölçüde kısmi dava ehliyeti¹⁴⁹⁷ bulunmaktadır. Sınırlı ehliyetsiz bu sınırlar içerisinde bir davada ehliyetli olarak kabul edilirlerse o davada tüm usûli işlemleri yapmaya yetkilidirler. Bazı işlemleri yapıp bazı işlemleri yapamama gibi bir durum geçerli olmaz¹⁴⁹⁸. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların kanuni temsilcilerinin rızası olmadığı sürece kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri düzenlenmiştir. Hükmün aksinden bu kişilerin kanuni temsilcilerinin rızası olduğu ölçüde kendi işlemleriyle borç altına girebilecekleri çıkarılmaktadır. Maddi hukukta sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcisinin rızası olduğu ölçüde borç altına girebilecekken, medeni usûl hukukunda dava ehliyetlerinin bulunmadığı hallerde bizzat kendilerinin işlem yapması mümkün değildir. Yargılama, kanuni temsilci eliyle yürütülmelidir (HMK m. 52). Ancak kanuni temsilci, bu kimselerin yapmış oldukları işlemlere icazet verebilir. Başka bir deyişle, dava ehliyeti olmayan bir kişinin kanuni temsilcisi bu konuda rıza gösterse dahi küçük ya da kısıtlı bu davayı kendisi bizzat açamayacaktır. Ancak bu eksiklik kanuni temsilcinin sonradan verdiği icazet ile giderilebilir. Burada maddi hukuktaki

¹⁴⁹⁷ Alman hukuku öğretisinde sınırlı dava ehliyeti (beschränkte Prozessfähigkeit) yerine kısmi dava ehliyeti (partielle Prozessfähigkeit) ifadesi tercih edilmektedir.

¹⁴⁹⁸ Grunsky, s. 254.

rıza (*Einwilligung*) ile medeni usûl hukukundaki icazet (*Genehmigung*) arasında benzerlikler olduğu gibi¹⁴⁹⁹ farklılıklar da bulunmaktadır. Maddi hukukta genellikle tek bir işlem gerçekleştirilerek ortaya bir hukuki sonuç çıkmaktayken medeni usûl hukukunda genellikle bu süreçte birçok usûli işlem gerçekleştirilmektedir. Maddi hukukta, her işlem için sonradan ayrı ayrı rıza gösterilebilecekken medeni usûl hukukunda kanuni temsilci tüm işlemlere ya icazet verir ya da vermez¹⁵⁰⁰. Kanuni temsilcinin belirli usûli işlemlere icazet verip, diğerlerine vermediği bir durumda davaya tüm olarak icazet verilmediği kabul edilerek dava reddedilmelidir¹⁵⁰¹.

Burada önem arz eden bir diğer husus ise medeni usûl hukukunda kanuni temsilci tam ehliyetsiz olan kişilerin açtığı davalara da icazet verebilir¹⁵⁰². Burada maddi hukuk kurallarından ayrışma söz konusudur. Bununla birlikte bazı yargı kararlarında bu husus göz ardı edilmektedir. Örneğin:

“Eş deyişle, fiil ehliyeti bulunmayan şahsın tasarrufu hüküm ifade etmez. Bu hükümlere göre, dava ehliyeti bulunmayan (tam ehliyetsiz) kişiye karşı açılan ve kanuni temsilcisinin yokluğunda sürdürülen dava, yasal temsilcisinin izniyle hukuki varlık ve geçerlilik kazanmaz. Yasal temsilci, tam ehliyetsizin yaptığı işleme sonradan icazet vermiş olsa bile, işlem geçerli hale gelmez. Eğer yasal temsilci tam ehliyetsizin yaptığı işlemi gerekli ve onun çıkarlarına uygun

¹⁴⁹⁹ Öğretide Kuru, kanuni temsilcinin vereceği icazetin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar bakımından medeni hukuktaki icazet kurumuna tamamen uygun olduğunu belirtmiştir. Bknz. Kuru, s. 123.

¹⁵⁰⁰ Grunsky, s. 254. Kuru, Bir Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere icazetin tüm dava için olması gerektiğini belirtmiştir. Kanuni temsilci ya tüm usûli işlemleri bir bütün halinde kabul edip onlara icazet verecektir ya da temsil ettiği kimsenin dava ehliyetine sahip olmadığını bildirerek onun tarafından yapılan tüm usûli işlemlerin geçerli olmadığını ileri sürecektir. Örneğin kanuni temsilci, tarafın önceki ikrarını icazet dışı bırakıp diğer usûli işlemlere icazet veremez. Böyle bir durumda verilen icazetin hükmü yoktur. Söz konusu Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında da akıl hastalığı sebebiyle dava ehliyeti bulunmayan taraf yargılamayı kendisi yürütmüş ve yargılama sonunda istinaf kanun yoluna başvurmadan feragat etmiştir. Tarafın kanuni temsilcisi ise yargılamadaki tüm işlemlere icazet vermiş sadece feragati kabul etmeyerek istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Mahkeme bütün usûli işlemlere icazet verilmediğinden kanuni temsilcinin vermiş olduğu icazeti kabul etmemiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi Kararı (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. C. 110, ss. 230-231. İlgili karar ve kararın değerlendirmesi için bknz. Kuru, Dava Şartları, s. 125.

¹⁵⁰¹ Kuru, Dava Şartları, s. 125.

¹⁵⁰² Rosenberg, Schwab ve Gottwald, §44, Rn. 47; Kälın, s. 107; Kuru, ss. 123-124; Yenice, s. 1194. Alman Federal Mahkemesi bir kararında gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin gerçekliğini sanrsal bir akıl hastalığı sebebiyle kavrayamayacak kimsenin dava ehliyetsiz olduğunu belirtmiş ve bu kimsenin kanuni temsilcinin vermiş olduğu icazeti yargılamaya devam edebilmek için yeterli bulmuştur. NJW 2000, 289, www.beckonline.com, (02.07.2019). Baumbach bu kararda yer alan akıl hastalığı sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiyi tam ehliyetsizler kategorisinde değerlendirmiştir. (*geschäftsunfähig*). Bu kimsenin tam ehliyetsiz olarak kabulü halinde Alman Federal Mahkemesi’nin de tam ehliyetsizlerin davalarını icazet yoluyla iyileştirebileceği kanaatinde olduğu sonucuna varabiliriz. Baumbach, §52, Rn. 4.

buluyor ve devam ettirmek istiyorsa, o işlemi yeniden ve kendisi yapmak zorundadır. ¹⁵⁰³

Yargıtay'ın bu içtihadına katılmamaktayız. Burada, dava ehliyeti fiil ehliyetinden ayrılmaktadır. Bunun temel sebebi, yargılamanın mahkeme önünde yürütülüyor olmasının verdiği güvencenin yanı sıra usûl ekonomisi ilkesinin de bir yandan sağlanmasının amaçlanmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda doğrudan icazetin kapsamını ve usûlünü düzenleyen bir hüküm yoktur. Alman Medeni Usûl Kanununda ise açıkça ya da zımnî icazet verilmediği sürece kanuni temsil eksikliği mutlak temyiz sebebi olmasının yanında iptal davası sebebi olarak da kabul edilmiştir (ZPO m. 547, 579). Burada temsil eksikliği sonrasında verilecek icazet hakkında, dava ehliyeti olmayan kimsenin, sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olmasına ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Türk hukukunda da dava şartı eksikliğinin hüküm anında giderilmesi durumunda, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, davanın usûlden reddedilmeyeceği hüküm altına alınmıştır (HMK m. 115/3). Bu hükümden hareketle dava eksikliğinin sonrasında giderilmesi halinde de dava usûlden reddedilemeyecektir. Yargıtay'ın her ne kadar usûlden reddedilmese de işlemin kanuni temsilci tarafından tekrar yapılması gerekçesiyle kararı bozması, bu hükmün amacına ters olur¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.1.2016, E. 2015/24007, K. 2016/439 sayılı kararı için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 244.

¹⁵⁰⁴ Yargıtay başka bir kararında dava ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda bir netlik bulunmayan tarafın açtığı davanın bu husus gözetilmeden esasa ilişkin bir kararla çözüme ulaştırılmasını bozma sebebi olarak değerlendirmiştir. Ancak bu kararda ilgi çekici olan husus karşı oy yazısında tam ehliyetsiz kişinin açmış olduğu davanın kanuni temsilcisinin izni veya icazetiyle hukuki varlık ya da geçerlilik kazanamayacağından davanın dava ehliyeti eksikliği sebebiyle usûlden reddedilmesine karar verilmesi gerektiğinin belirtilmesidir. Karşı oy yazısında ileri sürülen bu görüşe iki sebeple katılmamaktayız. Öncelikle belirttiğimiz üzere tam ehliyetsiz kişinin yargılama esnasında gerçekleştirmiş olduğu usûlî işlemler kanuni temsilcisinin icazeti ile iyileştirilebilir. İkinci sebep ise bir an için icazetle iyileştirilemeyeceği düşünülse dahi bu işlemler kanuni temsilci aracılığı ile baştan yapıp yargılamaya devam edilebilir. Bu sebeple davanın usûlden reddine gerek yoktur. Karşı oy yazısında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Davadan önce davacının “debilite düzeyinde zeka geriliğine” dayalı olarak Türk Medeni Kanununun 405'nci maddesinde yer alan sebeple kısıtlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının medeni haklarını kullanma ehliyeti bulunmamaktadır. (TMK. m. 14) Dolayısıyla dava ehliyeti de yoktur. (HMK.m. 38, HMK. m. 51) Dava ehliyetinin varlığı dava şartıdır. (HMK. m. 114/1 -d) Dava şartı noksanlığı davanın her aşamasında mahkemeye kendiliğinden gözetilir. (HMK. m. 115/1) Türk Medeni Kanununun 15'nci maddesine göre, “kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin tasarrufusu hüküm ifade etmez”. Dolayısıyla “tam ehliyetsizin” açtığı dava, yasal temsilcisinin izni veya icazetiyle hukuki varlık ve geçerlilik kazanmaz. Yasal temsilci, tam ehliyetsizin yaptığı işlemi, gerekli ve onun çıkarlarına uygun buluyor ve sürdürmek istiyorsa, o işlemi kendisi yeniden yapmak zorundadır. Bu bakımdan tam ehliyetsizin açtığı davaya, sonradan yasal temsilcisinin onay vermesi ve davayı devam ettirmesinin hukuki bir önemi bulunmamaktadır. Davanın, davacının “dava ehliyetinin” bulunmaması sebebiyle usûlden reddine karar verilmelidir. Bu sebeple sayın çoğunluğun bozma kararına sonucu*

4. Tarafın ya da Kanuni Temsilcinin Verdiği İcazette Dürüstlük Kuralı

Hukukumuzda dürüstlük kuralı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır ifadesi ile dürüstlük kuralı Türk hukukunda emredici nitelikte bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması suretiyle bir başkasına zarar verilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi aynı zamanda hakkın kötüye kullanımını da yasaklamıştır. Hakkın kötüye kullanımının yasaklanması, şekilcilikten doğan sertliğin ve ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuçların ortadan kaldırılması amacıyla ortaya çıkmıştır.

Hakkın kötüye kullanılması hukuken korunmayacağına göre bu yasağa uyulmamasının sonucu, kötüye kullanılan hakka dayandırılmış taleplerin ve savunmaların dinlenilmemesi, dikkate alınmaması şeklinde ortaya çıkar¹⁵⁰⁵. Türk Medeni Kanunumuzun 2. maddesi hükmünü hakim re'sen uygulayacaktır¹⁵⁰⁶.

Medeni usûl hukukunda dürüstlük kuralı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü* üst başlıklı 29. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdür.*” Bu madde ile dürüstlük kuralı ve hakkın dolayısıyla kötüye kullanılması yasağının medeni usûl hukukunda da geçerli olacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önceki dönemde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa dahi öğretide ve içtihatlarda dürüstlük kuralının medeni usûl hukukunda da uygulanacağı kabul edilmekteydi¹⁵⁰⁷.

Medeni usûl hukukunda, dürüstlük kuralının uygulanma şekline ilişkin birtakım tartışmalar ve çekinceler bulunmaktadır. Bu konudaki endişeler genellikle,

bakımından katılmakla birlikte gerekçesine katılmıyorum.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2013 tarihli E. 2013/180, K. 2013/18789 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (26.10.2019).

¹⁵⁰⁵ Arslan, s. 34.

¹⁵⁰⁶ Arslan, s. 35

¹⁵⁰⁷ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Arslan s. 49 vd. Ayrıca Arslan usûl kanunlarına bu kurallar konmasa dahi yargılamanın amacından hareketle dürüstlük kuralının uygulanacağını belirtmiştir. Arslan, s. 58.

davaların belirli bir düzen içerisinde mahkemelere olan güveni ve hukuki güvenliği zedelemeyen, genel olarak davada, özel olarak ise usûlî işlemlerde dürüstlük kuralının uygulanmasını sağlamanın güçlüğünden kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle usûl kurallarının katı ve olabildiğince sınırları belli edilmiş olarak davada hâkimin yetkilerini, tarafların yetki, külfet ve ödevlerini belirlemiş olduğu gerçeği ile dürüstlük kuralına uygulama alanı açmak kolay ve önceden öngörülebilir değildir¹⁵⁰⁸.

Öğretide kamu yararı düşüncesiyle konulan kurallarla birlikte dürüstlük kuralının uygulanamayacağı, dürüstlük kuralının uygulama alanının bu ölçütlerle belirlenebileceği savunulmuşsa da, bu görüşün kabulü halinde kamu yararının çok geniş kapsamlı olarak değerlendirilmesi ile dürüstlük kuralının hiç uygulama alanı kalmayacağı eleştirisi getirilmiştir. Bunun yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 29. maddesinde de buna ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır¹⁵⁰⁹.

Dava ehliyeti olmayan tarafın kanuni temsilcisinin icazet vermesine ilişkin kuralın, davalının kanuni temsilcisi tarafından, yargılamayı uzatmak amacıyla ileri sürmesi durumunda, bu halin dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmüş olduğu düşünülebilir. Anayasamızın 141. maddesinde *davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının bir görevi* olduğu düzenlenmiştir. Buna paralel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde *hâkimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır*.

Taraflar, davanın görülmesi sırasında dürüstlük kuralına uygun davranırlarsa davaların kısa sürede sonuçlandırılması kolaylaşacaktır¹⁵¹⁰. Ancak tarafların davayı geciktirmek için yapmış olduğu işlemler usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Böyle bir durumda bu işlem ve davranışların usûlî sonuç doğurması mahkemece caiz görülmemelidir. Öğretide Arslan, dürüstlük kuralına uymayan yollarla davanın uzatılması veya kararların icrasının geciktirilmesini Kanun korumadığına göre, hakimin dürüst olmayan tarafın bu yöndeki istemlerine kanunda özel yaptırım olduğu

¹⁵⁰⁸ Medeni usûl hukukunda dürüstlük kuralını sadece 29. madde ile görmemekteyiz. Bu kuralın etkisinin birçok medeni usûl hukuku düzenlemesinde görmekteyiz. Özellikle iyiniyete dayanmayan dava açılmasında karşı yargılama giderlerini davacı üzerinde bırakma, hukuki yarar yokluğu sebebiyle davanın usûlden reddi, adli yardım isteminin kabul edilmemesine ilişkin düzenlemelerde dürüstlük kuralının etkisi bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Arslan s. 63

¹⁵⁰⁹ Arslan, s. 64.

¹⁵¹⁰ Arslan, s. 103

takdirde onu uygulayarak, özel hüküm bulunmadığı durumlarda da dürüstlük genel kuralına başvurarak karşı koyması veya bu işlemlerin hukuki sonuç doğurmadığına karar verebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵¹¹.

Alman Federal Mahkemesi birçok kararında temsil eksikliğinde, temsilcinin icazet vermek zorunda olmadığını, bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır¹⁵¹². Öğretide Zöller de aynı fikirdedir¹⁵¹³. Kanaatimizce kanuni temsilcinin icazet vermemesi doğrudan hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemelidir. Aksi dava ehliyeti olmayan davalının savunma hakkının ihlaline sebep olabilir. Ayrıca kanuni temsilcinin sırf yargılamayı uzatmak amacıyla icazet vermediğinin tespiti de çok mümkün değildir. Burada dava ehliyetinin maddi hukuktaki fiil ehliyetinden ayrıldığı düşüncesindeyiz. Sonuç olarak her ne kadar dürüstlük kuralı medeni usûl hukukunda geçerli olsa da burada kanuni temsilcinin icazet vermemesi yargılamayı uzatmak olarak değerlendirilmemelidir.

G. İlk Derece Mahkemesinin Dava Ehliyeti Eksikliği Durumunda Vereceği Kararlar

1. Davanın Usûlden Reddi

Dava şartlarından biri eksik ise mahkeme davanın esasına giremeyeceği için inceleme yapıp esas hakkında nihai bir hüküm veremeyecektir¹⁵¹⁴. Yargılamaya devam edilebilmesi için bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.

¹⁵¹¹ Arslan, s. 104.

¹⁵¹² BGH, Urteil vom 28.02.2005 - II ZR 220/03, <https://openjur.de/u/186583.html>, (20.07.2019).

¹⁵¹³ Zöller, §56, Rn. 12. Aynı yönde Prütting ve Gehrlein, §56, Rn. 11.

¹⁵¹⁴ Benzer şekilde İsviçre medeni usûl hukukunda dava ehliyeti bir dava şartı olarak belirlendiğinden eksikliği durumunda usûle ilişkin nihai bir karar (Nichteintretenscheid) verecektir. Kural olarak taraflardan birinin bir dava şartının eksikliğini ileri sürdüğü ve daha sonrasında bu dava şartının varlığının tespiti durumunda mahkeme bir ara karar verecektir. İsviçre medeni usûl hukukunda Türk hukukundan farklı olarak usûle ilişkin nihai kararın yanı sıra dava ehliyetine ilişkin ara karar hakkında da kanun yoluna başvurulabilmektedir. Bununla birlikte bu durumda kanun yoluna başvurulabilmesi durumunda daha sonra nihai karar ile birlikte kanun yoluna başvurulamayacaktır. Dava ehliyetine ilişkin verilecek kararlarda kural olarak başvurulacak kanun yolu istinaf (Berufung) kanun yoludur. Bu yola İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 311. maddesine göre gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yazılı ve gerekçeli olarak 30 gün içerisinde başvurmak gerekmektedir. İlgili maddenin 2. fıkrasına göre itiraz edilen bu kararın (angefochtene Entscheidung) istinaf başvurusuna eklenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra itiraz edilen karar 10.000 İsviçre Frangından az bir miktarda ise İsviçre Medeni Usûl Kanununda özel olarak öngörülmüş olan şikayet (Beschwerde) yoluna yine 30 gün içerisinde başvurulabilir (schZPO m. 321). Bu hususta bkz. Herzig, ss. 219-220.

Öncelikli olarak dava ehliyeti olmayan kişinin açmış olduğu davalarda bu kimsenin kanuni temsilci aracılığı ile temsili sağlanmalıdır¹⁵¹⁵. Sonrasında mahkemece kanuni temsilcinin davaya icazet verip vermediği hususu değerlendirilecektir. Kanuni temsilcinin açılan davaya icazet vermemesi durumunda ise dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir (HMK m. 115/2). Burada dava şartının tespiti için esas alınması gerekli tarih bu eksikliğin tamamlanması için verilen kesin sürenin sona erdiği tarihtir¹⁵¹⁶.

Dava şartı yokluğundan dolayı davanın usûlden reddedilmesi usûle ilişkin bir nihai karardır. Bu sebeple bu karar hakkında kanun yoluna başvurulabilir. Bununla birlikte bu karar ancak ilişkin olduğu dava şartının yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil edecektir (HMK m. 303/2). Bu sebeple dava şartı yokluğundan reddedilen dava eksik dava şartı tamamlandıktan sonra yeniden açılabilir¹⁵¹⁷ ve davalı artık açılan bu yeni davaya karşı kesin hüküm (HMK m.303) itirazında bulunamaz. Çünkü verilen

¹⁵¹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 56. Maddesinin 1. Fıkrasında açık bir şekilde taraflardan birisine kanuni temsilci atanmasının gerekli olduğu hallerde yargılamanın ertelenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple kanuni temsil eksikliğinden dava usûlden reddedilmemelidir. Ancak bazı yargı kararlarında bu hususun gözden kaçırılıp davanın usûlden reddedildiği görülmektedir. “Dava, davalı ... şirketine sigortalı aracın aracın karıştığı kazada davacının yaralandığı ve bu şekilde malul kaldığı iddiası ile uğranılan maluliyet tazminatının tahsili istemine ilişkindir.

Davacının dava tarihinde ... nolu ... Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda cezaevinde hükümlü bulunduğu, Mahkememizce ... nolu ... Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne davacıya vasi atanıp atanmadığı hususunda yazılan yazımıza verilen cevabi yazıda hükümlünün ... Tipi Kapalı cezaevine sevk edildiğinin bildirildiğini, bunun üzerine ... Tipi Kapalı cezaevine yazımıza verilen cevabi yazıda davacı ...'e ... Sulh Hukuk Mahkemesinin ... - ... K sayılı kararıyla ... 'in hükümlü ...'e 13/07/2018 tarihi itibarıyla vasi olarak atandığının bildirildiği ve buna ilişkin karar örneğinin gönderildiği ancak mahkememizce ... Sulh Hukuk Mahkemesine yazılan 21/09/2018 tarihli müzekkere cevabı ile vasi ...'in vasilik görevine itiraz etmesi sebebiyle mahkemenin 18/07/2018 tarihli kararıyla vasilik görevinin son verilmesine karar verildiği ve yeni vasi tespiti için emniyet müdürlüğüne müzekkere yazıldığı görüldü.

Dosyanın incelenmesi neticesinde ... tipi kapalı cezaevinde hükümlü bulunan ... tarafından 03/07/2017 tarihi itibarıyla davanın açıldığı, dava tarihi itibarıyla davacının kısıtlı olup dava ehliyetinin bulunmadığı, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin ... E ... Karar sayılı kararı ile ... 7'in vasi olarak atanmasına karar verildiği sonrasında 18.07.2018 tarihli Ek karar ile Vasi ...'in vasilik görevine son verildiği, vasi kararına ekli müddetname ile Kısıtlı davacı ... in ... Ağır Ceza Mahkemesindenve ... Asliye ceza mahkemelerinden verilen toplam 27 yıl 38 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş olduğu anlaşılmakla HMK 114/1-d " Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması " maddesi göz önüne alınarak dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddine karar vermek gerekmiş olup aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-Davanın HMK 114/1-d maddeleri uyarınca dava şartı yokluğundan usûlden REDDİNE” İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 5.2.2019 tarihli, E. 2017/602, K. 2019/99 sayılı kararı için bkz. www.lexpera.com, (09.12.2019).

¹⁵¹⁶ Emre Kıyak, **Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usûl Hukukuna İlişkin Sonuçları**, Seçkin, 2014, Ankara, s. 110.

¹⁵¹⁷ Ansay, s. 203; Umar, Şerh, s. 196; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl C. II, s. 954; Tanrıver, s. 624.

bu ilk karar davanın esası hakkında verilmiş olmayıp sadece şekli bir eksiklik olan dava ehliyeti eksikliğine ilişkindir, davacının hakkı olmadığından dolayı red değildir¹⁵¹⁸.

Usûle ilişkin nihaî kararlar, bir şeyin yapılması, yapılmaması veya verilmesine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Dava ehliyetine ilişkin eksiklik giderildiğinde artık davanın esası hakkında inceleme yapılmasına ilişkin herhangi bir engel kalmamış olacaktır¹⁵¹⁹. Bu red kararı davanın esası hakkında olmayıp usûle ilişkin olduğundan kesin hüküm teşkil etmeyeceği için, daha sonra eksik dava şartının gerçekleşmesi halinde aynı taraflar arasında aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanılarak ikinci bir dava açılabilecektir¹⁵²⁰.

2. Davanın Açılmamış Sayılması

Medeni usûl hukukunda bazen re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı durumlar görülse de esas olan tasarruf ilkesinin geçerli olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca bir davayı açmak, içeriğini belirlemek ve onu sona erdirmek tarafların iradesine bırakılmıştır. Davanın açılmasıyla birlikte mahkemeler kişilerin hukuki korunma talebi doğrultusunda bir karar vermek zorundadır. Ancak taraflar aynı zamanda yargılamayı hakimnin kararı olmadan bitirme ya da hakimnin kararını çeşitli şekillerde sınırlama yetkilerini de ellerinde tutarlar¹⁵²¹.

Davanın açılmamış sayılması davanın sona ermesine neden olan sebeplerden birisidir. Kural olarak tarafların tasarruf yetkileri dava görülürken de devam eder. Taraflar açılmış bir davayı takip etmek zorunda olmadıkları gibi mahkeme tarafından da takibe zorlanamazlar. Davanın açılmamış sayılması da taraflara tasarruf ilkesi gereğince tanınan yetkinin, kanunun öngördüğü sınırların aşılması nedeniyle, yine kanun tarafından bağlanmış bir sonuçtur¹⁵²².

¹⁵¹⁸ Ansay, s. 203.

¹⁵¹⁹ Umar, Şerh, s. 196.

¹⁵²⁰ Muşul, s. 100; Görgün, s. 133.

¹⁵²¹ Bu hususta bkz. Aslan, s. 31; Tiryaki, s. 138.

¹⁵²² Zekeriya Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Davanın açılmamış Sayılması**, Seçkin, Ankara, 2011, s. 638; Aslan, s. 32; Tiryaki, s. 138.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde kanuni temsilcilerin, davanın açılıp yürütülmesinin belli bir makamın iznine bağlı olduğu hâllerde izin belgelerini, tüzel kişilerin organları ise temsil belgelerini, dava veya cevap dilekçesiyle mahkemeye vermek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır. Aksi takdirde dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamazlar. Maddenin devamında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mahkemeye, kanuni temsilcilerin veya tüzel kişilerin organlarının, yukarıda belirtilen eksikliği gidermeleri şartıyla dava açmalarına yahut davayla ilgili işlem yapmalarına izin verebilme olanağı tanınmıştır. Mahkeme, taraflara izin belgesinin alınması için başka bir mahkemeye müracaat edilmesinin gerektiği hallerde müracaat için kesin süre tanıyacaktır. Bu süre içinde mahkemeye başvurulması hâlinde bu konuda karar verilinceye kadar beklenir. Süresi içinde belgelerin ibraz edilmemesi veya mahkemeye başvurulmaması hâlinde, dava açılmamış sayılacaktır (HMK m. 54/III)¹⁵²³.

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere kanuni temsilcilerin izin belgelerini, tüzel kişilerin organlarının temsil belgelerini ve izin belgesi almak için gerektiğinde mahkemeye müracaat için öngörülen süre içerisinde bunu yapmamaları hali, özel olarak davanın açılmamış sayılması yaptırımına bağlanmıştır. Örneğin, bir tüzel kişinin onu temsile yetkili organı, tüzel kişi adına dava açabilmek için, tüzük ya da ana sözleşme uyarınca, genel kuruldan izin almak zorunda olabilir¹⁵²⁴. Benzer bir şekilde vasinin davayı yürütebilmesi için sırf vasi olarak atanmış olması yeterli değildir aynı zamanda atanmış olduğu mahkemece davayı yürütme yetkisinin de verilmiş olması gereklidir (TMK m. 462/8). Burada söz konusu izin toptan verilemez. Davaya bakan mahkemece de bu iznin verilmiş olup olmadığı kendiliğinden incelenmek zorundadır¹⁵²⁵. Çünkü davanın açılıp yürütülmesi için gerekli olan izin ve temsil belgelerinin mahkemece verilen süre içerisinde ibraz edilememesi veya bunların temini için mahkemeye müracaat edilmemesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dağınık bir şekilde düzenlenen davanın açılmamış sayılmasına yol açan hallerden biri olarak kabul edilmiştir

¹⁵²³ Bu madde davalı taraf için de geçerlidir. Süresi içerisinde belgelerin ibraz edilmemesi durumunda gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılacaktır (HMK m. 54/III).

¹⁵²⁴ Umar, Şerh, s. 206.

¹⁵²⁵ Umar, Şerh, s. 196; Budak ve Karaaslan, s. 92.

Öğretide, davanın açılmamış sayılmasının, davanın uzun süre takipsiz bırakılması ihtimaline karşı kabul edilen bir çözüm yolu olup usûl hukukuna özgü bir müessese olduğu belirtilmektedir¹⁵²⁶. Kanunda düzenlenen yargılamaya ilişkin bir usûl işleminin yerine getirilmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılması sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵²⁷. Burada esasında iki kuralın çatışması söz konusudur. Bir yanda tasarruf yetkisi etki gösterirken diğer yanda Kanun'un öngördüğü sınırların aşılması nedeniyle davanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi isteği ortaya çıkmaktadır. Taraflar her ne kadar dava üzerinde tasarruf yetkisine sahip olsalar da bu yetkinin sınırsız bir şekilde kullanılması söz konusu olamaz¹⁵²⁸. Çünkü yargılamanın kamusal niteliği ve usûl ekonomisi ilkesinin de bir gereği olarak davaların sürüncemede bırakılarak, mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹⁵²⁹. Temsil ve izin belgelerinin sunulmasında da genel olarak bu ilkeler geçerlidir. Mahkemenin re'sen bu belgeleri toplama yetkisi yoktur. Taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak bu belgelerin taraflarca ibraz edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Her ne kadar dava dilekçesinin ve cevap dilekçesinin içeriğini belirleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119 ve 126. maddelerinde gerçek kişilerin kanuni temsilcilerinin ve tüzel kişilerin organlarının temsil belgeleri ile izin belgelerinin bu dilekçelere eklenmesi gereken belgeler olduğundan bahsedilmemiş olsa da 54. maddede açık bir şekilde bu belgelerin dava veya cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Örneğin, vasinin temsil belgesini sunmasına rağmen vesayet makamından izin almadığı hallerde mahkeme re'sen bu iznin alınması için vesayet makamına başvuramayacaktır. Bu eksiklikler, taraflarca getirilme ilkesi ışığında davanın

¹⁵²⁶ Öğretide bu husustaki görüşlere ilişkin olarak bkz. Elgün, s. 175 vd. Öğretide hakim olan görüş davanın açılmamış sayılması kararın usûle ilişkin bir nihai karar olduğu yönündedir. Çünkü bu karar ile esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın hakim, davadan elini çekmekte ve yargılamayı sonlandırmaktadır. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi'nde de "*Davanın açılmamış sayılması, davanın usûli bir sona erme halidir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu yönde Üstündağ, s. 612; Kuru, C. IV, s. 4133; Tanrıver, s. 1031; Tiryaki, s. 140.

¹⁵²⁷ Davanın açılmamış sayılmasına yol açan diğer haller, işlemten kaldırılmasına karar verilen davanın üç ay içinden yenilenmemesi (HMK m. 150/5) veya davanın yazılı yargılama usûlünde ikiden fazla, basit yargılama usûlünde ise birden fazla takipsiz bırakılması (HMK m. 150/6; m. 320/4), görevsizlik ve yetkisizlik kararının kesinleşmesine rağmen davaya devam edilmemesi (HMK m. 20/1), vekaletnamenin mahkemece verilen süre içinde ibraz edilmemesi (HMK m. 77/1), dava dilekçesinde bir haftalık kesin süreye tabi eksikliklerin verilen bu süre içinde tamamlanmaması (HMK m. 119/2) hallerinden oluşmaktadır.

¹⁵²⁸ Aslan, s. 33; Tiryaki, s. 138.

¹⁵²⁹ Üstündağ, s. 612; Aslan, s. 33; Tiryaki, s. 138.

taraflarınca ikame edilmesi gereken eksikliklerdir. Kanun, bu eksikliklerin taraflarca giderilmemesi durumunda da ne gibi sonuçlarla karşılaşacaklarını hüküm altına almıştır. Çünkü kısıtlanmış olması nedeniyle davranışlarının iradiliğinden söz edilemez ve kendisine bu nedenle kusur yüklenilemezken artık kanuni temsilcisi aracılığı ile temsil edilen taraf usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmektedir. Yargılamanın yürütülmesinden kanuni temsilci sorumludur. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması artık dava ehliyetine sahip olmayan kimse ile kanuni temsil arasındaki bir iç ilişkidir. İzin belgesinin ibraz edilmeden davanın görülüp sonuçlandırılması bir istinaf ve aynı zamanda temyiz yoluna başvuru sebebidir¹⁵³⁰. Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında davanın açılıp yürütülmesinin belli bir makamın iznine bağlı olduğu hâllerde izin belgelerinin mahkemeye ibraz edilmemesi halini davanın usûlden reddedilmesini gerektiren bir hal olduğu yönünde değerlendirmeler yaptığı görülmektedir¹⁵³¹. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesinin 3. Fıkrasında bu durumun davanın açılmamış sayılmasını gerektiren bir hal olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple Yargıtay'ın söz konusu kararına katılmamaktayız.

