

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK
(MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ**

Yüksek Lisans Tezi

Levent BÖRÜ

Ankara 2006

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK
(MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ**

Yüksek Lisans Tezi

Levent BÖRÜ

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. Erdal TERCAN**

ANKARA 2006

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK
(MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erdal TERCAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
BİBLİYOGRAFYA	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVADA TARAFLARIN TEMSİLİ, DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN TANIMI, ŞARTLARI VE BENZER KURUMLARDAN AYIRDEDİLMESİ

Ş1. DAVADA TARAFLARIN TEMSİLİ VE VEKİL TUTMANIN ZORUNLU OLUP OLMAMASI.....	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Temsil.....	5
I. Kanuni Temsil	5
II. İradi Temsil(Davaya Vekâlet).....	6
1. Vekâlet - Vekâletname	7
2. Vekâlet- Vekâlet Sözleşmesi	8
3. Vekâlet Sözleşmesi- Avukatlık Sözleşmesi.....	10
4. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Avukatlık Kanunu Ve Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Vekâlete İlişkin Hükümlerin Birbiri İle İlişkisi.....	12
5. Vekil Tutmanın Zorunlu Olup Olmaması	13
a. Kural Olarak Türk Hukukunda Vekil Tutmanın Zorunlu Olmaması	13
b. İstisnai Olarak Vekil Tutmanın Zorunlu Olduğu Haller	15
aa. Tarafın Davayı Takip Edecek Yetenekte Olmaması	15
bb. Duruşmanın Disiplinini Bozmakta Direnmesi ...	16
cc. Anonim Şirketler ile Kooperatiflerde Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu... 	17

c. Vekil Tutmanın Zorunlu Olup Olmaması Konusundaki Kanaatimiz	18
---	----

§2. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN TANIMI, ŞARTLARI BENZER KURUMLARDAN AYIRDEDİLMESİ VE HUKUK YARGILAMASININ AMACI İLE İLİŞKİSİ.....	21
A. Genel Olarak.....	21
B. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Tanımı	22
C. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Hukuki Niteliği	23
D. Bir Kimsenin Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar	28
I. Maddi Hukuka Göre Vekil(Temsilci) Olabilmek İçin Gerekli Şartlar.....	28
1. Genel Olarak.....	28
2. Ayırt Etme Gücünün Olması.....	28
3. Başkası Adına Hareket Etmesi	29
4. Temsil Yetkisinin(Vekâletinin) Olması	30
II. Usul Hukukuna Göre Bir Kimsenin Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olabilmesi İçin Gerekli Şartlar.....	31
1. Genel Olarak	31
2. Fiil Ehliyetinin Olması	32
3. Davanın Tarafları Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması	35
a. Davada Taraf Kavramı.....	35
b. Davaya Vekâlet Ehliyeti Olan Kimsenin Davanın Tarafları Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması Unsurunun İrdelenmesi	39
4. Kanunda Belirtilen Kişilerden Olmak.....	40
5. Baro Levhasına Kayıt Zorunluluğu.....	40
a. Kural Olarak Baro Levhasına Kaydın Zorunlu Olması.....	40
b. İstisna Olarak Baro Levhasına Kaydın Zorunlu Olmadığı Haller.....	42

E. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Benzer Hukuki Kurumlardan Ayırdedilmesi.....	43
I. “Dava Ehliyeti” ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”	43
II. “Davayı Takip Yetkisi” ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”	44
III. “Kanuni Temsil” ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”	49
F. Davaya Vekâlet Ehliyeti Ve Geçerli Vekâletname	53
G. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Taraflara İlişkin Bir Dava Şartı Olması ...	55
H. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Hukuk Yargılamasının Amacı İle İlişkisi.	56

İKİNCİ BÖLÜM

DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLAN KİMSELER

§3. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLAN KİMSELER	61
A. Genel Olarak.....	61
B. Avukatlar	62
I. Genel Olarak.....	62
II. Avukat Olabilmek İçin Gerekli Şartlar.....	72
1. Olumlu Şartlar.....	72
a. Vatandaşlık Şartı	72
b. İkametgâh Şartı.....	74
c. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak	74
d. Staj Bitim Belgesi Almış Olmak	75
e. Avukatlık Sınavını Başarmış Olmak	76
2. Olumsuz Şartlar.....	76
a. Avukatlık Engelleri	76
b. Avukatlıkla Birleşmeyen İşler	77
III. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Kazanıldığı Zaman	78
C. Stajyer Avukatlar	78
I. Genel Olarak.....	78
II. Stajyer Avukat Olabilmenin Şartları	80
III. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Kazanıldığı Zaman	81
D. Kamu Avukatları	82

E. Davanın Birden Fazla Vekil İle Takibi, Avukatlık Bürosu ve Avukatlık Ortaklığı.....	84
I. Davanın Birden Fazla Vekil İle Takibi	84
II. Tüzel Kişiliği Olmayan Avukatlık Büroları	85
III. Tüzel Kişiliği Olan Avukatlık Ortaklıkları	87
1. Genel Olarak	87
2. Avukatlık Ortaklığının, Ortaklığı Oluşturan Avukatların Hukuki Niteliği Ve Davaya Vekâlet Ehliyeti	90
3. Avukatlık Ortaklığını Oluşturan Ortakların Tabiiyetine göre Ortaklığın Türü.....	100
a. Türk Avukatlık Ortaklığı	101
b. Yabancı Avukatlık Ortaklığı.....	102
F. Dava Vekilleri	105
I. Genel Olarak.....	105
II. Dava Vekillerinin En Az Beş Avukat Bulunmayan Yerlerde Vekil Olarak Davayı Takip Edebilmeleri	106
G. Dava Takipçileri (Dava Kovuşturucuları).....	108
I. Genel Olarak	108
II. Dava Takipçilerinin Üç Avukat ve Dava Vekili Bulunmayan Yerlerde Vekil Olarak Davayı Takip Edebilmeleri	109
H. Hiç Avukat, Dava Vekili ve Dava Takipçisi Bulunmayan Yerlerdeki Durum	110

Ş4. ÖZEL KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE DAVAYA VEKÂLET

EHLİYETİNE SAHİP OLAN KİMSELER.....	113
A. Genel Olarak	113
B. Karı ve Kocanın Kadastro İşlerinde Birbirlerini Vekil Atayabilmesi	114
C. Ticari Mümessil.....	115
D. Ticari Vekil	119
E. Acente	120
F. Tüzel Kişilerin Davada Temsili.....	124
I. Genel Olarak	124

II. Özel Hukuk Tüzel Kişilerin Davada Temsili	124
III. Kamu Tüzel Kişilerinin Davada Temsili	125
1. Devletin Taraf Bulunduğu Davalar	126
2. Devletten Ayrı Kamu Tüzel Kişiliği Olan Genel Müdürlüklerin Taraf Bulunduğu Davalar	127
3. İl Özel İdarelerinin, Belediyelerin ve Köyün Taraf Bulunduğu Davalar	128
G. Adi Ortaklıkta Yönetici Ortağın Davada Temsil Yetkisi	129
H. Miras Ortaklığında, Mirasçılardan Birinin Davadaki Temsil Yetkisi	131
I. Gemi Müdürünün Donatma İştirakini Temsili	132
İ. Davanın İhbar Edildiği Kimsenin, İhbar Edeni Davada Temsil Etmesi	133
K. Kat Mülkiyeti İle İlgili Bazı Davalarda Yöneticinin Diğer Kat Maliklerini Mahkemede Temsil Etmesi	135
L. Tahsil Cirosunda, Hamilin İcra Takibinde Bulunması ve Dava Açması	137
§5 . KANUNİ DAVAYI TAKİP YETKİSİNE SAHİP OLAN KİMSELERİN, DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ AÇISINDAN DURUMU	140
A. Genel Olarak	140
B. İflas İdaresi	145
C. Haciz Alacaklısı	148
D. İflâs Alacaklısı	150
E. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Miras Ortaklığı Temsilcisi ve Mirasın Resmi Tasfiyesinde Tasfiye Memuru	152
F. Konkordato Tasfiye Memurları	158
G. Cumhuriyet Savcısı	160

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN KAPSAMI, SONA ERMESİ VE DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLMAYANLARIN DAVA TAKİP ETMESİNİN HUKUKİ VE CEZÂİ SONUÇLARI

§6. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN KAPSAMI	164
A. Genel Olarak	164
B. Kanun İşlerinde ve Hukuki Meselelerde Mütalaa Vermek	167
C. Mahkeme veya Yargı Yetkisini Haiz Bulunan Diğer Organlar Huzurunda Gerçek veya Tüzel Kişilere Ait Hakları Dava Etmek Ve Savunmak	170
D. Hakem Mahkemesi Huzurunda Gerçek Veya Tüzel Kişilere Ait Hakları Dava Etmek Ve savunmak	171
I. İç(Yerli) Tahkim.....	173
II. Yabancı Tahkim.....	173
III. Milletlerarası Tahkim	177
E. Adli İşlemleri Takip Etmek, Bu İşlere Ait Bütün Evrakı Düzenlemek	180
F. Uzlaşma Sağlama Yetkisi	181
§ 7. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN SONA ERMESİ	183
A. Maddi Hukukta Öngörülen Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona Erme Sebepleri	184
I. Vekilin Ölümü.....	184
II. Ölüme Benzeyen Haller	185
1. Vekilin Ölüm Karinesi	185
2. Vekilin Gaipliği	186
III. Vekilin Fiil Ehliyetini Kaybetmesi	188
IV. Vekilin İflâsı.....	190
B. Usul Hukukunda Öngörülen Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona Erme Sebepleri	191
I. Kanunda Belirtilen Kişilerin Mesleklerinden Ayrılması.....	191
II. Baro Levhasından Silinme	192

III. Avukatlık Ortaklığının Tüzel Kişiliğinin Ortadan Kalkması 193

**C. Davaya Vekâletin Sona Ermesinin Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona
Ermesine Etkisi..... 196**

**§8. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLMAYANLARIN DAVA TAKİP
ETMESİNİN HUKUKİ VE CEZAİ SONUÇLARI..... 198**

A. Hukuki Sonuçları 198

I. Genel Olarak 198

II . Davaya Vekâlet Ehliyeti Olmayan Kimsenin Dava Açması 199

**III. Davaya Vekâlet Ehliyeti Olmayan Kimsenin Açılmış Bir
Davayı Takip Etmesi..... 201**

**IV. Davaya Vekâlet Ehliyetine Aykırı Davranılmasının Kanun
Yolları Üzerindeki Etkisi 202**

1. Genel Olarak 202

2. İstinaf Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi 204

3. Temyiz Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi 205

4. Karar Düzeltme Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi 207

5. Yargılamanın Yenilenmesi Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi 209

B. Cezai Sonuçları 210

SONUÇ 212

ÖZET 216

ABSTRACT 217

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
Aşa.	: Aşağı
A.Ü.	: Atatürk Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K.	: Avukatlık Kanunu
Av.Y.	: Avukatlık Kanunu Yönetmeliği
Av.O.Y.	: Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği
Av.S.Y.	: Avukatlık Staj Yönetmeliği
B.	: Baskı
b.	: Bent
Batider	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bur.BD	: Bursa Barosu Dergisi
C.	: Cilt
c.	: cümle
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren

D.	: Dergi
DD	: Danıştay Dairesi
DKD	: Danıştay Kararları Dergisi
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
ETK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
g.m.	: geçici madde
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanununu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHD	: İleri Hukuk Dergisi
İİD	: İcra ve İflâs Dairesi
İİK	:İcra ve İflâs Kanunu
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İz.BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KK	: Kadastro Kanunu
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: madde*

* “m” kısaltması, kural olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu maddelerini göstermektedir. Başka bir kanun maddesi belirtiliyorsa, ilgili kanun ismi “m” kısaltılmasından önce belirtilmiştir. Örneğin Av.K. m. gibi.

MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NK	: Nüfus Kanunu
NMUK	: Neuchâtel Kantonu Medeni Usul Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.K.	: Sayılı Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayını
TC	:Türkiye Cumhuriyeti
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TYK	: Türkiye Yargıtay Kararları
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
YTD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
yuk.	: Yukarı

BİBLİYOGRAFYA*

ADAY, Nejat : Türk Hukukunda Avukatın Mesleki Yükümlülükleri : ABD 1993/7-8-9, s. 478-501 (Aday-Mesleki).

ADAY, Nejat : Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2.B., İstanbul 1997 (Aday-Genel Esaslar).

ADAY, Nejat : Amerika Birleşik Devletleri'nde Amerikan Barosu'na Genel Bir Bakış: ABD 1990/4, s. 609-614 (Aday-Amerika).

AKCAN, Recep : Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

AKDOĞAN, Kâzım : Avukatlık Mesleği: ABD 1977/2, s. 266-267.

AKINCI, Ziya : Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut : Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C.I, 5.B., İstanbul 2004 (Akipek/Akıntürk).

AKİPEK, Şebnem : İngiltere'de Hukuk Öğretimi Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankara 1993, s. 35-51 (Akipek).

AKİPEK, Şebnem : Alt Vekâlet, Ankara 2003 (Akipek-Alt Vekâlet).

AKGÜNER, Kemal : Vekil ve Mümessil Olmayan Kişiler Huzuruyla Davanın Görülüp Hükme Bağlanması Haline Dayanan Yargılamanın İadesi ve Bir Yargıtay Kararı: ABD 1973/4, s. 718-724.

* Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde, yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın yanında parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

AKYAZAN,Sıtkı : Son İctihatlarla Gerekçeli, Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971 (Akyazan).

AKYAZAN,Sıtkı : “Ticari Temsilcilik ve Ticari Vekillik Banka Şube Müdürlerinin Hukuki Durumları ve Yetkilerini Aşarak Limit Dışı Kredi Tahsisleri”; Batider, C. VI, S.2, s. 257-281 (Akyazan-Temsilci).

ALANGOYA,Yavuz : Yargılama Sırasında Tarafta İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler: MHAD 1969/5, s.125-194 (Alangoya-Tarafta İradi Değişme).

ALANGOYA,Yavuz : Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973 (Alangoya-Tahkim).

ALANGOYA, Yavuz : Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (Alangoya-İlkeler).

ALANGOYA, Yavuz : Medenî Usûl Hukuku’nda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999 (Alangoya-Dava Ortaklığı).