¹⁵³⁰ “Somut olayda, davacı Nurhan'a Sakarya 1.Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 27.10.2011 tarih 2011/1890 E. ve 2011/2009 K. sayılı ilamı ile R.. D..’ın vasisi olarak atandığı, eldeki davanın da davacı Nurhan'a vesayeten vasi Rafet tarafından açıldığı, ancak vesayet makamından alınmış husumete izin kararının dosya içerisinde bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 462/8. Ve HMK'nin 52. maddeleri uyarınca vesayet makamından husumete izin alınarak vasi huzuruyla yargılamanın sürdürülmesi ve böylece davanın görülebilirlik koşulunun yerine getirilmesi, bundan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, anılan husus gözardı edilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.

Davalının temyiz itirazı değinilen yönler itibarıyla yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK.'nin 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 18.02.2014 tarihli E. 2013/17133, K. 2014/3454 tarihli kararı için bknz. www.lexpera.com (17.07.2019)

¹⁵³¹ “Bu durumda mahkemece, davacı vasisi tarafından kısıtlı davacı adına dava açılabilmesi için TMK’nin 462/8. maddesi gereği, vesayet makamından husumete izin kararı alınması gerektiğinden, davacı vasisi ...’ya, davalı aleyhine işbu sıra cetveline itiraz davasını açabilmesi için TMK’nin 462/8. maddesi uyarınca husumete izin verilip verilmediğinin vasiden sorularak, varsa bu kararı sunmak üzere kesin süre verilmesi, husumete izin kararı sunulduğu zaman uyuşmazlığın esasının incelenmesi; verilen kesin süre içinde sunulmaması halinde ise, davanın her aşamasında, HMK’nin 114/1-d-e ve 115/2. maddeleri uyarınca davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiği hususu gözetilmeyerek, davacı vasisinin takip yetkisi araştırılmaksızın yazılı şekilde, hüküm kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 23. Hukuk Dairesi’nin 27.6.2016 tarihli E. 2015/6656, K. 2016/3933 sayılı kararı için bknz. www.lexpera.com, (20.12.2019).

Burada üzerinde durmak istediğimiz bir husus ise yukarıda örnek olarak gösterdiğimiz hallerin mahkemenin fiil ehliyeti olmayan bir kimsenin kanuni temsilcisz kalması durumunda re'sen vesayet makamına başvurup kanuni temsilci atanmasını talep etmesi durumundan farklılık teşkil ettiğidir. Bir kimsenin fiil ehliyetinin bulunmamasının yanı sıra kanuni temsilcisinin de olmaması maddi hukuktaki sonuçlarının yanı sıra usûl hukukunda da kendisini hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi şeklinde göstermektedir. Hukuk düzenince işlem yapma yeteneğinin olmadığı kabul edilen bir kimseyi kanuni temsilcisz bırakmak, bir kimsenin elini kolunu bağlamak anlamına gelmektedir. Bu kimseler hiçbir şekilde ne kendi fiilleriyle ne de temsilci aracılığıyla sübjektif haklarının korunmasını talep edemeyecek ya da açılan davalarda savunma ileri süremeyeceklerdir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu'nun 404. ve 407. maddelerinde görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurlarına, idari makamlara, cezayı yerine getirmekle görevli makama, noterlere ve mahkemelere, yetkili vesayet makamına bildirmek yükümlülüğü verilmiştir. Bu kapsamda dava ehliyeti olmayan bir kimse tarafından açılan bir davada ya da davalının dava ehliyetine sahip olmaması durumunda bu kişilerin kanuni temsilcisi yoksa mahkeme bu durumu vesayet makamına bildirecek ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca bu konuda kesin bir karar verilene dek yargılamayı erteleyecektir.

Vesayet makamının izninin alınması kamu düzenine ilişkin bir husustur. Bu sebeple mahkemece iznin alınıp alınmadığı hususu re'sen gözetilmelidir¹⁵³². Bazı içtihatlarda bu hususun Yargıtay tarafından bir geri çevirme sebebi olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹⁵³³:

“Davacı F. Boyacı'nın yargılama sırasında Hatay Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 09.05.2008 Tarih, 323 E.762 K.sayılı ilamı ile kronik şizofreni teşhisi üzerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405/1.maddesi uyarınca kısıtlandığı ve kendisine H. H. Boyacı'nın vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 462/8.maddesi uyarınca acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere vasinin dava açması için vesayet makamının izni gereklidir. Ne var ki,

¹⁵³² Kuru, C. I, ss. 1076-1077.

¹⁵³³ Hukuk Genel Kurulu'nun 3.4.2013 tarihli E. 2012/7-600, K. 2013/428 sayılı kararı için bkz www.lexpera.com, (17.07.2019).

dosya içerisinde husumete izne ilişkin kararın olmadığı görülmüştür. Dava ve taraf ehliyeti dava şartlarından olup kamu düzenine ilişkindir.(6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 114,115). Öyle ise husumete izin kararının dosyaya ibrazı gereklidir. Bu eksikliğin giderilmesinden sonra dosyanın Yargıtay'a gönderilmek üzere mahkemesine geri çevrilmesi gerekir. Yukarıda yazılı noksanlığın tamamlanması için dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 03.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi."

Kanaatimizce, vesayet makamının izninin alınmaması durumunda mahkemece kesin süre verilip eksikliğin tamamlanması talep edilmelidir. Kesin süre verilmeden bu hususta bir karar verilmesi hali bozma sebebi oluşturmaz. Yargıtay'ın bozma yerine geri çevirme kararı vermesine katılmamaktayız.

Davanın açılmamış sayılması, davanın dava ehliyeti eksikliği sebebiyle usûlden red edilmesinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle, davanın açılmasıyla kesilen zamanaşımı kesilmemiş sayılacaktır¹⁵³⁴. Bu da dava konusu hakkın zamanaşımına uğraması riskini ortaya çıkaracaktır. Burada Türk Borçlar Kanunu'nun 150. maddesinde yer alan 60 günlük ek süreden faydalanılabileceği düşüncesindeyiz. Madde hükmüne göre dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir. Kanuni temsilcinin gerekli izin veya temsil belgelerini mahkemeye, verilen süre içerisinde ibraz etmemesi ya da gerekli izinlerin alınması için mahkemeye müracaat etmemesi durumu da esasında düzeltilebilecek bir yanlışlık halidir. Esasında bu yanlışlık, ehliyetsiz olan tarafın gerçekleştirdiği bir hata değil, kanuni temsilcinin kusurundan kaynaklanan bir durumdur. Bu sebeple davanın açılmamış sayılması ile zamanaşımı süresinin kesilmesinin hükümsüz hale gelmesi durumunda bu sonucun ortadan kaldırılabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinin 1. fıkrasında yer alan altmış günlük ek süreden yararlanılabileceği kanaatindeyiz.

Benzer bir durum davanın açılmasıyla korunan hak düşürücü sürenin davanın açılmamış sayılmasıyla hükümsüz hale gelmesi halinde de geçerlidir¹⁵³⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinin 1. fıkrasının lafzından, bu hükümde yer alan 60 günlük ek sürenin hak düşürücü süreler için de kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

¹⁵³⁴ Kuru, C. VI, s. 4140; Muşul, 2012, s. 313; Aslan, s. 102; Elgün, s. 182;

¹⁵³⁵ Kuru, C. VI, s. 4140; Aslan, s. 103; Özmumcu, s. 202 vd.; Elgün, s. 182.

Davanın açılmamış sayılmasının davalının iyiniyeti üzerinde nasıl bir etkisi olacağı üzerine değinmemiz gerekirse; iyiniyetin kaybedilmesi halinde tekrar kazanılması mümkün değildir. Esasında iyiniyeti ortadan kaldıran husus davanın açılması değil, dava dilekçesinin tebliğidir¹⁵³⁶. Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesinin 7. fıkrasında yer alan hangi sebeple olursa olsun açılmamış sayılan davadaki talep dahi vaki olmamış sayılır ifadesi ise talep sonucunun davanın açılmamış sayılmasından etkilenmemesini sağlamaktır. Esasında bu hüküm iyi niyete ilişkin bir hüküm değildir. Benzer bir değerlendirme davanın açılmasıyla davalının mütemerrit olması sonucunu hususunda da yapılabilir. Burada anılan sonucu doğuran esasında davanın açılması değil dava dilekçesinin davalıya tebliğidir. Davanın açılmamış sayılması, davalının mütemerrit olma sonucunu etkilemeyecektir¹⁵³⁷.

Davanın açılmamış sayılmasından sonra, uyuşmazlık konusunun başka bir mahkemenin görev ve yetki alanına gireceği kabul edilmişse artık yeni açılan davada yeni kurallara tabi olacaktır.

Davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ile dava artık derdest olmaktan çıkacaktır¹⁵³⁸. Ancak bu karara ilişkin olarak kanun yoluna başvurulması halinde, aynı zamanda ikinci bir dava açılırsa, mahkeme kanun yolunda verilecek kararı beklemelidir¹⁵³⁹.

Burada önem taşıyan bir diğer husus ise davanın açılmamış sayılması üzerine, aynı davanın tekrar açılması durumunda dava şartlarının yeni dava açısından tekrar değerlendirilmesi gerekliliğidir. Dava şartlarını etkileyecek hususlarda meydana gelen değişiklikler ikinci davada göz önünde tutulacaktır. İlk davanın açılmamış sayılması sonucunu takiben davacı, fiil ehliyetini kazanmış olabilir ya da diğer dava

¹⁵³⁶ Bu sonucun doğabilmesi için dava dilekçesinin usûlüne uygun olarak tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince tebligat usûlsüz de olsa muhatabın öğrendiğini beyan ettiği tarihte yapılmış sayılır. Böylece, davalının iyiniyeti o tarihten itibaren ortadan kalkar. Ancak burada dava dilekçesinin tebliği usûlsüz değil de yok hükmünde ise bu tebligat herhangi bir sonuç meydana getirmeyeceğinden iyiniyetin kötü niyete dönüşmesi mümkün olmaz Aslan, s. 104; Özmumcu, s. 196 vd.

¹⁵³⁷ Kuru, C. VI, s. 4144; Özmumcu, s. 199; Aslan, s. 106.

¹⁵³⁸ Tanrıver, Derdestlik, s. 8; Aslan, s. 68.

¹⁵³⁹ Tanrıver, Derdestlik, ss. 56-57; Aslan, s. 69. Öğretide aksi yönde Kuru, davanın açılmasıyla meydana gelen derdestlik durumunun, davanın açılmamış sayılması ile sona ereceğini belirtmektedir. Mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararı henüz kesinleşmemiş olsa bile, derdestlik durumu gene de son bulmalıdır. Kuru, C. VI, s. 4139.

şartlarında bazı değişiklikler ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda dava şartları yeni davada ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Davanın herhangi bir nedenle açılmamış sayılması durumunda aynı talep sonucunun ikinci davada ileri sürülmesi sırasında ortaya çıkabilecek bir engelin ortadan kaldırılması için açılmamış sayılan davadaki talebin vaki olmamış sayılması hüküm altına alınmıştır (HMK m. 150/7). Öğretide, ilk davada yapılan ikrar, yemin, feragat, kabul ve sulh işlemleri sebebiyle talep sonucunun hükümden düşmesi durumunda ikinci davada aynı talep sonucunun tekrar ileri sürülememesi gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁴⁰. Ancak dava ehliyetinin usûli işlem ehliyeti olması sebebiyle, bu sonuç doğmamalıdır. Çünkü her ne kadar ilgili belgelerin ibraz edilmemiş olması sebebiyle dava açılmamış sayılsa da bu sonuca varılmasına sebep olan asıl neden davacının dava ehliyetine sahip olmamasıdır. Bu sebeple gerçekleştirilen usûli işlemler geçerli olmayacağından, ikinci davada aynı talep sonucunun ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz.

H. Yargılama Giderleri

Dava şartlarından birinin eksikliği sebebiyle davanın usûlden reddi kararında mahkemenin davacı tarafı yargılama giderlerine mahkum etmesi gerekmektedir. Verilen karar davacının aleyhine olduğundan, mahkemece yargılama giderleri davacı tarafa yüklenir. Davanın, dava şartlarından birinin bulunmaması nedeniyle usûlden reddi kararında, dava, konusu itibarıyla nispi karar ve ilam harcına tabi olsa da, davacı taraf maktu karar ve ilam harcı ile sorumlu tutulur. Ayrıca, davalı taraf kendisini vekille temsil ettirmiş ise davacı, davanın görüldüğü mahkemeye göre belirlenen maktu miktarı geçmemek üzere, nispi tarifeye göre vekâlet ücreti ile mahkum olur (AAÜT m.7/III). Yine davada o aşamaya kadar yapılmış olan diğer yargılama giderleri de davacı taraf üzerinde bırakılır.

Davanın açılmamış sayılması durumunda yargılama giderleri hakkında bir değerlendirme yapmamız gerekirse öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinin ikinci fıkrasında haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletname

¹⁵⁴⁰ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Kıyak, s. 164 vd.

ibraz etmeyen avukatın, celse harcı ile diğer yargılama giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edileceği hüküm altına alınmıştır.

Benzer bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 54. maddesi getirilse de ancak burada vekaletsiz dava açan ve vekaletini sonradan ikame edemeyen vekile getirilen yaptırımların kanuni temsilciye ya da tüzel kişi organlarına getirilmediğini görmekteyiz. Belli bir makamın iznine tabi olan hallerde kanuni temsilcinin her zaman bu makamın iznini alamayabileceği varsayılarak, bu izin belgesinin teslim edilememesi halinde yargılama giderlerine ilişkin özel bir hüküm ya da herhangi bir yaptırım kabul edilmemiştir. Davanın açılmamış sayılması kararı üzerine, davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekmektedir (m. 331/3). Yetkili makamdaki izin alamayan kanuni temsilci vekaletsiz dava açan vekilde olduğu gibi belirttiğimiz yaptırımlara tabi tutulmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak öğretide Kuru vesayet mahkemesinden izin almadan dava açmış olan vasinin kendisi yargılama giderlerine mahkum edileceğini belirtmiştir¹⁵⁴¹. Kanaatimizce, bu konuda açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlük döneminde dava usûlden reddedileceği için böyle bir ihtiyaç ortaya çıkmamıştır. Ancak yeni getirilen bu düzenleme ile bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. Maddesine benzer bir düzenleme getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

İzin almadan dava açan kanuni temsilcinin ya da temsil belgesini ibraz etmeyen tüzel kişi organlarının durumuna ilişkin olarak, vasi için Türk Medeni Kanunu'nun 467. maddesinin uygulanması söz konusu olabilir. Vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. Bu hüküm aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince kayyım ve kanuni danışmanlar hakkında da uygulanacaktır.

Burada vasinin sorumluluğu kanundan doğan haksız fiil sorumluluğunun özel bir türüdür. Vesayet altındaki kişiye görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla verdiği zararlardan ötürü açılacak olan bu davanın türü tazminat davasıdır. Dolayısıyla kanuni temsilcinin yargılama esnasında kusuruyla zarar vermesi durumunda vesayet dairelerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açılabilir (TMK m. 469/II).

¹⁵⁴¹ Kuru, C. I, s. 1078.

Bu dava vesayet altındaki kişi vesayet altından çıkmışsa kendisi tarafından, ölmüşse mirasçıları tarafından, yeni vasi tarafından, ilgisinin istemi ya da re'sen atanan temsil kayyımı tarafından ya da kusurlu davranışıyla zarar veren vasinin görev süresi sona ermemişse görevde olan vasiye karşı kısıtlı adına velisi tarafından açılabilir. Vasi, vesayet altındaki küçüğün ya da kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü ihlal eden vasi aleyhine vekaletsiz vekil gibi yargılama giderleri için başvurulamayacaksa da vasi, görevini yerine getirirken vermiş olduğu zararlardan ötürü vesayet altındaki kişilere karşı sorumlu olacaktır.

II. KANUN YOLLARINDA DAVA EHLİYETİNİN İNCELENMESİ

A. İstinaf ve Temyizde Dava Ehliyetinin İncelenmesi

1. Dava Ehliyeti Eksikliği Sebebiyle Verilen Karara Karşı Kanun Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinde hangi kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. İlgili hükmün ilk fıkrasına göre İlk derece mahkemelerinde verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bu açıdan kararı veren ilk derece mahkemesinin bir önemi yoktur. Kanun'da belirtilen sınırlamalar dikkate alınarak genel ya da özel görevli her türlü ilk derece mahkemesinin kural olarak nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir¹⁵⁴².

¹⁵⁴² Recep Akcan, **Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Nobel, Ankara, 1999, s. 24; Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2203. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin son fıkrası ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı bölge adliye mahkemelerine başvurulabileceğini kabul etmiştir. Bu kanun hükmü bir geçiş hükmü niteliğindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe girmiş Kanunlarda temyiz kanun yoluna yapılan atıfların 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra karara bağlanan davalar bakımından istinafa yapılmış atıflar olarak anlaşılması için getirilmiş bir hükümdür. Bu hususta bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 590; Budak ve Karaaslan, s. 337; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 601.

Kanunda nihai kararın niteliğine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Esasa ilişkin nihai kararlara başvurulabileceği gibi usûle ilişkin nihai kararlara ilişkin olarak da istinaf yoluna başvurulabilir¹⁵⁴³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. madde hükmü uyarınca sadece nihai kararlara ilişkin olarak istinaf yoluna başvurulabileceğinden mahkemenin işten el çekmesini gerektirmeyen ara kararlara karşı¹⁵⁴⁴ istinaf yoluna başvurulamaz. Bu kararlara karşı gerekli hususlar ancak asıl hükümle birlikte istinaf başvurusunda ileri sürülebilecektir¹⁵⁴⁵. Örneğin, Alman medeni usûl hukukunda da mahkeme dava ehliyeti yönünde bir eksiklik olmadığına ilişkin kararını ara karar ile verebilecekken, davanın kabule şayan olmadığı yönündeki karar yargılamayı sonlandıran nihai bir kararla verilmelidir¹⁵⁴⁶. Mahkemenin, tarafın dava ehliyetine sahip olduğu yönünde kararının karşı bunun aksini ileri süren taraf ancak yargılamanın sonunda asıl hüküm ile birlikte bu hususu istinaf kanun yolunda ileri sürebilir. Dava ehliyetine ilişkin bir ara karara karşı istinaf yoluna başvurulmuşsa, ön inceleme aşamasında bu başvuru usûlden reddedilmelidir.

Mahkemenin dava ehliyetine ilişkin ara kararı, ara kararlar hakkında getirilen sınırlandırma nedeniyle tamamen kanun yolu denetimi dışında kalmaz. Sadece bu denetim, yargısal faaliyetin işleyişini kolaylaştırma ve denetimi etkin kılmak amacıyla daha sonraki bir zaman dilimine ertelenmektedir¹⁵⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 346. maddesinde tarafın, kesinleşmiş bir karara karşı istinaf kanun yoluna başvurması halinde, ilk derece mahkemesinin, istinaf dilekçesinin reddine karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Her ne kadar bu maddede ara kararlardan bahsedilmese de mahkeme ara kararlara karşı istinaf başvurusunda bulunulması durumunda da dilekçenin reddine karar vermelidir. Dilekçesi reddedilen taraf, mahkemenin bu kararına karşı bir hafta içinde istinafa

¹⁵⁴³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2204; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 600.

¹⁵⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 470; Karşı, Medeni Muhakeme, s. 620; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2204; Sungurtekin Özkan, s. 307; Akcan, s. 24; Nevhis Deren Yıldırım, "İstinafa Başvuru Şartları", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 21; Nevzat Boztaş, "İstinafta Ön İnceleme Aşaması", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 44.

¹⁵⁴⁵ Karşı, Hukuk Muhakemeleri, s. 620.

¹⁵⁴⁶ Thomas, Putzo ve Reichhold, § 280, Rn. 4, Zöllner, § 56, Rn. 13; Musielak ve Voit, §56, Rn. 11; Oda, s. 71.

¹⁵⁴⁷ Tolga Akkaya, **Medeni Usûl Hukukunda İstinaf**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 329, s. 111.

başvurursa, mahkeme dosyayı istinaf mahkemesine göndermelidir (HMK m. 346/2). İstinaf mahkemesi, ön inceleme aşamasında kararın kesinleşmiş olup olmadığını ya da kararın bir ara karar olup olmadığını tekrar inceleyecektir. Mahkeme, istinaf edilen kararın bir ara karar veya kesinleşmiş bir karar olduğunu tespit ederse, esasa girmeden, istinaf başvurusunu reddetmelidir. Mahkemenin bu kararı usûle ilişkin nihai karar niteliğindedir¹⁵⁴⁸.

Kural olarak, istinaf mahkemesinin nihai kararlarına karşı, temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak bazı istisnai hallerde istinaf mahkemesinin nihai kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu haller Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 364. maddesinde sayılmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında 7 tane özel durum öngörülmüştür. Bu haller, miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını (bu tutar dâhil)¹⁵⁴⁹ geçmeyen davalara ilişkin kararlar, kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları hariç olmak üzere 4. maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar, yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar, soy bağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar, yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar, geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar şeklinde sayılmıştır. Bu kararlara karşı, istinaf mahkemesi dava ehliyetine ilişkin hukuka aykırı bir karar verse dahi temyiz kanun yoluna başvurulamayacaktır.

¹⁵⁴⁸ Akkaya, İstinaf, s. 247.

¹⁵⁴⁹ “2018 yılı için istinaf sonrası temyiz sınırı 47.530 TL olup, 503 nolu Vergi Usûl Kanunu Genel Tebliği ile 2019 yılı için % 23,73 oranında artırılarak uygulanacaktır. Şu durumda 2019 yılı için istinaf sonrası temyiz edilebilirlik sınırı, $47.530 \times \% 23,73 = 11.278,869 + 47.530 = 58.808,869$ TL.’dir. Ancak 6763 sayılı Kanun’la Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenen Ek Madde 1 uyarınca her takvim yılı başından itibaren yeniden değerlendirme oranı uygulanarak belirlenen bu parasal sınırın on Türk lirasını aşmayan kısımlarının dikkate alınmaması öngörülmüştür. Buna göre, maddedeki parasal sınır, 2019 yılı için 58.800 TL olarak belirlenmiştir” Nedim Meriç, HMK ve İİK’da Yer Alan Parasal Sınırlar, www.legalbank, (09.12.2019).

2. İstinaf ve Temyiz Kanun Yoluna Başvuru Sebebi Olarak Dava Ehliyeti Eksikliği

a. İstinafta

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesinde bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü haller hariç olmak üzere, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapacağı düzenlenmiştir. Türk hukukunda özel olarak istinaf sebeplerinin Kanun'da düzenlenmemesi istinaf kanun yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü istinaf kanun yolu, ilk derece yargılaması ve yargılama sonucunda verilen karardaki her türlü hatanın giderilmesini amaçlamaktadır¹⁵⁵⁰.

Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde bir sınıflandırmaya gidilme de öğretide istinaf sebepleri üç grup altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki maddi hukuk kurallarına aykırılık, ikincisi usûl kurallarına aykırılık üçüncüsü ise maddi mesele hakkında yanlış sonuca varılmasıdır¹⁵⁵¹.

Usûl kurallarına aykırı yargılama yapılması istinaf sebebi olarak mutlak istinaf sebepleri ve nisbi istinaf sebepleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁵⁵². Bu ayrımın yapılmasında temyizde bozma sebeplerini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin b, c ve ç bentleri ile istinafta duruşma yapılmadan verilecek kararları düzenleyen 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendi yol göstericidir¹⁵⁵³. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin a bendinde sayılan haller aynı zamanda mutlak istinaf sebepleridir. İlgili maddenin a bendinin 4. cümlesinde yer alan diğer dava şartlarına aykırılık bulunması bir mutlak istinaf sebebi oluşturmaktadır¹⁵⁵⁴. Dava şartı eksikliğinde olduğu gibi mutlak istinaf

¹⁵⁵⁰ Karslı, s. 640; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 592; Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2206; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 603;

¹⁵⁵¹ Karslı, Hukuk Muhakemeleri, s. 640; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 604.

¹⁵⁵² Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2210; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 604.

¹⁵⁵³ Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2210.

¹⁵⁵⁴ “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzeni ile ilgili olup, bu durumda, mahkemece davacının dava ehliyetine sahip olup olmadığına dair araştırma yapması, gerekirse anılan madde ve HMK'nun 56.maddesi gereğince, davacının vesayet altına alınması gerekip gerekmediği hususunda vesayet makamına tezkere yazılması, vasi tayin edilmesi halinde husumete izin kararı da alınarak davacı vasisi tarafından davaya devam olunması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru değildir.

sebepleri bakımından bunların hükmü etkileyip etkilemediği ayrıca araştırılmaz. Çünkü bu tür usûli hataların yapılması, niteliği gereği hükmü doğrudan etkileyecek ve sakatlayacaktır¹⁵⁵⁵.

b. Temyizde

Medeni usûl hukukundaki temyiz nedenlerinin hepsi esasında bir hukuk kuralının yanlış uygulanmasına dayanır. Bütün temyiz sebepleri bir hukuk kuralının ihlal edildiği varsayılmaktadır. İhlal edilen bu hukuk kuralı maddi hukuka veya usûl hukukuna ilişkin olabilir¹⁵⁵⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinde temyiz sebepleri belirtilmiştir. Bu maddeye göre hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi ve karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerinin bulunması bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Dava şartlarına aykırılık mutlak bozma sebebi olduğundan diğer yargılama yanlışlıklarından ayrı düşünülerek bağımsız bir bozma sebebi sayılmıştır¹⁵⁵⁷.

Temyiz aşamasında, dava şartı olan dava ehliyetinin yokluğu mutlak bozma sebebidir. Yargıtay da temyiz incelemesinde taraflara ilişkin dava şartlarındaki eksiklikleri göz önünde tutacak ve dava şartlarına aykırılık mutlak bir temyiz sebebi olduğu için söz konusu hatanın hükme etki edip etmediğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan¹⁵⁵⁸ bozma kararı verecektir.

Dava ehliyeti sebebi ile usûle aykırılıkta, esasında taraflar usûlüne uygun bir şekilde iddia ve savunmada bulunamamaktadır. Bu temyiz nedeninin içine, dava

İlk derece mahkemesi tarafından yukarıda belirtilen dava şartına ilişkin eksiklikler giderilmeden hüküm kurulmuş olması HMK'nun 353/1-a-4 maddesine aykırı olduğundan sair istinaf sebepleri incelenmeksizin kararın kaldırılarak dosyanın mahalline gönderilmesine karar vermek gerekmiş ve tüm dosya kapsamına göre aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 32. Hukuk Dairesi'nin 13.2.2019 tarihli, E 2018/262, K. 2019/230 sayılı kararı için bkzn. www.lexpera.com, (15.07.2019).

¹⁵⁵⁵ Özekes, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2211.

¹⁵⁵⁶ Akcan, s. 25.

¹⁵⁵⁷ Özekes, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2285.

¹⁵⁵⁸ Akcan, s. 67.

ehliyeti olmayan tarafın yargılamayı tek başına kendisinin yürüttüğü hallerin¹⁵⁵⁹ yanı sıra usûlüne uygun olmayan kanuni temsil de girer¹⁵⁶⁰. Örneğin, dava ehliyeti olmayan kimselerin kanuni temsilcileri ile temsil edilmeleri gerekmektedir. Kanuni temsilci haricinde bir kimse ile yargılamanın yürütülmesi de mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilmelidir. Örneğin velayet hakkına sahip olmayan ananın huzuruyla yargılamanın yürütülmesi mutlak bozma sebebidir.

Kanuni temsilcinin, davanın yürütülmesine açık veya zımni olarak izin vermemesi de davanın dava ehliyeti eksikliği sebebiyle reddedilmesi sonucunu doğuracağından, bir mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilir¹⁵⁶¹. Vasinin vesayet makamından izin almadan yargılamayı yürütmesi de bir mutlak bozma sebebidir¹⁵⁶². Bu durumun mutlak temyiz nedeni olarak kabul edilmesinin temel nedeni hâkimin

¹⁵⁵⁹ “Somut olayda; temlik yapan ve hukuki ehliyetten yoksun olduğu mahkeme kararı ile kesinleşen S. İ.’ın dava açıldığı tarihte sağ olduğu, davanın Türk Medeni Kanununun 405 ve devamı maddelerince atanmış, TMK’nun 462/8 maddesi uyarınca husumete izin yetkisi almış vasi tarafından açılmadığı, dolayısıyla “aktif dava ehliyetine” ilişkin dava şartının gerçekleşmediği düşünülse de, işin kamu düzenini ilgilendirmesi ve vasi atanmasına ilişkin davanın da davacı tarafından açılmış olması karşısında HMK’nun 52. maddesinde belirtilen dava şartı niteliğindeki kanuni temsil eksikliği giderileceğinden, aynı Kanunun 30. maddesinde belirtilen usûl ekonomisi gözetilerek atanan vasiye ihbarı suretiyle vasinin husumete izin kararı aldıktan sonra davaya katılımı sağlanmak suretiyle (TMK’nun 462/8) yargılamaya devam edilerek işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 4.6.2012 tarihli, E. 2012/3438, K. 2012/6517 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (15.07.2019).

¹⁵⁶⁰ Akcan, s. 68. “Küçüğün üçüncü kişilere karşı temsilinde MK m. 268 gereğince ana ve baba birlikte hareket etmek durumundadırlar. Dava konusu olayda küçüğü temsilen ana dava açmıştır. Bu durumda sağ olduğu anlaşılan babanın davaya icazet vermesi halinde MK m. 258’in aradığı birlikte hareket unsuru gerçekleşmiş sayılır. Şu hale göre babanın icazetinin lahik olup olmadığı veya davanın açılmasına muvafakat edip etmediği usûlünce araştırılmak ve şayet babanın muvafakatinin varlığı veya icazetinin lahik olduğu sonucuna varılırsa davaya devam edilmek aksi takdirde dava temsilde eksiklik nedeniyle reddedilmek gerekir”. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 11.10.1965 tarihli, 6393/4739 sayılı kararı için bkz. Kuru, C. I, s. 1064.

¹⁵⁶¹ Akcan, s. 67.

¹⁵⁶² “Mahkemece, davanın esasına girilerek, yargılamanın iadesine konu Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2006/363 Esas sayılı ilamının dayanağını oluşturan gaiplik kararının iptal edildiği gerekçe gösterilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Ne var ki, davacı ...’ın Marmaris Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 20.10.2009 tarih 2007/727 Esas, 2009/717 Karar sayılı ilamıyla kısıtlandığı ve diğer davacı ...’ın kendisine vasi atandığı, Av. ...’ya verilen vekaletname ekindeki karar örneğinden anlaşılmakta ise de; vesayete dair kararda, vasi olarak atanan kişiye verilmiş husumet (dava açma) izni bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 52. ve 54. maddeleri hükmü gözetilerek davacı vasisine Türk Medeni Kanunu’nun 462/8. maddesi hükmü uyarınca vesayet makamından “husumete izin” kararı alınması için süre verilmesi, ancak bu iznin alınmasından sonra dava ehliyeti sağlanmış olacağından bundan sonra esas bakımından bir karar verilmesi gerekirken; bu husus göz ardı edilerek esasa girilip yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, eldeki davada taraf olmayan ... isimli kişi adına bir talep olmadığı halde yargılamanın iadesine konu ilamda bu kişilerden davalı tarafa intikal ettiği belirtilerek davalı ... adına tescil edilen paylar yönünden de iptal kararı verilmesi isabetsiz olup Davalı tarafın temyiz itirazları açıklanan sebeplerle yerinde görüldüğünden kabulüyle hükmün BOZULMASINA” Yargıtay 16. Hukuk Dairesi’nin 14.3.2017 tarihli, E. 2016/2538, K. 2017/1554 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (16.07.2019).

özellikle temsil yetkisine, özenli bir şekilde dikkat etmesinin sağlanmasıdır. Temsil eksikliği sebebiyle dava sonunda verilen kararın usûle aykırı olacağını bilen hâkim yargılama esnasında tarafın usûle uygun temsil edilmesi için daha özenli hareket edilecektir. Dolayısıyla bu durum, yargılamanın usûlüne uygun olarak yapılmasını ve usûle uygun karar verilmesi sonucunu sağlayacaktır¹⁵⁶³.

Benzer şekilde Alman Medeni Usûl Kanunu'nda da dava ehliyeti eksikliği, mutlak temyiz sebebi olarak değerlendirilmektedir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun mutlak temyiz sebepleri üst başlıklı 547. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yargılamanın taraflarından birisinin kanuna uygun bir şekilde temsil edilmemesinin yanı sıra bu temsil eksikliğinin yargılama esnasında zımni ya da açık bir icazet ile ortadan kaldırılmaması, temyiz sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün hem kanuni temsilcisi olmadan yargılamayı kendisi yürüten dava ehliyetine sahip olmayan kimse için hem de usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmeyen ehliyetsiz kişiler için uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵⁶⁴. Burada temsil eksikliğinin bir mutlak temyiz sebebi olarak değerlendirilebilmesi için kanuni temsilcinin ya da dava ehliyetini kazanan kişinin bu konuda icazet vermemiş olması gerekmektedir. İcazetin temyiz aşamasında bile verilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁶⁵.