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis : Medenî Usûl Hukuku Esasları, 5.B., İstanbul 2005 (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım- Usul).

ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk Yargılama Usûlleri, 7.B., Ankara 1960 (Ansay-Usul).

ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 4.B., Ankara 2002 (Ansay-İslam Hukuku).

ANSAY, Tuğrul : Avukatlık Kanunu’ndaki Değişiklikler ve Globalleşme: ABD 2003/1, s. 23-29 (Ansay-Avukatlık).

ANSAY, Tuğrul : Avukatlık Ortaklığı Yeni Bir Ortaklık Türü Mü?: Pof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.129-145 (Ansay-Ortaklık).

ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku(Özel Hükümler), 4.B., Ankara 2002.

ARAR,Kemal : İcra ve İflâs Hükümleri, C.II İflâs, Ankara 1945.

ARCAK,Ali/ ERDOĞAN,Celal: Açıklamalı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1976.

ARDIÇOĞULLARI,Sabahattin : Kamu Avukatları: ABD 1979/4, s. 3-7.

ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 8.B., Ankara 2005.

ARSLAN,İbrahim : Şirketler Hukuku Bilgisi, 6.B., Konya 2001 (Arslan-Şirketler Hukuku).

ARSLAN, Ramazan : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük İlkesi, Ankara 1989 (Arslan-Dürüstlük).

ARSLAN, Ramazan : Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), Ankara 1977 (Arslan-Yenilenme).

ARSLAN, Ramazan/ TANRIVER, Süha : Yargı Örgütü Hukuku, 2.B., Ankara 2001.

ARSLAN, Ramazan/ TAŞPINAR, Sema : Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye'nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi: AÜHFD 2004/1, C. 53, ,s. 1-27.

ARSLANLI, Halil : Ticari Senetler , 3.B., İstanbul 1954.

ARZUK, İbrahim :Avukatlık Üzerine Kısa Bir Tarihçe Derlemesi: İz.BD 1989/2, s.20-23.

AŞKAN, Cengiz : Adi Şirketin Yönetimi, Ankara 2003.

BALCI, Muharrem : İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

BAUER, A.: Yeni Neuchâtel Usûl Kanunu, (Çev: Selçuk Öztekin) Facultatis Decima Anniversira, İstanbul 1993, s. 403-447.

BARLAS,Nami : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

BAŞPINAR,Veynel : Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C.III., Ankara 2004, s. 463- 478 (Başpınar-Kurultay2004).

BATTAL, Şener/ERDEM, Nursen : Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi: Nursen ABD 1985/5-6, s. 675-685.

BELGESAY, Mustafa Reşit : Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1944 (Belgesay-Temsil).

BELGESAY, Mustafa Reşit : Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C.II., İstanbul 1945 (Belgesay-Adliye).

BELGESAY, Mustafa Reşit : Mahkemede Tarafların Temsili(Sulh Mahkemelerinde veya Baro Olmayan Yerlerde Tarafların Mümessillerini Seçme Yetkilerinin Takyidi: İHD 1947/20, s. 251-268 (Belgesay-Baro).

BELGESAY, Mustafa Reşit : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Rasyonel Tefsiri, Gerekli Tadiller, Bir Proje, İstanbul 1947 (Belgesay- Rasyonel).

BERKİ, Şakir : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959.

BERKİN, Necmeddin : Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 1969(Berkin-Usul).

BERKİN, Necmeddin : Avukatlık Hukukuna ve Dava Vekâletine İlişkin Yeni İçtihatlar: İ.Ü. Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı İstanbul 1973, s. 355-386 (Berkin-Dava Vekaleti).

BERKİN, Necmeddin : Tatbikatçılara Medeni Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul (Tarihsiz) (Berkin-Tatbikat).

BEZGİNCİ, Hakan : Amerikan Barolar Birliğinin Genel Profili : ABD 1991/3, s. 424-440.

BİLGE, Necip : Medenî Yargılama Hukuku'nda Karar Düzeltme, Ankara 1973 (Bilge-Karar Düzeltme).

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978 (Bilge/Önen- Yargılama).

BOZER, Ali : Borçlar Hukuku(Genel Hükümler), Ankara 2002.

BOZER, Ali/GÖLE, Celal : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2004.

BURCUOĞLU, Haluk : Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C.III., Ankara 2004, s. 478-524 (Burcuoğlu-Kurultay2004).

CANER, M. Ülkü : Federal Almanya'da Avukatlık Mesleği: İz.BD, 1992/4, s. 24-33.

CENTEL, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul 1984 (Centel-Müdafii).

COŞAR,Vedat Ahsen : Amerika Birleşik Devletleri'nde Avukatlık Mesleği ve Ortak Avukat Modelleri: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C.III,Ankara 2004, s.540-558 (Coşar-Kurultay2004).

ÇEÇEN, Anıl : Adalet Kavramı, 3.B., Ankara 2003.

ÇELİKEL,Aysel : Milletlerarası Özel Hukuk, B.6., İstanbul 2000 (Çelikel-Özel Hukuk).

ÇELİKEL, Aysel : Yabancılar Hukuku, 10. B., İstanbul 2003 (Çelikel).

ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964.

DAYINLARLI, Kemal: Yabancı Hakem Kararlarının 2675 sayılı Kanuna Göre Tenfizi : Yabancı Hakem Kararların Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983 (Dayınlarlı-Yabancı Hakem).

DAYINLARLI, Kemal : Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Ve Tahkime Etkileri,Ankara 1994 (Dayınlarlı-Kamu Düzeni).

DAYINLARLI, Kemal : HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, 2.B., Ankara 2004 (Dayınlarlı).

DELİDUMAN, Seyithan: Medeni Yargıda Avukatlık: A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII., S. 1-2., s. 377-385.

DEREN-YILDIRIM,Nevhis : Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996 (Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm).

DEREN-YILDIRIM,Nevhis : Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004 (Deren Yıldırım-Tahkim).

DOĞANAY, İsmail: Hukuk Davalarında Vekâlet: AD 1954/3, s. 13-345., AD 1954/4, s. 389-403, s. 479-521.

DOĞRU, Osman : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Avukatın Rolü: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004 İnsan Hakları,C. II, Ankara 2004, s. 75-83 (Doğru-Kurultay2004).

DOMANIÇ,Hayri : Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 3.B., İstanbul 1976.

DURAL,Mustafa/ÖZ, Turgut : Türk Özel Hukuku C.IV. Miras Hukuku, 2.B., İstanbul 2003.

DURMAN, Okay : Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama, İstanbul 2002.

EKKEHARD, Becker-Eberhard : Avukatlık Meslek Hukukunda Almanya'daki Değişimi(Çeviren:M. Kamil Yıldırım): 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları,Derleyen: Nevhis Deren-Yıldırım C. I., İstanbul 2003, s. 1-21 (çev:Yıldırım Almanya).

EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil : AÜHFD 2003/4, C.50, s. 101-113.

ERDOĞAN, Mehmet Şirin: Avukatlıkta Tekel Hakkı: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C.III, Ankara 2004, s. 138-155 (Erdoğan- Kurultay2004).

ERDOĞMUŞ, Belgin : Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, İstanbul 2004.

EREM, Faruk : Eski Yunan'da ve Roma'da Avukatlık: ABD 1976/5, s. 849-854 (Erem-Roma).

EREM, Faruk : Meslek Kuralları Şerh: Semih Güner, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002, s. 295-516 (Erem-Şerh).

EREN,Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I.,6.B., İstanbul 1998.

ERGÜN, Zafer : İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2005.

ERMAN, Eyüp Sabri : Avukat, Dava Vekili ve Dava Takibine Sair Yetkili Kişiler: AD 1971/ 4, s.171-180.

ERTEKİN,Erol/KARATAŞ, İzzet : Uygulamada Ticari Senetler Hukuku , Ankara 1992.

ESENER,Turhan : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller:Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 478-443.

GAGO, Pulat Hüseyin : Avukatlık ve Şirketleşme : İz.BD 1996/ 2, s.109-120.

GÖKCAN, Hasan Tahsin : Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2001.

GÖRGÜN,Şanal : Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlandırılmasında Hakim, Taraf ve Avukatların Rolü:Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 170-178.

GÜNER, Barbara Federal Almanya'da Avukatlık: Bur.BD 1985/24, s.6-9.

GÜNER, Semih : Avukatlık Sözleşmesi: Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 301-322 (Güner-Sözleşme).

GÜNER, Semih : Avukatın Kitabı, 2.B., Ankara 2003 (Güner).

GÜNERGÖK, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003.

GÜRDOĞAN, Burhan : Davaya Vekâlette Özel Memnuiyeti Gerektiren Haller: Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s.147-163.

GÜNDAY, Metin : İdare Hukuku, 5.B., Ankara 2002 (Günday).

GÜNDAY, Metin: Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Ankara 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı-3, s.98-111(Günday-Kurultay2004).

GÜRSEL, Mustafa : 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu Açıklamalı-Uygulamalı , Ankara 1978.

HAKİMOĞLU,Kemal : Avukatlıkta Ortak Çalışma ve Uzmanlaşma Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 2000, s. 245-257 (Hakimoğlu-Kurultay2000).

HEKİMOĞLU, M. Fahrettin Fransa'da Hukuki Danışmanlık ve Arabuluculuk Uygulaması : ABD 2002/2, s.3338.

HİBBERD,Peter/Newman, Paul : Alternatif Dispute Resolotion and Adjudication, London 1999.

HUBER, B.: (Çev: Nur CENTEL)Her Yönüyle Fransa'da Avukatlar ve Dava Temsilcileri: ABD 1991/2, s. 253- 259.

ILDIR,Gülgün : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

İNANICI, Hâluk : Cumhuriyet Türkiye'sinde Bir Meslek Avukatlık: İBD 2000/7-9, s. 818-836.

İMRE/ERMAN : Miras Hukuku, 3.B., İstanbul 1995.

İNAL, Turgut : İngiliz Hukuk Sisteminde Avukatlık: ABD 1991/2, s. 245-249 (İnal-İngiliz).

İNAL, Turgut : İngiliz Hukuk Sisteminde Avukatlık Mesleği: ABD 1991/4, s. 586-599 (İnal).

İNAN, Ali Naim : Medeni Hukuk, Ankara 2005.

İYİMAYA, Ahmet : Muhamat Kanunu ve Hazırlık Çalışmaları: ABD 1993/2 s.167-313 (İyimaya-Muhamat).

İYİMAYA, Ahmet : Avukatlık Tekeli: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C. III, Ankara 2004, s. 157-184 (İyimaya-Kurultay2004).

İYİMAYA,Ahmet : Avukatlık Sözleşmesi:Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Avukatlık Hukuku Yeni Düzenlemeler Hukuk Eğitimi, Ankara 2000, s. 380-385 (İyimaya-Kurultay2000).

İYİMAYA, Ahmet : Marka ve Patent Vekilliği Avukatlar Açısından Eleştirel Bir İnceleme: Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C.I, s.194-206 (İyimaya-Patent).

İZVEREN,Adil/FRANKO, Nisim/ ÇALIK,Ahmet : Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994.

KAÇAK,Nazif : Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2001.

KALPSÜZ,Turgut : Türk Hakem Kararı Kavramı; Yabancı Hakem Kararların Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983 (Kalpsüz- Hakem).

KALPSÜZ,Turgut :Müvekkillerine İzafeten Acentelere Karşı Dava Açılması ve takip yapılması;Batider 1983/I C.XIII,s.1-11 (Kalpsüz-Acente).

KALPSÜZ,Turgut : İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları: İnşaat Sözleşmeleri,Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 341-379 (Kalpsüz-İnşaat Sözleşmeleri).

KALPSÜZ,Turgut.: “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun,Değerlendirilmesi”: Milletlerarası Tahkim Semineri , Ankara 2001, s.110-127 (Kalpsüz- Tahkim).

KANER,İnci Deniz: Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 2001.

KANTEK, Tomris : Türkiye’de Vekâletname: TNBHD 2000/107, s. 57-64.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952.

KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku(I.Giriş-Ticari İşletme), 3.B., Ankara 1968 (Karayalçın).

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4.B., Ankara 1970 (Karayalçın-Senet).

KARAYALÇIN, Yaşar : Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, 5.B., Ankara 2001 (Karayalçın-Metod).

KAŞIKÇI, Mehmet : Uygulamada Yeni Kadastro Kanunu, İstanbul 1988.

KAYHAN, Fahrettin : Hukuk Davalarında Avukatlık Sanatı, Ankara, 1994 (Kayhan).

KAYHAN, Fahrettin: Avukatlık Mesleğinin Birlikte Yapılmasında Avukatlık Ortaklığı Modeli: Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı-3, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, s.558-571 (Kayhan-Kurultay 2004).

KAYIHAN, Şaban : Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2.B., Ankara 2003.

KENDİGELEN, Abuzer/ DOĞAN, Fatih : Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası- Avukatlık Limited Şirketi: A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C.VII. S. 1-2, s. 315-340.

KENDER, Rayegân/ÇETİNGİL, Ergon : Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, 7.B., İstanbul 2003.

KEYMAN, Selâhattin : Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970.

KILIÇ, Halil : Kadastro Davaları, C.2, Ankara 1999.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2003.

KIRCA, İsmail : Ticari Mümessillik, Ankara 1996 (Kırca).

KIRCA, İsmail : Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun, Batider 2000/4, C.XX, s. 63-71 (Kırca-Adi Şirket).

KİP, Levent : Avukatlık Şirketleri: İBD 1992/7-8-9, s. 675-693.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Miras Hukuku, 3.B., İstanbul 1987.

KOÇAK, Ömer Lütfi : Kadastro Mahkemesinde Uygulanan Yargılama Usulü, AD 1988/4.

KONURALP, Hâluk: Davanın İhbar Edildiği Kimsenin İhbar Edeni Temsil Etmesi: Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 549-566 (Konuralp).

KONURALP, Hâluk : Medenî Usûl Hukuku'nda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 (Konuralp- İspat).

KONURALP, Hâluk : Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul :İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı, Ankara 2003 (Konuralp-İstinaf).

KORAL, Rabi : Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Çift Anlamı; Yabancı Hakem Kararların Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983.