3. Dava Ehliyetine Sahip Olmadığı İleri Sürülen Kişinin Kanun Yoluna Başvurabilecek Olması

Dava ehliyeti, kanun yolları aşamasında da usûli işlem şartı olarak kabul görmektedir¹⁵⁶⁶. Dava ehliyetinin eksikliği halinde tarafların kanun yolları aşamasında gerçekleştirdiği işlemler geçersiz olacaktır¹⁵⁶⁷.

İlk derece yargılamasında, dava ehliyetine ilişkin uyuşmazlığın ele alınabilmesine hizmet etmek amacıyla gerçekleştirilen usûli işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafın bu hususta bir karar

¹⁵⁶³ Akcan, s. 66.

¹⁵⁶⁴ Musielak ve Voit, §, Rn. 576, Rn. 9. Aynı yönde BGH NJW-RR 1991, s. 926, www.beckonline.com, (16.07.2019).

¹⁵⁶⁵ Musielak ve Voit, § 576, Rn. 10; Koch, in Saenger Zivilprozessordnung, §547, , Rn. 14; Oda, s. 77. Aynı yönde, NJW 1969, s. 188 ; BGH LM § 249 Nr. 9, kararlar için bkznz. www.beckonline.com, 16.07.2019.

¹⁵⁶⁶ BGHZ 110, s. 294, 296; Zöller, §56, Rn. ; Oda, s. 71.

¹⁵⁶⁷ Oda, s. 71.

verilinceye kadar dava ehliyetine sahip olduğu varsayılmaktadır. Aynı kural, kanun yolları aşamasında da geçerlidir. Şöyle ki, dava ehliyetine sahip olmama ihtimali bulunan ve ilk derece yargılamasında davası, dava eksikliği sebebiyle usûlden reddolan kimsenin bu uyuşmazlığı bir üst merciiye götürebilmesi için dava ehliyetine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁵⁶⁸. Bu sebeple dava ehliyeti eksikliği sebebiyle kanun yoluna başvuru usûlden reddedilmez, dava usûlden reddedilir¹⁵⁶⁹.

Bir kişinin dava ehliyetine sahip olduğuna ilişkin varsayım, dava ehliyeti olmayan taraf için bir koruma sağlamasının yanı sıra aynı zamanda kararın kanun yolu aşamasında denetiminin yapılmasını da sağlamaktadır¹⁵⁷⁰. Çünkü taraf, hukuka aykırı olarak ehliyetli ya da ehliyetsiz olarak değerlendirilmiş olabilir. Bu sebeple kanun yolu mahkemesi, dava ehliyeti hakkında ilgili denetimi yapmak zorundadır.

4. Dava Ehliyeti Olmayan Kimselerin İstinaf Yoluna Başvurma ve Temyiz Yoluna Başvurma Hakkından Feragat Etmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 349. maddesinde istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edilmesi ve feragatin sonuçları düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası gereğince, taraflar ilamın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 366. maddesinin 349. maddeye yaptığı atıf sebebiyle 349. madde temyizde de kıyasen uygulanacaktır. Benzer şekilde taraflar ilamın kendilerine tebliğinden önce temyiz yoluna başvurma haklarından feragat edemeyeceklerdir.

İstinaf ve temyiz kanun yoluna başvurmadan feragat ile davadan feragat birbirlerinden tamamen farklı iki kavramdır. Kanun yolundan feragati hem davacı hem de davalı gerçekleştirebilir¹⁵⁷¹. Davadan feragat, her halde esasa ilişkin sonuçlar

¹⁵⁶⁸ Bu husus Alman hukukunda mahkeme kararlarında pek çok kez değinilmiştir bkz. BGHZ 18, s. 184, 189; BGH NJW 1996, s. 2210; NJW 1983, s. 996; BGHZ 110, s. 294. Benzer şekilde Alman medeni usûl hukuku öğretisi de bu konu hakkında fikir birliğine sahiptir. Bknz. Wieczorek, Schütze ve Hausmann, § 52, Rn. 23; Weth, in Münchener Kommentar, §52, Rn. 6; Oda, s. 72; Vorwerk ve Wolf, §552, Rn. 2.

¹⁵⁶⁹ BGH NJW 2000, s. 289, www.beckonline.com, (22.07.2019).

¹⁵⁷⁰ Oda, s. 72

¹⁵⁷¹ Alman hukukunda da Türk hukukuna benzer bir şekilde karşı tarafın kabulü gerekmeksizin istinaf hakkından feragat etmek mümkün kılınmıştır (ZPO m. 515).

doğururken kanun yoluna başvurudan feragat öncelikli olarak usûlî sonuçlar doğuracak ve kararın şekli anlamda kesinleşmesine neden olacaktır¹⁵⁷².

Alman hukuku öğretisinde dava ehliyeti olmayan bir kimsenin kanun yoluna başvurmadan feragat etmesi durumunda kararın kesinleşip kesinleşmeyeceği ve bu kararlara karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği tartışma konusu olmuştur. Tartışma özellikle kanun yoluna başvurudan feragat için mahkeme kararının öncelikli olarak geçerli bir şekilde tebliğ edilmesi gerektiği ancak sonrasında dava ehliyetinin olmadığı ileri sürülen tarafa yapılan tebliğin geçerli olup olmadığı üzerinden yürütülmüştür¹⁵⁷³.

Bu husus bir Alman Federal Mahkemesi kararında¹⁵⁷⁴ şu şekilde değerlendirilmektedir. Karara göre bir taraf yargılama esnasında hukuka aykırı bir şekilde dava ehliyetinin olduğu kabul edilmiş ve esasa ilişkin bir karar verildiyse artık kararın ehliyetsiz kişiye tebliğ edilmesi halinde de bu kimse ehliyetli olarak ele alınmalıdır. Bu sebeple dava ehliyeti olan bir kimsenin gerçekleştirdiği kanun yoluna başvurudan feragat ile ehliyetsiz kişinin gerçekleştirdiği feragat arasında bir fark bulunmayacaktır. Dava ehliyeti eksikliği sebebiyle kesinleşmiş kararlar aleyhine ancak olağanüstü bir kanun yolu olan iptal davası (*Nichtigkeitsklage*) yoluna gidilebilir. Bu sebeple taraf kanun yoluna başvurudan feragat ettiyse, bu işlemi gerçekleştirirken dava ehliyeti eksikliği iddiası ile ancak Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 579. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendi uyarınca iptal davası yoluna başvurabilecektir.

Alman hukuku öğretisi de Federal Mahkeme ile aynı görüştedir. Dava ehliyeti bir kimsenin usûlüne uygun işlem yapabilme ve bu kişilere karşı işlem yapılabilme ehliyetidir. Bir kimsenin bir yargı kararında dava ehliyetinin olduğunun kabulü durumunda artık yargılama esnasında gerçekleştirilen tüm işlemlerin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple karar şekli anlamda kesinleşecek kanun yoluna başvurudan feragat edilmesi durumunda iptal davası yoluna gidilebilecektir¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷² Davadan feragat ve kanun yoluna başvurudan feragat hakkında ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 614.

¹⁵⁷³ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Oda, ss. 106-107.

¹⁵⁷⁴ BGH FamRZ, 1958, s. 58 karar için bkz. Oda, s. 106.

¹⁵⁷⁵ Martin Grundmann, **Der Minderjährige im Zivilprozess**, Studienverlag Brockmeyer, Bochum, 1980, s. 54; Orfanides, Georgios. "Anmerkung zu BGH 25.3.1988", Zeitschrift für Zivilprozeß, **ZZP** **102**, 1989, s. 380; Gaul Friedhelm. "Der Widerruf der Rechtsmittelrücknahme nach rechtskräftigen Verfahrenabschluss unter Berücksichtigung des gleichen Problems beim Rechtsmittelverzicht",

Benzer yönde bir çıkarımın Türk hukuku için de yapılabileceği düşüncesindeyiz. Dava ehliyeti olmayan bir kimsenin bizzat kendisinin ya da temsile yetkili olmayan temsilcinin kanun yoluna başvurudan feragat etmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca yargılamanın iadesi yoluna gidilebilecektir.

5. Dava Ehliyetinin Ele Alınması

a. İstinafta

Bölge adliye mahkemesinde istinaf incelemesi temel iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlar ön inceleme ve esasın incelemedir. Ön incelemede başvurunun esasına girmeye engel teşkil eden şekli hususlar incelenir.

Ön incelemede dikkate alınacak hususlar dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin görev alanına girip girmediği, ilk derece mahkemesi kararının kesin olup olmadığı, başvurunun süresi içinde yapıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği ve başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediğidir. Bu incelemenin temelinde usûl ekonomisi ilkesi yatmaktadır. Esasında bu haller ilk derece mahkemesinde öncelikle incelenmesi, eksikliği durumunda ilk dereceden bölge adliye mahkemesine dosyanın gönderilmemesi gereken halledir. Ön inceleme aşaması bu hususların ilk derece mahkemesince gözden kaçırılması halinde bir daha istinaf aşamasınca incelenmesi amacıyla getirilmiştir¹⁵⁷⁶. Başvuru şartları, istinaf başvurusunun zorunlu şartları olup, dosyanın esasına girilmesini gerektiren esasında usûli yönden inceleme konusu yapılması gereken dava şartları ve diğer hususlarla (m. 353/1-a) karıştırılmamalıdır¹⁵⁷⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 342. maddesinin 2. fıkrasının e bendi uyarınca istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri ve gerekçesi açıkça belirtilmelidir.

Zeitschrift für Zivilprozeß, ZZZ 74, 1961, s. 65; Gerald Güntzel, **Die Fehlerhaftigkeit von Prozesshandlungen der Partei im Zivilprozess und die Möglichkeit ihrer Heilung**, Fotodruck von Erich Mauersberger in Marburg, Marburg, 1966, s. 100, Oda, ss. 106-107.

¹⁵⁷⁶ Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2236; Boztaş, s. 40; Deniz Meraklı Yayla, **Medeni Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 56.

¹⁵⁷⁷ Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2237.

Temyiz başvurusundan farklı olarak istinaf kanun yolunda istinaf sebepleri, dilekçede açıkça belirtilmemişse, ön incelemede istinaf başvurusu kural olarak reddedilecektir (HMK m. 352). Bununla birlikte, istinaf sebepleri ile bağlı olma kuralına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 342. maddenin son fıkrası ile bir istisna getirilmiştir. Bu fıkra göre, istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzası ile başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile ret olunmayıp 355. madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesi ise istinaf incelemesinin, kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağını ancak bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteyeceğini hüküm altına almıştır. Sonuç olarak bölge adliye mahkemesi, kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözeteyecektir.

Bu husus Kanun gerekçesinde¹⁵⁷⁸ “Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren görev kuralına aykırılık bölge adliye mahkemesince re’sen incelenir. Yine dava şartlarının var olup olmadığı bölge adliye mahkemesince re’sen araştırılır. Bunun gibi, re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağlı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler.” şeklinde ifade edilmiştir.

Mahkemenin, uyuşmazlığı esastan inceleyip karara varabilmesi için varlığı veya yokluğu aranan dava şartları, kamu düzeni ile ilgilidir ve yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınır¹⁵⁷⁹. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde genel bir dava şartı olarak düzenlenmiş olan dava ehliyeti eksikliğinde mahkeme bu hususu re’sen göz önünde tutmalıdır.

İstinafta, Kanunda sayılan istisnalar haricinde duruşma yapılması esastır. Bu istisnaların genişletilmesi ve duruşma yapılmaması, Kanunda belirtilen sınırları geçmesi şartıyla başlı başına bir temyiz sebebi oluşturacaktır. Zira, duruşma yapılmaması, yargılamada sözlülük ve doğrudanlık ilkelerinin uygulama bulduğu alandır. İstisnalar dışında duruşma yapılmaması aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkı ihlali sebebiyle adil yargılanma hakkı ihlaline de neden olacaktır¹⁵⁸⁰. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde

¹⁵⁷⁸ www.tbmm.gov.tr, (09.12.2019).

¹⁵⁷⁹ Aktepe Artık, s. 270.

¹⁵⁸⁰ Özekes, Sorularla, s. 60.

bölge adliye mahkemesinin esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verebileceği belirtilmiştir. Dava şartlarına aykırılığın bulunması ise bu haller arasında sayılmıştır. Bu hüküm gereğince dava ehliyeti eksikliği sebebiyle bölge adliye mahkemesi, duruşma yapmadan ilk derece mahkemesine dosyayı geri gönderebilecektir. Ancak, dava ehliyetinin doğrudan hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili olması sebebiyle, taraf şahsen dinlenilmeden bir karar verilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

b. Temyizde

Kararı temyiz edilen mahkeme, temyizle ilgili bir inceleme yapamayacak olsa da temyiz dilekçesinin süresinde verilip verilmediği, kararın temyizi kabil (kesin) bir karar olup olmadığı ve yargılama giderlerinin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı hususunda başvuruyu inceleme yetkisine sahiptir (kıyasen HMK m. 346; m. 344).

Yargıtay'ın temyiz incelemesi de esas olarak iki aşamadan oluşmaktadır. Bunlar ön inceleme ve esasın incelemesidir. Ön incelemede, istinafta olduğu gibi başvurunun esasına girmeye engel teşkil eden şekli hususlar incelenirken (HMK m. 366 atfıyla m. 354 ve Yargıtay Kanunu m. 40/II)esasın incelemede ise temyiz başvurusunun haklı olup olmadığı ve alt derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğu denetlenir (HMK m. 371).

Ön incelemede, dosyanın dairesinin iş bölümüne girip girmediği, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz talebinin süresinde yapılıp yapılmadığı bakımından, ayrıca temyiz şartlarıyla ve diğer usûli yönlerden incelenir (HMK m. 366 atfıyla m. 354 ve Yargıtay Kanunu m. 40/2)¹⁵⁸¹.

Yargıtay, olayı vakıaları tespit eden bir vakıa ve derece mahkemesi değil, salt hukukun ne olduğunu belirleyen ve onun doğru uygulanmasını denetleyen bir denetim mahkemesidir. Yargıtay'ın görevi, olayın belirlenmesini değil, olay belirlenirken usûl kurallarının ve sadece hukuk kurallarının doğruluğunu denetlemektir. Dolayısıyla Yargıtay aşamasında hüküm ve dosya üzerinden bir

¹⁵⁸¹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl C.III, s. 2294.

değerlendirme yapılacaktır¹⁵⁸². Örneğin tam ehliyetsiz bir kimsenin temsilci olmadan dava yürütülmüş ve karar verilmişse, dosya üzerinden bunu tespit eden Yargıtay, kanuni temsilcisi olmayan ehliyetsiz kişiye kanuni temsilci atanması yönünde bir karar veremez. Yargıtay, alt derece mahkemesinin yerine geçemez. Bu yönde bir eksiklik tespit ediyorsa kararı bozmalıdır. Ancak veli ile temsil edilmesi gereken bir küçüğün kanuni temsilcisi olmadan yargılamayı yürütmesi halinde, temyiz kanun yolunda kanuni temsilci yargılamaya dahil olmuş ve açık ya da zımni olarak yapılan işlemlere icazet vermişse alt derece mahkemesinin kararı artık bozulmaz. Çünkü dava ehliyeti eksikliği yargılamanın her aşamasında tamamlanabilir. Nitekim burada eksiklik tamamlanmıştır. Kanuni temsilcisinin atanması için yargılamaya ara verme ya da vesayet makamının kararının bekletici sorun yapılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369. maddesine göre Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir. Esasen bu durum Yargıtay'ın sadece hukuki denetim yapmasının doğal bir sonucudur. Çünkü mahkemeler kural olarak tarafların belirttikleri hukuki sebeplerle bağlı değildir (HMK m. 33). Sonuç olarak hukuki denetim yapan Yargıtay, tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleri ile bağlı değildir¹⁵⁸³, temyiz sebeplerini re'sen gözetebilir¹⁵⁸⁴. Benzer bir şekilde Alman hukukunda da bu eksiklik re'sen göz önüne alınmaktadır¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸² Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2299.

¹⁵⁸³ Oda, s. 74.

¹⁵⁸⁴ Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2297.

¹⁵⁸⁵ Musielak ve Voit, §547, Rn. 9; Koch, in Saenger Zivilprozessordnung, §547, Rn. 13; Krüger, MüKo, §547, Rn. 13. Alman hukukunda kanun yolu mahkemesinin dava ehliyeti eksikliği re'sen gözetmesinin ilk derece yargılamasına benzer bir şekilde re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu, mahkemenin re'sen delilleri toplayabileceği anlamına gelmediğini belirtilmektedir. Alman hukukunda ilk derece yargılamasında olduğu gibi kanun yollarında da ispat yükünün hangi tarafın üstünde olması gerektiğine ilişkin tartışmalar yürütülmüştür. Öğretide bir görüş (Bork), kanun yoluna başvuran tarafın esasa ilişkin karar almaya çalıştığını bu sebeple ispat yükünün bu tarafın üstünde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bknz. Bork, ZJP 103 (1990), s. 470; Oda, s. 74. Türk hukukunda ise bu tartışmaların temyiz kanun yolunda, dosya üzerinden dava ehliyetine ilişkin kesin bir tespitin yapılamaması durumunda önem göstereceğini düşünmekteyiz. Dava ehliyetinin belirsiz (non liquet) kalması durumunda, temyiz yolu başvurusu reddedilmemelidir. Aksine, bu durumun belirsizliği bir bozma sebebi olarak değerlendirilmelidir. *"Davada, davalı kadının ruhsal rahatsızlığı ileri sürülmüş ve bu iddia dosya arasındaki bir kısım delille de doğrulanmıştır. Bu nedenle, mahkemece verilen 18.06.2015 tarihli ilk hüküm Dairemizin 2015/20823 esas, 2016/14321 karar sayılı ilamı ile "davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması, taraf ve dava ehliyeti yönünden bu durumun ön sorun sayılarak yargılamanın bekletilmesi" gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada, davalı kadın hakkında aldırılan ... Devlet Hastanesinin 23.02.2017 tarih ve 11.41 numaralı sağlık kurulu raporunda*

6. Dava Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti ve Aleyhe Değiştirme Yasağı

a. Alman Hukukunda

Davacı, davasını kısmen ya da tamamen reddeden ilk derece mahkemesinin kararına karşı, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile kanun yoluna başvuruyorsa, kanun yolu merciinin bu başvuruyu Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 56. maddesinin 1. fıkrasına göre re'sen gözetmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 536. maddesinde ilk derece mahkemesi kararlarının sadece değişiklik talep edildiği ölçüde değiştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 536. maddesi, yargı kararını iyileştirme (*reformatio in melius*) şeklinde bir modifikasyona izin vermez. Alman Medeni Kanunu'nun 308. maddesinde de benzer şekilde ilk derece mahkemesinin tarafların talepleri ile bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu yönde bir başvuru yoksa Kanun, bir önceki mahkemenin kararını kötüleştirmeye (*reformatio in peius*) izin vermemektedir. Bu hükümler doğrultusunda Alman hukukunda dava ehliyetine ilişkin bir eksikliğin tespiti durumunda, özellikle, istinaf aşamasında aleyhe değiştirme yasağının geçerli olup olmadığı tartışma konusu olmuştur¹⁵⁸⁶.

"hastanın yaklaşık 18 yıldır bipolar affektif bozukluk tanısı ile takip ve tedavisinin devam ettiği, zaman zaman yatışlarının olduğu, bu hastalığın ataklarla seyreden kronik bir hastalık olup, hastalığın atak dönemlerinde hastaya kısa süreli vasi tayini gerekebileceği, hastanın şu an hastalığın aktif döneminde olmayıp kısmi remisyon halinin sürdüğü, mevcut hali ile hastaya vasi atanmasının gerekmediği, mahkemece dinlenilmesinde fayda bulunduğu" yönünde görüş mütalaa edilmiş, bunun üzerine mahkemece yargılamaya devamla işin esası hakkında hüküm kurulmuştur.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (*resen*) gözönünde tutulur. Her ne kadar mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada ... **Devlet Hastanesinden davalı hakkında vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğine yönelik kurul raporu aldırılmış ise de raporda da belirtildiği üzere kadının çok uzun süredir kronik bipolar affektif bozukluk hastası olduğu, zaman zaman yatarak da tedavilerinin devam ettiği ve atak dönemlerinde vasi tayini gerekebileceği yönündeki mütalaalar da dikkate alındığında bahsi geçen kurul raporunun davalı kadının fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olmadığı anlaşılmaktadır.**

Bu durumda dosyada toplanan tüm deliller bir küll halinde değerlendirildiğinde, davalı kadının vesayet altına alınmasını gerektirecek bir rahatsızlığının olup olmadığının tekrardan araştırılması gerekmiştir. O halde mahkemece, davalı kadın adına olan tüm tedavi kayıtları ile birlikte eldeki dava dosyası, alınan tüm sağlık kurul raporları hep birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, Adli Tıp Genel Kurulundan görüş alınmak suretiyle oluşacak sonucuna göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2018 tarihli, E. 2017/6699, K. 2018/12208 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (22.07.2019).

¹⁵⁸⁶ Tartışmalar için bkznz. Oda, s. 83 vd.

Alman hukukunda öncelikli olarak öğretide ve yargı kararlarında dava şartlarına ilişkin eksikliğin aleyhe değiştirme yasağı kapsamına girmediği, bu durumun aleyhe değiştirme yasağının bir istisnası olduğu belirtilmiştir¹⁵⁸⁷. Burada, aleyhe değiştirme yasağının tasarruf ilkesi ile yakından ilişkili olduğu kabul edilmiş ve bu yasağın sadece tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri hususlarda geçerli olacağı üzerinde durulmuştur. Ancak dava şartlarının hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken hususlar olması sebebiyle bu hususta, tarafların herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple dava şartlarının aleyhe bozma yasağının birer istisnası olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁸⁸.

Öğretide, son zamanlarda öncelikli olarak bu hususta Blomeyers'in itirazları¹⁵⁸⁹ doğrultusunda bu görüş, eleştiriler almaya başlamıştır. Özellikle Rimmelspacher, dava şartlarının re'sen gözetilecek olmasının, aleyhe değiştirme yasağı için bir istisna oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Yazar, maddi hukuk normları ile usûl hukuku normlarının istinaf aşamasında herhangi bir farklılık teşkil etmediğini ileri sürmektedir¹⁵⁹⁰. Ancak yazarın bu görüşü her ne kadar esasa ilişkin hususlar ile usûle ilişkin hususların incelenmesinde herhangi bir farklılık olmasa da bunlar için aynı esasların geçerli olmayabileceği belirtilerek eleştirilmektedir¹⁵⁹¹. Grunsky de aynı yönde dava şartlarına ilişkin aykırılıkların aleyhe değiştirme yasağının bir istisnası olmaması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁹². Bu görüşe göre, ilk derece yargısında kısmen haklı bulunan davacı, herhangi bir itirazda bulunmazsa karar bağlayıcı olarak kalacaktır. Bu durumda, dava ehliyeti eksikliği tespit edilmeden kalır. Böylece ilk derece mahkemesinin kararında görünür bir hata yoktur. İstinaf mahkemesinin, başvuru önüne gelmeden tarafların dava ehliyetlerinin olup olmadığına dair bir inceleme yapmasına izin verilmemiştir. İstinaf mahkemesi, böyle bir eksiklik söz konusu olduğunda re'sen harekete geçemeyecektir. Ortada bir istinaf

¹⁵⁸⁷ BGHZ 18, 98, s. 106; OLG Celle MDR 1953, s. 111, 112; OLG Köln NJW 1967, s. 114; OLG Hamm NJW 1972, s. 2047; OLG Dusseldorf NJW 1976, s. 114, 115; Botticher Eduard. "Reformatio in peius und Prozessurteil", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ZJP 65, 1952, s. 467; Oda, s. 82.

¹⁵⁸⁸ Oda, s. 82.

¹⁵⁸⁹ Blomeyer, s. 528 vd.

¹⁵⁹⁰ MünchKommZPO-Rimmelpacher, § 536, Rn. 19.

¹⁵⁹¹ Oda, s. 86

¹⁵⁹² Oda, s. 87; Stein, Jonas ve Grunsky, 21. Aufl., § 536, Rn. 7; Schellhammer, Rn. 1034.

başvurusu söz konusu olmadığı sürece mahkemenin bu hususu re'sen gözetmesi herhangi bir anlam ifade etmez¹⁵⁹³.

Alman hukuku öğretisinde, dava ehliyeti eksikliğinin ilk derece mahkemesinin kararına itiraz edilmeyen kısmını ilgilendirdiği ölçüde, hükmün şekli anlamda kesin hüküm ifade edeceği ve bu durumun dava ehliyeti eksikliğini iyileştirdiği de ileri sürülmüştür¹⁵⁹⁴.

Alman yargı kararlarında ise bu karşı görüş, ilk olarak 1970 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararında dile getirilmiştir. Mahkeme, dava ehliyeti eksikliğinin aleyhe düzeltme yasağı kapsamına girip girmeyeceği hakkında tam bir görüş bildirilmese de hakim olan görüş hakkında şüphelerini belirtmiştir¹⁵⁹⁵. Bu hususta ilk karar ise 1985 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararıdır. Bu karara göre, mahkeme re'sen araştırma ilkesi ile aleyhe hüküm verme yasağı karşı karşıya geldiğinde, re'sen araştırma ilkesinin bir önceliği yoktur. Her ihlal edilen hak bakımından özel bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Burada ihlal edilen usûl hukuku hükümlerinin aleyhe değiştirme yasağından daha ağırlıklı olup olmadığının üstünde durulması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁹⁶. Alman hukukunda pek çok yargı kararında re'sen inceleme ilkesinin aleyhe değiştirme yasağı üzerinde bir önceliği bulunmadığı vurgulanmıştır¹⁵⁹⁷.

Esasa ilişkin bir karar aldıktan sonra, istinaf aşamasında, bu yönde talebi bulunmayan taraf aleyhine, usûle ilişkin bir sebep ile bu kararın kaldırılması doğru bulunmamaktadır. Çünkü istinafa başvuran taraf, bu konuda herhangi bir başvuruda bulunmasaydı dava ehliyeti eksikliğine rağmen ortada geçerli ve icra edilebilir bir karar olacaktı. Bu sebeple sadece taraflardan birinin istinaf yoluna başvurması durumunda, bu tarafın aleyhine bir durum ortaya çıkmamalıdır¹⁵⁹⁸. Bir dava şartı olarak dava ehliyeti eksikliğinin tespitinin re'sen gözetilebilecek olması, aleyhe değiştirme yasağının bir istisnası olacağı anlamına gelmemektedir. Bu husus ancak

¹⁵⁹³ Oda, s. 87.

¹⁵⁹⁴ Oda, s. 87.

¹⁵⁹⁵ İlgili kararda sadece istinaf yoluna başvuran davacının istinaf aşamasında dava ehliyetinin olmadığı yönünde karar verilmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi, somut olayda davacının ehliyetli olduğu tespitine varmış aynı zamanda aleyhe karar verme yasağına ilişkin tartışmalarda da bulunmuştur. Karar için bkz. NJW 1970, s. 1683, www.beckonline.com, (09.12.2019)

¹⁵⁹⁶ BGH NJW 1986, s. 1494, 1496, www.beckonline.com, (09.12.2019).

¹⁵⁹⁷ Oberlandesgericht Koblenz: Urteil vom 18.12.2008 – 6 U 564/08; BGH, Urteil vom 30. 11. 2012 – V ZR 245/11; OLG München (lexetius.com/2012,6179), BGH, Beschluss vom 25.04.2018 - XII ZB 414/16.

¹⁵⁹⁸ Oda, s. 84; Schellhammer, Rn. 1034; Stein, Jonas ve Grunsky, 21. Auflage, § 56, Rn. 6.

diğer taraf da katılma yolu ile istinaf yoluna başvurursa mahkeme tarafından re'sen gözetilebilecektir¹⁵⁹⁹.

Alman hukuku öğretisinde bu içtihatlar karşı, dava ehliyetinin aleyhe değiştirme yasağının bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, dava ehliyeti öncelikli olarak ehliyetsiz kişilerin korunmasına hizmet eder. Usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmeyen taraflar yargılamayı doğru bir şekilde yürütemeyeceklerinden, dava ehliyeti eksikliği halinde esasa ilişkin bir karar verilmeyeceği hüküm altına alınarak korunmuşlardır. Ancak aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi, bu koruma fikrini zedeleyebilir. Dava ehliyeti eksikliğinin tespit edilmesi ve kanun yolunda buna göre bir karar verilmesi, dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin kısmi bir karar elde etmesine engel olsa da, ehliyetsiz kimsenin korunması prensibine aykırı düşer. Dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin korunması prensibi göz önüne alındığında dava ehliyetine sahip olmayan kişi aleyhine değiştirme yasağının uygulanmaması bir istisna olarak kabul edilebilir¹⁶⁰⁰.

b. İsviçre Hukukunda

İsviçre medeni usûl hukukunda da Türk hukukuna benzer bir şekilde genel kural taleple bağlılık ilkesi uyarınca sadece taraflardan biri kanun yoluna başvurmuş ise bu taraf aleyhine kanun yolunda bir önceki mahkemenin kararından daha aleyhe bir karar verilmemesi gerektiği yönündedir. Ancak diğer taraf da kanun yoluna başvurmuşsa, artık aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁰¹.

İsviçre hukukunda da re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerde, aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁰². Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerde mahkemenin tarafların talepleri ile bağlı olması prensibi tamamen askıya alınır. Taraflar hiçbir başvuruda bulunmasa dahi mahkeme bu hususları göz önüne alabilecektir¹⁶⁰³. Bu sebeple İsviçre hukukunda

¹⁵⁹⁹ Oda, s. 85.

¹⁶⁰⁰ Oda, s. 90.

¹⁶⁰¹ Staehelin, Staehelin ve Grolimund 480, Rn. 18

¹⁶⁰² Staehelin, Staehelin ve Grolimund s. 480, Rn. 19.

¹⁶⁰³ Staehelin, Staehelin ve Grolimund, s. 140, Rn. 12.

dava şartları açısından aleyhe değiştirme yasağı geçerli olmamaktadır. Dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik bulunması halinde mahkeme bu hususu gzetebilecektir.

c. Türk Hukukunda

Türk medeni usûl hukukunda, Alman ve İsviçre medeni usûl hukuklarına benzer bir şekilde aleyhe değiştirme yasağının olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁶⁰⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 26. maddesinde yer alan taleple bağlılık ilkesi, aleyhe değiştirme yasağının hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰⁵.

Taleple bağlılık ilkesinin istinaf aşamasında da geçerli olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 355. maddesinden de anlaşılmaktadır. Bu hüküm gereği istinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacaktır ancak kamu düzenine aykırılık durumu söz konusu olduğunda bölge adliye mahkemesi, bu durumu re’sen gzetecektir. Bunun yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 360. maddesinde ise aksine hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağı düzenlenmiştir.

Taleple bağlılık ilkesinin temyiz incelemesi bakımından da geçerli olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan sistematik yorum yapıldığında taleple bağlılığı düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 26. maddesinin temyiz aşamasında da geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Çünkü bu hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “*Genel Hükümler*” adlı Birinci Kısımının “*Yargılamaya Hakim Olan İlkeler*” başlıklı İkinci Bölümünde yer almaktadır. Bu ilkelerin sadece ilk derece yargılamasında değil, kanun yolları aşamasında da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda medeni usûl hukukunun aksine aleyhe değiştirme yasağı açık olarak düzenlenmiştir. Bu Kanun’nun 283. maddesinde istinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. Bununla birlikte bu yasağın temyiz (CMK m. 307/4) ve yargılamanın yenilenmesinde (323/2) de geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁰⁵ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Atalı, s. 28 vd.

¹⁶⁰⁶ Meriç, s. 229; Atalı, s. 29.

Taraflardan sadece birinin kanun yoluna gitmiş olduğu kararın, kanun yoluna başvuran tarafın aleyhine değiştirilemeyecek olmasına aleyhe değiştirme yasağı denilmektedir¹⁶⁰⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanununda aleyhe değiştirme yasağı her ne kadar açıkça düzenlenmemiş olsa da aynı Kanun'un 26. maddesine dayanılarak, medeni usûl hukukunda aleyhe bozma yasağının geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Genel kural kanun yollarında aleyhe değiştirme yasağının geçerli olması olsa da bazı hallerin bu kuralın istisnasını oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰⁸

İstinaf yoluna başvuran kişinin, dilekçesinde istinafa başvuru sebeplerini gerekçeleri ile birlikte açıkça belirtmesi aranmış olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesinde kamu düzenine aykırılık halleri dışında istinaf incelemesinin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı ayrıca düzenlenmiştir. Burada görüldüğü üzere her ne kadar esas olan tasarruf ilkesi olsa da istisnai olarak, kamu düzenini ilgilendiren durumlarda, kamu düzenini ilgilendiren hallerde hakim kendiliğinden bu hukuka aykırılıkları bir istinaf başvuru sebebi olarak değerlendirebilecektir. Dava ehliyeti eksikliği, mutlak bir başvuru

¹⁶⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, “**Hukuk Usûlünde Aleyhe Bozma Yasağı**”, AÜHFD, C: XXX, S. 1-4, 1973, ss. 135-144; Murat Atalı, **Medeni Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014; Kuru, Hukuk Muhakemeleri, s. 739; Özekes, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 2171, Görgün, s. 441; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, ss. 551-552; Muşul, s. 540.