KORUKLU, Aziz: Dava Vekilliği Mesleği : Fahrettin TANJU, Avukatlık ve Vekâlet, Adana 1955 s. 387-403.

KUNTER, Nurettin/ YENİSEY, Feridun : Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, İstanbul 2002.

KURU, Baki : İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971 (Kuru-İflas).

KURU,Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru-Usul El).

KURU,Baki : İcra ve İflâs Hukuku, C.IV, 3.B., İstanbul 1997 (Kuru-İcra IV).

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü,C.I, 6.B., İstanbul 2001 (Kuru-Hmu I).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6.B., İstanbul 2001 (Kuru-Hmu II).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III,6.B., İstanbul 2001 (Kuru-Hmu III).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü,C.VI, 6.B., İstanbul 2001 (Kuru-Hmu VI).

KURU, Baki : İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 (Kuru-İcra El).

KURU, Baki : Dava Şartları; Makaleler, İstanbul 2006, s.147-188 (Kuru-Dava Şartları).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı,16.B., Ankara 2005 (Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder : İcra ve İflâs Hukuku, 19.B., Ankara 2005 (Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra).

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, 28.B., Ankara 2006.

MALATYALIOĞLU,Kutsi/ ERTAŞ,Hami: Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları, Ankara 1972.

MAUGHAN,Caroline/WEBB, Julian : Lawyering Skills and The Legal Process, London 1995.

MEMİŞ, Tekin : Avukatlık Mesleğinin İcrasında Teknolojinin Kullanım Örnekleri ve Değerlendirmeler: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Ankara 2004,C. III, s. 318-345 (Memiş-Kurultay2004).

MOLLAMUSTAFAOĞLU, M. Zeki : Dava Takipçileri ve Vekâlet Ücreti: AD 1972/6-7, s. 526-527.

MUŞUL,Timuçun : İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2005.

MÜDERRİSOĞLU, Feridun : Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974.

NARBAY,Şafak/ÖZBAY,İbrahim : Türk Hukukunda Hukuki Mütalâanın Önemi ve Niteliği : Batider 2005/2, C.XXXIII, s.117-146.

NOMER,Ergin/EKŞİ,Nuray/ÖZTEKİN,Günseli : Milletlerarası Tahkim, 2.B., İstanbul 2003.

ODYAKMAZ, Nevzad : Kat Mülkiyeti Yasası, Ankara 1984.

OLGAÇ, Senai : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, İstanbul 1968.

OLGAÇ, Senai/KÖYMEN,Hakkı : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1958.

ONAR, Sıdık Sami/BELGESAY, Mustafa Reşit : Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.

OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003 (Oğuz-Karşılaştırmalı).

OĞUZ, Arzu Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü : AÜHFD 2003/4, C.52, s. 1-41 (Oğuz).

OĞUZHAN, Teoman : Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Bağımsız Bir Adliye Organi” Olarak Avukat : TBBD 2005/56, s.175-187.

OĞUZMAN,Kemal/ÖZ,Dural : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4.B., İstanbul 2005.

OĞUZMAN,Kemal/SELİÇİ,Özer/OKTAY-ÖZDEMİR,Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8.B. İstanbul 2005.

OZANALP, Nusret : Tapulama Kanunu Şerhi, 2.B. Ankara 1976.

ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.B., Ankara 1999.

ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 (Önen-Yargılama).

ÖĞÜNMEZ,Ramazan : Kamu Avukatlarının Sorunları : Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000,Ankara 2000, Savunma ,Hakkı Baroların Bağımsızlığı, C. I, s. 226-230 (Öğünmez-Kurultay2000).

ÖZBEK, Mustafa: Avukatlık Kanununun 35/A. Maddesine Göre Arabuluculuk ABD 2001/3, s.113-139.

ÖZBUBUN, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, 8.B., Ankara 2004.

ÖZEKES, Muhammet : Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Özekes-Dinlenilme).

ÖZENLİ, Sosyal : Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara 1988.

ÖZKAN, Işıl : Avrupa Birliği'nde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşım Hakkı : TBBD 2005/60., s. 55-70.

ÖZKAN, Noyan: Avrupa Hukuku ve Avukatların Rolü: TBBD 2004/5., s.134-147 (Özkan-Avrupa).

ÖZKAYA, Eraslan : Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2.B., Ankara 2005.

ÖZKENT, Ali Haydar: Avukatın Kitabı, İstanbul 1940 (Özkent).

ÖZKENT, Ali Haydar Avukatlık Medenilikle Başlar : İz.BD 1996/2s.28-52 (Özkent-Medenilik).

ÖZMEN,İhsan/ÇORBALI,Halim : 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, 3.B., Ankara 1995.

ÖZSUNAY,Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970 (Öztan-Organ).

ÖZTAN, Bilge: Tüzel Kişiler Ders Notları, Ankara 1994 (Öztan- Tüzel Kişiler)

ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukukun Temel Kavramları, 14.B., Ankara 2004 (Öztan).

ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 2.B., Ankara 1997 (Öztan-Kıymetli).

ÖZTURANLI, M. İskender : Avukatlık Mesleği Üzerine, İz.BD 1988/1, s. 69-73.

ÖZTÜRK, Bahri : Almanya ve Avusturya'da Avukatlık Mesleğine Giriş: İz.BD 1991/2, s. 29-35.

PEKCANITEZ, Hakan : Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992 (Pekcanitez-Fer'i Müdahale).

PEKCANITEZ, Hakan : Hukuki Dinlenilme Hakkı: Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753- 791 (Pekcanitez- Dinlenilme).

PEKCANITEZ, Hakan : Avukatlıkta Serbest Dolaşım ve Yerleşme Hakkı ;Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004,Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı, s 384 392 (Pekcanitez).

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku, 4.B., Ankara 2005 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet : İcra ve İflâs Hukuku, 2.B.,Ankara 2005 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-İcra).

POHL,Kat Thomas: Avukatların Ekonomik Bağımsızlığı Almanya:(Çev:Demet Derviş/Değer Derviş) : ABD 2002/1, s. 257-267.

PROY,Reha/TEKİNALP,Ünal/ÇAMOĞLU,Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 6.B., İstanbul 1998 (Proy/Tekinalp/Çamoğlu- Ortaklıklar Hukuku).

POROY,Reha/TEKİNALP,Ünal : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 15. B.,İstanbul 2001.

POSTACIOĞLU, E. İlhan : Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6.B., İstanbul 1975
(Postacioğlu-Usul).

POSTACIOĞLU, E. İlhan : Yabancı Memleket Türk Kanunlarına Otoritesi
Altında Yürütülen Hakem Faaliyetinde Tarafların Türk Olmayan Avukatlar
Tarafından Temsili Meselesi: Ord. Prof.Dr .Sıddık Sami Onar Armağanı, İstanbul
1977, s. 777-787 (Postacioğlu-Temsil).

PULAŞLI,Hasan : Kıymetli Evrak Hukuku, 5.B.,İstanbul 2001.

REİSOĞLU, Safa: Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı, Ankara 1966
(Reisoğlu-Kat Mülkiyeti).

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.B., İstanbul 2004
(Reisoğlu).

SALDIRIM, Mustafa : Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara
2005.

SCHİLTZ, F. Oliver/ : Anglosakson Hukuku'nda Eğitim Seçkin Bir Azınlık İçin
Hobi midir Yoksa Herkes için Bir Gereklilik midir? (Çev: Gökçe Kılıç): ABD
2002/3, s. 221-225.

SEROZAN,Rona : Medeni Hukuk(Genel Bölüm), İstanbul 2004.

SERT-ÇELİK, Çiğdem : Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik : TBBD
2004/54, s. 339-346.

SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral : Avukatlıkta Şirketleşme ve Reklam Yasağı:
İz.BD 1996/2, s. 99 -108 (Sungurtekin-Özkan- Şirketleşme).

SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral : Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2.B., İzmir 1999 (Sungurtekin Özkan).

SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral : Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi: Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999 (Sungurtekin-Özkan-Bağımsız).

SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral : Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü:Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 137-151 (Sungurtekin Özkan-Sempozyum).

ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal : İngiltere’de Avukatlık Mesleği: ABD 1996/3, s. 427-442 (Şehirali- İngiltere).

ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal : Alman Uzman Avukatlık Yönetmeliği, ABD 2003/2. s. 87-101 (Şehirali-Uzman).

ŞENOCAK, Kemal : Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993 (Şenocak).

ŞENOCAK, Kemal : Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000 (Şenocak-Mesleki).

ŞENOL, Talay : Bağımsız Avukatlık : TBBD 2004/54, s. 369-391.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1982.

TANJU, Fahrettin : Avukatlık ve Vekâlet, Adana 1955.

TANRIVER, Süha : Konkordato Komiseri, Ankara 1993 (Tanrıver-Konkordato).

TANRIVER, Süha : Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998 (Tanrıver-Derdestlik).

TANRIVER, Süha : Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim :Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000,s.1061-1089 (Tanrıver-Kamu Hizmeti).

TANRIVER,Süha : Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine:AÜHFD 2000/1-4, s.67- 83 (Tanrıver-Yargıda Etkinlik).

TANRIVER, Süha : Noterlik Açısından Vekâlet(Temsil), 2. B., Ankara 2001 (Tanrıver-Temsil).

TANRIVER, Süha: Yeni Medeni Kanun'un Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Açısından Etkilerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi: Medenî Usûl ve İcrâ-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I,9-10 Kasım 2002, Eskişehir 2003, s. 75-142 (Tanrıver-Miras).

TANRIVER, Süha : Avukatlık Kanunu'nun 56. Maddesinin V. Ve VI. Fıkralarında Sözü Edilen Yetki Belgeleri Üzerine Düşünceler: Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 365-372 (Tanrıver-Yetki Belgesi).

TANRIVER, Süha : Hukuk Yargısı(Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı: TBBD 2004/53, s. 191-215 (Tanrıver-Adil Yargılanma).

TANRIVERDİ, Abuzer : Fransa'da Avukatlık Mesleğine Giriş : İBD 2000/1-3, s. 34-37.

TANYER, Turan : Eski İstanbul'da Arzuhalciler: TBBD 2004/53 , s. 271-284.

TARAY, Haydar: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 61. Maddesi Etrafında Bir İnceleme : AD 1949/11, s.1636-1643.

TARHAN,Mehmet Can : İnternetle Gelen Değişim ve 2. Bine Yaklaşırken Avukatlık : İBD 1998/7-9,s. 683-688.

TAŞPINAR, Sema : Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu:Av.Dr.Faruk Erem Armağarı, Ankara 1999,s. 759-787 (Taşpınar-Amaç).

TERCAN, Erdal : İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996 (Tercan-İflâs).

TERCAN, Erdal : Medenî Usûl Hukuku'nda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü: SÜHFD, Prof.Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996/1-2, s. 181-212 (Tercan-Gerçek).

TERCAN, Erdal : Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001 (Tercan-İsticvap).

TERCAN,Erdal : Medenî Usûl Hukukunda Eski Hale Getirme, Ankara 2006 (Tercan-Eski).

TERCAN,Erdal/TERCAN, Süheyla : İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku(Genel Hükümler, C.I), 4.B., İstanbul 1969.

TURANBOY, Asuman : Avukatlık Ortaklığı: AÜHFD 2001/4, C.50, s. 41-63.

TÜZEL, Nalan : Kambiyo Senetlerinde Tahsil Cirosu, Bursa 2005.

UMAR, Bilge: Medenî Usûl Hukukunda Davanın Dinlenilme Şartı Olarak Ehliyet: İÜHFM 1963/3, s. 591-619 (Umar-Ehliyet).

ÜLGENALP, Nuri: Hukuk Davalarında Vekâlet : AD 1954/4, s. 389-403.

ÜNAL-ÖZKORKUT, Nevin : Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi : AÜHFD 2003/4 C.52.,s. 147-155.

ÜNALÇIN, Pınar : Fransa'da Avukatlık Şirketi : İBD 1998/1-3, s.138-146.

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II.Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983 (Üstündağ-Tahkim).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medenî Yargılama Hukuku,C. I-II, 7.B.,İstanbul 2000 (Üstündağ-Yargılama).

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları,8.B., İstanbul 2004 (Üstündağ-İcra).

VURAL, Perihan: Noterlik Yönünden Temsil ve Vekâlet : TNBHD1977/14, s. 54-62, 1977/15, s. 37-49.

YALÇINBAYIR, Ertuğrul : Ortak Avukat Büroları : Bur.BD 1984/21, s.2-5.

YALÇINKAYA, Namık Kemal : İngiliz Hukuku, Ankara 1981.

YALMAN, Macit/ TAYLAN, Erbay : Adi Ortaklık, Ankara 1976.

YAVUZ, Cevdet : Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983 (Yavuz- Temsil).

YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), 2.B. , İstanbul 2001 (Yavuz).

YEĞENGİL, Rasih : Tahkim, İstanbul 1974.

YENER, Orhan : Hukuk ve Ceza Davalarında Taraf Teşkili ve Dava Ehliyeti, Davaya Vekâlet, Ankara 1997.

YILDIRIM,Kamil : Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

YILMAZ, Ejder : Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri, AÜHFD 1972/XXIX/1-2, s. 255-287 (Yılmaz-Savcı).

YILMAZ, Ejder: İflâs İdaresi, Ankara 1976 (Yılmaz-İflas İdaresi).

YILMAZ, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982 (Yılmaz-Islah).

YILMAZ, Ejder : İflas İdaresinin Hukuki Niteliği ve Durumu:Kanun ve Uygulama Açısından İflasta Tasfiye Sempozyumu Ankara 1984, s. 65-132 (Yılmaz-İflas).

YILMAZ, Ejder : Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989 (Yılmaz-Yemin).

YILMAZ, Ejder: Genel Vekâletname Özel Vekâletname Ayrımı: TNBHD 1995/86, s. 12-18 (Yılmaz-Vekaletname).

YILMAZ, Ejder : Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık: AÜHFD 1995/1-4, s. 193-208 (Yılmaz-Avukatlık).

YILMAZ, Ejder : Rekabet Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu: Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 935-961 (Yılmaz-Rekabet).

YILMAZ, Ejder: Çağdaş Dünyada ve Türkiye’de Avukatlık: Hukuk Merceği Konferans ve Paneller 1998-2000., s. 370-381 (Yılmaz-Mercek).

YILMAZ, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi: 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 843-856 (Yılmaz-Uzlaşma).

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 9.B., Ankara 2005 (Yılmaz- Sözlük).

YILMAZ, Ejder: İstinaf, Ankara 2005 (Yılmaz-İstinaf).

YURTCAN, Erdener : Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Avukatlık Mesleğine İlişkin Bazı Düşünceler : Doğumunun Yüzüncü Yılında Atatürk'e Armağan, İHFM, İstanbul 1981-1982, s. 899-914.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe : Medeni Hukuk, 3.B., Ankara 2004.

GİRİŞ

Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışında üçüncü bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliettir. Türk hukukunda, taraflar davayı takip etmek için vekil tutmak zorunda değildir; davalarını kendileri takip edebilirler. Ancak, taraflardan biri, davayı vekil aracılığı ile takip etmek isterse, yalnız belirli kişileri vekil tutabilir. Zira, bir kimseyi vekil sıfatıyla, mahkeme önünde temsil etmek ve o kimse adına dava ile ilgili işlemleri yapabilmek, icra takibi yapabilmek özel bir bilgi, uzmanlık gerektirir. Ayrıca vekilin yargılamada ileri sürdüğü hususlar ve yaptığı açıklamalar tarafa ait sayılmakta, yanlışlıklar tarafa maledilmektedir. Böyle bir durumda vekilin hatası nedeniyle taraflar telafisi mümkün olmayan zararlara uğrayabilmektedirler. Aile hukukuna ve şahsın hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi tazmini mümkün olmayan durumlarda (boşanma davasında olduğu gibi) gerçek bir telafi mümkün değildir¹. Bu sebeplerden, usul hukukunda bir kimsenin davada taraf olanların vekili olabilmesi, kurum olarak, maddi hukuktaki(borçlar hukuku) vekillik kurumundan ayrılmıştır. Zira, maddi hukuka göre ayırt etme gücüne sahip olan her kişi vekil tayin edilebilir²; fakat vekâletnamelerinde dava açmak ve takip etmek için açık bir yetki bulunsa bile vekil sıfatıyla dava açamazlar ve takip edemezler³.

¹ Özekes-Dinlenilme s. 299.

² Oğuzman/Öz s. 187.

³ Kuru-Hmu II s. 1245.

Aslında, eski zamanların (Eski Yunan-Roma dönemleri) ilk günlerinde, taraflar hakim önüne gitmeğe, davalarını, savunmalarını, bizzat hakim önünde izahata mecbur idiler⁴. Daha sonraki zamanlarda, taraflara önceden savunma hazırlayan ve logographes (yazıcılar) adı verilen yardımcıları ortaya çıkmıştı⁵. Bu kimseler, hakim önünde söylenecek olan sözleri, yazılı olarak taraflara verir ve taraflar da bunları ezberleyerek hakim önünde tekrar ederlerdi⁶. Daha sonra, logograflar giderek avukat haline gelmiştir⁷.

Aynı şekilde, ülkemizde de benzer bir tarihsel süreç izlendiğini görüyoruz. İlk olarak, arzuhalciler ortaya çıkmış, daha sonra, dava vekilliği ve en sonunda da avukatlık mesleği ortaya çıkmıştır⁸.

Günümüz hukuk sistemi, teknik, ekonomi ve bilimin gelişmesi ile, daha da kompleks hale gelmiş olup, artık tarafların yargı mercilerinde savunmalarını yapan kimselerin (vekil-temsilci), belli özelliklerinin olması zorunluluğunu doğurmuştur. Özellikle, medenî usûl hukukunun şekli bir hukuk olmasından dolayı⁹, sürelere riayet edilmeli, yapılan işlemler çok dikkatlice yapılmalıdır. Çünkü, yargılama ile ilgili yapılacak bir hata, geri dönülmesi güç, telafisi imkansız olan zararlara sebep olabilir. Haklı olan, haksız veya haksız olan, haklı duruma gelebilir ki, bu durum toplum

⁴ Erem-Roma s. 849.

⁵ Yılmaz-Avukatlık s. 193.

⁶ Erem-Roma s. 849; Yılmaz-Avukatlık s. 193.

⁷ Yılmaz-Avukatlık s. 193.

⁸ Yılmaz-Avukatlık s. 197.

⁹ Postacıoğlu s. 4-7; Alangoya-İlkeler s. 79-80.

barışını bozabilir. Toplumun, hukuk sistemine olan güvenini sarsabilir. Bundan dolayı, günümüz hukuk sisteminde, davada tarafların temsili yalnız belirli kişilerce yapılabilmesi öngörülmüş, hatta, bazı ülkelerde, tarafların mahkeme önünde avukatla temsili zorunlu kılınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVADA TARAFLARIN TEMSİLİ, DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN TANIMI, ŞARTLARI VE BENZER KURUMLARDAN AYIRDEDİLMESİ

§ 1. DAVADA TARAFLARIN TEMSİLİ VE VEKİL TUTMANIN ZORUNLU OLUP OLMAMASI

A . Genel Olarak

Hukuk kuralları, kişilerin hareket özgürlüğünün sınırlarını belirlemekte ve bu sınırların aşılması halinde bunlara birer yaptırım, öngörmektedir¹. Hukuk kurallarınca belirlenmiş olan bu sınırlar içersinde, kişiler istedikleri gibi hareket edebilirler. Hakkı ihlal edilen kimse ise, bizzat hak almak (ihkak-ı hak) yasak olduğu için, hakkını mahkemeye başvurup arayacaktır².

İşte, hakkı ihlal edilen bir kimse hakkını bizzat mahkemelerde kendisi arayabilir. Yani, hakkı ihlal edildiğini düşünen kimse, mahkemelere bizzat dava açıp, davasını takip edebilir. Ancak, zamanla tarafların kendilerinin bu işleri yapması, yani tarafların kendilerini savunmada yardımcı kişilere ihtiyaç hissetmesinden ötürü temsil kurumu ortaya çıkmıştır³. Yani, belli bir yeteneğe sahip olan kimselerin, vekil olarak, hakkı ihlal edilip, hakkını mahkemelerde aramak isteyen kimseleri temsil edebilmesi imkanı doğmuştur⁴. Daha sonraki zamanlarda ise, temsil kurumu daha da gelişerek, davada tarafların temsiline yönelik(davaya vekâlet) bir hukuki kurum

¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 40 ;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s.28.

² Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 257 ;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 26.

³ Emiroğlu s. 101 vd.

⁴ Erem-Roma s. 849 vd ;Yılmaz-Avukatlık s. 193 vd.

olarak belirmiştir⁵. Diğer bir ifadeyle günümüzde, davada tarafları temsil edebilme ehliyetine yalnızca belirli kimseler sahiptir (davaya vekâlet ehliyeti).

B . Temsil

Temsili, “bir hukuki işlemi bir şahsın başka bir şahıs nam ve hesabına yapması ve işlemin sonuçlarının bu şahıs üzerinde doğmasını sağlamasıdır”⁶, şeklinde tanımlayabiliriz. Temsil kurumu genel anlamda, BK m. 32-40’de düzenlenmiştir. Temsil yoluyla kurulan böyle bir hukuki işlemin tüm sonuçları da, sanki işlemi kendisi kurmuş gibi, doğrudan doğruya ve kendiliğinden, işleme katılmayan, temsil olunan kişide doğar⁷. Söz konusu hukuki işlemi başkası adına yapana “temsilci” veya “mümessil”, nam ve hesabına işlem yapılanı “temsil olunan” veya “müvekkil” ve aralarındaki ilişkiye de “temsil ilişkisi” denir⁸. Davada tarafların temsili de iki şekilde olur:

I . Kanuni Temsil

Ayırt etme gücü olmayanlarla, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kanundaki istisna haller dışında dava ehliyetleri⁹(veya takip ehliyetleri¹⁰) yoktur. Bu

⁵ Onar/Belgesay s. 92.

⁶ Oğuzman /Öz s. 163 ;Esener-Temsil s. 9 ;Eren s. 393 ;Kılıçoğlu s. 132;Önen s. 69 ; Belgesay-Temsil s. 8 ; Reisoğlu s. 124 ; Yavuz-Temsil s. 24 ; Bir de doğrudan doğruya temsil dışında, bir hukuki işlemin kendi adına fakat başkası hesabına yapılan, dolaylı temsil vardır (Bkz Yavuz s. 15 vd). “Dolaylı temsil BK’nun düzenlediği anlamda temsilin (BK m. 32-40) tamamen dışında bir durumdur.”(Oğuzman/Öz s. 165).

⁷ Serozan s. 285 ; Eren s. 394 ; Oğuzman/Öz s. 167.

⁸ Oğuzman/Öz s. 164 ; Tunçomağ s. 246.

⁹“Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci(vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir.”Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 269.

¹⁰“Takip ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya iradesi ile tayin ettiği bir temsilci(avukat) vasıtasıyla, alacaklı olarak icra takibi ve bununla ilgili işlemleri yapabilmesi veya icra takibinin borçlusunu olarak haklarını koruyacak işlemlerde bulunabilmesi ehliyetidir.”(Kuru-İcra El s. 143).

kişilerin, dava ehliyetleri olmadığı için, davalarını bizzat kendileri takip edemeyecekleri gibi, vekil de tutamazlar¹¹. İşte, dava ehliyeti bulunmayan bu kişilerin taraf oldukları davalarda(veya icra takibinde¹²) temsil edilmesi, kanuni temsilcileri vasıtasıyla olur¹³. Kanuni temsilci, temsil ettiği kişi adına hareket eder, davada taraf değildir. Kanuni temsilin, doğumu, içeriği, sona ermesi kanunla belirlenmiştir¹⁴. Dolayısıyla, kanuni temsil yetkisi, temsil edilen şahsın iradesi haricinde, doğrudan doğruya bir kanun hükmünden veyahut kanunun verdiği bir yetkiyle diğer bir kimse veya makamın beyan ettiği iradeden doğar¹⁵. Tarafların iradesinin hiçbir etkisi yoktur. Kanuni temsilciler; veli (TMK m. 335 vd.), vasi (TMK m. 448) ve kayyımdan (TMK m. 426 vd.) oluşur¹⁶.

II. İradi Temsil(Davaya Vekâlet)

Tarafların veya kanuni temsilcilerinin iradelerine dayanan temsil, iradi(rızai) temsildir¹⁷. Yani, temsil edilen kişinin kendi iradesi ile, kendisini temsil etmek üzere bir temsilci tayin etmesine iradi temsil denir. HUMK, buna “davaya vekâlet”

¹¹Gürdoğan s. 147 ; Ancak, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların üç istisna durumunda taraf oldukları davada davalı veya davacı olabilirler Bkz Kuru/Arslan /Yılmaz- Usul s. 270.

¹² Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 110 ; Muşul s.155 ;Üstündağ-İcra s. 68; Tercan/Tercan s. 35.

¹³Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 270 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.174; Reisoğlu s. 124 ; Tercan/Tercan s. 35.

¹⁴Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 174 ; “Bazı hallerde kanuni temsil yetkisi doğrudan doğruya kanundan doğar. Velinin velâyetine tabi şahsı temsil yetkisi böyledir(TMK m. 342). Bazı hallerde ise kanuni temsilci atama yetkisi tanır ve atanan temsilci kanunen yetkili olur. Vasinin, kayyımın(TMK m. 403), miras şirketine mahkemece tayin edilen temsilcinin(TMK m. 640) yetkileri böyledir.”(Oğuzman/Öz s. 169,170).

¹⁵ Belgesay-Temsil s. 106 ;Kılıçoğlu s. 134; Eren s. 400 ;Tunçomağ s.246 ;Bozer s. 245.

¹⁶ Bkz aşa. §.2, D,III.

¹⁷ Kuru- Hmu II s. 1225 ; Önen s. 72 ; Tunçomağ s. 246 ;Eren s. 400.

demektedir(m. 60)¹⁸. Diğer bir ifadeyle, davaya vekâlet, özel hukuktaki temsilin usuli bir şeklidir¹⁹. Dava ehliyetine(veya takip ehliyetine) sahip olan kimse davasını(veya icra takibini) bizzat kendisi açıp takip edebileceği gibi, vekili ile de açıp, takip yapabilir. Ayrıca, iradi temsil kanuni temsil hallerinde de mümkündür²⁰.

İradi temsilin kaynağı bir hukuki işlemdir²¹. Yani, kanuni temsilci, temsilcisi olduğu kimsenin taraf bulunduğu bir davayı(veya icra takibini) kendisi açıp, takip edebileceği gibi, davanın takibi(veya icra takibi) için vekil de atayabilir(m. 59/II).

Davaya vekâlet kurumu, özellikle bazı hukuki kurumlarla yakın ilişki içersindedir. Bu nedenle, davaya vekâletin diğer benzer hukuki kurumlarla aralarındaki benzerlik ve farklılıkları tespit ederek, ortaya koymak, konunun daha iyi anlaşılması açısından yararlı olacaktır.

1. Vekâlet - Vekâletname

Genel olarak vekâlet , temsil edilen kimse tarafından yapılan hukuki işlemde kaynaklanan temsil yetkisini²²; vekâletname(temsil belgesi) ise bir kimseye verilen temsil yetkisini ve bunun kapsamını belirten yazılı belgeyi ifade eder²³. Buna göre,

¹⁸ İcra hukukunda da iradi temsil geçerlidir(Tercan/Tercan s. 36); İcra hukukunda iradi temsil icrada vekâlet olarak anlaşılır(Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 110); “İcra ve İflâs Kanunu, takip hukukunda iradi temsilin caiz olduğunu açıkça değil, ancak zımnen beyan etmiştir. Nitekim İİK m. 58/I; m. 60, bu konuda bir sarahat taşımaktadır.”(Üstündağ-İcra s. 59).

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkes-Usul s. 174 ;Belgesay-Temsil s. 23,24.

²⁰ Yener s. 161 ; “İcra takibi tarihinde reşit olduğu ihtilafsız olan alacaklı veya vekili yerine velisi tarafından takibin başlatılması doğru değildir.”12.HD.E.:2001/4138 K: 2001/5352 T: 29.3.2001(Ergün, s. 312-313).

²¹ Vural s. 54 ; Eren s. 400 ; Tunçomağ s. 246 ; Kılıçoğlu s. 134.