¹⁶⁰⁸ “*Açılan bir davada mahkemece işin esasının incelenebilmesi için bulunması veya bulunmaması gereken şartlara dava şartı denir. Bulunması gereken dava şartlarından birisinin olmaması veya bulunmaması gereken dava şartlarından birisinin olması halinde mahkemece herhangi bir inceleme yapılmadan dava reddedilmelidir. Bu koşullar kamu düzeni ile ilgili olduğundan taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkemece resen gözetileceği gibi, karar temyiz edildiğinde de aleyhe bozma yasağı uygulanmaz.*

Temyize konu dava, davacı taraf “... 'e vekaleten ...” gösterilerek Av. ...'un yetkilendirdiği Av. ... tarafından vekil sıfatı ile açılmıştır. ... 5. Noterliğinin ... yevmiye numaralı belgesi ile düzenlenen vekaletname incelendiğinde bu vekaletnamenin ... tarafından Av. ...'un vekil tayin edilmesi için verildiği, bu vekaletnamede davacı ... tarafından adı geçen avukatın vekil sıfatı ile tayin edildiğine dair bir hususun bulunmadığı görülmektedir. Her ne kadar, davacı asılın avukat olmayan temsilcisi ...'e verdiği vekaletnamede avukat tutma hususunda özel bir yetki varsa da dava açarken kullanılan vekaletname, davacı asılın avukat olmayan temsilcisine verdiği vekaletnameye istinaden düzenlenmediğinden davayı açan vekil, davaya vekalet ehliyetine sahip bulunmamaktadır ve dosyada usûlüne uygun düzenlenmiş bir vekaletname de bulunmamaktadır. Mahkemece, HMK'nın m.114/1-f'de düzenlenen dava şartı bulunmadığından HMK'nın 115/2 maddesi gereği davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar vermesi gerekirken işin esasına girilmiş olması doğru görülmemiş hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 16.11.2017 tarihli, E. 2017/3375, K. 2017/9505 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (20.07.2019). Aleyhe değiştirme yasağının istisnaları olarak, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, hakim talepten başkasına karar verebildiği durumlar, hakim usûl hukuku gereği olarak re'sen hareket ettiği durumlar (örneğin, dava şartlarının incelenmesi, hakim hukuku re'sen uygulaması, yargılama giderleri), çekişmesiz yargı alanı gösterilmektedir. Bu hususta bkz. Atalı, ss. 128-156; Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2184; Görgün, s. 442; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, ss. 552; Muşul, s. 540.

sebebi olduğundan bu husus belirtilmesi dahi bölge adliye mahkemesince dikkate alınacaktır.

Temyiz kanun yolunda da dava şartlarına aykırılık bulunması bozma sebebi olarak gösterilmiştir (HMK m. 371/1-b). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilecektir.

Dava ehliyetinin bir dava şartı olarak düzenlenmesi sebebi ile yargılamanın her aşamasında eksikliği hakim tarafından re'sen gözetilecektir (HMK m. 114). Dava ehliyetinin yargılamanın her aşamasında gözetilmesi, sadece ilk derece yargılamasında gözetilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bir dava şartı olarak dava ehliyetinin gözetilmesi ilk derece mahkemelerinin yanı sıra kanun yolu denetimi yapan diğer mahkemeler için de bir ödevdir¹⁶⁰⁹.

Önceki derecede, dava ehliyeti eksikliğine rağmen esas hakkında bir karar verilmişse kural, kanun yolu mahkemesinin bu eksikliği açıkça ileri sürülmemiş olmasına rağmen re'sen dikkate almasıdır. Dolayısıyla dava ehliyeti eksikliği durumunda da kanun yolu mahkemesinde bir önceki derece verilmiş olan esasa ilişkin kararın ortadan kaldırılması gerekmektedir. Eğer sadece taraflardan birisi kanun yoluna başvurmuşsa bu durum aleyhe hüküm verme sonucunu ortaya çıkarır¹⁶¹⁰. Burada esas hakkında verilen bir karar kanun yolu aşamasında kaldırılmaktadır. Türk hukukunda dava şartlarının kanun yolu incelemesinde re'sen dikkate alınmasının aleyhe hüküm verme yasağının bir istisnası olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple kanun yolu mahkemesinin dava ehliyeti eksikliğini göz önünde tutarak esas bakımından herhangi bir denetime girişmeksizin kararın usûlden bozulmasına ya da ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar vermesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁶¹¹. Bizce de dava şartlarının gözetilmesinde re'sen araştırma ilkesinin esas olması sebebiyle dava ehliyetine ilişkin bir eksikliğin göz önünde bulundurulmadan karar verilmesi durumunda, taraflardan sadece biri kanun yoluna başvurursa dahi kanun yolu mahkemesi bu hususu göz önüne almalıdır.

¹⁶⁰⁹ Atalı, s. 143; Özekes, Pekcanitez Usûl III, s. 2184; Görgün, s. 442; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, ss. 552; Muşul, s. 540.

¹⁶¹⁰ Atalı, s. 145.

¹⁶¹¹ Atalı, s. 143; Özekes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2184; Görgün, s. 442; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 552; Muşul, s. 540.

Dava ehliyeti eksikliği bu kapsamda aleyhe değiştirme yasağı kapsamına girmemelidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kararın usûlden bozulması kararının, esasa ilişkin bir bozma kararının aksine uyuşmazlığı maddi hukuk bakımından nasıl olması gerektiği hakkında bir açıklık getirmediğidir. Usûle ilişkin kararın maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaması nedeniyle, aynı talebin tekrar mahkeme önüne getirilebilmesinin mümkün olması sebebiyle usûle ilişkin söz konusu bozma kararıyla ortaya çıkan aleyhe hüküm verilmiş olma durumu nihai değil ancak geçicidir¹⁶¹².

7. İnceleme Sonucu Verilecek Karar

a. İstinafta

Ön inceleme aşaması sonunda, dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesine devam edecektir (HMK m. 353).

İstinaf mahkemesi, bir üst derece mahkemesi olarak yerel mahkeme kararını denetleyerek, kararın usûl veya esas açısından hiçbir eksiklik içermediği kanaatine varırsa istinaf başvurusunu reddeder (HMK m. 353/I-b-1). Ancak istinaf başvurusu usûl ve esas yönünden hiçbir eksiklik ya da hata içermiyorsa istinaf başvurusu reddedilmelidir. İstinaf başvurusu haklı bulunur ise istinaf sebebine göre bölge adliye mahkemesi çeşitli kararlar verebilecektir. Öncelikli olarak bölge adliye mahkemesi esas incelemenden ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak gönderme kararı verebilir (HMK m. 353/I). Bunun yanı sıra ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak kısmen ya da tamamen kabul kararı verebileceği gibi (HMK m.353/I-b) , ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak esastan reddine de karar verebilir (HMK m.353/I-b-1). Ayrıca bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını kaldırılarak düzeltilerek yeniden karar verilmesi kararı verilebilir (HMK m.353/I-b-2). İstinaf başvurusunun haklı bulunması halinde bölge adliye mahkemesince verilen karar, Yargıtay'ın bozma kararından tamamen farklıdır. Çünkü sadece ilk derece

¹⁶¹² Atalı, s. 145.

mahkemesi kararın yanlış bulmakla yetinmemekte, aynı zamanda asıl dava hakkında yeniden karar verilmektedir¹⁶¹³.

Dava ehliyeti, istinaf ve temyiz kanun yolunda da inceleme yapılmadan önce bulunması gereken bir şarttır. Bölge Adliye Mahkemeleri de kamu düzenine ilişkin olan dava şartlarının dolayısıyla dava ehliyetinin mevcudiyetini göz önünde tutmak zorundadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353. maddesine göre dava şartlarına aykırılık durumunda, bölge adliye mahkemesi esas incelemeyi kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için duruşma yapmadan dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar vereceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde davanın veya karşı davanın açılmamış sayılması da istinaf mahkemesinin geri gönderme kararı vermesi gereken hallerden biri olarak düzenlenmiştir (HMK m. 353, I, a, 5). Bu durumlarda istinaf mahkemesinin dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkün hâle getirilmiş ve duruşma yapılması nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel gecikmeler önlenmek istenmiştir¹⁶¹⁴.

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin nedenlerinden biri, ilk derece yargılamasını hükümsüz kılan ve tarafların temel yargısal haklarını ihlal eden usûl hatalarının ihlal edilmiş olmasıdır. Dava ehliyeti eksikliğinden kişinin hukuki dinlenilme hakkı gibi temel yargısal hakları ihlal edilmektedir¹⁶¹⁵. Alman hukukunda da benzer şekilde ilk derece yargılamasında önemli bir yargılama hatasının yapılmış olması halinde, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilebileceği düzenlenmiştir (ZPO m. 538). Bu haller Türk hukukunda¹⁶¹⁶ olduğu gibi Alman

¹⁶¹³ Özokes, Pekcanitez Usûl, s. 2274; Özokes, Sorularla, s. 82.

¹⁶¹⁴ Melis Taşpolat Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, **TBB Dergisi**, Sayı: 134, 2018, s. 334. “HMK md. 353/1a ile düzenlenen gönderme kararının verilmesini gerektiren durumlar çok temel usûl hataları olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili maddede altı bent olarak sayılan bu hususların tümünün ortak özelliği bu hatalar sonucunda gerçek bir ilk derece yargılamasının yapılmaması olarak belirtilebilir. İstinaf mahkemesi gönderme kararı verirken sadece denetim görevini yerine getirmektedir. Bu hâllerde ilk derece yargılamasında gerçek bir yargılama mevcut değildir. Zira bir davanın esasına girilmesi ve incelenmesi için ilk derece yargılamasını hükümsüz kılan ve tarafların temel yargısal haklarını ihlâl eden usûl hataları mevcuttur ya da usûlden bakılması gereken bir davaya bakılmamış veya ilk derece mahkemesinde davanın esas hakkında doğru bir kararın oluşmasına yetecek derecede inceleme yapılmasını engelleyen asgari bir inceleme yapılmamıştır” Tuğsavul, s. 340; Pekcanitez, Pekcanitez Medeni Usûl, ss. 2271-2272.

¹⁶¹⁵ Tolga Akkaya, “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, **MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya)**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, s. 144.

¹⁶¹⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, s. 600; Karaaslan, s. 222. Karaaslan’a göre maddenin bugünkü şekliyle korunması durumunda istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesine dosyayı geri gönderebilmesi için maddede sayılan nedenler haricinde başka bir nedene başvurulamaz. İstinaf

hukukunda¹⁶¹⁷ da istisnaidir. Her ne kadar geri göndermeye konu oluşturabilecek yargılama hataları tek tek sayılmasa da Alman hukuku öğretisinde Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 547. maddesinde sayılan mutlak temyiz sebeplerinin geri gönderme sebebi olarak da değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶¹⁸.

Dava şartı eksikliği sebebi ile davanın usûlden reddine karar verilmişse, henüz davanın esasının incelenmediği ve bu sebeple dosyanın esası hakkında karar verilebilmesi için ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Tarafların ilk derecede yargılanma hakkının korunabilmesi için davanın esası hakkında öncelikle ilk derece mahkemesi tarafından yargılama yapılması ve karar verilmesi gerekmektedir¹⁶¹⁹.

Öğretide, dava şartlarına aykırılık bulunması ifadesi ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararlara göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. İlk derece mahkemesinin dava şartı eksikliğini gözetmeden esasa ilişkin karar vermesi hali bunlardan ilkidir. Öğretide bir görüş dava şartlarına aykırılık olması halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Bunun temel gerekçesi olarak da ilk derece mahkemesine gönderilse dahi burada yeniden bir tahkikat yapılmayacak olmasıdır. Bu görüş örnek olarak, kesin hüküm, yargı yolu, hukuki yarar gibi dava şartlarını örnek göstermektedir¹⁶²⁰. Bu örnek içerisine bazı hallerde dava ehliyetini katabiliriz. Örneğin, davacının, davada ehliyetsiz olduğu tespit edilmiş ve kanuni temsilcisinin de davaya açık bir şekilde icazet vermemiş olduğu dosyadan açık bir şekilde anlaşılıyorsa ancak ilk derece yargılamasında bu

mahkemesine bu konuda bir takdir hakkı tanınmadığı sürece sayımın sınırlı olarak kabul edilmesi hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir. Maddede sayılmayan diğer usûl hataları için ancak bu yönde bir kanun değişikliği yapılacak olursa geri gönderme sebebi olarak kabul edilebilirler. Maddenin ele alınış biçimi örneksime yolunu değil, tahdidi sayımı hedeflemiştir. Bu hususta bkz. Karaaslan, s. 233.

¹⁶¹⁷ Musielak ve Voit, §538, Rn. 2; Karaaslan, s. 223.

¹⁶¹⁸ Musielak ve Voit, §538, Rn. 9. Aynı yönde mahkeme kararları için bkz. BGH NJW 2011, 769; BGH, NJW 1992, 2099, www.beckonline.com, (25.07.2019)

¹⁶¹⁹ Akkaya, Mihbir, s. 144; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 537; Özekes, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2272.

¹⁶²⁰ Akkaya, Mihbir, s. 120; Karaaslan, s. 229 vd. Bununla birlikte Akkaya, dava ehliyeti, davayı takip yetkisi veya davaya vekalet ehliyeti gibi dava şartlarının ilk derece yargılamasının sona ermesini takiben tamamlanması durumunda dahi istinaf mahkemesinin kararı kaldırarak dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine göndermesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre kendisini davada temsil etme yeteneği olmayan kişiler ya da yetkisiz temsilciler huzurunda görülen dava baştan sona hükümsüzdür. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi uyarınca dava usûlden reddedilemeyecek olsa da dava ehliyetine ilişkin eksikliğin sonradan giderilmesi ilk derece yargılamasındaki usûli sakatlığı ortadan kaldırmaz ve davanın esasına ilişkin istinaf denetimine izin vermez. Akkaya, İstinaf, s. 329.

hususlar kararı veren mahkeme tarafından göz önünde tutulmamışsa artık burada bölge adliye mahkemesinin karar verebileceği düşüncesindeyiz. Burada ilk derece mahkemesinin yeniden yargılama yapmasını gerektiren bir durum yoktur. Aksine, ilk derece mahkemesi dava ehliyetini göz önünde tutmadan yargılamaya devam etmiş ve esasa ilişkin bir karar vermiştir. Benzer bir durum, davanın açılıp yürütülmesinin belli bir makamın iznine bağlı olduğu hâllerde, izin belgelerinin teslim edilmemesine rağmen esasa ilişkin bir karar verilmesi durumunda da geçerli olabilir. Burada istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesine geri göndermeden davanın açılmamış sayılmasına karar verebilmelidir. Nitekim Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 538. maddesinin ikinci fıkrasında istinaf mahkemesinin dosyayı ancak başka işlemler yapılması gerekiyorsa ilk derece mahkemesine geri göndermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hükümün aksinden, ilk derece mahkemesince başkaca bir işlem yapılmasına gerek duyulmuyorsa, istinaf mahkemesinin artık dosyayı karara bağlaması gerekeceği anlaşılmaktadır. Burada genel olarak, sayılan haller ancak ilk derece mahkemesinin başka işlemler yapmasını gerektiriyorsa, geri gönderme sebebi olarak kabul edilebilir. Burada, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 538. maddesinin ikinci fıkrasına benzer şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde sayılan haller için de böyle bir hüküm getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesi dava şartlarına ilişkin olarak açık bir düzenleme getirmiştir. Mevcut düzenleme göz önüne alındığında dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik sebebi ile dosyanın doğrudan ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Burada altını çizmek istediğimiz husus ise bu görüşümüzün bölge adliye mahkemesinin başkaca bir işlem yapmayacak olduğu hallere ilişkin olmasıdır. Dava ehliyeti eksikliği giderilebilecekse ya da izin belgesi tamamlanabilir nitelikte ise bu eksikliğin giderilmesi için bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermelidir. Kanuni temsilci atanması sebebiyle yargılamanın ertelenmesi (HMK m. 56) ya da izin belgesinin alınması için mahkeme müracaat edilmesi gerekiyorsa ilgiliye müracaatı için kesin süre verilmesi (HMK m. 54/II) ilk derece mahkemesi tarafından yapılması gereken işlemlerdir. Burada ilk derece mahkemesi tarafından eksiklik tamamlanırsa esas hakkında da karar verilebilecektir. Diğer halde doğrudan bölge adliye mahkemesi süre vermeden davayı açılmamış

sayacak ya da usûlden reddedecek ve esasa hakkında inceleme yapılma imkanı varken bu göz ardı edilerek usûl ekonomisi ilkesine aykırı şekilde taraflar zarara uğratılacaktır.

Bununla birlikte eğer dava ilk derece mahkemesinde bir dava şartı eksikliği sebebi ile usûle aykırılıktan reddedildiyse, ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkündür. Çünkü burada sadece davanın kabule şayan olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmış, esasa ilişkin bir incelemeye geçilmemiştir. Nitekim Alman Medeni Usûl Kanunu'nun geri göndermeyi düzenleyen 538. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesinde ilk derece mahkemesinin usûle aykırılık sebebiyle davanın reddine karar verildiği hallerde geri göndermeye karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde ilk derece mahkemesinin caizlik şartları dışında usûle ilişkin başka bir nedenle davanın esası hakkında karar verememesi durumunda bu hükmün kıyasen uygulanacağı ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin mahkeme usûle aykırı olarak tarafların davayı kabul ettiği ya da sulh olduğu yönünde karar vermişse bu halde de ilk derece mahkemesine dosya gönderilebilecektir¹⁶²¹. Çünkü burada yargılamayı sonlandıran bir taraf usûl işleminin bulunması sebebiyle esasa ilişkin bir yargılama yürütülmemiştir.

Bununla birlikte Akkaya, dava ehliyeti, davayı takip yetkisi veya davaya vekalet ehliyeti gibi dava şartlarının ilk derece yargılamasının sonra ermesini takiben, istinaf derecesinde tamamlanırsa, istinaf mahkemesi dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶²². Kanaatimizce de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin ikinci fıkrası gereğince artık yargılamaya devam edilmelidir.

Gönderme kararı dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlayacağından ilk derece mahkemesi bu çerçevede işlem yapmak durumundadır. Bölge adliye mahkemesinin bu şekilde verdiği gönderme kararlarının kesin olduğu yine Kanunda açıkça belirtilmiştir (HMK m. 353/I-a). İstinaf mahkemesi gönderme kararı verdiğinde dosya kendisine gönderilen mahkeme istinaf mahkemesinin belirttiği şekilde eksikliği tamamlayıp yeni bir karar verecektir. Dosya kendisine gönderilen mahkeme, bölge adliye mahkemesinin belirttiği şekilde eksikliği tamamlayıp yeni karar verdiğinde şartları sağlaması halinde bu karara karşı tekrardan

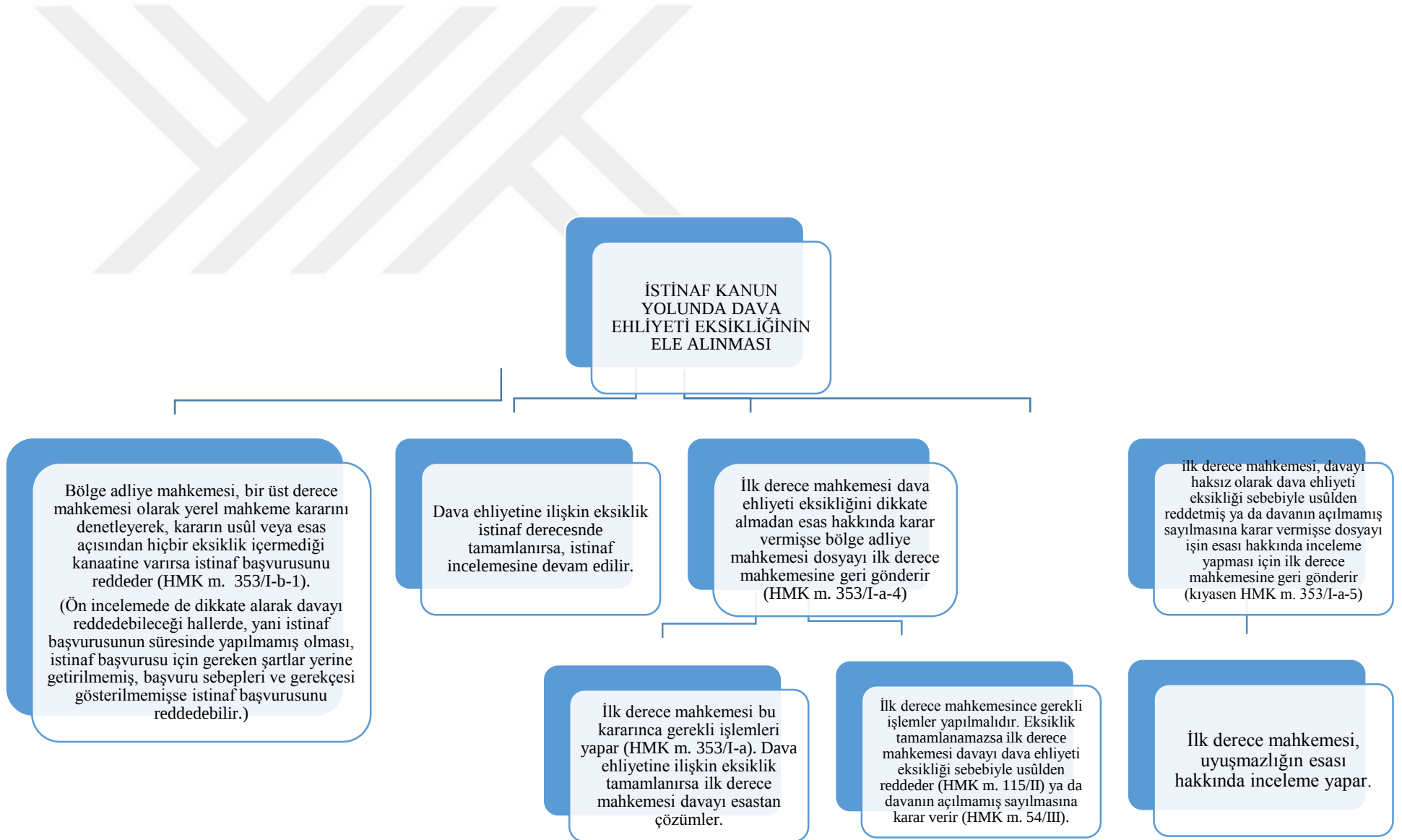
¹⁶²¹ Musielak ve Voit, §538, Rn. 22; Prütting ve Gehrlein, §538, Rn. 24; Akkaya, Mihbir, ss. 120-121.

¹⁶²² Akkaya, Mihbir, s. 166.

istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilecektir. Ancak taraf, dava ehliyeti ya da dava takip yetkisi bulunmadığı için ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilirse ilk derece mahkemesi dava şartı yokluğundan davayı reddetmelidir¹⁶²³.



¹⁶²³ Akkaya, İstinaf, 334; Tuğsavul, s. 340.



b. Temyizde

Yargıtay, temyiz talebi üzerine yapacağı inceleme sonucunda üç tür karar verebilir: Hükmü ya bozar, ya onar ya da düzelterek onar¹⁶²⁴. Yargıtay'ın incelediği kararlar kural olarak istinaf mahkemesinin verdiği kararlardır¹⁶²⁵. Burada ilk derece yargılamasından geçmiş, ardından istinaf incelemesi yapılmış bir karar gözden geçirilmekte, hukuki yönden doğruluğu denetlenerek bir karar verilmektedir. Dolayısıyla temyiz incelemesinde sadece kararı incelenen istinaf mahkemesinin değil, ondan önce verilmiş karar ya da kararların da mutlaka göz önünde tutulması gereklidir. Aksi takdirde sağlıklı bir değerlendirme mümkün olmayacaktır. Çünkü doğru bir hukukî değerlendirme, tüm yargılama aşamalarının dikkate alınması ile tam olarak sağlanabilecektir¹⁶²⁶.

Yargıtay, incelediği kararı, usûl ve esas açısından doğru bulabilir. Bozmayı gerektiren bir sebebin bulunmadığını saptarsa kararı onar. Örneğin, mahkeme dava ehliyetine ilişkin bir eksiklik olmadığı yönünde bir tespitte bulunup, esasa ilişkin bir karar verebilir. İstinaf aşamasında bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi ile aynı yönde karar verebilir. Böyle bir durumda dava şartı eksikliği sebebi ile yapılan temyiz sebebi Yargıtay'ca kabul edilmeyecek ve karar onanacaktır.

Karar düzeltme yolunun kalkmasıyla onama kararıyla birlikte karar, şekli anlamda kesinleşecektir. Yargıtay'ın onama kararı, mahkeme yazı işleri müdürü tarafından derhal taraflara tebliğ edilir (HMK m. 372/I)¹⁶²⁷.

Yargıtay, onama kararının haricinde Hukuk Muhakemelerinin 371. maddesinde belirtilen sebeplerden birini gerekçe göstererek istinaf mahkemesi kararlarını kısmen ya da tamamen bozabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371.

¹⁶²⁴ Bknz. CMK m. 302-303. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 614.

¹⁶²⁵ Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373. maddesinde bu konuda bir istisna getirilmiştir. Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderir. Bu durumda, dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi, bozmaya uyararak bir karar verirse, bozmadan sonra verilen bu ilk derece mahkemesi kararına karşı kanun yolu olarak istinafa değil, doğrudan temyize başvurulacaktır. Kanun koyucu gereksiz uzamaların önüne geçmek için böyle bir istisnaî düzenleme yapmıştır. Daha fazla bilgi için bknz. Muhammet Özkes, " Sorularla Medeni Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz", **Türkiye Barolar Birliği**, Ankara, 2008, s. 90.

¹⁶²⁶ Özkes, Sorularla, s. 116.

¹⁶²⁷ Tebliğ giderleri, temyiz dilekçesiyle birlikte, temyiz isteminde bulunandan peşin olarak alınır. Bu giderlerin ödenmemesi halinde 426/ D maddesi hükmü uygulanır (m. 438) . Özkes, Sorularla, s. 85.

maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre dava şartlarına aykırılık bulunması da bir bozma sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir dava şartı olan dava ehliyetinin eksikliği durumunda Yargıtay temyiz olunan istinaf mahkemesi kararını bozmalıdır.

Burada onama kararından farklı olarak asıl sorun, Yargıtay'ın bozma kararından sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine mi, ilk derece mahkemesine mi gönderileceği hususudur. Kanunda bu konuda ikili bir ayırım yapılmıştır:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373. maddesinin birinci fıkrasına göre, Yargıtay'ın bölge adliye mahkemesi kararını, kısmen veya tamamen bozması, bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddi hakkındaki kararına (HMK m. 353/I, b, 1) ilişkinse, bölge adliye mahkemesi kararı bozularak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin dava ehliyeti eksikliğine rağmen esasa ilişkin bir karar vermesi ve istinaf mahkemesine yapılan başvuruda bu hususun gözden kaçırılıp başvurunun esastan reddedilmesi halinde artık dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. Çünkü bu durumda istinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu esastan reddetmiş olmakla, ilk derece mahkemesi kararını doğru bulmuştur. Bu kararın temyiz edilmiş olması, aslında dolaylı olarak ilk derece mahkemesi kararını temyiz etmek anlamına gelmektedir. Bölge adliye mahkemesi kararı bozulsa da, bölge adliye mahkemesine yeniden dosyayı göndermek yararlı olmayacaktır¹⁶²⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373. maddesinin 2. fıkrasına göre ise bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtay'ca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. Çünkü bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, kendisi dava hakkında ya tamamen veya düzelterek yeni bir karar vermiştir. Ortaya çıkan karar ilk derece mahkemesi kararından farklı olduğu için bu kararı veren istinaf mahkemesi kararı uygun bulunmayarak bozulmuştur¹⁶²⁹. Bu sebeple bozmadan sonra ya aynı bölge adliye mahkemesine veya duruma göre uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine dosya gönderilecektir. Kanaatimizce dava ehliyetine ilişkin

¹⁶²⁸ Özkes, Sorularla, s. 122. Dava şartlarına ilişkin olarak aynı yönde Akkaya, Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, s. 332.

¹⁶²⁹ Özkes, Sorularla, s. 122.

eksiklikler, ancak ilk derece mahkemesinin ve istinaf mahkemesinin bu hususu gözden kaçırmaması durumunda inceleme konusu olabileceğinden bu durumda tarafların ilk derecede yargılanma hakkı ihlal edilmemeli ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

Bozma kararı ile bölge adliye mahkemesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca peşin alınmış olan gideri kullanmak suretiyle, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir.¹⁶³⁰ Bozmadan sonra ilk derece mahkemesi ya da istinaf mahkemesi bozmaya uyma veya direnme kararı verecektir.

Burada son olarak değinmek istediğimiz husus Yargıtay'ın vermiş olduğu geri çevirme kararlarıdır. İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesi başvuru ve cevap dilekçeleri verildikten sonra bu konudaki süreler de geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir (m. 347/3). Temyiz kanun yoluna başvuru yapmadan önce belirli şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Yargıtay, temyiz talebi üzerine, dosya üzerinde veya duruşmalı olarak yapacağı inceleme sonucunda üç tür karar verebilir. Hükmü bozabilir, onayabilir ya da düzelterek onayabilir. Ancak belirttiğimiz üzere öncelikli olarak temyiz talebinin kabul edilip dikkate alınabilmesi için bazı şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartların olmaması durumunda Yargıtay Kanunu m. 40'a göre Yargıtay onama, bozma ya da düzelterek onama haricinde bir karar verecektir. Nitekim ilgili hükümde ön incelemede temyiz şartının yerine getirilmediği veya diğer usûl eksiklikleri bulunduğu saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır denilmektedir. Ön incelemeden geçmeyen durumlarda, temyiz istemi reddedilir. Burada aslında, alt derece mahkemesinin (temyizi kabil olmayan bir karar, süresinden sonra temyiz gibi) temyize göndermemesi gereken bir dosya gönderilmiştir.

Temyiz şartlarını taşımama her zaman taraflardan kaynaklanan bir durum olmayabilir. Bazı hallerde mahkemeden kaynaklanan sebeplerle söz konusu karar temyize kabil hale gelmez. Örneğin, adil yargılanma hakkı çerçevesinde herkesin hakkında verilen hükmün gerekçesini bilmeye hakkı vardır. Gerekçesizlik, bir mutlak

¹⁶³⁰ Her ne kadar bu konuda sadece bölge adliye mahkemesi bakımından bir düzenleme yapılmışsa da (HMK m. 373/3), dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde de aynı işlemler yapılmalıdır. Özkes, Sorularla, s. 123.

bozma sebebidir. Ancak gerekçe içeren kararın tebliğ edilip edilmediğinden emin olunmadan kararın bozulması hukuka aykırı olabileceği gibi usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu sebeple temyizde bazen işin esası ile ilgili olmayan ve yukarıda belirttiğimiz karar türleri haricinde kararlar verilebilmektedir. Tebligatla ilgili eksikliğin bulunması, yanlış dosyanın gönderilmesi, dosyada muhafazası gereken bir delilin ya da dosyanın parçası olan dosya veya evrakın dosya içine konulmaması gibi hallerde mahkeme, onama ya da bozma kararı haricinde geri çevirmeye karar vermektedir. Örneğin, önceki mahkeme karar verdikten sonra kanun yoluna başvuru süresinde, taraf dava ehliyetini kaybetmiş olabilir. Bu hususu fark eden kanun yolu mahkemesi, kararın kanuni temsilciye de tebliğ edilmesi için dosyayı önceki mahkemeye geri çevirebilir¹⁶³¹.