²² Tanrıver-Yetki Belgesi s. 365.

²³ Yılmaz.- Vekâletname s. 12; “ Avukatlar ve avukatlık ortaklığı, başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekâletnameleri kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu yetki belgesi, vekâletname

vekâletle kastedilenin “temsil yetkisi”; vekâletname ile kastedilenin ise, “temsil belgesi” olarak anlaşılması gerekir²⁴. Vekâlet(temsil yetkisi) verilmesi, varması gerekli olan, vekâlet verenin(müvekkilin) tek taraflı bir irade beyanı ile yapılan, tek taraflı bir hukuki işlemdir²⁵. Bu beyan, vekile yöneltmekle hüküm ifade eder; bunun için vekilin ayrıca temsil yetkisini kabul etmesine gerek yoktur²⁶. Hatta, vekil kendisine temsil yetkisi verildiğinden haberdar olmasa bile veya vekil bu sıfatı reddederek temsil yetkisinin hüküm ifade etmesine engel olamayacaktır²⁷. Vekâlet verilmesi, yalnız başına bir akit değildir²⁸.

2. Vekâlet- Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet(temsil yetkisi) ile vekâlet sözleşmesi yapılması da birbirinden farklıdır. Vekâletin, genelde vekâlet sözleşmesi ile birlikte bulunması, her iki kavramın özdeş olduğunu göstermez²⁹. Sadece takip edilen amaç ile kullanılan araç arasında yakın bir ilişki olduğunu gösterir³⁰. Yani, bir kimseye vekâlet verilmesi, yalnız başına bir sözleşme(örneğin vekâlet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi)

hükmündedir.”(Av.K.m. 56/V) ; “Vekâletname denilen vesika, taraflar arasında vekalet akdini değil, fakat müvekkil denilen kimsenin vekil denilen kimseye vermiş olduğu temsil selahiyetini gösteren bir vesikadan ibarettir.” 2. HD13.09.1958 E.470-K.5599(Kaçak s.123).

²⁴ Tanrıver - Yetki Belgesi s. 365; Yener s. 164; Aday- Genel Esaslar s. 99; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 288; “Temsil münasebeti ile vekâlet akdi arasında mevcut olan sıkı rabıta icabı, eski hukukumuzda bu iki akid arasında bir fark gözetilmemişti. Eski hukuk vekâletten ayrı olarak bir temsil münasebeti tanımıyor, temsili, vekâletin bir rüknü, bir unsuru addediyordu. Bir derece eski hukukun tesiri altında tanzim edilmiş olan 1927 tarihli HUMK ve 27 haziran 1938 tarihli Avukatlık Kanunu mahkemede tarafların temsili ile dava vekâletini hiç olmazsa terim itibari ile birbirine karıştırmıştır.”(Belgesay-Temsil).

²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 288; Müderrisoğlu s. 15.

²⁶ Aday- Genel Esaslar s. 90 ; Oğuzman/Öz s. 172.

²⁷ Oğuzman/Öz s. 173.

²⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 288.

²⁹ Tanrıver- Temsil s. 4 ; Vural- Sempozyum s. 165 ; “Bir şahsa temsil yetkisi verilmesi ile o şahısla bir vekâlet akdi yapılması birbiriyle karıştırılmamalıdır.”(Oğuzman/Öz s. 170).

³⁰ Esener s. 61.

değildir³¹. Ortada vekâlet sözleşmesi olmadan, temsil ilişkisi bulunabilir³². Ayrıca vekâlet sözleşmesi, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bir akittir ve sonuçlarını taraflar arasında, yani vekil ile müvekkil arasında meydana getirir³³. Buna karşılık, vekâlet(temsil yetkisi) verilmesi, varması gerekli, tek taraflı bir hukuki işlemdir³⁴. Ayrıca vekilin temsil yetkisinin, hüküm ifade etmesi için, vekilin kabulüne ihtiyaç yoktur³⁵. Yani vekâlet verilmesi, tek taraflı bir hukuki ilişki olduğu için, vekil aleyhine bir külfet yüklenmez³⁶.

Vekâlet verilmesi, genelde vekâlet sözleşmesi ile birlikte verilse dahi; vekâlet(temsil yetkisi), vekâlet sözleşmesinden tümüyle ayrı, soyut ve bağımsız bir ilişkidir³⁷. Bu sebeple vekâlet sözleşmesinin herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olması, o sözleşme ile verilmiş olan temsil yetkisinin de geçersizliğini doğurmayacaktır³⁸. Ayrıca vekilin vekâlet sözleşmesi olmadan da temsil yetkisini kullandığı durumlar bulunmaktadır³⁹.

³¹ Yılmaz-Vekâlet s. 12 ; Eren s. 409.

³²“Gerçekten de, çok kere temsil yetkisi ile vekâlet akdi aynı zamanda bir arada bulunursa da (BK.m. 388/2) bunda bir zorunluluk yoktur. Vekâlet akdi dışında bir temsil yetkisi söz konusu olabileceği gibi, temsil yetkisi verilmeden bir vekâlet akdi mevcut olabilir.” (Oğuzman/Öz s. 170).

³³ Oğuzman/Öz s. 171 ; Tunçomağ s. 255.

³⁴ Reisoğlu s. 127 ; Tunçomağ s. 255 ; Kılıçoğlu s. 135.

³⁵ Aday- Genel Esaslar s. 90.

³⁶ Esener- s. 61; Tunçomağ s. 256 ; Aral s. 410 ; Kılıçoğlu s. 135.

³⁷ Esener s. 68 ; Tunçomağ s. 256 ; Oğuzman/Öz s. 171 ; Eren s. 408.

³⁸ Esener s. 68 ; Oğuzman/Öz s. 171.

³⁹ Güner- Sözleşme s. 305 ; Oğuzman/Öz s. 171 ; Eren s. 405.

3. Vekâlet Sözleşmesi- Avukatlık Sözleşmesi

Avukatlık sözleşmesi, Av.K.m. 163'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aynı isimle olmasa bile, kurum HUMK'da(m. 59-71) da düzenlenmiştir⁴⁰. Ancak Av. K.'nunda, avukatlık sözleşmesinin tanımı verilmemiştir⁴¹. Vekâlet sözleşmesi ise, BK m. 383'te düzenlenmiştir. Avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ile çok fazla ortak yönü olan, çok benzeyen ancak, vekâlet sözleşmesinden farklılıkları olan bir sözleşmedir⁴². Bundan dolayı, vekâlet sözleşmesi avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiye o kadar fazla bir etkide bulunduğu için, uygulamada avukat yerine vekil, iş sahibi yerine müvekkil deyimleri kullanılmaktadır⁴³. Vekâlet sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: "Vekâlet öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler"⁴⁴. Avukatlık sözleşmesinin tanımını ise şu şekilde verebiliriz: "Avukatlık sözleşmesi; baro levhasına yazılı olup, mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında bağitlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam

⁴⁰ Başpınar- Kurultay2004 s. 467 ; "Av.K. m.163'de söz edilmiş olması, bunun isimli sözleşme olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bir sözleşmenin isimli sözleşme sayılabilmesi için, adının kanunda yer alması yanında tarafların hak ve borçlarının, sona erme sebeplerinin ve sonuçlarının düzenlenmiş olması gerekir..."Bkz Başpınar- Kurultay2004 s. 468.

⁴¹ 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 'Avukatlık Ücreti' konulu on birinci kısmı, 'Avukatlık Sözleşmesi' olarak değiştirilene kadar, hukukumuzda avukat ile müvekkili arasındaki hukuksal ilişki hakkında, meslek hukukunu bir bütün olarak düzenleyen Avukatlık Kanunu'nda çeşitli hükümler bulunmasına rağmen, taraflar arasındaki ilişkinin bütününe niteleyen herhangi bir sözleşme tipi düzenlenmiş değildi."(Günergök s. 27).

⁴² Güner s. 200.

⁴³ Burcuoğlu- Kurultay 2004 s. 480.

⁴⁴ Yavuz s. 349 ; Bkz Vekâlet sözleşmesinin tanımları için bkz Aral s. 403.

iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir”⁴⁵. Avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinden, ücret bakımından, vekil olabilecek kimse bakımından, tarafların borçları bakımından, şekil bakımından, zamanaşımı yönlerinden farklılıklar gösterir⁴⁶. Bunlardan en önemli farklılıklara değinecek olursak; avukatlık sözleşmesinde taraflar aralarında herhangi bir ücret sözleşmesi yapmamış dahi olsalar, avukat ücrete hak kazanır⁴⁷. Halbuki vekâlet sözleşmesi ücretsiz de yapılabilir. Vekâlet sözleşmesinde ayırt etme gücüne sahip olan herkes vekil olabilir. Ancak avukatlık sözleşmesinde vekil olabilecek tarafın baro levhasına kayıtlı avukat olması gerekir⁴⁸. Vekâlet sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklarda BK m. 126’daki beş yıllık zamanaşımı uygulanır. Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için ise, Av.K.m. 40’ ta bulunan bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulanır⁴⁹.

Bu sebeplerden ötürü, avukatlık sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinden ayrı, kendine özgü(sui generis) bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Kanaatimizce, avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olmasına rağmen, vekâlet sözleşmesinden tamamen de bağımsızdır diyemeyiz. Özellikle Av.K.163’te avukatlık sözleşmesi, kanunen hükme bağlandığı için, avukatlık sözleşmesi vekâlet sözleşmesinden ayrılmış ancak, vekâlet sözleşmesinin bir alt türü olarak

⁴⁵ Güner s.197 ; Günergök s. 46 ; Sungurtekin-Özkan s. 147.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz Aday- Genel Esaslar s. 95-96; Güner s. 200-209.

⁴⁷ Aday- Genel Esaslar s. 95.

⁴⁸ Güner s. 203.

⁴⁹ Güner s. 205.

⁵⁰ Aynı görüşte olanlar için bkz: Burcuoğlu-Kurultay2004 s.480; İyimaya- Kurultay2000 s. 381; Güner s. 200; Aday- Genel Esaslar s. 97; Sungurtekin-Özkan s. 147 vd; Başpınar- Kurultay2004 s. 468; Müderrisoğlu s. 9; Farklı görüş için bkz “Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen avukatlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin yasada düzenlenmiş özel bir türü olduğu söylenebilir.”(Günergök s. 31).

düzenlenmesi düşünülmüştür. Dolayısıyla, avukatlık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinin bir alt türüdür.

4. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Avukatlık Kanunu ve Borçlar

Kanunu'nda Yer Alan Vekâlete İlişkin Hükümlerin Birbiri İle İlişkisi

Davaya vekâlet, gerek usûl hukuku ve gerek borçlar hukuku bağlamında bir takım hükümlere bağlanmıştır. Davaya vekâlet, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda (m. 59-71'de) düzenlenmiştir. Bu hükümlerde açıklık olmayan hallerde, Borçlar Kanunu'nun⁵¹ vekâlete ilişkin hükümleri(BK m. 386 vd.), davaya vekâlet hakkında da uygulanır⁵². Ayrıca bu konuda özel kanun hükümleri de dikkate alınmalıdır⁵³. Dolayısıyla, davasını vekil ile takip etmek isteyen tarafın vekile vekâlet vermesi gerekir. Bu vekâlette Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun koyduğu hükümler özel hüküm, Borçlar Kanunu'ndakiler genel hüküm olacaktır⁵⁴. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu'ndaki vekâlete ilişkin hükümler, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu açısından tamamlayıcı hükümler olacaktır⁵⁵.

Avukatlık Kanunu'nda, avukatın hak ve yükümlülükleri(Av.K.m. 34-65), cezai(disiplin) hükümleri(Av.K.m. 134-162) gibi hususlar düzenlemiştir⁵⁶.

Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu, davada taraf olan müvekkil ile onun vekili

⁵¹“HUMK 60'da (Davaya vekâlet, aşağıdaki hükümler müstesna olarak Kanunu Medenin umumi hükümlerine tabidir denilmekte ise de, buradaki Kanuni Medeni sözünün anlamı Borçlar Kanunu'dur. Çünkü Medeni Kanun'da, temsil ve vekâlet konularına ilişkin hiçbir hüküm yoktur.”Bkz Kuru- Hmu II s. 1226; Üstündağ- Yargılama s. 398.

⁵² Kuru/Arslan/Yılmaz- Usul s. 283 ; Ansay- Yargılama s. 122.

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 175.

⁵⁴ Üstündağ- Yargılama s. 398.

⁵⁵ Ansay-Yargılama s. 122 ; Belgesay-Temsil s. 6.

⁵⁶ Aday- Mesleki s. 478.

arasındaki iç ilişkileri düzenler⁵⁷. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise, müvekkil ile onun vekili arasındaki dış ilişkileri, yani taraflar ile mahkeme arasındaki ilişkileri düzenler⁵⁸. Dolayısıyla, taraflar arasında yapılmış olan bir avukatlık sözleşmesine ilk olarak Avukatlık Kanunu hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde ise, Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri uygulanacaktır⁵⁹.

5. Vekil Tutmanın Zorunlu Olup Olmaması

a. Kural Olarak Türk Hukukunda Vekil Tutmanın Zorunlu Olmaması

Türk hukukunda, bir davanın takibi (veya icra iflas takibi⁶⁰) için veya kendisine karşı açılmış olan dava için, vekil tutma (davayı vekil aracılığı ile takip etme) zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, bir davanın vekil aracılığı ile takibi tarafların kendi isteklerine bırakılmıştır⁶¹. Bu sebepten ötürü dava ehliyeti(veya takip ehliyeti) olan herkes davasını bizzat kendisi açıp, takip edebilir (m. 59/I; Av.K. m. 35/III)⁶². Bu durum, davanın herhangi bir safhasında, tarafların vekil tutup davaya devam edebilmesine engel değildir⁶³.

Bazı yabancı ülkelerde ise davanın vekil ile takibi zorunlu kılınmıştır.

⁵⁷ Ansay-Yargılama s. 122; Doğanay s. 315.

⁵⁸ Ansay-Yargılama s. 122.

⁵⁹ Günergök s. 31 ; Kayhan s. 44.

⁶⁰“Medenî usûl hukukunda dava ehliyetinde olduğu gibi, icra takibinin taraflarının da takip ehliyeti olması gerekir.”(Kuru-İcra El s. 143).

⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz- Usul s. 283; Önen- Yargılama s. 81; Ansay- Yargılama s. 72; Yener s. 161.

⁶²“Türkiye’de, bir taraftan her yerde baro teşekkül edilememesi, birçok kimselerin avukatlara itimatları bulunmaması, ücretlerini razı olmamaları gibi çeşitli sebeplerle, diğer taraftan basit bir işini mahkemeye itidal ile anlatmasını bilen kimseleri avukatların tavassutuna mecbur etmek zarureti de bulunmaması itibariyle, prensip herkesin davasını takipte serbest bulunması kabul edilmiştir.”(Belgesay-Baro s. 251); Kuru-İcra El s. 145.

⁶³ Postacıoğlu-Usul s. 320.

Almanya’da asliye mahkemelerinde(Landsgericht)⁶⁴, yüksek mahkemelerde⁶⁵ ve sulh mahkemelerinin(Amtsgericht) aile mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda avukatla takip zorunluluğu(Anwaltszwang) söz konusudur⁶⁶. Alman Anayasa Mahkemesindeki davaları her ne kadar ilgili kişi açıp takip edebilse de BV erfGG m. 22’ye göre sözlü duruşmalarda, talep sahibinin yetkili bir avukat veya hukuk fakültesi öğretim üyesi tarafından temsili zorunludur⁶⁷.

Avusturya’da da Avusturya Medeni Usul Kanununun(ZPO) 27. maddesi avukatla takip zorunluluğunu düzenlemektedir⁶⁸. Fransa’da istisnalar dışında davaların avukat(avocat- avue) denen resmi kişiler vasıtasıyla takibi zorunludur⁶⁹.

ABD’de ise, eyaletlere göre farklılık göstermekle birlikte, bireyin kendini avukatla temsili zorunlu değildir⁷⁰. İsviçre’de de böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır⁷¹.

⁶⁴“Mesela Almanya’da(ZPO §78) asliye mahkemelerinde taraflar davalarını kendileri takip edemezler.”(Kuru-Hmu II s. 1226).

⁶⁵ Yüksek Eyalet Mahkemeleri(Oberlandgericht) ve Temyiz Mahkemesi(Bundesgerichtshof).

⁶⁶ Jauernig,O., Juristische Kurz-Lehrbücher, München 1998, s.45(naklen: Deliduman s. 379; Caner s. 30); Belgesay-Adliye s. 44.

⁶⁷ Caner s. 30; Aday- Genel Esaslar s. 36; Sungurtekin-Özkan s. 50; Özekes- Dinlenilme s. 298.

⁶⁸ Kuru-Hmu II s.1226 ; Deliduman s. 379.

⁶⁹ Belgesay-Usul s. 167 ; Huber(Çev:Centel), s. 254.

⁷⁰ Coşar-Kurultay2004 s. 547.

⁷¹ Trautweiller,H. : Aargauisches Anwaltsrecht, Diss.,Aargau 1946(naklen:Aday-Genel Esaslar s.36); Sungurtekin-Özkan s. 486.

b. İstisnai Olarak Vekil Tutmanın Zorunlu Olduğu Haller

Yukarıda hukukumuzda vekil tutmanın ihtiyariliğinden bahsetmiştik. Ancak, bazı durumlarda davanın vekil ile takibi zorunlu kılınabilir. Bu durum ya hakim kararı ile veya bir kanun hükmüne dayanabilir.

aa. Tarafın Davayı Takip Edecek Yetenekte Olmaması

Hakim, yargılama sırasında taraflardan birinin davayı gereği gibi takip edecek yetenekte olmadığını görürse, o tarafa bir vekil tutmasını emredebilir(m. 71 c.1). Bu hüküm kanuni temsilciler içinde geçerlidir⁷². Ancak tarafı vekil tutmasını zorunlu kılan hakim, o tarafın hangi sebepten dolayı davayı gereği gibi takip edecek yetenekte olmadığını kararında belirtmesi gerekir⁷³. Hakimin, vekil tutmasını zorunlu kıldığı taraf bu emre uymazsa (vekil tutmaz veya vekil tutup duruşmaya göndermezse), taraf duruşmaya kabul edilmez ve yargılamaya yokluğunda devam edilir⁷⁴(m. 71 c.2).

Doktrinde, Kanun'un bu maddesindeki hükümlerle, mahkemenin bu halde tarafı bir vekil ile temsil edilmeye değil, yanına bir avukat almaya zorlanması yetkisine sahip olduğu ileri sürülmüştür⁷⁵.

⁷² Kuru- Hmu II s. 1227, 1229.

⁷³ Kuru-Hmu II s. 1227; “Kanundaki bu düzenlemenin hakime takdir yetkisi verdiği görüşü için”bkz Deliduman s. 381.

⁷⁴“Bu hükmün iki amacı bulunmaktadır. Birincisi tarafın haklarını daha iyi korumak. İkincisi ise, yargılamanın düzen içinde yürütülmesini sağlamaktır. Bu sebeple bu zorunluluk da hukuki dinlenilme hakkına aykırı değildir.”(Özekes- Dinlenilme s. 297).

⁷⁵ Belgesay-Temsil s. 29.

Kanun'un bu hükmü, vekil hakkında uygulanmaz. Vekilin, bu yeteneği mahkemece tartışılmayacağı için, mahkeme, davayı gereği gibi takip edecek yetenekte olmadığı gerekçesiyle, taraflara başka bir vekil tutmasını zorunlu kılamaz⁷⁶.

bb. Duruşmanın Disiplinini Bozmakta Direnilmesi

Bir diğer durum, hakim, duruşmada uygun olmayan davranışlarda bulunmakta direnen tarafın dışarı çıkarılmasını emreder ve gerekiyorsa kendisini vekil tutmaya zorlar(m. 70)⁷⁷. Bu durumda duruşmadan çıkarılan taraf, kendisine bir vekil tutup vekilini duruşmaya göndermezse, yargılama yokluğunda yapılı ve yokluğunda karar verilir(m. 70/I)⁷⁸. Aynı şekilde taraflardan birinin vekili de uygun olmayan davranışlarda bulunursa, kendisine hakim ihtar da bulunur. Eğer vekil, bu davranışlarına devam ederse, vekil de duruşmadan çıkarılabilir(m 70/II). Bu şekilde vekilin duruşmadan çıkarılmasına karar veren hakim, gerekli görürse, o tarafa başka bir vekil göndermesini veya davasını kendisinin takip etmesini bildirir ve bu durum için süre verir(m 70/II). Bu süre sonunda o taraf, duruşmaya başka bir vekil göndermezse veya kendisi duruşmaya gelmezse, yargılama yokluğunda yapılı(m. 70/III).

⁷⁶ Kuru- Hmu II s. 1229.

⁷⁷“Yargıç mesela, jestleri ile, bağırmaları ile hakkını müdafaadan ziyade dinleyicilere tesir, hasmı rezil etmek, kızdırmak gibi bir maksatla hareket eden, veyahut hüsnüniyetle de olsa, elinde olmayarak hissiyatına kapılıp, anlattığı hikayelerle mahkemeye vakit kaybettiren tarafı bir avukat ile temsile mecbur tutabilir.”(Belgesay-Baro s. 251).

⁷⁸ “Bu hükmün amacı duruşmaların daha sağlıklı yürütülebilmesidir. Çünkü hukuki dinlenilme hakkı kişiye, yargılamada istediği gibi hareket etme hakkı vermez. Böylelikle duruşmada o tarafın bulunmasına izin verilmeyerek, yargılama yokluğunda yürütülürse hukuki dinlenilme hakkı da sağlanmamış olacaktır. Oysa tarafın kendisi duruşmaya alınmasa dahi avukat tutmaya zorlanarak onun hakları korunmaya çalışılmıştır.”(Özekes- Dinlenilme s. 297).

cc. Anonim Şirketler ile Kooperatiflerde Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu

19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine ek fıkra eklenmiştir. Maddeye eklenen bu hükme göre, TTK'nun 272. maddesinde öngörülen 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 hükme aykırı davranılması ise idari para cezası ile cezalandırılmıştır. Böylelikle, bu hüküm ile kanundan dolayı, belli nitelikte olan kooperatiflere ve anonim şirketlere, vekil bulundurma mecburiyeti getirilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi, mahkemeler ve diğer yargı mercileri önünde yapılan avukatlığın yanı sıra, alışıla gelmişin dışında, danışmanlık biçiminde dar kapsamlı bir avukatlıktan söz etmektedir⁷⁹. Diğer bir ifadeyle, bu maddede avukatın hukuksal yardımından yararlanma zorunluluğu belirtilmektedir⁸⁰. Buna göre artık, belli nitelikteki anonim şirketler ve kooperatiflerde avukat olmayan kişiler hukuk hizmeti veremeyecektir⁸¹. Ancak bu hüküm, her ne kadar mahkemede avukatla temsil edilme mecburiyeti yükleyen bir hüküm niteliğinde olmasa da, hayatın olağan durumu sebebiyle, bu tür kooperatifler ve anonim şirketler, kendileri

⁷⁹ Ansay-Avukatlık s. 24;Güner s. 106; Görgün s. 177; “Bu hüküm, mahkemede avukatla temsil edilme mecburiyeti yükleyen bir hüküm değildir.”(Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usül s. 159 dñn 1).

⁸⁰ Erdoğan-Kurultay2004 s. 148.

⁸¹ İyimaya- Kurultay2004 s. 162.

ile ilgili olası bir uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi halinde, kendilerini yine bu sözleşmeli avukatlar ile mahkemede temsil ettirmeleri muhtemeldir.

Kanaatimizce, bu değişiklik yerinde olmuştur. Çünkü, hukuki düzenlemelerin gittikçe karmaşık hale gelmesi ile kooperatif ve anonim şirketteki üyeler, hukukçu olmayan yöneticiler tarafından mağdur edilebilir. Bu düzenleme ile bu mağduriyetlerin önüne biraz da olsa geçilebilecektir.

c. Vekil Tutmanın Zorunlu Olup Olmaması Konusundaki Kanaatimiz

Daha önceden de vurgulandığı üzere, Türk hukukunda bir kimsenin davasını vekil ile takip etme zorunluluğu yoktur. Ancak, doktrinde tarafların davasını, üst mahkemelerde vekil ile takip etmesi gerektiği görüşü tartışılmaktadır. Buna göre:

Doktrinde savunulan baskın görüşe göre, adli yardım müessesesinin gereksinmeyi karşılar şekilde işlevini yerine getirmesi ve hukuki himaye sigortasının⁸² yaşama geçirilmesi temin olduğu takdirde, asliye mahkemeleri ile üst mahkemelerde vekille dava takip zorunluluğu hükme bağlanabilir⁸³. Ayrıca , vekille takip zorunluluğu getirilmesinin hukuki dinlenilme ve adil yargılanma

⁸² Hukuki himaye sigortası, sigortacı ve sigorta ettiren tarafından yapılan iki tarafa borç yükleyen, pasif, zarar ve özel sigorta çeşididir. Buna göre, sigorta ettiren belli bir prim ödemesi şartıyla, sigortacı, olası açılacak bir davanın yargılama giderlerini, muhakeme masraflarını üstlenmeyi üzerine alır. Sigorta ettiren, ayrıca olası bir davada, sigorta ettirenin menfaatlerinin korunması için, sigorta ettirenin talebi üzerine veya acele hallerde sigortacının kendiliğinden, avukat temin etmek yükümlülüğü de vardır. Ancak bu sigortada da, sigortacı, davanın kaybedilmesi durumunda, mahkemece hükmedilen meblağı ödemeyi taahhüt etmemekte olup, yalnızca, davanın yürütülmesi dolayısıyla avukatlık hizmetlerinin verilmesini ve dava masraflarını üzerine almaktadır bkz Şenocak s. 1- 175.

⁸³ Sungurtekin-Özkan s. 13, 494; Tanrıver-Yargıda Etkinlik s. 74; Tanrıver- Adil Yargılanma s. 212; Deliduman s. 384; Özekes-Dinlenilme s. 298; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 229,542.

hakkına(AİHS m. 6) aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir⁸⁴. Çünkü, yapılacak bu düzenleme ile aslında tarafların hakları korunmak istenmektedir⁸⁵.

Öncelikle, bir davanın vekil ile takibinin zorunlu hale getirilip getirilmemesi hak arama özgürlüğü(Any. m. 36) ile ilgilidir⁸⁶. Buna göre Any. m. 36’da “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Anayasa’ya göre, hak arama özgürlüğü, devredilemeyen, vazgeçilmeyen, şahsa bağlı temel hak ve özgürlüklerdendir(Any. m. 12/I).

Güner, Anayasa ile düzenlenmiş olan hak arama hürriyetinin, Anayasa’nın altında yer alan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu gibi kanunlarla sınırlandırılmasının, yok edilmesinin olanaksız olduğunu belirtmiştir⁸⁷. Zira, ona göre, herkesin kendi hakkını yargı mercilerinde bizzat araması engellenemez.

Kanaatimizce, günümüzdeki hukuk sistemleri son derece karmaşık bir hal almaya başlamıştır. Özellikle, usûl hukukunu hukukçu olmayan bir kimsenin bilebilmesi çok zordur. Bu da hukukçu olmayan bir kimsenin kendi hakkını yargı mercilerinde bizzat araması durumunda hak kayıplarına yol açabilmektedir. Şunu da belirtmek isteriz ki, vekil tutma zorunluluğunun olması halinde de , vekilin hatası nedeniyle hak kayıpları olabilecektir. Burada, vekilin hatası nedeniyle uğranılan zarar için, vekilin tazmin zorunluluğu söz konusu olabilir. Ancak, aile hukuku veya

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 229 ; Özekes-Dinlenilme s. 298.

⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 229 ; Doğru- Kurultay2004 s. 76 vd.

⁸⁶ Şenol s. 269.

⁸⁷ Güner s. 99.

şahsın hukuku gibi davalarda hatanın, tazminat yoluyla telafisi de mümkün olmayabilir⁸⁸.

Ayrıca, Anayasa'nın 36. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerden olan hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 13. maddesine göre, ancak kanunla ve yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak, özüne dokunulmaksızın sınırlanabilir⁸⁹. Dolayısıyla, Anayasa'nın 36. maddesinde özel bir sınırlama sebebi yoktur. Kanaatimizce, Anayasa'nın bu hükmüne göre, hukuk davalarının vekil ile takibinin zorunlu hale getirilmesi mümkün değildir. Ancak, olası bir Anayasa değişikliği ile bu engel ortadan kaldırılabilir. Ayrıca, AİHS'nin 6. maddesinde, kişilerin davasını vekil ile takibi zorunlu tutulmamıştır. Aksine, her kişinin hakkını bağımsız, tarafsız bir mahkeme önünde, davasını bizzat arayabileceğinden bahsedilmiştir(AİHS m. 6-1)⁹⁰. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, olması gereken hukuk açısından adli yardım müessesesinin işlevsel hale getirilmesi, hukuki himaye sigortasının, mesleki sorumluluk sigortasının⁹¹ veya bu gibi benzeri

⁸⁸ Pekcanitez- Dinlenilme s. 783.

⁸⁹“Anayasa’da 3.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, genel sınırlandırılma sebeplerinden vazgeçilmiştir.”Bkz ayrıntılı bilgi için Özbudun s. 102.

⁹⁰ “Her kişi hakkını, gerek yurttaşlık hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzlukları, gerek ceza alanında kendisine karşı yapılan bir suçlama konusunda karar verecek olan yasal, bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından davasının, akla uygun bir süre içinde, hak gözetirliğe uygun ve açık bir biçimde dinlenmesini isteme hakkına sahiptir”(AİHS m. 6); Şenol s. 270.

⁹¹ Mesleki sorumluluk sigortası ile hukuki himaye sigortası birbirine benzer özellikleri olmasına karşın, her iki sigorta dalının güttükleri amaçlar ve ifa ettikleri görevler, birbirinden tamamen farklıdır. Hukuki himaye sigortasının asli amacı, sigortalının tazminatı ile diğer hukuki taleplerini ileri sürebilmesini sağlamaktır. Buna karşılık, sorumluluk sigortasının ön planda gelen amacı, başkalarının sorumluluk taleplerini dolayısıyla, sigortalının malvarlığında doğabilecek kayıpları karşılamaktır. Mesleki sorumluluk sigortası ile, üçüncü kişilerin mahkeme tarafından hükmedilen tazminat taleplerini karşılamayı taahhüt edip, sigortalının sorumluluğunu gerektiren olay nedeniyle doğan borçları, yani üçüncü kişi tarafından talep edilen asıl alacak, faizleriyle ve masraflarıyla birlikte karşılanmaktadır Bkz Şenocak s. 89,90 ; Şenocak- Mesleki s. 116,138-141.

kurumların⁹² ülke genelinde etkin bir biçimde işlerlik kazandırılması sağlanabildiği takdirde ve Anayasa m. 36'ya da özel bir sınırlama sebebi konulursa, vekille dava takip zorunluluğunun kabul edilebileceği kanısındayız.

§ 2. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN TANIMI, ŞARTLARI BENZER KURUMLARDAN AYIRDEDİLMESİ VE HUKUK YARGILAMASININ AMACI İLE İLİŞKİSİ

A . Genel Olarak

Daha önceki bölümde, kural olarak Türk hukukunda dava ehliyeti olan herkesin, davasını kendisinin veyahut seçeceği vekil aracılığı ile açıp, takip edilebileceğinden bahsetmiştik. Ancak bir kimse davasını vekil ile takip ettirmek isterse, yalnızca belirli kimseleri vekil olarak görevlendirebilir. Davada vekil olabilmek için, yani bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen bazı şartların daha olması gereklidir. Kanunen, bu şartların yerine getirilmesi ile bir kimse davada vekil olabilme yeteneğine sahip olabilecektir⁹³.

Hukukumuzda, bu ehliyet bazı kimselere tanınmıştır.

⁹²“Sosyal, ticari ve ekonomik ilişkilerin gelişmesine paralel olarak tüm dünyada hukuk sistemleri daha karmaşık hale gelmiştir. Bu karmaşık yapı hukukun bir objesi olan sade bireylerin hak ve sorumluluklarını bilmesi ve ihtiyaç duyduğunda bu yolu kullanabilmesi önünde bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle Fransa’da vatandaşlara hak ve sorumlulukların anlatılması ve bir hukuki uyumsuzluk halinde hangi mercilere ne şekilde başvuracağı konusunda bilgi verilmesi suretiyle hukuki yardımda bulunulması amacıyla çeşitli yasalar kabul edilmiştir.”Ayrıntılı bilgi için bkz Hekimoğlu, Fahrettin; Fransa’da Hukuki Danışmanlık Ve Arabuluculuk Uygulaması(ABD 2002/2, s. 33-38).

⁹³ Berki s. 18; Bilge/Önen-Yargılama s. 239; Kuru-Hmu II s. 1232.

B. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Tanımı

“Bir davada⁹⁴, davanın taraflarından birisi namına ve yerine davanın sevki işlemlerini⁹⁵ yapan veya kendisine karşı bu işlemler yapılabilen kişiye temsilci denir.”⁹⁶ Bu durumlarda, yapılan işlemlerin etkileri, doğrudan doğruya temsil edilmiş olan taraf lehine ve aleyhine doğacaktır. Temsilci, bu sıfatla yapmış olduğu işlemlerin tamamen dışında kalır⁹⁷. Borçlar hukuku anlamındaki temsilci, usul hukukunda vekil olarak adlandırılır. Yani, borçlar hukukundaki temsil veya vekâlet hukuki kurumu, usul hukukunda davaya vekâlet hukuki kurumu olarak tezahür etmektedir. Diğer bir ifadeyle davaya vekâlet, davada tarafların temsili olup, özel hukuktaki temsilin usûli bir şeklidir⁹⁸. Buradan da anlaşılacağı üzere, her vekil bir temsilcidir, ancak her temsilci usul hukuku anlamında vekil değildir⁹⁹.

Vekâleti , vekillik; yani bir kişinin kendi adına hukuki işlem yapabilmesi için yetki verilmesi, olarak tanımlayabiliriz¹⁰⁰. Temsilcinin, temsil edilen adına dava takip edebilmesi için, temsil edilenin temsilciye temsil yetkisi vermesi gerekir.

⁹⁴“Dava, bir başkası (davalı) tarafından subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin(davacının), mahkemeden hukuki koruma(himaye) istemesidir.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 260).

⁹⁵ Temsilci davanın sevki işlemleri ile birlikte, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilerde ait hakları dava etmek, icra takip işlemlerini yapmak ve bu işlemlere ait bütün evrakı düzenlemek yetkilerine de sahiptir(Av.K.m. 35/I).

⁹⁶ Üstündağ-Yargılama s. 397.

⁹⁷ Eren s. 394; Oğuzman/Öz s. 167;Üstündağ-Yargılama s. 397.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 174; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 282; Belgesay-Temsil s. 6;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 159.

⁹⁹ Berki s. 18; Kılıçoğlu s. 133.

¹⁰⁰ Yılmaz- Hukuk Sözlüğü s. 1303.

Kanun iradi temsile davaya vekâlet dediği için, temsil yetkisi verilmesine de vekâlet verilmesi denilmektedir¹⁰¹.

Ehliyeti ise, hukuk süjesinin, haklara sahip olması, haklarını kullanması, görev, yükümlülük sorumluluklar yükümlenebilmesi durumu, yetenek olarak tanımlayabiliriz¹⁰².

Yukarıdaki hukuki kavramlar ile ilgili açıklamalarımızı da dikkate alarak, davaya vekâlet ehliyetini ana hatlarıyla şöyle tanımlayabiliriz: Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışında üçüncü bir gerçek veya tüzel kişinin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen (Avukatlık Kanunu'nda ve özel kanun hükümlerinde belirtilmiş olan şartlara) sahip olması gereken ehliyettir.

C. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Hukuki Niteliği

Usul hukukundaki “davaya vekâlet ehliyeti”nin medeni hukuktaki “hak ehliyeti”ne benzediği görüşü ileri sürülmüştür¹⁰³. Çünkü, davaya vekâlet hakkı(ehliyeti), sadece baroya kayıtlı avukatlara, avukatlık ortaklığına, stajyer avukatlara bazı hallerde dava vekilleri ve dava takipçilerine tanınmıştır. Medeni hukukta, her insan doğumla hak ehliyetine yani, haklara ve borçlara ehil olabilme ehliyetine sahip olur(TMK m. 8). Fiil ehliyeti için ise, sadece kişinin doğumu yeterli olmayıp, yaş, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmama gibi şartlarda gereklidir(TMK m. 9

¹⁰¹ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 287.

¹⁰² Yılmaz- Hukuk Sözlüğü s. 319.

¹⁰³ Postacıoğlu-Usul s. 320; Güner s. 103; Berkin- Dava Vekâleti s. 374; Berkin-Tatbikat s. 435.

vd). Dolayısıyla hak ehliyeti pasif; fiil ehliyetinde ise aktif ehliyetten söz edebiliriz¹⁰⁴.

Kanaatimizce, burada hak ehliyetinden fazlasını aramamız gereklidir. Çünkü, hak ehliyeti pasif ehliyettir. Kişi, hiçbir şey yapmasa da bu hakkı doğumla kazanacaktır. Ve özellikle bu hakkı herkes eşit bir şekilde kazanır. Halbuki, davaya vekâlet ehliyetinde bundan fazlası gereklidir. Kanun'da öngörülen, bazı şartların yerine getirilmesi gereklidir. Bu yönüyle davaya vekâlet ehliyetinin, fiil ehliyetine yaklaştığını söyleyebiliriz.

Bizce, davaya vekâlet ehliyetinin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi, maddi hukuktaki temsil kurumu ile açıklanabilir. Zira, davada tarafların temsili özel hukuktaki temsilin usuli bir şeklidir¹⁰⁵.

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçlarını başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denir¹⁰⁶. Bir hukuki işlem, ilke olarak o işlemi yapan kimse hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Ancak, hukuki ve maddi engeller bazen bir kimsenin kendi başına hukuki işlem yapmasına imkan vermeyebilir. Bu takdirde hukuki işlem mümessil adı verilen bir başka kimse tarafından yapılır. Diğer bir ifadeyle, temsil modern hayatın doğurduğu zaruri ihtiyaçların icap ettirdiği bir hukuki kurum olup sosyal hayatta büyük bir rol oynar. Temsilin amacı, bir kimsenin hukuki işlem yapabilmesi için, hukuki veya

¹⁰⁴ Öztan s. 225; Akipek/Akıntürk s. 281; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 37.

¹⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 174.

¹⁰⁶ Esener s. 9; Eren s. 393.

maddi engel bulunan hallerde o kimsenin işlemlerini kolaylaştırmaktır¹⁰⁷. Gerçekten, günlük hayatta çeşitli sebeplerle, özellikle işlerin çokluğu, belirli bir yerde bulunmama, hastalık, toplumdaki ekonomik işbölümü, bilgisizlik veya başka nedenlerle bir şahsın hukuki işlemi bizzat yapması mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde hukuk düzeni başka bir kimsenin bu şahsın ad ve hesabına, temsil yoluyla hukuki işlem yapmasına izin vermektedir. Zira böylelikle temsil kurumu ile temsil edilen korunmuş olur¹⁰⁸. Dolayısıyla bir kimse modern hayattan kaynaklanan bir zorluktan dolayı hukuki işlemi kendisi yapamıyorsa, bu kimse dilediği kişiye temsil yetkisi verebilir. Ve böylelikle temsil yoluyla yapılan işlemlerde işlemi, temsil olunan adına mümessil yapmakla birlikte, bu işlem sanki bizzat temsil olunan tarafından yapılmış gibi işlem görür.

Ancak davada tarafların temsili, borçlar hukukundaki temsil kurumundan ayrı ve bağımsız bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle bir kimse dilediği kimseye temsil yetkisi vererek, kendini davada temsil ettiremeyecektir. Bir kimsenin vekil sıfatıyla davada tarafların yerine işlem yapabilmesi, o kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olmasını gerektirir. Davaya vekâlet ehliyetine ise yalnızca kanunda belirlenmiş olan kimseler sahip olabilir. Bu durumun gerekçesi olarak da davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerin, taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermesinin yanı sıra, yargılama faaliyetlerine katılarak yargının bir çalışanı olmak sıfatıyla, adaletin gerçekleştirilmesi çabasına da ortak olduğu

¹⁰⁷ Esener s.1,2; Oğuzman/Öz s. 164.

¹⁰⁸ Eren s. 394; Kılıçoğlu s. 132; Oğuzman/Öz s. 164.

¹⁰⁹ Belgesay-Temsil s.6.

belirtilmiştir¹¹⁰. Yani, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bu kimseler, hukuki bilgi ve tecrübesini ortaya koyarak, fertlerin haklarına kavuşmaları ve uğradıkları haksızlıkların giderilmesi bakımından, onlara taraf temsilcisi olarak yardımda bulunurken; aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedirler¹¹¹. Dolayısıyla davaya vekâlet ehliyeti olan kimseleri taraf görevlendirmekte ise de, onların, hukuk devletinde salt taraf temsilcisi olarak görülmemesi gerekir¹¹².

Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü, davaya vekâlet ehliyeti kamu düzenine¹¹³ ilişkin bir hukuki kavramdır¹¹⁴. Zira kanun koyucu davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerin faaliyetini kamu hizmeti olarak nitelemiştir¹¹⁵. Kamu hizmeti, görülmesinde kamunun yararı olan ve toplumsal bir gereksinmeyi

¹¹⁰ Sungurtekin Özkan s. 3, 107.

¹¹¹ Sungurtekin Özkan s. 3.

¹¹² Sungurtekin Özkan s. 108.