Geri çevirme kararında Yargıtay dosyayı yargılamayı gerçekleştiren mahkemesine iade eder ve eksikliğin tamamlanmasını ister. Çünkü bu eksiklikler mahkemenin işleyişinden kaynaklı eksikliklerdir. Ayrıca, Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde *“Bir dava dosyasının incelenerek eksikliklerinin giderilmesinden sonra geri çevrilmesi için mahalline gönderilmesi veya duruşmasının olması o dosyanın görevli daireye gönderilmesine engel teşkil etmez”* denilerek, Yargıtay'ın ön inceleme sonucunda verebileceği kararın geri çevirme kararı da olabileceği açıkça olmasa da belirtilmiştir. Medeni usûl hukukuna

¹⁶³¹ “Dairemizin 22/01/2018 gün ve 2016/3210 esas, 2018/264 karar sayılı kararı ile, halen ceza infaz kurumunda hükümlü olduğu dosyaya bildirilen davalı ...'a Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği ve hapis halinin devam edip etmediği hususlarının araştırılması, hapis halinin devam ettiğinin belirlenmesi durumunda vasiye, hapis halinin son bulduğunun belirlenmesi halinde ise davalıya gerekçeli kararın usûlüne uygun şekilde tebliğinin sağlanması gerektiği gerekçesiyle, eksikliğin giderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesine karar verilmiştir.

Geri çevirme kararı üzerine; mahkemece davalının mernis adresine gerekçeli karar tebliğe çıkarılmış, ancak bu tebligat adresin kapalı olması ve binada yabancıların kaldığının komşu beyanından anlaşılması üzerine iade edilmiş, davalının vesayet kararı celbedilerek vasi olarak kardeşi'ın 23/02/2016 tarihinde vasi olarak atandığı, ancak vasi 'a da eşi.....'ın 14/12/2017 tarihinde vasi olarak atandığı tespit edilmesine rağmen, gerekçeli karar tebliği 'a vasi olarak atanan.....'a Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi uyarınca yapılmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 479. maddesi; “Vasilik görevi, vasinin fiil ehliyetini yitirmesi veya ölümüyle sona erer” hükmünü içermektedir. Davalı ...'a vasi olarak atanan 'ın vesayet altına alınmış olmasıyla, vasilik görevinin sona erdiği anlaşılmaktadır. Kısıtlanma vasilige engel bir sebep olup, vasi 'ın kısıtlıyı temsil hakkı sona erdiğinden, davalı ...'a yeniden bir vasi tayin edilip edilmediği araştırılmalı, şayet bu işlemler yapılmamışsa öncelikle yeni bir vasi atanması sağlanmalı ve gerekçeli kararın yeni atanan vasiye, davalının hapis halinin son bulduğunun anlaşılması halinde ise gerekçeli kararın davalıya usûlüne uygun şekilde tebliği yapılmalıdır.

Mahkemece, yukarıda açıklanan hususların gözetilmemiş olması yerinde görülmemiş, dosyanın yeniden geri çevrilmesi gerekmiştir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 25.3.2019 tarihli, E. 2018/4015, K. 2019/1717 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, (20.07.2019).

hakim olan ilkelerden biri de usûl ekonomisi ilkesidir. Buna göre, hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (Anayasa m. 141, HMK m. 30). Bu ilkenin işlevleri arasında adalete erişimi ve hak aramayı kolaylaştırması, devletin dikkat ve özen hükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması, gereksiz işlemlerin yapılmasını engellemesi, hukuk kurallarının uygulanmasında yeknesaklık sağlaması gibi işlevler sayılabilir. Devletçe yargılama ödevi dikkatli, özenli ve kaliteli bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Devletin adına bu görevi üstlenen ilk derece mahkemesinin bu yetkiyi özensiz kullanması sonucu maddi gerçeğe aykırı bir şekilde bozma kararı veriliyorsa adil yargılanma hakkının yanı sıra usûl ekonomisi de ihlal edilmektedir. Bunun sonucu olarak da adalete erişimin ve hak aramanın kolaylaştırılması gibi temel amaçlara ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte Yargıtay'ın kanuni temsil ve dava ehliyetine ilişkin olarak bozma kararı vermesi gerekirken, bunun yerine yargılamayı gerçekleştiren mahkemeye kararın geri çevrilmesi yöntemini izlediğini görmekteyiz. Örneğin;

“Bu durumda davalı ...'ya Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği ve aynı Kanun'un 471. maddesindeki "Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesi ile kendiliğinden ortadan kalkar" hükmü uyarınca davalının hapis halinin devam edip etmediği araştırılmalı, hapis halinin devam ettiğinin belirlenmesi durumunda, vasi tayin edilmemiş ise öncelikle bu eksiklik tamamlattırılmalı ve temyiz isteminde bulunan avukatın davalının vasisinden alacağı vekaletnameyi ibraz etmesi istenilmelidir. Vekaletname verilmezse mahkeme kararı davalı vasisine Kanuni süre içinde karara karşı temyiz isteminde bulunabileceği, bu süre içinde temyiz hakkını kullanmadığı takdirde yetkisiz vekil tarafından yapılmış olan temyize icazet vermiş (kabul etmiş) sayılacağı, temyiz istemini kabul etmiyorsa bunu açıkça bildirmesi gerektiği" kaydını içerir biçimde tebliğ edilmeli ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır. Dosyanın, yukarıda gösterilen nedenlerle ve belirtilen şekilde işlem yapılmak üzere mahal mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE 27/02/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi”¹⁶³²

Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı bulunmaktadır¹⁶³³. Bununla birlikte, birçok kararında temsil konusundaki eksiklikleri bozma sebebi olarak değerlendirip kararı bozduğunu da görmekteyiz. Örneğin;

¹⁶³² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 27.2.2019 tarihli, E. 2016/16384, K. 2019/1047 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (29.07.2019).

¹⁶³³ “Anılan davalının ceza infaz kurumunda tutuklu olarak mı yoksa hükümlü olarak mı bulunduğu araştırılarak, hükümlü olarak bulunuyor ise; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi bir yıl ve daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her erginin kısıtlanacağını,

“Somut olayda; ... Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden gelen **evraklarda**, mevcut akıl hastalığının şahsın işlediği fiili anlama ve sonuçlarını algılamasını ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde azaltıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir. Mahkemece, Medeni Kanun’un 405 ve 462. maddeleri gereğince davacının kısıtlanması ve vesayet altına alınıp alınamayacağı hususunun araştırılması lüzumlu olup; vasinin, temsil görevini yerine getirebilmesi için Türk Medeni Kanunu’nun 462/8. maddesi uyarınca vesayet makamı tarafından kendisine husumet izni verilmesi gerekmektedir. Dava ehliyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114/1-d maddesinde dava şartı olarak düzenlenmekle mahkemece, davacıya ilişkin olarak husumete izin kararı almak ve dosyaya ibraz etmek üzere vasiye süre tanınmalı aktif husumet eksikliği ikmal edilmelidir.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki olgular üzerinde durulmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve sair hususlar incelenmeksizin hüküm bozulmalıdır.”¹⁶³⁴

Yargıtay’ın Daireleri arasında bu konuda bir içtihat birliği olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce, geri çevrilme, tebligat eksikliği gibi hususlarda, başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti, vasinin yargılamaya icazet verip vermemesi ve vesayet makamının izninin alınması (benzer şekilde tüzel kişiler için izin alınması gerekli makamlardan izin alınması) yargılamayı gerektiren hallerdir. Örneğin, vasinin, davalının gerçekleştirdiği usûli işlemlere icazet vermemesi durumunda, tüm yargılamanın baştan gerçekleştirilmesi gerekebilir. Bu sebeple bu yöndeki eksikliklerin geri çevirme yoluyla giderilebilecek nitelikte olmadığı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce böyle bir durumda, Yargıtay bu hususların gözetilmemiş olmasını bir geri çevirme nedeni değil, mutlak bozma sebebi olarak değerlendirip ona göre karar vermelidir¹⁶³⁵.

cezaı yerine getirmekle görevli makamın, böyle bir hükmünün cezaı çekmeye başladığını kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü olduğunu düzenlemiş olup, davalı hakkındaki cezanın infazına başlanması ile yasal kısıtlılık altına gireceğinden, davalı ...'a, Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir vasi tayin edilip edilmediği araştırılmalı, Türk Medeni Kanunu'nun 471. maddesindeki "özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesi ile kendiliğinden ortadan kalkar" hükmü uyarınca anılan davalının hapis halinin devam edip etmediği tespit edilmeli hapis halinin devam ettiğinin belirlenmesi durumunda vasi tayin edilmemiş ise öncelikle bu eksiklik tamamlattırılmalıdır. “Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 17.04.2019 tarihli, E. 2018/4473, K. 2019/2389 kararı için bknz. www.kazanci.com, (20.07.2019).

¹⁶³⁴ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 13.03.2019 tarihli, E. 2019/1346, K. 2019/2377 sayılı kararı için bknz. www.kazanci.com, (20.07.2019).

¹⁶³⁵ Öğretide Rüzgarkesen, hakimin, zamandan ve paradan tasarruf elde etmek için, usûl kurallarını değiştirmesi veya yeni kurallar ve yöntemler ihdas etmesinin hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Yazara göre hakimlerin usûl ekonomisi ilkesini gerekçe göstererek bazı usûl hükümlerini

B. Yargılamanın İadesinde Dava Ehliyeti

Hukuk sistemleri ağır ve ciddi yargılama hataları sebebiyle verilen yanlış kararların, davanın yeniden görülmesi sebebiyle iptal edilmesini ve duruma göre esasa ilişkin yeni bir karar verilebilmesini sağlayabilmek için olağanüstü bir kanun yolu olarak yargılamanın iadesi yolunu öngörmüştür. Hukuki barış ve güvenliğin sağlanmasına hizmet eden kesin hükmün kaldırılmasına sebebiyet verdiği için yargılamanın iadesi sebepleri, Kanunda sınırlı olarak sayılmıştır¹⁶³⁶. Bu sebepleri kıyasen çoğaltmak mümkün değildir¹⁶³⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin ilk fıkrasının c bendine göre vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu hükme göre dava ehliyeti olmayan bir tarafın, davada kanuni temsilcisi olmayan bir kişi tarafından temsil edilmiş olması yargılamanın iadesi sebebidir. 1086 sayılı Kanunun 445 inci maddesinin birinci fıkrasının 8 numaralı bendini karşılamaktadır. Kanunun gerekçesinde her ne kadar yargılamanın yenilenmesi için vekil veya temsilci olmayan kimselerin katılımıyla davanın görülmesi ve karara bağlanması aranır iken, yeni düzenlenen bentte buna tarafların açık veya zımnî muvafakatlerinin olmamasının da bir unsur olarak ilâve edildiği belirtilse de¹⁶³⁸ 375. maddenin c bendinde bu ifade yer almamaktadır¹⁶³⁹. Ancak yeniden yargılama ve hükmün iptali üst başlıklı 380. maddede davacının açık veya zımnî muvafakati olmaksızın vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması başka bir inceleme yapılmaksızın hükmün iptal sebebi olarak olarak

uygulamaları pratik bir yöntem olarak gözüke de zamanla alışkanlık haline gelen bu davranış, başka usûl hükümlerinin gözardı edilmesine ve süreç içinde usûl ekonomisi ilkesini ihlal eden bir duruma dönüşmesine sebebiyet vermektedir. Bu hususta bkz. Rüzgarkesen, s. 283. Kanaatimizce mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilmesi gereken bir hususun geri çevirme sebebi olarak değerlendirilmesi bu duruma bir örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶³⁶ Ansay, s. 377; Bilge, s. 523; Üstündağ, s. 890; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 624; Görgün, s. 452; Sungurtekin Özkan, ss. 387-388; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 655; Budak ve Karaaslan, s. 380.

¹⁶³⁷ Bilge, s. 523; Üstündağ, s. 891; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 624; Yılmaz, Şerh, s. 1590; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 657.

¹⁶³⁸ Bknz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kanun Gerekçesi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr>, (11.07.2019).

¹⁶³⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yer alan bu ibare Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metinden çıkarılmıştır. Karşı, aynı doğrultuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 380. maddesinden de bu ibarenin çıkarılması gerektiğini ancak kanun koyucunun bunu ihmal ettiğini ileri sürmektedir. Karşı, Hukuk Muhakemeleri, s. 669.

düzenlenmiştir. Her iki madde arasındaki uyumun sağlanabilmesi için Kanun gerekçesinde de eklendiği belirtilen açık ve zımni muvafakati olmaksızın ifadesinin 375. maddenin 1. fıkrasının c bendine de eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hükmün amacı kendisini mahkemede usûlüne uygun surette temsil ettiremeyen kişi aleyhinde verilip kesinleşen kararların yeniden gözden geçirilmesini, bir yanlışlık varsa bunun düzeltilmesini sağlamaktır¹⁶⁴⁰. Çünkü asıl tarafın iradesi yargılamaya yansımamış, hukuki dinlenilme hakkı da bu sebeple tamamen ihlal edilmiştir¹⁶⁴¹. Bu maddenin uygulanabilmesi için yargılamanın dava ehliyeti olmayan kimse tarafından yürütülmüş olması, dava ehliyeti olmayan bir tarafın yasal temsilcisi olmayan bir kimse tarafından temsil edilmiş olması gerekir ya da taraflardan birinin temsilcisi olarak hareket etmiş olan kimsenin temsile yetkisinin olmaması gerekmektedir¹⁶⁴². Dava ehliyeti olmayan kişi, davayı yalnız başına takip etmiş ise bu davada verilen hükme karşı kişinin kanuni temsilcisi yargılamanın iadesi yoluna başvurabilir çünkü dava kanuni temsilci hazır bulunmadan görülmüş ve hükme bağlanmıştır¹⁶⁴³. Benzer şekilde ergin bir kişinin eski kanuni temsilcisi tarafından açılıp görülen bir davada hükme karşı ergin olan kişi yargılamanın iadesi yoluna başvurabilecektir¹⁶⁴⁴. Belirttiğimiz üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 380. maddesinden hareketle de kanuni temsilcinin ya da dava ehliyetini sonradan kazanan tarafın usûli işlemlere icazet vermemesine rağmen hüküm kurulması da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁶⁴⁵. Bununla birlikte kanunun açık hükmü gereği, kadastro mahkemesindeki davalarda olduğu üzere yargılamanın, tarafın kendisi veya

¹⁶⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.05.2002, E. 2002/2-401, K. 2002/451; Yargıtay Hukuk Genel Kuru, 26.03.2003, E. 2003/17-164, K. 2003/202; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 22.05.200, E. 200/4302, K. 200/4713 tarihli kararları için bkz. www.kazanci.com, (11.07.2019), Kuru, C. V, s. 5218.

¹⁶⁴¹ Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2329.

¹⁶⁴² Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, §579, Rn. 12. Aynı yönde, BGH NJW 1988, s. 2049; NJW-RR 1990, s. 8. Kararlar için bkz. www.beckonline.com, (15.07.2019).

¹⁶⁴³ Oda, s. 109.

¹⁶⁴⁴ Oda, aksinin kabulünün hukuki dinlenilme hakkının ihlalini oluşturacağını belirtmektedir. Bknz. Oda, s. 116. Aynı yönde, Kuru, Şerh, s. 1105; Sungurtekin Özkan, s. 389. Aksi yönde Umar, vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması ifadesinden hareketle dava ehliyeti olmayan kimse hakkında hüküm verilmiş olmasının başlı başına bir yargılamanın iadesi sebebi sayılmamış olarak değerlendirmektedir. Bu hususta bkz. Umar, Ehliyet, s. 616; Görgün, s. 453. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi eserinde ise Yargıtay'ın bu bendi yalnız temsilci olmayan kişinin tarafı temsil etmiş olması durumunda değil; keza kanuni temsilcisinin yürütmesi gereken davayı küçük ya da kısıtlının kendisinin yürütmüş ve o davada hüküm çıkmış olması durumunda da uyguladığını belirtmiş, aksi yönde fikir beyan etmemiştir. Bu hususta bkz. Umar, s. 1087.

¹⁶⁴⁵ BeckRS 2010, s. 21862, www.beckonline.com, (15.07.2019).

temsilcisi davet edilmeden yokluğunda yürütülebildiği hallerde, bu gerekçe ile yargılamanın yenilenmesi istenemeyecektir¹⁶⁴⁶.

Esasında tüm bu haller hukuki dinlenilme hakkının ihlali ile ilgilidir¹⁶⁴⁷. Burada kanun koyucunun yargılamanın yenilenmesi olanağı tanımalarının temel fonksiyonunun zayıf olan tarafın hukuki dinlenilme hakkını başarılı bir şekilde kullanmasını sağlamak olduğu belirtilebilir¹⁶⁴⁸.

Kanun koyucu temsil eksikliği sebebi ile yargılamanın yenilenmesi yoluna sadece tarafın kendisi tarafından mı yoksa aynı zamanda karşı tarafın da bu hakka sahip olup olmadığını düzenlememiştir¹⁶⁴⁹. Yargılamanın yenilenmesi sadece uygun şekilde temsil edilmeyen tarafça yapılabilir. Kanun maddesinin getiriliş amacı gereğince usûlüne uygun bir şekilde karşı tarafın bu eksiklik sebebi ile kanun yoluna başvurabilmesi mümkün değildir. Bu husus yargı kararlarında da şu şekilde ifade edilmiştir.

*“Yargılamanın iadesini isteyen davacı yönünden, bir temsil eksikliği, hukuki ehliyet bakımından bir noksanlık bulunmadığına göre davacı yargılamanın iadesini isteyemez. Başka bir anlatımla HUMK. 445/8 hükmüne dayanılarak yargılamanın iadesini istemek hakkı davada vekil veya kanuni mümessil tarafından temsil edilmeyen tarafa aittir. Böyle bir durumda, davada bizzat hazır bulunan, kendisini vekil veya kanuni mümessil ile temsil ettiren kimsenin yargılamanın iadesini istemekte hukuki yararı yoktur”*¹⁶⁵⁰

¹⁶⁴⁶ Kadastro mahkemesi önündeki davalarda, temsilci dahi hazır değilken duruşma yapıp karar verilmesi üzerine taraf, çıkan hükme karşı yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunamaz. Bu hükme karşı ancak süresi içinde olağan kanun yolu başvurusu (istinaf) yapılabilir. Bu hususta bkz. Umar, s. 1087. Aynı yönde Görgün, s. 453.

¹⁶⁴⁷ Prütting ve Gehrlein, §52, Rn. 3.

¹⁶⁴⁸ Abel, s. 113; Waldner, s. 114; Oda, ss. 116-117. Alman medeni usûl hukukundaki benzer düzenlemenin kapsamını belirlerken Braun, geniş bir değerlendirilme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar’a göre bu hüküm Alman Federal Anayasası’nın 103. maddesinde koruma altına alınan hukuki dinlenilme hakkının korunması için getirilmiş bir düzenlemedir. Yazar Alman Medeni Usûl Kanunu düzenlenirken kanun koyucunun bugün olduğu gibi hukuki dinlenilme hakkı kapsamında hassas olmadığını sadece belirli boşlukları doldurabilmek için adeta bir yama şeklinde bir düzenleme öngörüldüğünü belirtmektedir. Bu sebeple Yazar’a göre hukuki dinlenilme hakkının ihlali söz konusu olduğunda bu bend mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. Bu hususta bkz. Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, §579, Rn. 12-22; Aynı yönde Johann Braun, “Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozess”, NJW, 1981, s. 425, www.beckonline.com, (15.07.2019).

¹⁶⁴⁹ Alman hukukunda da benzer bir şekilde bu husus hüküm altına alınmamıştır. Bu husus Alman medeni usûl hukuku öğretisinde de tartışma yaratmıştır. Eski tarihli Alman içtihatlarına bakıldığında karşı tarafa da bu hakkın tanındığı görülmektedir. (RG JW 1924, 908; RGZ 149, 110; OLG Schleswig NJW 1959, 200, www.beckonline.com), Ancak bu maddenin temsil edilemeyen tarafın korumasına hizmet etmek amacıyla getirildiği ileri sürülerek bu kararlar eleştiri konusu olmuştur. Günümüzde Alman hukukunda da hakim olan görüş temsil edilmeyen tarafın bu yola başvurması gerektiği yönündedir. Bu hususta bkz. Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, § 579, Rn. 16.

¹⁶⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına karşı olarak aynı karar içerisinde davada hazır bulunan kimsenin bu madde uyarınca karşı tarafın ehliyetsizliğine dayanarak yargılamanın iadesini isteyebileceği ileri sürülmüştür. Karşı görüş için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 29.5.2002

Benzer şekilde Alman hukukunda da Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 579. maddesinin 1. fıkrasının 4. cümlesine göre yargılamada bir tarafın usûlüne uygun olarak temsil edilmemiş ve bu durumun açık ya da zımni olarak onaylanmamış olması durumu, olağanüstü bir kanun yolu olan iptal davası "*Nichtigkeitsklage*" açabilme nedeni olarak gösterilmiştir¹⁶⁵¹.

Dava ehliyeti olmayan bir kimsenin hiç temsil edilmemesi ya da usûlüne aykırı bir şekilde temsil edilmiş olması bu madde kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer bir taraftan, Türk hukukuna benzer bir şekilde, her ne kadar yanlış bir şekilde atanmış bir kanuni temsilci var ise de bu temsilci ile yargılamanın yürütülmesi usûlüne uygun olmayan bir temsil olarak değerlendirilmez¹⁶⁵². Alman medeni usûl hukuku öğretisinde dava ehliyeti olmayan bir kimsenin kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmesi ya da kanun yolu talebini geri çekmesi durumunda kararın kesinleşeceği ve sadece iptal davası açılabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁵³

Bununla birlikte belirtmek isteriz ki bu madde usûlüne uygun olmayan temsil konusunda geçerlidir. Var olmayan bir tarafa karşı alınan kararlarda bu hüküm geçerli olmayacaktır. Çünkü taraf ehliyetsiz kimselere karşı alınan kararlar etkisiz hüküm niteliğindedir¹⁶⁵⁴.

tarhli, E. 2002/2-401, K. 2002/451 sayılı kararı. Alman hukukunda da iptal davasının sadece önceki yargılamada usûlüne uygun şekilde temsil edilmemiş tarafça açılabileceği belirtilmektedir. Musielak, Musielak ve Voit, §579, Rn. 8.

¹⁶⁵¹ Usûlüne uygun olarak temsil edilmemenin, iptal davası açabilme nedeni olarak düzenlenmesinin sebebi, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 547. maddesinin 4. fıkrasında yer alan mutlak bir temyiz sebebi olarak gösterilmesi ile aynıdır. Musielak ve Voit, §579, Rn. 5.

¹⁶⁵² Ancak hiçbir şekilde kanuni temsilci tayin edilmemişse ya da temsil atanan kanuni temsilci aracılığı ile yapılmamışsa bu durum bir yargılamanın iadesi sebebi oluşturur. Örneğin, evlilik dışı doğan bir çocuğa kayyım tayin edilmediği ve mahkeme velayeti ana ve babadan birine vermediği halde, çocuğun anası çocuk adına dava açmış ve davaya bakılmış ise ana kanuni temsilci olmadığından bu husus bir yargılamanın iadesi sebebi oluşturur. Bknz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 626; Bilge, s. 530.

¹⁶⁵³ Musielak ve Voit, §579, Rn. 5.

¹⁶⁵⁴ Musielak ve Voit, §579, Rn. 5. Erişir, Türk hukukunda da taraf ehliyetinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre taraf ehliyeti eksikliğinde verilen hüküm etkisizdir. Kesinleşse dahi hükmün etki doğurması mümkün değildir. Bu sebeple etki doğurmayan bir hüküm için, yargılamanın yenilenmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Yazar, bu bilgilerden hareketle, taraf ehliyeti eksikliğine karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının, kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde öngörülmediği sonucuna varmıştır. Bu hususta daha fazla bilgi için bknz. Erişir, s. 301. Aynı yönde; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, s. 453; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 115. Etkisiz kararlar için Özekes, Pekcanitez Medeni Usûl, s. 2327. Aksi yönde, Kemper, in Saenger Zivilprozessordnung, §579, Rn. 5; Deren Yıldırım, İstinaf, s. 25; Sungurtekin Özkan, s. 312.

Her ne kadar ilgili maddede belirtilmemişse de dava ehliyeti eksikliği sebebi ile kanun yoluna başvurulmuş olması yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması için bir engel değildir¹⁶⁵⁵. Bu husus Alman hukuku öğretisinde ilk olarak Gaul tarafından ele alınmıştır. Gaul'e göre bu husus¹⁶⁵⁶ aynı zamanda olağan kanun yollarında bir mutlak bozma sebebidir (ZPO m. 551/4). Bu sebeple dava ehliyeti eksikliği kanun yolları aşamasında incelenmişse ve bu husus kabul görmemişse artık iptal davası açılmamalıdır. Leipold de benzer şekilde temsil eksikliğinin ancak olağan kanun yollarında incelenmemesi durumunda bu hususun bir iptal sebebi yapılabileceğini ileri sürmüştür¹⁶⁵⁷. Grunsky¹⁶⁵⁸ ise dava ehliyeti eksikliğinin hukuki güvenliğin sağlanması için önemli bir unsur olduğunu bu sebeple kanun yolları aşamasında ele alınsa dahi, kanun koyucunun ayrıca iptal davası ile de eksikliklerin gözetilmesini amaçladığını belirterek bu tartışmayı sonlandırmıştır. Günümüzde bu hususta hakim olan görüş olağan kanun yollarında dava ehliyeti eksikliği ele alınsa dahi bu hususun iptal davasına dolayısıyla yargılamanın iadesine konu edilebileceği yönündedir¹⁶⁵⁹.

Türk hukukunda dava ehliyeti olmayan kimsenin iradi vekil ile temsil ediliyor olması, temsil eksikliğini gidermez. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 513. maddesinde "*Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. İlgili hüküm burada da geçerli olacaktır. Tarafın dava ehliyetini kaybetmesine rağmen vekil, tarafı temsile devam ediyorsa bu husus yargı kararlarınca da yetkisiz temsil olarak değerlendirilmektedir¹⁶⁶⁰. Alman medeni usûl hukukunda dava ehliyeti

¹⁶⁵⁵ NJW 1982, s. 2449. İlgili kararda tarafın daha önceki yargılamada dava ehliyetine ilişkin iddialarının mahkemece yeterince incelenmediğinin ve yapılan incelemelerin eksik kaldığını ileri sürüp, ispatlayabileceğini belirtmektedir. www.beckonline.com, (10.10.2019).

¹⁶⁵⁶ Hans Friedhelm Gaul, "Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäss §579 Dzpo", **Festschrift für Winfried Kralik**, Wien, 1986, (FS für Kralik), s. 159.

¹⁶⁵⁷ Dieter Leipold, "Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung", **ZZP** 81, 1968, s. 70 vd.

¹⁶⁵⁸ Stein, Jonas ve Grunsky, §579, Rn. 10. Aynı yönde Grundmann, s. 56.

¹⁶⁵⁹ Bu hususta daha fazla bilgi için bkz. Oda, ss. 114-115.

¹⁶⁶⁰ "Somut olayda, yargılamanın yenilenmesini isteyen ...'ın Noterliği'nin 20.07.2006 tarihli 05527 yevmiye numaralı vekaletnamesi ile kendisini temsil etmek üzere bir vekil tayin ettiği, yargılama esnasında 29.06.2013 tarihinde hükümlü olarak cezaevine girdiği ve cezanın infazı devam etmekte iken vekilin kusuru ile önallım davasının sonuçlandırılarak kesinleştiği, kararın kesinleşmesinden sonra Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/14 Esas, 2014/264 Karar sayılı ilamı ile ...'ın kısıtlandığı anlaşılmaktadır.

yargılama esnasında kaybedilirse, yargılama ehliyetini kaybeden kimsenin öncesinde yetki vermiş olduğu iradi temsilci ile yürütülüyorsa bu iptal davası için bir sebep oluşturmaz¹⁶⁶¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 378. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yargılamanın iadesi talebi, kendisine karşı bu yola başvurulmuş kararın verildiği mahkemeden talep edilecektir. Ancak, hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerde aynı türde birden fazla mahkemenin bulunması durumunda davanın o mahkemede açılması her zaman iş dağılımınca mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda aynı görev ve yetkiye sahip bir mahkemede talep incelenebilecektir¹⁶⁶².

Yargılamanın iadesi talebi bir dava niteliğindedir. Bu sebeple dava şartları ve davaya ilişkin genel hükümler geçerli olacak, yapılması gereken diğer işlemler yapılacaktır¹⁶⁶³. Bu sebeple dava ehliyeti olmayan bir kimse aleyhine esastan bir karar verildiyse ve dava ehliyetine sahip olmayan kimse ehliyetini kazanmadan ve kanuni temsilcisi olmadan bu hususu ileri sürmekteyse, bu hususa ilişkin eksiklikler giderilmeli ve geçmişe yönelik olarak değerlendirme, eksiklikler giderildikten sonra yapılmalıdır¹⁶⁶⁴.

Yargılamanın iadesine başvuru süresi kural olarak üç ay ve her halde yenileme talebine konu olan hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıldır. Üç aylık

Yargılamanın yenilenmesini isteyen ..., önalım davasında davalı konumunda olduğundan kendisine husumet yönetilmesi için vesayet makamından izin alınması da gerekli değildir.

Bu durumda, 1086 Sayılı HUMK'nın 445. maddesinde sınırlı olarak sayılan koşullar gerçekleşmediğinden mahkemece yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2015, e. 2015/11544, K. 2015/10769 sayılı kararı için www.kazanci.com, (15.07.2019). Aynı yönde "Davacı Ahmet Aspir'in Baro Hakem Kurulunda dava açıldığı aşamada temyiz kudretine haiz olmadığı ilgili dosya içindeki Sağlık kurulu raporundan anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemenin de kabulünde olduğu gibi davada taraf teşkilinin sağlandığından söz edilemez. Ayrıca temyiz kudretine haiz olmayan şahsın verdiği vekaletname hukuken geçerlik taşımayacağı gibi bu vekile yapılan tebligat da; henüz vasi tayin edilmemiş olması nedeniyle HUMK 447 md sindeki süreyi başlatmaya yeterli değildir. Mahkemenin taraf teşkili sağlanmadan verildiği anlaşılan Baro Hakem Kurul kararını kaldırmış olması yerindedir. Ancak yargılamanın iadesi talebi kabul edildiğinde mahkeme hükmü iptal ile birlikte tarafların yetkili vekil ve temsilcileri huzurunda davayı yeni baştan inceleyerek sonuçlandırması gerekir. (HGK 06.11.1996 tarih 2/664-70 sayılı kararı).

Mahkemece, yargılamanın iadesi talebi kabul edildiğine göre davayı yeni baştan inceleyerek sonucuna göre karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde kararın iptali ile yetinilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 8.06.2005 tarihli, E. 2005/6020, K. 2005/13215 sayılı kararı.

¹⁶⁶¹ Musielak ve Voit, §579, Rn. 5.

¹⁶⁶² Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2339; Budak ve Karaaslan, s. 384.

¹⁶⁶³ BGH FamRZ 1965, s. 427; BGH NJW 1979, ss. 427-428, www.beckonline.com; Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, §589, Rn.1; Oda, s. 111; Özkes, Pekcanitez Usûl C. III, s. 2343.

¹⁶⁶⁴ Oda, s. 111 vd.

sürenin başlangıcı ise yargılamanın iadesi sebebine bağlı olarak değişmektedir. Vekil veya temsilci olmayan kimselerin davayı takip etmeleri durumunda ise kararın davalıya veya gerçek vekil veya temsilciye tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Burada dikkat çeken husus, kanun koyucunun vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmesi ve karara bağlanmış olması sebebi bakımından bir istisna ön görmemiş olmasıdır. Hükümün kesinleşmesinden on yıl sonra, yargılamadan hiç haberi olmamış veya kanuna uygun olarak temsil olunmamış kişi adına verilmiş bir hükümle o kişi bağlı sayılacaktır¹⁶⁶⁵

Alman hukukunda ise iptal davası açabilmek için süre Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 586. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasında bir aylık bir yasal süre öngörülmüştür. Bu süre tarafın iptal sebebinin farkında olması ile ancak karar kesinleştikten sonra başlayacaktır. Bununla birlikte beş yıl geçtikten¹⁶⁶⁶ sonra tarafların iptal davası yoluna gidemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise temsile ilişkin hususlara özgü olmak üzere ayrı bir düzenleme hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra göre bu maddede belirtilen sürelerle usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmeyen taraf için geçerli değildir. İptal davasına başvuru süresi kararın ehliyetsiz tarafın kanuni temsilcisine tebliğ edilmesi ile başlayacaktır.

Tebliğin kimlere, hangi koşullarda ve nerelerde yapılacağı, Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu mevzuata aykırı olarak yapılan tebliğler usûlsüz tebliğ sayılır. Usûlsüz tebliğ halinde tebliğ yapılmamış sayılır ve süreler işlemeye başlamaz. Ancak Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tebligat usûlüne aykırı olarak yapılmış olsa bile, muhatap tebliği öğrenmiş ise tebliğ geçerli hale gelir. Bu halde muhatabın tebliği öğrendiğin beyan ettiği yahut yaptığı bazı işlemler nedeniyle öğrenmiş sayılması gerektiği tarih, tebliğ tarihi sayılır. Burada kanuni temsilcinin tebliği öğrendiğini beyan ettiği tarih tebliğ tarihi olarak esas alınmalıdır. Bununla birlikte Tebligat Kanunu bağlamında usûlsüz

¹⁶⁶⁵ Öğretide temsil eksikliği sebebiyle azami sürenin öngörülmemiş olması yerinde olarak değerlendirilmekteydi. Çünkü yargılamadan hiç haberi olmamış veya kanuna uygun olarak temsil olunmamış kişi adına verilmiş bir hükümle o kişiyi bağlı saymak, ne kadar süre geçerse geçsin mümkün olmamalıydı. Ancak bu görüşe göre, diğer sebepler bakımından bir azami sürenin bulunmaması, süresiz olarak yeni bir yargılamanın iadesi sebebinin ortaya çıkması sonucunu gündeme getirecekti. Bu da kesin hükümden beklenen istikrar ve güveni yok edebilirdi. Bu sebeple öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu ihtiyacı karşıladığı ileri sürülmektedir. Bknz. Karşı, s. 668.

¹⁶⁶⁶ Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, § 579, Rn. 16.

de olsa bir tebligattan söz edebilmek için iki temel unsur gereklidir. Bunlar yazılı bildirim ve belgelendirme unsurlarıdır¹⁶⁶⁷. Bu unsurlardan herhangi birinin eksikliği halinde tebliğ yokluğu söz konusu olur. Tebliğ yokluğu ile tebliğin usûlsüzlüğü kavramlarının arasındaki fark burada kendini göstermektedir. Yazılı bildirim ve belgelendirme unsurlarında eksiklik bulunduğu anda tebliğin yokluğu gündeme gelirken, bu iki unsur tamam olduğu halde kanuna uygun olmayan bir tebliğ söz konusu olmaktadır¹⁶⁶⁸.

Öğretide temsilciye yapılması gereken bir tebligatın temsil edilene yapılması, avukat-müvekkil ilişkisi üzerinden değerlendirilmiştir. Öğretide bir görüşe göre vekile yapılması gerekirken müvekkile yapılan tebliğ usûlsüzdür¹⁶⁶⁹. Diğer bir görüşe göre ise vekil adına çıkarılmış bir tebliğ olmadığından yok hükmündedir¹⁶⁷⁰. Dolayısıyla vekilin tebliği öğrenmiş olması müvekkile yapılan tebliği geçerli kılmaz, Artık temsilci yerine temsil edilene tebligat yapılması halinde Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi uygulanmaz. Mahkemece kararın temsilciye bir daha tebliğe çıkarılması gerekmektedir. Kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilmesi gereken kimseye yapılan tebligatlar bakımından bir değerlendirme yapmamız gerekirse bizce usûlsüz tebligattır. Çünkü dava ehliyeti, eksikliği giderilebilecek bir dava şartıdır (HMK m. 115/II). Kanuni temsilci vermiş olduğu icazet ile temsil ettiği kişinin gerçekleştirdiği usûli işlemleri ve bu kişiye karşı yapılan usûli işlemleri geçerli hale getirebilir. Dava ehliyeti olmayan kimselerin yapmış olduğu ve bu kişilere karşı yapılan usûli işlemler yok hükmünde kabul edilmemiştir. Aksi takdirde bu usûli işlemlerin sonradan iyileştirilmesi mümkün olmazdı. Bu bağlamda kanuni temsilciye yapılmayan tebligatları yok hükmünde kabul etmek usûl ekonomi ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın da bu konuda yapılan tebliği usûlsüz kabul ettiği ve tebligatın kanuni temsilcinin tebliği öğrendiği tarihten itibaren geçerli saydığı görülmektedir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi bir kararında şu ifadelere yer vermiştir¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁷ Timuçin Muşul, **Tebligat Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, (Tebligat), s. 45; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt: 1, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 162; Özkes, Hukuki Dinlenilme, s. 98; Derya Belgin Güneş, "Tebliğ Yokluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, 2016, s. 221.

¹⁶⁶⁸ Güneş, s. 222.

¹⁶⁶⁹ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Altıncı Baskı, C. V, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2001, s. 5538.

¹⁶⁷⁰ Muşul, Tebligat, ss. 219-224, 494; Güneş, s. 224.

¹⁶⁷¹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 24.03.2016 tarihli E. 2016/409, K. 2016/1851 sayılı kararı için bkznz. www.kazanci.com, (12.12.2019).

“Davacı vekili, kapananAsliye Hukuk Mahkemesi'ninE. sayılı dosyası ile müvekkili aleyhine açtığı alacak davası kabul edilen davalının başlattığı icra takibinde icra emrinin müvekkiline 1.... tarihinde tebliğ edildiğini, anılan dosyaya yönelik yargılamanın yenilenmesi talebi ile açtıkları davanın kararın henüz kesinleşmemesi sebebiyle reddedildiğini,.....si'nin E. sayılı dava dosyasında müvekkili kooperatifi ...'nın temsil ettiğini ancak yargılama sırasında'nın kooperatif başkanlığı sona erdiğinden kooperatifi temsil kabiliyetini yitirdiğini, daha sonradan öğrendiklerine göre mahkemece gönderilen tebligatların köy muhtarı tarafından halen başkan olduğu düşünülerek'ya tebliğ edilmeye devam edildiğini, müvekkiline tebligat ulaşmadığından kooperatifin 2009 yılı dönemine ait yasal defterlerinin mahkemeye sunulmadığını, bu sebeple de bilirkişinin eksik incelemeyle rapor tanzim ettiğini, tebligatları'nın almasının müvekkili kooperatifin davayı kaybetmesine neden olduğunu ileri sürerek, yargılamanın yenilenmesini, müvekkili kooperatifin davalıya borçlu olmadığına tespitini, adı geçen karar kaldırılarak davanın reddini talep ve dava etmiştir.

Davacı tarafca yargılamanın iadesi istenilen.....i'nin E.,... K. sayılı kararının ... tarihinde kesinleştiği, bu ilama dayalı olarak.... İcra Müdürlüğü'nün ... E. sayılı dosyasıyla yapılan icra takibinde icra emrinin borçluya ... tarihinde tebliğ edildiği, işbu davanın ... tarihinde açıldığı anlaşılmıştır. Davacı tarafca, HMK'nın 375/1-c ve ç maddesi hükümlerine dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi istenildiğinden HMK'nın 377. maddesi uyarınca üç ay içerisinde dava açılması gerekmekte olup mahkemece, talebin kanuni süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle, davanın HMK'nın 379/2 maddesi yollamasıyla 114/2 ve 115/2. maddeleri uyarınca usûlden reddine karar verilmesi gerekirken, yeniden yargılama talebi kabul edilerek uyumsuzluğun esası incelenmesine rağmen, çelişkili olarak talebin ön incelemesinde koşullarda eksiklik bulunduğu uygulanması gereken HMK'nın 379/2. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi doğru olmamış ise de davacı vekilinin temyiz itirazları incelenmeksizin sonucu itibarıyla doğru olan kararın, HUMK'nın 438/son maddesi gereğince gerekçesi değiştirilerek ve yapılan yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargılamaya gereksinim göstermediğinden, hükmün HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazları incelenmeksizin kararın gerekçesi değiştirilerek ve hüküm fıkrasının 1. bendi çıkarılarak yerine, 1. bent olarak "Davanın HMK'nın 379/2 maddesi yollamasıyla 114/2 ve 115/2. maddeleri uyarınca usûlden reddine" yazılmak suretiyle hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere,24.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Kararda görüldüğü üzere icra takibinin tebliğ edildiği tarih aynı zamanda kooperatif tarafından mahkemenin kararının öğrenildiği tarih olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinin esas alındığı ve usûlsüz tebliğin geçerli hale geldiğinin kabul edildiği çıkarımında bulunabiliriz.

Yargılamanın iadesi yolu, kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulacak istisnai bir yoldur. Bu sebeple yargılamanın tekrarlanmasının mümkün olmadığı, o konuda

yeniden mahkemeye başvurulamayacak, şeklen ve madden kesinleşmiş hükümlere karşı yargılamanın iadesi istenebilir. Mahkeme kararı henüz şeklen kesinleşmemişse yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyecektir. Çünkü ortada kesinleşmiş bir karar olmaması sebebiyle tüm başvuru imkânları tüketilmemiştir¹⁶⁷². Burada usûlüne uygun temsil olmaksızın esasa ilişkin bir karar verilmesi durumunda da kanuni temsilciye yapılacak tebliğ ile kanun yollarına başvuru süresi başlayacaktır. Çünkü ehliyetsiz kişiye yapılan tebligat geçersizdir ve süreler başlamaz. Böyle bir durumda kanuni temsilcinin süresi içerisinde olağan kanun yollarına da başvurup başvuramayacağı tartışma konusu olabilir.

Alman hukukunda tarafın olağan kanun yollarına başvuruda bulunup bulunmama konusunda bir seçimlik hakkı olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁷³. Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında da benzer bir şekilde tarafın hem kanun yoluna gitme hem de iptal davası açma hakkı olduğu belirtilmiş ancak iptal davası açmak isteyen tarafın kararın kesinleşmesinden sonra bu yola başvurabileceği dile getirmiştir¹⁶⁷⁴. Bizce de dava ehliyetini sonradan kazanan kişi ya da sonradan ehliyetsiz kişi hakkında verilen karardan haberdar olan kanuni temsilci, tebligatın geçerli olamaması sebebiyle, olağan kanun yoluna da başvurulabilecektir. Olağan kanun yoluna başvuru süresinin geçmesi durumunda ise kararın kesinleşmesi sebebi ile yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceklerdir. Burada Alman hukuku öğretisindeki tarafa bir nevi seçimlik hak tanındığına ilişkin değerlendirmeye katılmaktayız. Alman Federal Mahkemesinin kararının aksine öğretide bir görüş, dava açılması için mahkemenin kararının kesinleşmesinin beklenilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁶⁷⁵ . Burada seçimlik hakkın kullanılması dava ehliyetine sahip olmayan kimsenin kendi adına olağan kanun yoluna başvurmamış olması ile mümkün olacaktır¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷² Özkes, Pekcanıtez Usûl C. III, s. 2325.

¹⁶⁷³ Bu husus Alman Federal Mahkemesi kararlarında da belirtilmiştir. İlgili kararda, tarafın olağan kanun yollarına başvurma ya da iptal davası yoluna gitme konusunda seçimlik hakkı olduğu belirtilmiştir. Burada olağan kanun yoluna başvurulmaya karar verilirse söz konusu edilen temsil eksikliğinin daha önce göz ardı edilmiş olması ya da haksız bir şekilde reddedilmiş olması iptal davasının açılmasına engel olmayacaktır. Bknz. NJW 1982, s. 2449. Aynı yönde, Kemper, Saenger Zivilprozessordnung, §579, Rn. 7.

¹⁶⁷⁴ NJW 1982, s. 2449; Öğretide aynı yönde Musielak ve Voit, §579, Rn. 7; Kemper, Saenger, Zivilprozessordnung, §579, Rn. 7; Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, § 579, Rn. 19; Oda, s. 110.

¹⁶⁷⁵ Braun, Münchener Kommentar zur ZPO, § 579, Rn. 19.

¹⁶⁷⁶ Oda, s. 113.

Kanaatimizce burada Federal Mahkeme usûl ekonomisi ilkesini gözeterek, henüz olağan kanun yoluna başvuru imkanı varken öncelikli olarak iptal davası açılması yoluna başvurulmaması düşüncesiyle hareket etmektedir. Bizce de her ne kadar bu konuda doğrudan bir kısıtlama getirilmemiş olsa da yargılamanın iadesi kesin hükümlere ilişkin gidilebilecek bir yoldur. Bu husus her yargılamanın iadesi sebebi için genel nitelikte bir kuraldır. Bu sebeple ancak olağan kanun yollarına başvurma imkânı kalmadığında yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceği düşüncesindeyiz.

Yargılamanın iadesi talebi, bir dilekçe ile kararı veren mahkemeye yapılacaktır (HMK m. 378/1). Bu nedenle talep, kararı veren ilk derece mahkemesine yapılmalıdır. Ancak bazı durumlarda yargılamanın iadesi sebebi istinaf derecesinde ortaya çıkabilir ve sadece istinaf aşamasında verilen kararı etkileyebilir. Bölge adliye mahkemeleri istinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında karar vermişse yargılamanın iadesi başvurusu bölge adliye mahkemesine yapılmalıdır¹⁶⁷⁷.

Kesin hüküm sonucunu doğurmayan çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar ve icra mahkemesinin kesin hüküm teşkil etmeyen kararlarına karşı temsile ilişkin bir eksiklik bulunsa dahi yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacaktır¹⁶⁷⁸.

Bu hususlara ilişkin incelemeler ön inceleme safhasında yapılacaktır. Mahkeme talebin kanuni süre içinde yapılıp yapılmadığını, yargılamanın iadesi yoluyla kaldırılmak istenen hükmün kesin nitelikte olup olmadığını, ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin kanunda düzenlenip düzenlenmediğini (HMK m. 379/1) incelemelidir. Bu inceleme mahkemece re'sen yapılmalıdır (HMK m. 379/1-c)¹⁶⁷⁹. Bunlardan biri eksikse, esasa girilmeksizin yargılamanın iadesi talebi reddedilecektir (HMK m. 379/2). İlk derece mahkemesi tarafından görülen yargılamanın iadesi davasında verilen karara karşı süresi içinde istinaf yoluna gidilebilecektir¹⁶⁸⁰. Yargılamanın iadesi talebi bir dava olarak açılıp görüldüğünden, dava hakkında mahkemenin verdiği karara karşı süresi içinde, diğer koşulların da bulunması halinde olağan kanun yollarına başvurulabilir¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁷ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 665.

¹⁶⁷⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 657; Karşı, Hukuk Muhakemeleri, s. 657.

¹⁶⁷⁹ Alman hukukunda da benzer şekilde bkz. Gaul, F.S. für Kralik, s. 168; Oda, s. 111.

¹⁶⁸⁰ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 665.

¹⁶⁸¹ Özekes, Pekcanitez Usûl C.III, s. 2346.

Yargılamanın iadesi talebinin kabulü halinde yenileme sebebine göre farklı kararlar verileceği hüküm altına alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 380. maddesinin 1. fıkrası gereğince vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla dava görülmüş ve karara bağlanmışsa başka bir inceleme yapılmadan hüküm iptal edilecektir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde öğretide, bu sebebin varlığı halinde hükmün iptal edilmekle yetinilmemesi, ayrıca yeniden yargılama yapılması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmekteydi. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanun koyucu öğretideki görüşlerin aksine hükmün sadece iptal edileceğini düzenlemiştir¹⁶⁸².

¹⁶⁸² Karslı, Hukuk Muhakemeleri, s. 669.

SONUÇ

Türk hukukunda dava ehliyeti, ilk olarak 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Bu Kanun'un 38. maddesinde “*davaya ehliyetin*” Türk Kanunu Medenisi ile belirleneceği belirtilmiştir. Burada yer alan “davaya ehliyet” ifadesi esasında dava ve taraf ehliyetini kapsayan üst bir kavramdır. Kanunda bu her iki ifade için ayrı ayrı terimlerin kullanılmaması öğretide ve uygulamada bazı karışıklıklara sebep olmuştur. Bu karışıklıkların giderilmesi için isabetli bir şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile taraf ehliyeti ve dava ehliyeti ayrı ayrı maddelerde hüküm altına alınmıştır.

Dava ehliyeti, bir kişinin kendi başına veya yetkili kıldığı bir temsilci aracılığı ile yargılamayı yürütebilme ve tüm usûli işlemleri geçerli bir şekilde yapabilme ya da kabul edebilme ehliyeti olarak tanımlanabilir. Dava ehliyeti, her ne kadar usûli bir kavram olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesinde dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği düzenlemiştir. Başka bir deyişle kanun koyucu dava ehliyetine ilişkin olarak medeni hukuka atıf yapma yolunu tercih etmiştir. Bu sebeple dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usûl hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir.

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz hukuk sistemlerinde de dava ehliyetinin içeriğinin medeni hukuk ile belirlendiği görülmektedir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrası, dava ehliyetinin medeni hukuk hükümlerine göre belirleneceğini belirterek dava ehliyetini medeni hukuktaki fiil ehliyeti ile uyumlu olacak şekilde hüküm altına almak istemiştir. Benzer bir şekilde İsviçre ve Avusturya medeni usûl hukukları da dava ehliyetini ayrıntılı bir şekilde medeni usûl kanunlarında düzenlemek yerine medeni hukuka atıf yaparak düzenlemeyi tercih etmişlerdir. Bununla birlikte her ne kadar kıta Avrupası hukuk sistemlerinde dava ehliyetinin düzenleniş biçimi aynı olsa da ülkelerin medeni hukuk sistemlerindeki farklılıklar, medeni usûl hukukuna da yansımıştır. Özellikle Avusturya hukukunun etkisi ile Alman ve İsviçre hukuklarında ortaya çıkan kişiler hukukundaki reform hareketleri, medeni usûl hukuku alanında da etkisini göstermiştir. Bu sebeple dava ehliyetinin medeni hukuktan ayrı olarak ele alınamayacağı kanaatindeyiz.

Bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığı, o kişinin fiil ehliyetine göre belirlenecektir. Başka bir deyişle fiil ehliyetine sahip herkes, dava ehliyetine de sahip olacaktır. Kişiler, fiil ehliyetlerinin koşulları göz önünde tutularak, bu koşullardan birkaçının ya da tümünün kişide bulunup bulunmamasına göre fiil ehliyeti yönünden dört gruba ayrılmaktadır. Çalışmamız kapsamında her bir grubun dava ehliyeti, ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Ancak öncelikle belirtmek isteriz ki medeni usûl hukuku öğretisinde medeni hukuktan farklı olarak sınırlı bir ehliyetin olmayacağı, başka bir deyişle sınırlı dava ehliyetinin (beschränkte Prozessfähigkeit) olmadığını kabul edilmiştir. Bunun temel sebebi olarak da bir kimsenin bir davada ya tam olarak dava ehliyetinin olacağı (volle Prozessfähigkeit) ya da hiç olmayacağı (Prozessunfähigkeit) gösterilmiştir. Bu sebeple bu konuda başka özel bir düzenleme bulunmadığı sürece bir kimsenin sadece bazı usûli işlemler için dava ehliyetinin olduğu, bazı işlemler için olmadığı kabul edilemez.

Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde ayırt etme gücüne sahip olan ve ergin olup da kısıtlı olmayan her kişinin fiil ehliyetinin tam olduğu, başka bir deyişle bu kişilerin tam ehliyetli olduğu kabul edilmiştir. Tam ehliyetli kişiler, çekişme halinde bulunan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için dava açabilecekleri gibi kendilerine karşı açılmış olan davalarda da mahkemede taraf olarak hazır bulunarak medeni usûl hukuku ile ilgili tüm işlemleri yapabilirler. Bu kişilerin yargılamada kanuni temsili gerekmemektedir. Örneğin, çocuğun ergin olmasından sonra çocuğu adına anne ya da babası dava açamayacak; kısıtlılığı sona ermiş bir kişi hakkında eski vasisi herhangi bir usûli işlem gerçekleştiremeyecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiil ehliyetinin olmadığı hüküm altına alınmıştır. Tam ehliyetsizler olarak sınıflandırılan bu kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacaktır. Türk hukukunda ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz kişilerin ise fiil ehliyetlerinin olmaması sebebi ile dava ehliyetleri bulunmamaktadır. Bu kişilerin usûlüne uygun bir şekilde yargılamada temsil edilmeleri gerekmektedir. Bu kişilerin kanuni temsilcileri olmadan bizzat gerçekleştirmiş oldukları usûli işlemler geçersizdir.

Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin belirli ölçülerde medeni usûl hukukundaki görünümü olarak kabul edilse de, eksikliği halinde tam ehliyetsizler açısından

doğurduğu etkiler daha farklı olabilmektedir. Örneğin, medeni hukuk açısından ayırt etme gücüne sahip olmayanların gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin geçerli olmadığının onların zararına ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımını oluşturabilir. Ancak medeni usûl hukukunda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yaptığı usûli işlemlerin geçerli olmadığı, başka bir deyişle dava ehliyeti eksikliği, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecektir. Bu durum hakkın kötüye kullanımını oluşturmaz. Bir diğer farklılık ise ayırt etme gücü olmayan kişilerin gerçekleştirmiş oldukları usûli işlemlerin usûlüne uygun olarak atanmış kanuni temsilcisinin vermiş olduğu icazet ile iyileştirilmelerinin mümkün olmasıdır. Ancak medeni hukukta tam ehliyetsizlerin gerçekleştirdiği bu işlemlerin kanuni temsilci tarafından en baştan yapılması gerekmektedir.

Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya haklarına ilişkin davalarda kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilip edilmeyecekleri tartışma konusu olmuştur. Esasında medeni hukukta ortaya çıkan bu sorun, hakkın dava aracılığı ile kullanılması gerektiğinde etkilerini medeni usûl hukukunda da göstermektedir. Bu sebeple bu husus, çalışmamızda da ayrı bir şekilde ele alınmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 16. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip olan kişiler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilecektir. Bununla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bakımından bu hususta, bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konuda özel bir düzenleme getirilmemesinin bir sonucu olarak ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizlerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına ilişkin davalarda, kanuni temsilleri tartışmalıdır. Çünkü bu kişilerin bu hakları tek başlarına kullanmaları mümkün değildir. Ancak katı bir temsil düşmanlığı kabul edilirse kanuni temsilcileri ile kullanmaları da mümkün olmayacaktır. Öğretide ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin çıkarlarından hareketle ya da Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle ayırt etme gücü olmayan kimselerin yargılamada kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilebileceği kabul edilmiştir. Bizce de tam ehliyetsizlerin çıkarı esas alınarak zorunluluk halinde bu hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zorunluluk halinin oluşup oluşmadığını izin makamı olan vesayet makamı takdir edebilir. Aksinin kabulü tam ehliyetsiz kimsenin aleyhine sonuçlar doğuracaktır.

Hakkın kişiye bağılılığının derecesinden hareketle kişiye sıkı sıkıya bağılı haklara ilişkin olarak mutlak ve nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağılı hak ayırımına gidilmiştir. Hangi hakların mutlak nitelikte hangi hakların ise nispi nitelikte olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bunun temel sebebi olarak böyle bir sınırlandırmaya gitmenin ehliyetsiz kişi aleyhine sonuçlar doğurabileceğı gösterilmiştir. Değışen ve gelişen hukuk sistemlerinde bu haklar, öğreti ve yargı kararları ile tespit edilmelidir. Özellikle yaş düzeltmede, adın korunmasında, adın değıştirilmesinde, kişisel durum sicilinin düzeltilmesinde, kişilik hakkını koruyucu davaların açılmasında, soybağının reddinde, tanınmanın iptalinde, babalık davasında, boşanma davasında, evliliğın mutlak butlanla iptalinde, nişanlılığın bozulması sebebiyle manevi tazminat taleplerinde tam ehliyetsizlerin kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilebileceklerdir.

Tam ehliyetsizlerin kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilebilecekleri haklar arasında boşanma davası açabilme hakkı, özel bir yere sahiptir. Tam ehliyetsiz aleyhine boşanma davası açıldığı zaman kanuni temsilcisinin onu temsilen ilgili davaya devam edebileceğı gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda kabul edilmiştir. Ancak İsviçre hukukunda boşanma davası açmak mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağılı hak kapsamında değerlendirildiğinden kanuni temsilcilerle bu hakkın kullanılmaması eğiliminin olduğu görölmektedir. Ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçlar, kişinin iradesini ortaya koyabildiğı durumlarda mümkün olduğunca kişinin bu konuyla ilgili ayırt etme gücüne sahip olduğu düşüncesiyle hareket etmek suretiyle giderilmeye çalışılmıştır. Türk hukukunda ise ayırt etme gücünün eksikliğının ölçüsüne bakılmaksızın, doğrudan bu kişiler ayırt etme gücünden yoksun kabul edilmektedir. Yargı kararlarında ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların mutlak ve nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağılı hak ayırımı yapmadan kişinin çıkarını esas alarak gidermeye çalıştığı görölmektedir. Kanaatimizce İsviçre hukukunda olduğu gibi boşanma davası açma hakkı mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağılı hak olarak kabul edilmemelidir. Ancak İsviçre hukukunda kabul edildiğı üzere bir kimsenin akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı içerisinde bulunması, mutlak surette ayırt etme gücüne sahip olmadığı anlamına gelmez. Bu sebeple mümkün olduğu ölçüde kişinin ayırt etme gücünün bulunabileceğı hallerde kişinin iradesine öncelik verilmelidir. Ayırt etme gücünün olmadığı hallerde ise boşanma, tümüyle mutlak olarak kişiye sıkı

sıkıya bağı bir hak olarak değeriendirilmemelidir. Her bir boşanma sebebi özel olarak ele alınmalıdır.

Nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağı haklar, çalışmamızda incelediğimiz haklar ile sınırlı değildir. Çalışmamızda bugüne kadar öğretilde en çok tartışma yaratmış olan haklar ele alınmıştır. Ancak nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağı hakların sınırlı sayıda olması düşünülemez. Her bir kişiye sıkı sıkıya bağı hak ele alınıp bunun hukuki niteliğı özel olarak değeriendirilmelidir.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip oldukları halde, henüz ergin olmayan ya da kısıtlanmış olan kişilerdir. Sınırlı ehliyetsiz kimselerin bazı durumlar haricinde dava ehliyeti yoktur. Bu kimseler için esas olan dava ehliyetlerinin olmamasıdır, ancak bazı istisnai hallerde bu kişilerin dava ehliyetine sahip oldukları kabul edilir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre sınırlı ehliyetsizler, kanuni temsilcilerinin vereceğı icazete bağı olmaksızın karşılıksız kazanmada bulunarak mal varlıklarını artıran ancak kendilerini borç altına sokmayan işlemleri yapabilirler ve kişiye sıkı sıkıya bağı olan haklarını kullanabilirler. Bu işlemler açısından kanuni temsilcinin rızası aranmamıştır.

Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizlerin medeni hukukta ehliyetli oldukları her hal için dava ehliyetlerinin olduğu kabul edilmemektedir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haksız fiillerinden sorumludur. Ancak haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlıların ve küçüklerin dava ehliyetinin olmadığı kabul edilmektedir. Kanuni temsilci bu kişileri temsilen davada yer alacak ve usüli işlemleri gerçekleştirecektir. Ancak haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlık, aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağı bir hakkın kullanımı ile de ilgiliyse böyle bir durumda sınırlı ehliyetsiz kimselerin dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir.

Benzer bir şekilde çocuğa ve kısıtlıya yapılan karşılıksız kazandırmalar bakımından da aynı değeriendirme yapılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasında karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağı hakları kullanmada kanuni temsilcinin rızasının gerekli olmadığı düzenlenmiştir. Bununla birlikte karşılıksız kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda her zaman bir hak kaybı ve yargılama masraflarına ilişkin riskler bulunduğundan, sınırlı ehliyetsiz kimselerin bu konuda dava ehliyetinin olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü bu hükmün

amacı, sınırlı ehliyetsizi herhangi bir risk altına sokmadan karşılıksız kazanım edinebilmesini sağlamaktır. Ancak her dava her zaman bir takım riskleri de beraberinde getirir. Burada riskler göz önüne alındığında davanın sonucunda hükmün amaçladığı sonuçtan uzaklaşılabilceğı ve sınırlı ehliyetsizler bakımından aleyhe sonuçların doğabileceğı görölmektedir. Belirli bir psikolojik ve yaş olgunluğuna sahip olma şartı da zaten aleyhe çıkabilecek sonuçları öngörebilmek için getirilmiştir. Tam ehliyetli olmayan bir kimseden bu şekilde davranması beklenemez. Ayrıca kanunda karşılıksız kazandırmanın kapsamı ile ilgili herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dava sonucunda ortaya çıkabilecek aleyhe sonuçlar, tam ehliyetli olmayan bir kimsenin öngörebileceğinden çok daha geniş kapsamlı olabilir. Bu sebeple karşılıksız kazandırmalardan kaynaklanan davalarda bu kişilerin dava ehliyetine sahip değildir.

Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz kimseler, kişiye sıkı sıkıya bağı haklarına ilişkin davalarda yargılamada bizzat yer alabilirler. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda İsviçre hukukunda olduğı gibi açıkça belirtilmese de fiil ehliyetine ilişkin kurallardan hareketle kabul edilmektedir (TMK m. 16). Burada da davanın bir takım riskler getirebileceğı ve bu kişilerin davada kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilmesi gerektiğı düşünölebilir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağı haklar söz konusu olduğunda bu hakların sahibi kişiler ayırt etme gücüne sahipse artık burada bir temsil düşmanlığı olduğundan bahsedilebilir. Bu haklar, kişinin kişiliğı ile çok yakından bağlantılıdır. Bu sebeple mümkün olduğı sürece kişinin kendisi tarafından kullanılması gerekmektedir. Kişiye sıkı sıkıya bağı hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanımında temsil düşmanlığı söz konusu olacağından ve esas olan hakların kullanılabilmesi olduğundan davanın getirdiğı riskler ikinci planda değerlendirilmiştir ve bu kişilerin bu haklar bakımından dava ehliyetine sahip olduğı kabul edilmiştir. Bu kişiler, kişiye sıkı sıkıya bağı haklarına ilişkin davalarda dava ehliyetine sahiptir. Bazı usüli işlemler için ehliyetli kabul edilip bazı işlemler için ise ehliyetsiz kabul edilemezler. Sınırlı dava ehliyetinin kabulü mümkün olmadığından bu kişiler davada bizzat hareket edebilirler.

Sınırlı ehliyetsizlerin bir meslek veya sanatın gerektirdiğı işlemlerle ilgili olarak dava ehliyetli olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Bu hususta Türk hukukunda olduğı gibi İsviçre hukukunda da özel bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Bununla birlikte genellikle ücretle ilgili talepler, tatil hakkı gibi konularda doğrudan bu kişilerin dava ehliyetinin olduğu kabul edilse de bir meslek ya da sanatın icrasına ilişkin tahsis edilen malvarlığına ilişkin hususlarda dava ehliyetine ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetinin olmadığı ileri sürülmüştür. Bunun sebebi olarak karşılıksız kazandırmalarda olduğu gibi bu hususa ilişkin yargılamanın maliyetini ve ortaya çıkabilecek tehlikeleri önceden sınırlı ehliyetsizin tahmin edemeyecek olmasının hükmün amacıyla bağdaşmaması gösterilmiştir. Bununla birlikte bir meslek ve sanat icra edilirken de kazandırıcı işlemlerin yanı sıra borçlandırıcı işlemlerin de gerçekleştirileceği açıktır. Çünkü hukuki işlem, bir kişi için borçlandırıcı ve tasarruf işlemi teşkil ederken çoğu zaman diğer kişi için de kazandırıcı işlem niteliğindedir. Medeni hukukta tanınan bu yetki medeni usûl hukuku ile daraltılamaz. Aksi halde sınırlı ehliyetsiz kişi, davada kendisini temsil edemeyecek ancak medeni hukukta bizzat yapmış olduğu işlemlerle davanın konusuz kalmasına sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple bir meslek ve sanatın gerektirdiği işlemler bütün olarak değerlendirilmeli ve sınırlı ehliyetsizler bu hallerde dava ehliyetli kabul edilmelidir.

Türk hukukunda ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan mal ve alacaklar için davalarda dava ehliyetine sahiptir. Ancak karşılıksız kazandırmalarda yargılamanın maliyeti ve ortaya çıkabilecek tehlikeler önceden gözetildiğinde sınırlı ehliyetsizler, dava ehliyetine sahip değildir.

İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde ayırt etme gücüne sahip olan ancak fiil ehliyeti bulunmayan kimselerin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, dava ehliyetine sahip olduklarının kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte Türk hukukunda ise vasiinin vesayet makamının iznini almaksızın hareket edebileceği haller arasında gecikmesinde sakınca bulunan haller yer alsa da sınırlı ehliyetsizlerin bizzat harekete geçebilmesine ilişkin olarak özel bir hüküm öngörülmemiştir. Türk hukukunda açıkça gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından özel bir düzenleme getirilmese de kanaatimizce sınırlı ehliyetsizlerin bu haller bakımından dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. Çünkü dava ehliyeti eksikliği, tamamlanması mümkün bir dava şartıdır. Eksikliği durumunda, mahkeme doğrudan davayı, dava ehliyeti eksikliği sebebi ile reddetmeyecektir. Mahkeme, doğrudan

kanuni temsilciye bu hususu bildirecektir. Kanuni temsilcinin bulunmaması durumunda ise dava, kanuni temsilci atanana kadar ertelenecektir. Sınırlı ehliyetsiz kimsenin usûlüne uygun bir şekilde temsili sağlandıktan sonra ise davaya kanuni temsilcinin verdiği icazete göre devam edilecektir. Bu sebeple her ne kadar bu hususta özel bir düzenleme olmasa da sınırlı ehliyetsizler bakımından gecikmesinde tehlike bulunan hallerde hâkimin de bu konuda değerlendirmesi ile harekete geçebileceklerdir.

Sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetine sahip olduklarına ilişkin istisnai haller dışında davada kanuni temsilci ile temsil edilmeleri gerekmektedir. Çünkü kural olarak bu kişilerin dava ehliyeti yoktur. Ancak temsil hususunda medeni hukuk ve medeni usûl hukuku farklı özellikler göstermektedir. Örneğin medeni hukukta bir hukuki işlemi kanuni temsilci sınırlı ehliyetsiz kişi adına bizzat yapabileceği gibi kanuni temsilci sınırlı ehliyetsizin işlemi kendisinin yapması için rıza gösterebilir (TMK m. 451). Bu rıza işleminden önce verilecek izin ile olabileceği gibi işleminden sonra verilecek onay şeklinde de olabilir. Medeni usûl hukukunda ise sınırlı ehliyetsiz kimseler, medeni hukuktakinin aksine kanuni temsilcinin önceden vermiş olduğu izin ile usûli işlemleri gerçekleştiremezler, dava açamazlar. Kanuni temsilci ancak daha sonra dava ehliyeti olmayan bu kişilerin gerçekleştirmiş olduğu usûli işlemlere icazet verebilir. Dava açmak ve yargılamada yer almak her zaman bir risk unsuru taşıdığından, kanuni temsilcinin medeni hukukta olduğu gibi önceden izin vermesi, kişinin dava ehliyeti eksikliğini gidermez. Medeni hukukla medeni usûl hukuku arasındaki bir diğer farklılık ise kanuni temsilcinin rızasını sınırlayıp kısmi bir izin verebilmesi konusundadır. Her ne kadar medeni hukukta kanuni temsilcinin bir takım işlemler için rıza verip bir takip işlemler için vermemesi kabul edilse de medeni usûl hukukunda yargılamada tüm usûli işlemlere bir bütün halinde icazet verilmeli ya da verilmemelidir.

Medeni hukukta kanuni temsilci işlem yapmadan önce bu konuda iznini açıklamamışsa vereceği icazet ile işleme geçerlilik kazandırabilir (TMK m. 451). Bu icazet geçmişe etkilidir ve işlem, onayın verilmesiyle yapıldığı andan itibaren geçerli olur ya da icazet verilmezse yapıldığı andan itibaren geçersizdir. Medeni usûl hukukunda ise dava ehliyeti eksikliği halinde kanuni temsilcinin verdiği icazet ile yapılan usûli işlemler geçerli olacaktır, ancak icazetin verilmemesi ya da çeşitli

sebeplerle verilememesi halinde dava usûlden reddedilecek ya da açılmamış sayılacaktır.

Dava ehliyeti olmayan kimselerin davada kanuni temsilcileri aracılığı ile temsil edilmesi gerekmektedir. Velayet altındaki çocuğun kanuni temsilcisi velayet hakkına sahip olan ana ve babadır (TMK m. 342/1). Her ikisinin de veli sıfatını taşıdığı durumlarda Türk Medeni Kanunu’nun 336. maddesinin 1. fıkrasınca ana ve babanın velayet hakkının birlikte kullanılmasını öngörülmüştür. Ancak yargılamada ana ve babanın velayet yetkilerinin kullanılmasında görüş ayrılığına düşmeleri söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kayyım atanabilir ya da Türk Medenî Kanunu’nun 195. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yargıcın müdahalesi yöntemi ile çözüm yoluna gidilebilir. Burada atanacak kayyım, temsil kayyımıdır. Temsil kayyımının görevini yerine getirirken vesayet makamından bir izin almasına gerek bulunmamaktadır.

Vesayet altındaki kişinin vasi ile temsili gerekmektedir (TMK m. 462/I, 8). Vasinin, vesayet altında bulunan kimse adına açacağı her dava için vesayet makamından ayrı ayrı izin alınması gerekir. Tek bir kararla vasiye genel olarak tüm davaları açabileceğine ilişkin bir dava açma yetkisi tanınmaz, böyle bir karar hukuka aykırıdır. Çünkü vesayet makamı her davanın durumunu ve her somut olayın özelliklerini ayrı ayrı inceleyerek karar vermek zorundadır.

Türk Medeni Kanunu’nun 462. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendi gereğince vasinin acele hallerde önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması hallerinde vesayet makamının iznine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede sadece dava açmaktan bahsedilmiş ancak vesayet altındaki kişinin davalı olması halinde vasinin vesayet makamından izin alıp almayacağı açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu’nun 462. maddesinin gerekçesinde husumet sözcüğü yerine dava açma sözcüğünün özellikle seçildiği davalı için böyle bir zorunluluğun olmadığı belirtilmiştir. Esasında bu husus, ilk olarak mülga Türk Kanunu Medenisi’nin 405. maddesinin birinci fıkrasının 8. bendinde “husumet” ifadesi ile belirtilmek istenenin ne olduğu konusunda çıkan tartışmalar ışığında değerlendirilmiştir. Bu konuda ortaya çıkan tartışmalar mehzaz kanundaki “prozessführung” ifadesinden kaynaklanmaktadır. İzin alınması gereken haller arasında yargılamayı yönetme

“prozessführung” hali de sayılmıştır. Başka bir deyişle vasi, yargılamanın yürütülebilmesi için vesayet makamından izin almalıdır. Davacı ya da davalı bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ancak Türk hukukunda husumet ifadesi yerine sadece dava açma ifadesine yer verilmiştir. Getirilen mevcut düzenleme açık olsa da böyle bir durumda vesayet makamının, ehliyetsiz kişinin menfaatinin korunabilmesi için vasiye gerekli izni vermesi gerekmektedir. Ancak burada alınan izin hukuki dinlenilme hakkının kullanılmasına ilişkin bir izinden çok vasinin uyuşmazlık konusu davada tarafı temsil edip edemeyeceği; aralarında bir menfaat çatışmasının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Burada mehzaz kanundaki düzenlemeye geri dönülmesi daha yerinde olacaktır.

Davada bir kimsenin kayyım ile de temsili söz konusu olabilir. Kayyımlık, “bir işin görülmesi” ya da “bir malın yönetimi” amaçlarından hangisi için atama yapılmış olmasına göre temsil kayyımlığı ya da yönetim kayyımlığı olmak üzere ikiye ayrılır.

Bazı kişilere kanuni temsilci yerine yasal danışman da atanmış olabilir. Yasal danışmanlığın türüne göre sınırlı ehliyetlilerin davada temsil edilmesi özellik gösterecektir. Oy danışmanı, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte menfaati gereği korunması gerekli görülen ergin kimselere, Türk Medeni Kanunu’nun 429. maddesinde belirtilen işlemleri gerçekleştirebilmesi için görüş bildiren yasal danışmandır. Oy danışmanı, danışan kişinin vermiş olduğu icazet ile bu kişi adına tek başına dava açamaz. Oy danışmanına açık olarak bu yetkinin tanınmamış olması ve bu danışmanın aynı zamanda kanuni temsilci olmamasının yanı sıra Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi gereğince iradi temsilci olarak baroya kayıtlı bir avukat olmaması sebebi ile yargılamada danışman atanan kişiyi temsil yetkisi bulunmamaktadır.

Kendisine oy danışmanı atanan kişinin davalı olması durumunda kişi artık oy danışmanının onayını almak zorunda değildir. Çünkü oy danışmanının olumsuz bir görüş beyan etme hakkı, bulunmamaktadır. Ayrıca oy danışmanlığı altındaki kişinin kanuni temsilcisi olmadığından usûli işlemleri onun adına da gerçekleştiremeyecektir. Bu sebeple bizce de oy danışmanının vermek zorunda olduğu bir izin için kendisine başvurarak izin almak, iznin niteliğine aykırı

düŖeceğinden kendisine karşı açılan bir davada savunma yapabilmek için de gerekli kılmak doğru olmayacaktır.

Bir kiŖiye Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yönetim danışmanı da atanabilir. Burada yönetime ilişkin işlerde danışanın fiil ehliyeti sınırlıdır. Bunun harici işlerde ise fiil ehliyetine tam olarak sahiptir. Bu sebeple oy danışmanının aksine yönetim danışmanı, danışanın kanuni temsilcisi durumundadır. Yönetim danışmanının, sınırlı ehliyetsizlerdeki vasinin konumundan farkı, dava açmadan önce vesayet makamından izin almasının gerekmemesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca tüzel kişilerin de fiil ehliyeti vardır. Tüzel kişiler davayı, yetkili organları aracılığı ile takip ederler (HMK m. 52). Tüzel kişinin organı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen sadece avukatın yapabileceğı tüm işlemleri bizzat yapabilir. Tüzel kişiler hakkında özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir.

Özel hukuk tüzel kişileri, dava ehliyetini kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmaları ile kazanırlar. Dava tüm özel hukuk kişileri tarafından yetkili organları aracılığı ile takip edilmelidir.

Tüzel kişiliğın gerekli organlardan yoksun kalması ve yönetiminin başka yoldan sağlanamaması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesine başvurmak gerekmektedir. Bu maddenin 4. bendinde genel olarak bir tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalması ve yönetiminin başka yoldan sağlanamaması durumunda yönetim kayyımının atanması gerektiğı öngörölmüştür. Yönetim kayyımı atanması halinde, bu kayyım, tüzel kişiyi ilgili organ seçilinceye kadar davada temsil edecektir.

Çalışmamız kapsamında kişiliğı olmayanların dava yer alıp alamayacakları değerlendirilmiştir. Kişiliğı olmayanların taraf ehliyetinin olduğı kabul edilirse yargılamada temsillerinin nasıl sağlanması gerektiğı sorunu ortaya çıkabilir. Bu hallerden ilk olarak ceninin durumu değerlendirilmiştir. Kanaatimizce ceninin taraf ehliyeti yoktur ve bu sebeple kanunda belirtilen istisnai haller haricinde dava temsili gerekmez. Türk hukukunda adi şirketin tüzel kişiliğı dolayısıyla taraf ehliyeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmayan adi şirketin dava ehliyeti de yoktur. Tüzel kişiliğı sahip olmayan şubelerin yargılamada temsili de tartışma

konusu yaratmaktadır. Esasında şubelerin ayrı bir taraf ehliyeti yoktur. Tüzel kişinin yetkili organı aracılığı ile temsil edilmeleri gerekir. Mevcut düzenlemeler kapsamında şubelerin taraf dolayısıyla dava ehliyetine sahip olmadığı düşüncesindeyiz. Şube ile tüzel kişiler arasındaki sorunlar kendi iç ilişkilerine dayanan sorunlardır. Bu konuda özel bir düzenleme getirilmediği sürece, şubelerin taraf olarak yargılamada yer alması mümkün değildir.

Dava ehliyeti, taraflara ilişkin bir usûli işlem şartıdır. Eksikliği halinde, dava ehliyetine sahip olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen işlemlerin etkisi olmaz. Dava ehliyetinin sadece dava açılırken değil tüm usûli işlemler gerçekleştirilirken bulunması gerekir. Çalışmamız kapsamında dava ehliyetinin bir usûli işlem şartı olması ve bazı usûli işlemler bakımından eksikliğinin gösterdiği özellikler değerlendirilmiştir. Dava ehliyeti, bir usûli işlem şartı olmasının yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre açıkça dava şartı olarak da kabul edilmiştir.

Dava ehliyeti, davanın dinlenilerek esasa ilişkin bir karar verilebilmesi için aranan bir önkoşuldur. Dava şartları, kural olarak yargılamanın başlaması için gerekli şartlar değildir. Bunun yanı sıra dava şartı eksikliği sebebi ile bir tarafın dava açmasına da engel olunamaz. Dava şartlarının eksikliği durumunda mahkeme bu durumu usûle ilişkin bir kararla sonuca bağlayacaktır. Dava şartlarının eksik olup olmadığı hususunda karar vermeye yetkili mahkeme, tarafların uyuşmazlığın çözümlenmesi için başvurdukları mahkemedir. Kararı bekletici sorun yapılan diğer mahkemelerin kararları, doğrudan dava ehliyetine ilişkin değil, dava ehliyetine ilişkin ön sorunun çözümlenmesi için gerekli hususların aydınlatılması için gerekli kararlardır. Bu mahkemeler, esasa ilişkin uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin yerine geçip açılan dava hakkında usûle ilişkin bir karar veremez.

Dava şartları, ön inceleme aşamasında öncelikli olarak incelenecektir(HMK m. 137). Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesi, hakime, dava şartları hakkında dosya üzerinden karar verme yetkisi tanımış ise de bu yetkinin çok sınırlı ve istisnai olarak kullanılması gerekmektedir. Kanaatimizce, dava ehliyeti, dosya üzerinden incelenmesi mümkün olan bir dava şartı değildir. Hem doğrudan hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantılı olması hem de usûl ekonomisi ilkesi

gereğince, mahkemenin tarafların dava ehliyetine ilişkin bir karar vermeden önce mutlaka tarafı şahsen dinlemelidir.

Ön inceleme duruşması esas olarak tek duruşmada tamamlanır. Ancak zorunlu olan hallerde mahkeme bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edebilir (HMK m. 140/4). Kanaatimizce bekletici sorun yapılan hususların çözümlenip çözümlenmediğine ilişkin bilgi edinmek amaçlı verilen duruşma günleri, ön inceleme duruşması kapsamında sayılmamalıdır. Bu konuda bir karar verilene kadar gerçekleştirilen ara duruşmalar, ön inceleme duruşması olarak değerlendirilmemelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, dava şartlarının hangi sıra ile inceleneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple öğretide bu konuya ilişkin farklı öneriler getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin gerekçesinde bu hususun öğretiye ve yargı kararlarına bırakıldığı belirtilmiştir. Dava şartlarının incelenmesi sırası, eksikliğin tamamlanması mümkün olan ve olmayan dava şartlarına göre belirlenmelidir. Bir dava şartının incelenmesi, diğer dava şartının incelenmesini gereksiz kılacak ise öncelikli olarak o dava şartının incelenmesi gerekir.

Çalışmamızda dava ehliyetinin çifte etkili bir vakıa olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Hem uyuşmazlığın esası ile ilgili olan hem de davanın kabule şayanlık şartları ile ilgili olan vakıalar, çifte etkili vakıalar (doppelrelevanteTatsachen) olarak ifade etmektedir. Bu kurama göre, esasa ilişkin bir karar verilebilmesi aynı zamanda bir usûl hukuku probleminin de çözümlenmesini gerektiriyorsa, dava şartlarına ilişkin davanın en başında bir inceleme yapılması esastan vazgeçilebilir. Dava ehliyetinin çifte etkili vakıa olarak özellik göstermesi özellikle vesayet altına alınma veya vesayetin kaldırılması hallerinde söz konusu olmaktadır. Ancak bunun dışındaki hallerde başka bir deyişle esasa ilişkin uyuşmazlığın kişinin fiil ehliyetine ilişkin olması ve bu durumun halen kişinin dava ehliyeti üzerinde etkili olması halinde, fiil ehliyetine ilişkin bir araştırma yapmadan kişinin dava ehliyetli olduğu kabul edilirse, bu koruyucu amaçtan sapılmış olunacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrası ile mahkemenin dava şartlarının bulunup bulunmadığını davanın her aşamasında

kendiliğinden araştıracağı hüküm altına alınmıştır. Türk hukukunda dava şartlarının incelenmesine ilişkin olarak hangi medeni usûl hukuku ilkesinin geçerli olacağına dair herhangi bir tartışma yoktur.

İspat yükünün belirlenmesi re'sen araştırma ilkesinin kabul edildiği durumlarda bile ispatın gerçekleşmemesi durumunda bunun sonuçlarına katlanacak tarafın belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Çalışmamız kapsamında dava şartlarının, mahkeme tarafından re'sen araştırılması gerektiği düzenlendiği için dava ehliyeti açısından, objektif ispat yükü değerlendirilmiştir. Objektif ispat yükünün ise esasa ilişkin karar almak isteyen davacının üzerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Taraflardan birinin dava ehliyetinin olup olmadığı, esasında bir ön sorundur. Türk hukukunda ise mevcut olan hukuki düzenlemelerde dava ehliyetinin zorunlu olarak bekletici sorun yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak mahkeme kişinin dava ehliyeti olmadığına ilişkin bir tespit yaptıysa bu kişiye kanuni temsilci atanması zorunlu bekletici sorun olarak değerlendirilebilir (HMK m. 56/I). İlk derece mahkemesinin dava ehliyetine ilişkin ön sorunu, bekletici sorun yapabilmesi için öncelikli olarak dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafı, şahsen dinlemesi gerekir. Bir kimsenin fiil ehliyetinin tespitinin gereksiz yere bekletici sorun yapılması hem adil yargılanma hakkına hem de usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Bu konuda taraf duruşmaya davet edilmeli ve usûlüne uygun bir şekilde davet edilmesine rağmen duruşmaya gelmezse bu hususun bekletici sorun yapılabileceği tarafına bildirilmelidir.

Dava ehliyeti eksikliği davanın her aşamasında ortaya çıkabilir. Dava ehliyetinin yargılama esnasında kaybedilmesi durumunda dava açmak için vesayet makamının iznine gerek yoktur. Çünkü taraf, dava ehliyetine sahip iken usûlüne uygun bir şekilde dava açmıştır. Artık burada vesayet makamının usûlüne uygun bir şekilde açılmış olan bu davaya izin vermeme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak dava ehliyetine ilişkin eksiklik dava açılırken de varsa ve bu eksiklik sonrada fark edildiyse bu durumda vesayet makamının izninin alınması gerekir.

Alman Hukukunda bir davanın, dava ehliyeti olmayan bir kimse tarafından açılması, davanın usûlden reddini gerektirmektedir. Bu durum sadece, davanın, dava ehliyetsiz bir kişi tarafından açılması durumunda geçerli olur. Dava ehliyeti olmayan davacının dava açması durumunda bu eksiklik kendiliğinden giderilmezse bu durumu

usûlden red sebebi olarak kabul eden Alman hukuku, dava ehliyetinin yargılama esnasında kaybı durumuna ilişkin olarak ise özel bir düzenleme getirmiştir. Bu kişi, dava ehliyetini, dava açtıktan sonra kaybederse ve bu kimse bir avukat aracılığı ile temsil ediliyorsa dava usûle aykırılıktan reddedilmez. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 241. maddesine göre yargılamaya ara verilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, usûl ekonomisi ilkesi gözetildiğinde yerinde bir düzenlemedir. Dava ehliyetini sonradan kaybeden taraf, bu ehliyetini kaybetmeseydi dahi iradi temsilcisi aracılığı ile temsil edilecekti. Bu sebeple kanuni temsilci atanana kadar yargılamanın iradi temsilci aracılığı ile devam etmesi, yargılamanın çabuk bir şekilde sonuçlandırılması için yerinde bir düzenlemedir. Benzer bir düzenlemenin Türk hukuku açısından da getirilmesinin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Bir kişi, dava ehliyetini sonradan kaybedebileceği gibi dava esnasında da kazanabilir. Örneğin davacı küçüğün ergin olmasına az bir zaman kalmış ise davacının ergin olmasına kadar bekletilip bekletilmemesi gerektiği değerlendirilmiştir. Burada her kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde bir hüküm bulunmasa da usûl ekonomisi ilkesi düşünülerek bir değerlendirme yapılabilir. Bu konuda artık mahkemenin takdir yetkisini kullanarak küçüğün erginliğe erişmesini bekleyebilecektir.

Dava ehliyeti olmayan bir kişinin dava açması halinde, mahkeme, dava ehliyetinin dava şartı olması sebebiyle davayı hemen usûlden reddetmemelidir. Tarafın kanuni temsilcisi varsa davaya davet edilmelidir. Kanuni temsilcinin vereceği bu icazetle dava ehliyetine sahip olmayan tarafça yapılan tüm usûli işlemler, geçmişe yönelik olarak geçerlilik kazanacaktır.

Dava ehliyetine sahip olmayan davacı tarafından dava açılmış ve yürütülmüş ya da davalı tarafından usûle aykırı işlemler yapılmış olabilir. Böyle bir durumda tarafın dava ehliyetini kazanması ile yapılan usûli işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için kendisinin icazet vermesi gerekmektedir. Bu durum dürüstlük kuralına da aykırı olmayacaktır.

İcazet açık ya da zımmi olarak verilebilir. Ancak mahkeme, dava ehliyeti eksikliğini fark etmiş ve kanuni temsilciye icazet verip vermediği konusunda süre verilmişse kanuni temsilcinin icazet vermemesi halinde, artık davaya icazet verilmediği kabul edilmelidir. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında icazetin

zımmi olarak verilmesini farklı olarak değerlendirdiği görülmektedir. Yargıtay'ın icazet verilmesi gerektiğine ilişkin tebliğ yapılması ve icazet verilmemesi durumunda zımmi olarak icazet verildiğine ilişkin kabul edileceğine ilişkin uygulamasına katılmamaktayız.

Medeni usûl hukukunda icazet verilmesinin bazı farklı esaslara tabi olduğunu görmekteyiz. Bunun temel sebebi, yargılamanın mahkeme önünde yürütülüyor olmasının verdiği güvencenin yanı sıra usûl ekonomisi ilkesinin de bir yandan sağlanmasının amaçlanmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan icazetin kapsamını ve usûlünü düzenleyen bir hüküm yoktur. Türk hukukunda dava şartı eksikliğinin hüküm anında giderilmesi durumunda, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, davanın usûlden reddedilmeyeceği hüküm altına alınmıştır (HMK m. 115/3).

İlk derece yargılamasında, dava ehliyetine ilişkin uyuşmazlığın ele alınabilmesine hizmet etmek amacıyla gerçekleştirilen usûli işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için dava ehliyeti hakkında şüphe bulunan tarafın bu hususta bir karar verilinceye kadar dava ehliyetinin olduğu varsayılmaktadır. Aynı kuralın kanun yolları aşamasında da geçerli olması gerekmektedir.

Dava ehliyeti olmayan bir kimsenin kanun yoluna başvurmadan feragat etmesi durumunda kararın kesinleşip kesinleşmeyeceği ve bu kararlara karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği tartışma konusu olmuştur. Bir tarafın yargılama esnasında hukuka aykırı bir şekilde dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiş ve esasa ilişkin bir karar verilmişse artık kararın ehliyetsiz kişiye tebliğ edilmesi halinde de bu kimsenin dava ehliyetine sahip biriymiş gibi kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple dava ehliyetine sahip olan bir kimsenin gerçekleştirdiği kanun yoluna başvurudan feragat ile ehliyetsiz kişinin gerçekleştirdiği feragat arasında bir fark bulunmayacaktır. Dava ehliyeti olmayan bir kimsenin bizzat kendisinin ya da temsile yetkili olmayan temsilcinin kanun yoluna başvurudan feragat etmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca yargılamanın iadesi yoluna gidilebilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde bölge adliye mahkemesinin esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı

çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verebileceği belirtilmiştir. Dava şartlarına aykırılığın bulunması da bu haller arasında sayılmıştır. Bu hüküm gereğince dava ehliyeti eksikliği sebebiyle bölge adliye mahkemesi, duruşma yapmadan ilk derece mahkemesine dosyayı geri gönderebilecektir. Ancak, dava ehliyetinin doğrudan hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili olması sebebiyle, taraf şahsen dinlenilmeden bir karar verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Davacının, ehliyetsiz olduğu tespit edilmiş ve kanuni temsilcisinin de davaya açık bir şekilde icazet vermemiş olduğu dosyadan açık bir şekilde anlaşılıyorsa ancak ilk derece yargılamasında bu hususlar kararı veren mahkeme tarafından göz önünde tutulmamışsa artık burada bölge adliye mahkemesi karar verebilmelidir. Burada ilk derece mahkemesinin yeniden yargılama yapmasını gerektiren bir durum yoktur. Burada genel olarak, sayılan haller ancak ilk derece mahkemesinin başka işlemler yapmasını gerektiriyorsa, geri gönderme sebebi oluşturacaktır. Ancak dava ehliyeti eksikliği sonucunda yeniden bazı işlemlerin yapılması gerekiyorsa bu durumda dosya, ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

Dava ehliyetine ilişkin eksiklikleri mutlak temyiz sebebi olarak değerlendirmesi gerekmektedir. Bu yönde eksiklikler geri çevirme sebebi olarak kabul edilemez. Geri çevrilme, tebligat eksikliği gibi hususlarda, başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Bir kimsenin dava ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti, vasinin yargılamaya icazet verip vermemesi ve vesayet makamının izninin alınması (benzer şekilde tüzel kişiler için izin alınması gerekli makamlardan izin alınması) yargılamayı gerektiren hallerdir. Bu sebeple bu yöndeki eksikliklerin geri çevirme yoluyla giderilebilecek nitelikte değildir.

Dava ehliyeti eksikliği aynı zamanda bir yargılamanın iadesi sebebidir (HMK m. 374/1-c). Yargılamanın iadesi yolu, kesinleşmiş hükümlere karşı başvuru istisnai bir yoldur. Bu sebeple yargılamanın tekrarlanması mümkün olmadığı, o konuda yeniden mahkemeye başvurulamayacak, şeklen ve madden kesinleşmiş hükümlere karşı yargılamanın iadesi istenebilir. Usûlüne uygun temsil olmaksızın esasa ilişkin bir karar verilmesi durumunda da kanuni temsilciye yapılacak tebliğ ile kanun yollarına başvuru süresi başlayacaktır. Böyle bir durumda kanuni temsilcinin süresi içerisinde olağan kanun yollarına da başvurup başvuramayacağı tartışma

konusu olabilir. Burada tarafın olağan kanun yollarına başvuruda bulunup bulunmama konusunda bir seçimlik hakkı olduğu kabul edilmektedir. Dava ehliyetini sonradan kazanan kişi ya da sonradan ehliyetsiz olan kişi hakkında verilen karardan haberdar olan kanuni temsilci, tebligatın geçerli olamaması sebebiyle, olağan kanun yoluna da başvurulabilecektir. Olağan kanun yoluna başvuru süresinin geçmesi durumunda ise kararın kesinleşmesi sebebi ile yargılamanın iadesi yoluna başvurabileceklerdir.

Yargılamanın iadesi talebinin kabulü halinde yenileme sebebine göre farklı kararlar verileceği hüküm altına alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 380. maddesinin 1. fıkrası gereğince vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla dava görülmüş ve karara bağlanmışsa başka bir inceleme yapılmadan hüküm iptal edilecektir.

KAYNAKÇA

Abend, Heinrich. **Prozesse nicht parteifähiger und nicht existenter Parteien**, Dissertation, Erlangen, 1953.

Açıkgöz, Aşlı. **Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Adalet Bakanlığı. **2010-2014 Stratejik Planı**, Ankara, 2010.

Akcan, Recep. **Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Nobel, Ankara, 1999.

Akcan, Recep. İcra Hukukunda Temsil, **SÜHFD**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 1999, (İcra), ss. 21-62.

Akçaal, Mehmet. “İsviçre Medeni Kanunu’na Göre Kayyımlik Türleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, ss. 63-87.

Akgündüz, Ahmet. **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 18, www.islamansiklopedisi.info, (06.12.2018).

Akı, Erol. **Hukukun Temel Kavramları**, Barış Yayınları, İzmir, 2010.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku**, İkinci Cilt, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta, 2012, İstanbul.

Akil, Cenk. “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru”, **AÜHFD**, 61 (3) 2012, ss. 819-858.

Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Birinci Cilt, İstanbul, 2014.

Akkan, Mine. “ Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Husûlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2; (Arabuluculuk), ss. 1-31.

Akkan, Mine. **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin, Ankara, (Avukatla Temsil), 2010.

Akkan, Mine. “Medeni Usûl Hukukunda Etkin Koruma”, **MİHDER**, Sayı: 6, 2007/1, (Etkin Koruma), ss. 29-68.

Akkaya, Tolga. **Medeni Usûl Hukukunda İstinaf**, Yetkin, Ankara, 2009.

Akkaya, Tolga. **Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2003.

Akkaya, Tolga. “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, **MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya)**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, ss. 115-181.

Akkaya, Tolga. **Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, (Boşanma), 2017.

Aksaray, Buse. **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, XII Levha, İstanbul, 2012.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Akyol Aslan, Leyla. **Medeni Usûl Hukukunda Davadan Feragat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Alangoya, Yavuz. “Anayasanın Medeni Usûl Hukukuna Etkisi (1983 Milletlerarası Usûl Kongresinin Bir Konusu)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 1, Sayı: 2, 1981, (Milletlerarası), ss. 1-4.

Alangoya, Yavuz. “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 3; Sayı: 5, 1969, (Tarafta), ss. 125-194.

Alangoya Yavuz, **Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.

Alangoya, Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009.

Albayrak, Hakan. **Medeni Usûl Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin, Ankara, 2013.

Altaş, Hüseyin. **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Altaş, Soner. **Limited Şirketler**, Seçkin, Ankara, 2013.

Altaş, Soner. “Limited Şirkete Hangi Hallerde Kayyım Atanır”, **ISMMO Mali Çözüm Dergisi**, Ocak Şubat 2017, İstanbul, (Limited), ss. 137-160.

Altaş, Soner “Anonim Şirkete TTK ve TMK Uyarınca Kayyım Atanması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 117, 2016, (TTK Uyarınca), ss. 52-57.

Amhart, Larry. **Platon’dan Rawls’a Siyasi Düşünce Tarihi**, çev. Ahmet Kemal Bayram, Adres Yayınları, Ankara, 2004.

Ansary, Sabri Şakir. **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1954, (İslam Hukuku).

Ansary, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Yedinci Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.

Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. **Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri**, Legal, İstanbul, 2016.

Apaydın, H. Yunus. **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Cilt: 14 , www.islamansiklopedisi.info, (11.12.2018).

Aral, Vecdi. **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, 3. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2012.

Aras, Aslı. **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin, Ankara, 2017.

Arens, Peter ve Wolfgang Lücke. **ZivilprozessrechtErkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung**, 9. Völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006.

Arpacı, Abdulkadir. **Kişiler Hukuku**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

Arslan, Aziz Serkan. “Doğrudanlık İlkesi”, **SDÜ Fakülte Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2014, ss. 133-144.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Ayvaz Sema Taşpınar ve Emel Hanağası. **Medeni Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.

Ashcroft, Paul, Fiona Barrie, Chris Bazell, Audrey Damazer, Richard Powell ve George Tranter. **Human Rights and the Courts**, Waterside Press, Winchester, 1999.

Aslan, Kudret. “Medeni Usûl Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, **MİHDER**, Cilt: 9, Sayı: 25, 2013/2, ss. 29-113.

Aşık, İbrahim. **Medeni Usûl Hukukunda Bekletici Sorun**, Ankara 2012.

Ataay, Aytekin M., “Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXV, S: 1-4, 1960, ss. 193-213.

Ataay, Aytekin M., “Yaş Tahsisi Davası Münhasıran Şahsa Bağlı Davalar”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 1, 1957, ss. 29-35.

Atalay, Oğuz. **Menfi Vakıların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

Atalı, Murat. “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV**, Ankara, 2005, ss. 50-105.

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, **Medeni Usûl Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2018.

Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. **Kişiler Hukuku**, 8.Baskı, Ankara, 2016.

Aydın, Bihter. **Türk İdari Yargı Düzeninde Adil Yargılanma Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

Azarkan, Ezeli ve Ekrem Benzer. “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye’de Engelli Hakları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 38, Yıl: 2018, ss. 3-29.

Bahtiyar, Mehmet. **Ortaklıklar Hukuku**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

Baker ve McKenzie, **Schweizerische Zivilprozessordnung**, Stämpfli, Bern, 2010.

Başman, Yüksel. **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.

Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, Band 1, 76. Neubearbeitete Auflage, C.H. BECK, München, 2018.

Baumgärte, Gottfried. **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, Franz Vahlen, Leutershausen, 1972.

Baysal, Mustafa. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı“, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı 5, Şubat 2015, s. 193-233.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Dava Teorisi**, Numüne Matbaası, İstanbul, 1943.

Berg, Hans. “Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess“, **Juristische Schulung**, Heft: 3, 1969, ss. 123-128.

Berki, Ali Himmet. **Açıklamalı Mecelle**, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1987.

Berki, Şakir. “Türk Medeni Kanununda Evlenmede Mutlak Butlan“, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1962, Vol.19, No.1, ss. 201-231.

Berkin, Necmeddin M. **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

Berkin, Necmettin. **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1980 (İcra Hukuku Rehberi).

Berkin, Necmettin. **Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1981.

Bernhardt, Jürgen. **Der geistesranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung**, Gutenbergdruckerei Robert Oberkirch oHG, Freiburg im Breisgau, 1967.

Bernhardt, Wolfgang. **Zivilprozessrecht**, Walter De Gruyter&Co, Berlin, 1968.

Berti, Stephen V. Prozessentstehung- und Sachbeurteilungsvoraussetzungen – Gedanken zu Art. 54 ff. des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: **Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), FS Kellerhals**, 1. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004.

Biderbost, Yvo. “Der neue Erwachsenenschutz im Überblick”, **Schweizerische Juristen Zeitung**, 106. Jahrgang, Nr. 13, 2010, ss. 309-320.

Bilge, Necip ve Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Üçüncü Basım, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Bilge, Necip. “Evli Kadının Dava Ehliyeti”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 39, Sayı: 1, Ocak 1948, ss. 19-41.

Bilge, Necip. **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1965.

Bilgili, Fatih. “Adi Ortaklığı Fiil Ehliyeti”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Birinci Cilt, İstanbul, 2002.

Bloch, Ernst. **Natural Law and Human Dignity**, MIT Press, Cambridge, 1996.

Blomeyer, Arwed. **Zivilprozessrecht**, Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963.

Blomeyer, Jürgen. “Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung”, **Zeitschrift für Zivilprozeß**, ZZP 81, 1968, (1968), ss. 20-45

Bolayır, Nur. “Usûl İşlemlerinde Sakatlıklar ve Bunların Düzeltilmesi”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 34, ss. 289-334.

Reinhard Bork, “Die Prozeßfähigkeit nach neuem Recht”, **MDR 1991**, ss. 97-99.

Botticher Eduard. “Reformatio in peius und Prozessurteil”, **Zeitschrift für Zivilprozeß**, ZJP 65, 1952, ss.464-468.

Boztaş, Nevzat. “İstinafta Ön İnceleme Aşaması”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, **MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya)**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, ss. 39-51.

Börü, Levent. Sıfat ve Davayı Takip Yetkisi, **Batider**, Cilt: 27, Sayı: 3, 2011, ss. 249-278.

Braun, Johann. “Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozess”, **NJW**, 1981, www.beckonline.com.

Brönnimann, Jürgen. **Der Beweis im Zivilprozessrecht in: Christoph Leuenberger (Hrsg.)**, Bern, 2000.

Brunner Alexander, Dominik Gasser ve Ivo Schwander, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)**, Kommentar, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen , 2011.

Bruns, Rudolf. **Zivilprozeßrecht**, 2. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 1979.

Brückner, Christian. **Das Personenrecht des ZGB**, Schutlhess, Zürich, 2000.

Bucher, Adreas. **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main, 1986.

Bucher, Eugen ve Regina E. Aebi-Müller. **Berner Kommentar Die natürlichen Personen**, Art. 11-19d ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017.

Budak, Ali Cem. **Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2000.

Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. **Medeni Usûl Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Büchler, Andrea, Christoph Häfeli, Audrey Leuba ve Martin Stettler. **FamKomm Erwachsenenschutz**, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.

Bühler, Alfred, Andreas Edelman ve Albert Killer. **Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung**, 2. Auflage, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg, Sauerländer, 1998.

Bülow, Oscar. **Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1868.

Candan, Turgut. **Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2016.

Courvoisier, Matthias. **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Baker&McKenzie**, Stämpflis Handkommentar, Bern, 2010.

Çağlayan, Ramazan. **İdari Yargılama Hukuku**, güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Candan, Turgut. **Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

Çelik, Elif. “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı: 1, 2016, ss. 219-246.

Çelik, Hüseyin. **Hukuk Davalarında Dava Ehliyeti ve Davada Husumet**, Adalet, Ankara, 2006.

Çelikkol, Hüseyin. “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, **Adalet Dergisi**, Y. 76, Sayı: 3, Mayıs Haziran 1985, ss. 749-770

Çiftçi, Pınar. “Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa M. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 12, Sayı: 34, 2016, (Hak Arama), ss. 361-400.

Chrobak, Lennart. **Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen**, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 286, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.

de Boor, Hans Otto. “Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff”, **Festschrift für Dr. Heinrich Siber**, B. II, Leipzig, 1943, ss. 5-145.

Deliduman, Seyithan. “Tüzel Kişilerin Davada Temsili”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, S. 1, 1998, ss. 176-187.

Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafa Başvuru Şartları”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, **MİHBİR 15. Antalya Toplantısı (6-7 Ekim 2017/Antalya)**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2018, ss. 17-37.

DerenYıldırım, Nevhis. “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, 2007, (Tahkime Elverişlilik), ss. 47-61.

Deren-Yıldırım, Nevhis. **Kesin Hükmün Subjektif Sınırları**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, (Kesin Hüküm).

Diggelman, Peter. “Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, SJZ 111, Nr. 6, 2015, ss. 141-149.

Dinçer Araz, Nilgün. “Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursum actionum) Genel Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, **Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan**, ss. 235-282.

Dişel, Buse. **Dava Takip Yetkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, Cilt: 2, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.

Dural, Mustafa ve Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.

Durmuş, Ali Genç. **Dernekler Hukuku**, 2. Baskı, Bilge, Ankara, 2016.

Dursun, Esra. **Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Egger, A. **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku**, Volf Çernis (Çev.), Ankara, 1947.

Ekinci, Hüseyin. **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi**, Anayasa Yargısı 30, 2013, ss. 161-197.

Ekşi, Nuray. **Yargıtay, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları**, Beta, İstanbul, 2011.

Elgün, Şeyda. **Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları**, Adalet, Ankara, 2011.

Epözdemir, Rezan. **Taraf Ehliyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Erdoğan, Gülnur. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

Erişir, Evrim. **Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Turhan Kitapevi, İzmir, 2007.

Erkan, Vehbi Umut ve İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, ss. 485- 522.

Erlüle, Fulya. **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2015.

Ermenek, İbrahim. **Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Ernst, Roduner. **Prüfung der Prozessvoraussetzungen nach ZPO**, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für den Aargauischen Juristenverein 1936-1986, Aarau 1986.

Ertuş, Şeref. “Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar”, Sayı: 106, **Noterler Birliği Dergisi**, 2000, ss. 1-12.

Evgen, Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir. **Çocuk Hakları Çalışmaları -1-**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Feinberg, Joel. “Legal Paternalism”, **Canadian Journal Of Philosophy**, Volume: I, Number: 1, September 1971, ss. 105-124.

Fischer, Alexander. **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in: Baker&McKenzie**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010.

Frank, Richard, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget ve Gregor Wiget. **Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997.

Gaul Friedhelm. “Der Widerruf der Rechtsmittelrücknahme nach rechtskräftigen Verfahrenabschluss unter Berücksichtigung des gleichen Problems beim Rechtsmittelverzicht”, **Zeitschrift für Zivilprozeß**, ZZP 74, 1961, ss. 49-81.

Gaul, Hans Friedhelm. “Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäss §579 Dzpo”, **Festschrift für Winfried Kralik**, Wien, 1986, (FS für Kralik), ss. 157-178.

Geimer, Reinhold ve Rolf A. Schütze. **Europäisches Zivilverfahrensrecht**, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2010, §26, N 13; **Orhan Eroğlu, Medeni Usûl Hukukunda Ön İnceleme**, Seçkin, Ankara, 2018.

Gemalmaz, Burak. **Mülkiyet Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı, Ankara, 2018.

Gençcan, Ömer Uğur. **Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Gençcan, Ömer Uğur. **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu**, 1. Cilt, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015, (TMK).

Gençcan, Ömer Uğur. **Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri**, Ankara-2015, (Vasi- Kayyım- Yasal Danışmanlık ve Vesayet Daireleri).

Goldschmit, James. **Der Prozess als Rechtslage**, Neudruck der Ausgabe, Scientia Verlag Aalen, Berlin, 1962.

Gontersweiler-Lüchinger, Ursula. **Wahrung Höchstpersönlicher Rechte Handlungsunfähiger und Beschränkt Handlungsunfähiger Personen**, Verlag P. G. Keller, Zürich, 1955.

Gorr, Michael. “Rawls on Natural Inequality”, **The Philosophical Quarterly**, Vol. 33, No. 130, January 1983, ss. 1-18.

Gottwald, Peter. “Grundprobleme der Beweislastverteilung”, **Jura 1980**, (Jura), ss. 225-236.

Gölcüklü, Feyyaz ve Şeref Gözübüyük. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2004.

Gören Ülkü, Nazlı. “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, ss. 309-325.

Görgün, L. Şanal. **Medeni Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2014.

Gözübüyük Şeref ve Tan Turgut. **İdare Hukuku**, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku**, Cilt: II, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, 2014.

Groger, Thomas. **Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren**, Andreas Offsetdruck, Göttingen, 1964.

Grossen, Jaques-Michel, (herausgegeben von Max Gutzwiller). **Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht**, Basel und Stuttgart, 1967.

Martin, Grundmann. **Der Minderjährige im Zivilprozess**, Studienverlag Brockmeyer, Bochum, 1980.

Grunsky, Wolfgang. **Grundlagen des Verfahrensrecht**, 2. neu Arbeitete Auflage, Giesecking Verlag, Bielefeld, 1974.

Grunsky, Wolfgang. “Prozess- und Sachurteil”, **Zeitschrift für Zivilprozeß, ZZZ** 80, 1967, ss. 55-78.

Guldener, Max. **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979.

Gummert, Hans ve Lutz Weipert. **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG**, Stille Gesellschaft 15. Auflage, C. H. Beck, München, 2019.

Gummert, Hans. **Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.

Günel, A. Nadi. **Roma Medeni Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Günay, Cevdet İlhan. **Sendikalar Kanunu Şerhi**, Yetkin, Ankara, 1999.

Gündüz, F. Ebru. **İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet**, Yekin Yayınları, Ankara, 2016.

Güneş, Derya Belgin. “Tebliğ Yokluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, 2016, ss. 221-231.

Güntzel, Gerald. **Die Fehlerhaftigkeit von Prozesshandlungen der Partei im Zivilprozess und die Möglichkeit ihrer Heilung**, Fotodruck von Erich Mauersberger in Marburg, Marburg, 1966.

Gürdoğan, Burhan. “Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri”, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975**, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

Gürgen, Abrim. **Cicero Ve De Officiis Eserinde Romalı Erdemleri**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

Güriz, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitapevi, 11. Baskı, Ankara, 2006, (Hukuk Başlangıcı).

Güriz, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, 13. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2018, (Hukuk Felsefesi).

Gürsel, Kaplan. “Danıştay Kararları Ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet Ve Husumet”, **İÜHFM**, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl 2011 (İl Han Özay’a Armağan, İstanbul, Legal, 2011), ss. 347-389.

Gürsel, Kaplan. **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa, 2016, (Yargılama).

Habscheid, Walther J. **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 7. Bası, C.H. Beck, 7. Bası, Münih, 1983.

Habscheid, Walther J. **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1990.

Haefiger, Ruth. **Die Parteifähigkeit im Zivilprozess**, Schulthess, Zürich, 1987.

Hamdemir, Berkan. **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2108,

Hatemi, Hüseyin ve Burcu Kalkan Oğuztürk. **Kişiler Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2014.

Hausheer, Heinz ve Hans Peter Walter. **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar Band I: Art. 1-149 ZPO**, Stämpfli Verlag AG, 2012.

Hausheer, Heinz ve Hans Peter Walter. **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Berner Kommentar Band III: Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO**, Stämpfli Verlag AG, 2014.

Hausheer Heinz. “İsviçre Medeni Kanunu’na göre Yetişkinlerin Korunması Hukuku”, İbrahim Kaplan (çev.), **Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 1, Ocak 2016, ss. 155-173.

Heintzmann, W. **Die Prozessführungsbefugnis, Prozessrechtliche Abhandlungen**, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970.

Heinz, Thomas ve Hans Putzo. **Zivilprozessordnung Kommentar**, 36. Auflage, C.H. Beck, München, 2015.

Helvacı, Serap ve Fulya Erlüle. **Medeni Hukuk**, 4. Bası, Legal, İstanbul, 2016.

Helvacı, Serap. “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Helvacı, Serap. **Gerçek Kişiler**, 7. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, (Gerçek Kişiler).

Helvacı, Serap. **Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, (Kişilik).

Helvacı, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta, İstanbul, 2001, (Korucu Davalar).

Henckel, Wolfram. **Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess**, Carl Winter Universitaetsverlag, Heidelberg, 1961.

Henssler, Martin ve Lutz Strohn. **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2019.

Herzig, Christophe A. **Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren**, Schulthess, Zürich, 2012, (Das Kind).

Herzig, Christophe A. “Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör”, **AJP** 2013/2, 2013, (Prozessfähigkeit), s. 182-188.

Honsell, Heinrich, Vogt Nedim Peter ve Thomas Geiser, **Zivilgesetzbuch I**, 5. Auflage, Helbing Lichtenhan Verlag, Basel, 2014.

Huber, Michael, Grundwissen Zivilprozessrecht: Partei und Prozessfähigkeit, **Juristische Schulung**, Heft 3, 50. Jahrgang März 2010, ss. 189-280.

İkizler, Metin. “Alman Dernekler Hukukundaki Reform Çalışmalarına Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, ss. 409-454.

İmre Zahit. **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

İnan, Ali Naim. **Türk Medeni Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

Jauernig, Othmar. **Zivilprozessrecht**, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1993.

Kahlke, Gerhard. Zur Beschaffenheit der Prozessfähigkeit, **ZZP** 100, 1987, ss. 10-33.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Kale, Serdar. **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, On iki Levha, İstanbul, 2010.

Kälin, Franz. **Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht**, Juris Verlag, Zürich, 1949.

Kaman, Yıldırım Yasin, Özdemir Üstün ve Oktay Tekinsoy. **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2016.

Kaplan, İbrahim. “İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 137, 2018, ss. 375-404.

Karaaslan, Erol. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve Yargılama Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2004, ss. 107-130.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Turhan Kitapevi, 16. Baskı, Ankara, 2013.

Karafakih, İsmail Hakkı. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.

Karakaş, Tülay. **Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015.

Karakoç, Yusuf. **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Karinabadizade, Hilmi ve İsmet Sungurbey. **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Karslı, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif, İstanbul, 2011.

Karslı, Abdurrahim, Evren Koç ve Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemli Konular**, Alternatif, İstanbul, 2014.

Karslı, Abdurrahim, **Medeni Usûl Hukukunda Usûli İşlemler**, İstanbul 2001 (Usûli İşlem).

Kaser, Max ve Rolf Knütel. **Römisches Privatrecht**, 20. Baskı, Verlag C.H Beck, München, 2014.

Kaser, Max. **Das Römische Zivilprozessrecht**, C.H. Beck'sche VerlagbuchHandlung, München, 1966.

Kaşkara, M. Serhat. **Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Katıman, Esra. **Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü**, On iki Levha, İstanbul, 2016.

Kavasoğlu, Abdurrahman. **Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Kayış, Ferhat. **Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

Kazmaz Tepe, Büşra. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2018-1, Yıl: 5, Sayı: 1, ss. 125-150.

Keidel, Theodor, Karl Winkler ve Joachim Kuntze. **Freiwillige Gerichtsbarkeit: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtsstand: 1. Juli 2002, FGG**, 15. Auflage, Beck, München, 2003.

Kern, Christoph ve Dirk Diehm. **ZPO Zivilprozessordnung Kommentar**, Erich Schmidt, Berlin, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan, Ankara, 2012.

Kıyak, Emre. **Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usûl Hukukuna İlişkin Sonuçları**, Seçkin, Ankara, 2014.

Kıyak, Emre. “Arbuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 21 (Nisan 2015), ss. 523-548.

Kızılot, Şükrü, Doğan Şenyüz, Metin Taş ve Recai Dönmez. **Vergi Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.

Kiraz, Taylan Özgür. **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Bilge, Ankara, 2013.

Koç, Muharrem İlhan ve Recep Kaplan. **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.

Kodakoğlu, Mehmet. **Medeni Usûl Hukukunda Asli Müdahale**, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.

Korkmaz, Ramazan. **Medeni Usûl Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

Korkusuz, Refik. “Türk İşçi Sendikalarının Üyelerine Sundukları Hukuki Hizmetler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss. 258-273.

Kostkiewicz, Jolanta Kren, Wolf Stephan, Amstutz Marc ve Frankhauser Roland, **Orell Füssli Kommentar ZGB**, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

Kökcü, Halil. **Paternalizm Kavramı Ve Örnek Uygulamalar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, 2016.

Kropp, Gabriela. **Die Vorgorsevollmacht, Familie Partnerschaft Recht**, Heft:1-2, 2012, ss. 1-72.

Krüger, Wolfgang ve Thomas Rauscher. **MüKo, Münchener Kommentar zur ZPO**, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2016.

Kummer, Max. **Grundriss des Zivilprozessrechts**, , 4. Aufl., Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1984.

Kurt, Ekrem. “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları,” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, ss. 121-187.

Kuru, Baki. “**Dava Şartları**”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, ss. 109-147.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Altıncı Baskı, C. I, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Altıncı Baskı, C. II, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Altıncı Baskı, C. V, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Altıncı Baskı, C. VI, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.

Kuru Baki. **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, Ankara, 1988, (İcra C. I),

Kuru Baki. **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.

Kuru, Baki. **Medeni Usûl Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, (Medeni Usûl).

Kuru, Baki. **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, İstanbul 2013, (El Kitabı).

Laubinger, Hans Werner. **Öffentlicher Dienst : Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag am 26. Februar 1977**, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1977.

Layton, Alexander ve Hugh Mercer. **European Civil Practice**, Thomson Sweet&Maxwell, London, 2004.

Leeb, Christiana-Maria ve Weber Martin Weber. Der Verfahrenspfleger “Pflichtverteidiger” in Unterbringungs und Betreuungsverfahren, **Neue Juristische Online-Zeitschrift**, Heft: 32 2014, ss. 1201-1210.

Leipold, Dieter. **Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen**, Duncker&Humboldt, Berlin, 1966.

Leipold, Dieter. “Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung”, **ZZP 81**, 1968, ss. 69-79.

Leuenberger, Christoph ve Uffer-Tobler. **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011.

Liebscher, Christoph. Objektive Schiedsfähigkeit- eine Skizze, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, ss. 1625-1643.

Lieder, Jan. **Kommentar zum GmbHG**, 3. Auflage, C.H Beck, München, 2017.

Markgraf, Jochen ve Arne Kiebling. “Gesellschaften als Parteien im Zivilprozess”, **Juristische Schulung**, April 2010, Heft 4, ss. 312-316.

Meier, Isaak. **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf 2010.

Mezger, Edmund. **Prozessual-materielle Doppelrelevanz einer Tatsache im zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren**, Dissertation, Tübingen, 1908.

Mill, John Stuart. **Özgürlük Üzerine ve Seçme Yazılar**, 4. Baskı, Belge Yayınları, İstanbul, 2014.

Morf, Roger. **ZPO Kommentar (Orell Füssli Kommentar)**, Orell Füssli, Zurich, 2015.

Musielak, Hans-Joachim. **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess**, De Gruyter, Newyork, 1975, (Beweislast im Zivilprozess).

Musielak, Hans Joachim. “Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozeßfähigkeit”, **NJW**, 1997, (Beweis), ss. 1736-1741.

Musielak, Hans-Joachim ve Wolfgang Voit. **Zivilprozessordnung**, 16. Neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2019.

Muşul, Timuçin. **Medeni Usûl Hukuku**, Adalet, Ankara, 2012.

Muşul, Timuçin. **İcra ve İflas Hukuku**, Cilt: I, Adalet, Ankara, 2013, (İcra).

Muşul, Timuçin. **Tebliğat Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (Tebliğat).

Müther, Peter Hendrik. “Probleme des Betreuungsverfahrens”, **Familie Partnerschaft Recht**, Heft 1-2, 2012, ss. 1-4.

Namlı, Mert. **Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Nart, Serdar. **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nikisch, Arthur. **Zivilprozessrecht**, zweite ergänzte Auflage, Paul Siebed, Tübingen, 1952.

Oberhammer, Paul. **Kurzkommentar ZPO**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.

Oda, Tsukasa. **Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.

Oetker, Harmut. **Handelgesetzbuch, HGB**, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.

Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 16. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.

Orfanides, Georgios. “Anmerkung zu BGH 25.3.1988”, **Zeitschrift für Zivilprozeß**, ZJP 102, 1989, ss. 371-384.

Önder, Fahrettin. “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt : 7, Sayı : 1, 2005, ss. 103-126.

Önel, Süleyman. **Vergi Davalarında Dava Ehliyeti**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.

Önen, Ergun. **Medeni Yargılama Hukuku**, AÜHF Yayını No: 442, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

Önen, Ergun. **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, (Sulh).

Özbalcı, Yılmaz. **Vergi Davaları**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010.

Özbek, Mustafa Serdar. “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, ss. 441-502.

Özbek, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Temmuz 2017, ss. 69-85.

Özbek, Mustafa. “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, **MİHDER**, Sayı: 4, 2006, ss. 907-927.

Özdemir, Hayrünisa. “Henüz varolmayan kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 107-125.

Özekes, Muhammet, **Medeni Usûl Hukukunda Asli Müdahale**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.

Özekes, Muhammet. **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenilme).

Özen, Burak. “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, **MÜHF – HAD**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, ss. 171- 194.

Özmen, İsmail. **Vesayet Hukuku Davaları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1996.

Özmumcu, Seda. “Usûli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine bir Değerlendirme, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, Cilt: II, Ankara, 2015, (Usûli), ss. 1275-1300.

Özmumcu, Seda. “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt: 4, Sayı: 2, ss. 145-171.

Özmunucu, Seda. “The Principle of Separability and Competence-Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, Cilt: 46, Sayı: 62, 2013, s. 263-276.

Özsunay, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1979.

Öztan, Bilge. **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

Özüğür, Ali İhsan. **Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı**, 5.Baskı, Ankara-2016.

Pekcanitez, Hakan. **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.I, 15. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl C. I).

Pekcanitez, Hakan. **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.I, 15. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl C. II).

Pekcanitez, Hakan. **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, C.I, 15. Baskı, On iki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl C. III).

Pekcanitez, Hakan. “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, **Makaleler**, Cilt: I, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Pekcanitez, Hakan. “Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 1997/2, 1997,(Adil), ss.35-55.

Pekcanitez, Hakan. **Fer’i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, (Fer’i Müdahale), 1992.

Pekcanitez, Hakan. **İcra-İflâs Hukukunda Şikayet**, DEÜ Yayınları, Ankara, 1986.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, On iki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019, (Ders Kitabı).

Planck, Julius Wilhelm ve Max, Seydel. **Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts**, I. Band, C.H. Beck, Nördlingen, 1887.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, Güncelleştirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Vedat, İstanbul.

Postacıoğlu, İlhan E. **Medeni Usûl Hukuku Dersleri**, genişletilmiş 4. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1968.

Postacıoğlu, İlhan E. **İcra Hukuku Esasları**, Sulhi Garan, İstanbul, (İcra), 1975.

Prütting, Hans ve Markus Gehrlein. **Zivilprozessordnung Kommentar**, 9. Auflage, Lutterhand, Köln, 2017.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt: I, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014.

Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016,

Rauscher, Thomas. **Münchener Kommentar zum FamFG**, 3.Auflage, C.H. Beck, München, 2018.

Rauscher, Thomas, Wolfgang Krüger ve Walter F. Lindacher. **Münchener Kommentar zur ZPO**, 5. Auflage, München 2016.

Rawls, John. **Justice as Fairness: A Restatement**, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts London, 2003.

Rechberger, Walter H. **ZPO Zivilprozessordnung Kommentar**, 3. Auflage, Springer, Wien Newyork, 2006.

Rechberger, Walter H. ve Daphne-Ariane Simotta. **Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts**, 7. Auflage, Wien, 2009.

Reich, Werner. **Partei und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels**, Ernst Lang, Zürich, 1941.

Reichel, Hans. **Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte**, Berlin-Grünwald, 1931.

Reid, Karen. **Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2014.

Reinicke, Michael. "Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit", **Festschrift für Rudolf Lukes**, Carl Haymanns Verlag KG, Kassel, (FS für Lukes).

Richard, Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget ve Gregor Wiget. **Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997.

Rimmelspacher, Bruno. **Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess**, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1966.

Rosenberg, Leo. **Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO** 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München-Berlin, 1965, (Beweislast).

Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, C.H. Beck, München, 2010.

Rüzgarkesen, Cumhur. **Medeni Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2013.

Saenger, Ingo. **Zivilprozessordnung Hand Kommentar**, 4. Auflage, Baden-Baden, 2011.

Sağlam, Rabia. “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: Joh Rawls ve Robert Nozick “Hakkaniyet Olarak Adalet” Eleştirisinden “Yetkisel Adalet” Eleştirisine”, **EÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, ss. 181-217.

Sand, Marc. **Partei und Prozessfähigkeit im bernischen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren**, Verlag Paup Haupt, Bern, 1966.

Sarı Fidan, Özlem. **Miras Ortaklığı**, Oniki Levha, İstanbul, 2019.

Sauer, Hans-Joachim. **Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess**, Heymanns Diss. Köln, 1974.

Schilken, Elberhard, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü”, M. Kamil Yıldırım(Çev.), **İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Bası, Alkım Yayınevi, 2002.

Schmidt, Karsten. **Münchener Kommentar zum HGB**, 4. Auflage, C.H Beck, München, (Kommentar), 2016.

Schmidt, Karsten. “Prozessunfähigkeit im Rechtsmittelverfahren”, Heft: 4, **JuS**, 2000, (JuS) ss. 405-406.

Schmidt, Richard. **Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts**, 2. Auflage, Duncker & Humblot Leipzig, 1906.

Schmitz, Günther. Grundfälle zu den Sachurteilsvoraussetzungen des Zivilprozesses, **Juristische Schulung**, Heft: 11, 1976, ss. 731-735.

Schumann, Ekkehard. “Examensprobleme der örtlichen Zuständigkeit im Zivilprozess (Folgen der örtlichen Unzuständigkeit, Gerichtsstandsfragen im Mahnverfahren, doppelrelevante Tatsachen)”, **Juristische Schulung**, Heft: 25, 1985, ss. 203-207.

Schwab, Karl Heinz. “Gegenwartsprobleme de deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft”, **Juristische Schulung**, Heft: 2, 1976, ss. 69-74.

Schwab Dieter, **Münchener Kommentar zum BGB**, 4. Auflage, C.H Beck, München, (BGB), 2002.

Schwander, Ivo. “Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft: 19, ZZZ, 2008/09, 2008, ss. 195-213.

Seidel, Erwin. **Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozessrecht**, 3. Baskı, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971.

Serozan, Rona. “ Sınırlı Ehliyetsizlik Rejimi ile İlgili Talihsiz Saplantılar”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, (Sınırlı), ss. 813-820.

Serozan, Rona. **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Serozan, Rona. **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Kişiler).

Soy, Ayşe. **Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Adalet, Ankara, 2017.

Staehelin, Adrian, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund. **Zivilprozessrecht**, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2008.

Stein, Freiderich ve Martin Jonas. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 21. Auflage, Tübingen, 1993.

Sungurtekin, Özkan Meral ve Gökçe Türkoğlu. **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin, Ankara, 2008.

Sungurtekin Özkan, Meral. **Türk Medeni Yargılama Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 2013.

Sur, Melda. **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Turhan, Ankara, 2015.

Sutter Somm, Thomas. “Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Heft: 15, 2007, (ZZZ 2007), ss. 301-326.

Sutter-Somm, Thomas, Franz Hasenbösler ve Christoph Leuenberger. **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Schultess, Zürich-Basel-Genf, 2016.

Şen Özçelik, Nesli. “Resmi Yargı ve Tahkimin Ayır Ayır ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 36, Issue: 2, ss. 53-81.

Spühler, Karl, Annette Dolge ve Myriam Gehri, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010.

Şener, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2017.

Tahiroğlu Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, D&R Yayınları, İstanbul, 2011.

Tan, Turgut. **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 53, 2004,(Adil Yargılanma), ss. 191-215.

Tanrıver, Süha. **Medeni Usûl Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Taş Korkmaz, Hülya. **Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği**, Yetkin, Ankara, 2014.

Taşpınar Ayvaz, Sema, “Mahkeme Kararıyla Düzeltilmiş Nüfus Kayıtları Hakkında Tekrar Mahkemeye Başvurulabilir mi?”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Cilt: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Nüfus), ss. 1851-1878.

Taşpınar Sema, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

Taşpınar, Sema. “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Faruk Erem’e Armağan**, Ankara, 1999, (Amaç), ss. 759-787.

Tat, Orkun. **Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Danışmanlık**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Tekinay Selahattin Sulhi. **Türk Aile Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, (Aile), 1982.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, gözden geçirilmiş ilaveli 6. Bası, İstanbul, 1992.

Tenchio, Kristina ve Karl Spühler (Herausgeber). **Schweizerische Zivilprozessordnung Basler Kommentar** , 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.

Tercan, Erdal. **Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara, 2001.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2004.

Tiryaki, Abide Büşra. “HMK m. 54 ve HMK m. 77 Hükümleri Çerçevesinde Davanın Açılmamış Sayılması”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 13, Haziran 2019, (137-152).

Tuncay, A. Can ve Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, Beta, İstanbul 2015.

Tunçomağ, Kenan. **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, Cilt: I, 2. Baskı, İstanbul, 1965.

Türkoğlu Özdemir, Gökçe. “Roma Medeni Usûl Hukukunda Formula Yargılaması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, ss. 167-212.

Umar Bilge ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980.

Umar Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, (Şerh).

Umar, Bilge. “Medeni Usûl Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet”, **İÜHFİM**, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, (Ehliyet).

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta, Ankara, 1999.

Uzunpostalıcı, Mustafa. İslam Hukuku Açısından Ehliyet, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 8, 2006, ss. 149-182.

Üçışık, Güzin ve Aydın Çelik. **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Cilt I, Adalet, Ankara, 2013.

Üstündağ, Saim. **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, 2004, (İcra).

Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2000.

Villers, Robert. “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devrinin Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu”, Tahiroğlu Bülent(Çev.), **Recueils de la Societe Jean Bodin**, C. XI, La Femme, ss. 191-222.

von Kuhlmann, Carl-Otto. **Die Prozessführung des Prozessunfähigen**, Erlangen, 1950.

von Lücken, Frauke. **Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Parteibegriff im Zivilprozessrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.

Vorwerk, Volkert, Christian Wolf ve Gerbert Hübsch. **BeckOK ZPO Kommentar**, BeckOK ZPO/Hübsch, 31. Edition, Verlag C.H.Beck, München 2018.

Wach, Adolf. **Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts**, Erster Band, Duncker & Humblot, 1885.

Waclawik, Erich. **Prozessführung im Gesellschaftsrecht**, Verlag C.H. Beck München, 2008, München.

Wagner, Gerhard. **Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

Walder-Richli, Hans Ulrich ve Beatrice Grob-Andermacher. **Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte**, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 2009.

Waldner, Wolfram. **Der Anspruch auf rechtliches Gehör**, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.

Wegner, Leopold. **Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts**, Verlag Der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München, 1925.

Weismann, Jakob. **Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes**, Band: I, Verlag von Ferdinand Ente, Stuttgart, 1903.

Wenger, Werner ve Christoph Müller. **Basler Kommentar zum IPRG**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007.

Werlen, Mirjam. **Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD ASR** - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 806, Stämpfli, Bern, 2014.

Wieczorek, Bernhard ve Rolf A. Schütze. **Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Neu bearbeitete Auflage, Zweiter Band, Walter de Gruyter, Göttingen, 2017.

Willisegger, Daniel. **Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2012.

Yardımcı, Taner Emre. **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Yavuz, Cevdet, Fulya Erlüle ve Murat Topuz. **Yeni Vesayet Hukukuna Doğru Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)**, Beta, İstanbul, 2017.

Yavuz, Cevdet. **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 9, Sayı: 13, www.islamansiklopedisi.info, (06.12.2019).

Yelbaşı, Cengiz. **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2014.

Yenice, Kazım. “Dava Yeterliliği”, **Adalet Dergisi**, 1963/11-12, ss. 1182-1195.

Yenice, Kazım. “Taraf Yeterliliği”, **Adalet Dergisi**, 1963/9-10, ss. 937-953.

Yıldırım, Kamil ve Nevhis Deren Yıldırım, **İcra Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

Yılmaz, Ejder. **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Yemin).

Yılmaz, Ejder. “Çocuk Hakları Bakımından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel S.: 2009,

Yılmaz, Ejder. “Medeni Yargıda İnsan Hakları”, **TBBD**, 1996/2, ss. 149-167.

Yılmaz, Zekeriya. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Davanın açılmamış Sayılması**, Seçkin, Ankara, 2011.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. **İdare Hukuku**, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Zeiss, Walter ve Klaus Schreiber. **Zivilprozess**, 12. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Zöller, Richard. Zöller **Zivilprozessordnung Kommentar**, 31. Neubearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2016.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar. **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 8. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

Zürcher, Alexander. **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)** in Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2016.

Zogg, Samuel. “Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess”, **FamPra.ch**, Heft: 2, 2017, ss. 404-451.

www.admin.ch.

www.beckonline.com

www.bger.ch

www.emsal.co

www.gesetze-im-internet.de

www.hudoc.echr.coe.int

www.idare.gen.tr

www.juridice.ro

www.juris.bundesgerichtshof.de

www.jusline.at

www.kazanci.com

www.lexetius.com

www.lexpera.com

www.openjur.de

www.prinz.law

www.research.wolterskluwer-online.de

www.resmigazete.gov.tr

www.ris.bka.gv.at

www.servat.unibe.ch

www.skf-hagen.de

www.swisslex.ch

www.tbmm.gov.tr

www.tdk.gov.tr