¹¹³ Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek bir tanım yapmak mümkün değildir. Çünkü, kamu düzeni teriminin çevresi yalnız ülkeden ülkeye değil, fakat aynı ülke içinde, devirden devire de bir değişiklik gösterebilir. Bu sebeple, bu terimi tanımlarken, belli bir ülkede, belli bir zamanda, o toplumun menfaatlerini ilgilendiren kuralları da göz önünde tutmamız gereklidir. Buna göre kamu düzeni kavramını genel olarak tanımlarsak; “Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür.”(Çelikel-Özel Hukuk s.132); Tunçoğlu s. 173; Kamu düzeni de bir kurallar bütünüdür. Bu kavramın önceden tayini ve kuralların birer birer sayılması mümkün olmayıp, ancak bu kuralların işlevindeki benzerlik, etkilerindeki izafilik, hüküm ve sonuçlarındaki değişiklik gibi kendine özgü üç niteliği sayesinde tanımlanabileceği ifade edilmektedir. Kamu düzeni kuralları da toplumda barış ve düzeni temin etme amacını güderler. Bu bakımdan, ilk bakışta kamu düzeni kurallarının hukuk kurallarından başka bir şey olmadığı izlenimi uyandırabilir. Geçekten de devletin devamlılığı ve selameti, halkın huzur ve barış içinde yaşamasını temin için kanun koyucunun vazettiği kanun ve nizamlarla, hakimın kamu düzenini ileri sürerek verdiği kararlar arasında amaç bakımından hiçbir farkın olmaması gerekir bkz bu konu hakkında Dayınlarlı-Kamu Düzeni s. 6;Yeğengil s. 155.

¹¹⁴ “Avukatla temsil edilmenin gerekçesi, temsil edilen kişiyi korumakla ilgilidir. Çünkü, avukatlar uyumsuzluğun çözümüyle ilgili olarak bilgilerini uyumsuzluğu çözme durumunda olan organlara sunarlar ve bundan dolayı sorumludurlar. Bu yüzden, avukatlık mesleğini meslek olarak edinmişler dışında başka bir meslek mensubuna temsil yetkisi getirebilmesi, kamu düzeni bakımından kabul edilemez.”(Yılmaz-Rekabet s. 959).

¹¹⁵ “Toplum bakımından gösterdiği önem, savunmayı bir kamu hizmeti ve serbest meslek olarak düzenlemeyi gerektirmiştir. Buradaki kamu hizmeti, toplum bakımından önemli olan, yani toplumu ilgilendiren bir hizmet olarak anlaşılmalıdır. Bu anlam ise, idare hukuku anlamındaki klasik kamu hizmeti kavramına uymayabilir.”(Centel-Müdafii s. 50,51).

karşılayan faaliyettir. Kamu hizmeti nitelemesinin varlığını şart kıldığı iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki hizmetin kamuya yönelmiş, bir başka deyişle kamuya yararlı olması, ikincisi ise, kamu kuruluşlarınca veya ilgili kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülmesidir¹¹⁶. Zira davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler de, faaliyetini devletin adalet sistemi ve ona özgü yapılanmalarıyla işbirliği içinde bulunarak yürütür. Bir başka deyişle, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerin faaliyet alanı devletçe yapılandırılmış yargı alanıdır¹¹⁷.

Sonuç olarak, şunu söyleyebiliriz: Maddi hukuka göre, bir kimsenin başka bir kimse adına ve hesabına hukuki işlemler yapabilmesi için, temsil olunanın temsilciye temsil yetkisi vermesi yeterlidir. Halbuki bir kimsenin başka bir kimse adına ve hesabına davada usuli işlemler yapabilmesi için, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması gerekir. Dolayısıyla davaya vekâlet ehliyetinin hukuki temelini kanunda aranan şartlar oluşturmaktadır. Zira, kanunda belirtilen şartlara sahip olmayan kimse davaya vekâlet ehliyetine de sahip olamaz.

¹¹⁶ Sungurtekin Özkan s. 8; Belgesay-Temsil s.86; Berkin-Dava Vekaleti s. 376; Buna karşın Aday ,avukatlığın kamu hizmeti olmadığı düşüncesindedir bkz Aday-Genel Esaslar s. 38; Aynı görüşte olan Günday-Kurultay2004; “Gerek kamu hizmetlerinin temel öğeleri açısından bakıldığında avukatlığı, bir kamu hizmeti olarak nitelendirmek, savunmanın bağımsız temsilcisi olan avukatın, kamu hizmeti gördüğü kabul etmek olanaksızdır. Bu nedenle dedik ki zaten kamu hizmetlerinde egemen olan temel ilkelerin hiç biri, avukatlık mesleği ve faaliyeti için geçerli değildir...Sanki bir kamu hizmeti olmanın doğal sonuçları ya da uzantıları imiş gibi gözükür avukatlık yasasındaki bu düzenlemelere gelince; ayrıcalıklar, yükümlülükler, bunların hepsi de aslında avukatı korumaya değil, savunmayı korumaya yönelik hükümlerdir.”(Günday-Kurultay2004 s. 103).

¹¹⁷ Sungurtekin Özkan s. 415;Güner s. 65.

D. Bir Kimsenin Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar

Bir kimsenin, bir hukuki işlemi başka bir kimse adına ve hesabına yapabilmesi için varlığı gerekli olan şartlar, maddi hukuka ve usul hukukuna göre farklılık gösterir. Hemen işaret edelim ki, burada, maddi hukukla, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu; usul hukuku ile de Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu kastedilmektedir. Aşağıda bunların üzerinde duracağız.

I. Maddi Hukuka Göre Vekil(Temsilci) Olabilmek İçin Gerekli Şartlar

1.Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, maddi hukukla, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu kastedilmektedir. Buna göre, bir hukuki muameleyi başkası yerine onun için yapan kimseye vekil(temsilci) denir. Aşağıda bir kimsenin maddi hukuka göre(BK m.32-40;m. 386-398) iradi temsilci olabilmesinin şartları incelenmiştir. Dolayısıyla aşağıdaki şartlar kanuni temsilci için geçerli değildir. Ayrıca buradaki temsil kavramından dolayı temsil değil, doğrudan doğruya temsil anlaşılması gerektiğini belirtmek isteriz.

2. Ayırt Etme Gücünün Olması

Doktrinde kabul edilen hakim görüşe göre, bir kimsenin vekil olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir¹¹⁸. Diğer bir ifadeyle, vekilin, hukuki

¹¹⁸ Eren s. 407; Esener s. 137;Oğuzman/Öz s. 187; Kılıçoğlu s. 136;Bozer s. 247;Önen s.73;Karşı görüşte olan Keller/Schöbi ise, vekilin sadece temyiz kudretine değil, fiil ehliyetine de sahip olması

muameleyi yaparken ayırt etme gücüne sahip bulunması yeterli olup, tam ehliyetli olması şart değildir¹¹⁹. Bunun sebebi şu şekilde açıklanmaktadır: Fiil ehliyeti, borç doğuran sözleşmelerde aleyhine borç doğuran kişiyi korumak için gereklidir. Oysa, temsil yoluyla yapılan bir sözleşmede vekilin kendisi değil, müvekkil(temsil olunan) borç altına girmektedir. Bu sebeple TMK m. 16'ya göre ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, bizzat borç altına girmediği için korunmaları gerekmez, onlar vekil sıfatıyla borç sözleşmeleri yapabilirler¹²⁰.

3. Başkası Adına Hareket Etmesi

Bir kimsenin vekil sıfatını alabilmesi için, her şeyden önce vekilin bir başkası adına hareket etmesi gerekir¹²¹. Başkası adına hareket, işlemin hüküm ve sonuçlarının işlemi yapanın değil, bir başkasının hukuk alanında doğacağını ifade eder¹²². Diğer bir ifadeyle, temsil yoluyla¹²³ yapılan işlemlerde işlemi, temsil olunan adına vekil yapmakla birlikte, bu işlemi sanki bizzat müvekkil tarafından yapılmış gibi işlem görür. Ancak, burada vekil hiçbir zaman üçüncü kişiyle yapılan işlemin

gerektiği görüşünü savunmaktadır. Zira bu görüşe göre, temsil ilişkisinde gerçekte hareket eden, işlemi yapan temsil edilendir. Vekil onun sadece bir organıdır. Oysa Borçlar Kanunu, temsil teorisini kabul etmiştir. Bu teoriye göre işlemi yapan vekildir. Bu sebeple onun fiil ehliyetine sahip olması gerekir Keller/Schöbi : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd .I: Allegemenie lehren des Vertragsrechts, 3.A. Basel/Frankfurt 1988,s. 65 (naklen: Eren s. 408).

¹¹⁹ “Mümessilin reşit olması zorunluluğu yoktur. Hatta mümessil temyiz kudretine sahip olmak kaydıyla hacir altında bulunan kimse de olabilir.”(Önen s. 73); Tunçomağ s. 249.

¹²⁰ Eren s. 407; Oğuzman/Öz s. 187; Önen s. 73; Buna karşılık temsil yetkisi verebilmek için temsil olunanın fiil ehliyetini haiz olması gerekir Eren s. 407;Oğuzman/Öz s. 187;Bozer s. 247;Önen s. 73.

¹²¹ Tuçomoğ s. 250; Esener s. 95;Eren s. 401.

¹²² “Böylece temsil, bir hukuki muamelenin ve özellikle bir akdin hukuki sonuçlarının bunu yapana değil, bu hususta iradesini beyan edene ait olması kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir.”(Oğuzman/Öz s. 186).

¹²³ Buradaki temsil yoluyla kavramı ile doğrudan doğruya temsil kastedilmektedir. Dolaylı temsi konumuz dışındadır. Dolaylı temsilde hukuki işlem dolaylı temsil yetkisine dayanılarak mümessil adına, fakat temsil olunan adına yapılır. Dolaylı temsil Borçlar Kanunumuzun düzenlediği anlamda temsilin tamamen dışında bir durumdur bkz Oğuzman/Öz s. 165; Esener s. 13; Yavuz-Temsil s. 57.

tarafı olmaz¹²⁴. Yapılan işlemi tarafı müvekkildir. Eğer vekil, hukuki işlemi yaparken başkası adına değil de kendi adına hareket etmekteyse, bu işlemle doğrudan doğruya kendisi bağlanmış olur. Zira bu takdirde ortada temsil ilişkisi de mevcut değildir¹²⁵.

4. Temsil Yetkisinin(Vekâletinin) Olması

Borçlar hukukuna göre, bir kimsenin vekil sıfatıyla müvekkilin ad ve hesabına bir sözleşme veya hukuki işlem yapabilmesi için, ayırt etme gücünün olması ve başkası adına hareket etmesinin gerektiği yanında ayrıca temsil yetkisine de sahip olması gerekir. Zira temsil olunmak istenen kimse tarafından vekil olarak tayin edilmek istenen kişiye temsil yetkisi verilmemişse, bu kimsenin temsil olunmak istenen kimsenin vekili olduğundan bahsedemeyiz¹²⁶.

Vekilin, müvekkil adına ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil yetkisi denir. Niteliği itibariyle bir düzenleme hakkı olan temsil yetkisi, müvekkilin vekile varması gerekli bir irade beyanına dayanan tek taraflı bir hukuki işlemle verilir¹²⁷. Temsil yetkisinin verilmesi, müvekkilin vekile kendisini üçüncü kişiler karşısında temsile yetkili olduğunu bildiren bir irade beyanıdır¹²⁸. Zira, temsil yetkisinin kendisinden beklenen etkiyi doğurabilmesi için muhataba yani vekil olarak

¹²⁴ Kılıçoğlu s. 135;Eren s. 394.

¹²⁵ Eren s. 401; Oğuzman/Öz s. 167.

¹²⁶ Eren s. 401 ; Oğuzman/Öz s.172; “Bir kimse temsil yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir hukuki işlem veya sözleşme yaparsa, yetkisiz temsil söz konusu olur. Bir kimse üçüncü bir kişi ile başkası adına hukuki işlem yaptığı zaman temsil yetkisini haiz değilse, yapılan işlemin hüküm ve sonuçları hiçbir şekilde temsil olunanın hukuki alanında meydana gelmez. Burada temsil yetkisi olmadan başkası adına hukuki işlem yapan kişiye yetkisiz mümessil denir.”(Eren s. 421).

¹²⁷ “Belirli bir işin yapılması için temsil edilenin mümessile temsil yetkisini vermiş olması, hiçbir zaman o işin bizzat temsil olunan tarafından yapılması hak ve imkanını ortadan kaldırmaz. Temsil yetkisi ve temsil ilişkisi, temsil edilenin fiil ehliyetini engellemez. ; temsil olunanın temsile rağmen söz konusu işlemi yapabilir.”(Eren s. 400).

¹²⁸ Eren s. 401; Esener s. 247; Oğuzman/Öz s. 172.

tain edilmek istenen kişiye ulaşmış olması yeterlidir ve ayrıca vekilin kabulüne ihtiyaç göstermez. Zira, vekil tayini, tek taraflı bir işlem olduğundan, vekil bu sıfatı reddederek temsil yetkisinin kazanılmasını da engelleyemez; onun yapabileceği tek şey, bu yetkiyi kullanmamaktan ibaret olabilir¹²⁹.

Bununla birlikte, temsil yetkisi, genelde, vekâlet sözleşmesi ile birlikte verilir; ancak bu durumda dahi, vekâlet yani temsil yetkisi, vekâlet sözleşmesinden tümüyle ayrı ve bağımsız bir ilişkidir¹³⁰. Diğer bir deyişle, bir kimseye temsil yetkisi verilmesi ile o kimseyle bir vekâlet akdi yapılması birbirleriyle karıştırılmamalıdır¹³¹.

II. Usul Hukukuna Göre Bir Kimsenin Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olabilmesi İçin Gerekli Şartlar

1. Genel Olarak

Bir kimse dilediği kişiye kendi adına ve hesabına hukuki işlemler yapması için temsil yetkisi vererek vekili yapabilir. Zira maddi hukuka göre, ayırt etme gücüne sahip olan herkes vekil olarak bir başkası adına ve hesabına hukuki işlemler yapabilir. Ancak, kanunlarımızda bazı hukuksal işlemlerin yapılması konusunda temsil yetkisi verilecek kişilerde bazı nitelikler aranabilir. İşte Avukatlık Kanununa göre, bir kimsenin vekil olarak başkası adına mahkemelerde dava ile ilgili işlemler yapabilmesi için davaya vekâlet ehliyetine sahip olması gerekir. Diğer bir ifadeyle davada tarafların temsili için tutulacak olan vekilin yalnızca ayırt etme gücüne sahip

¹²⁹ Esener s. 61; Tanrıver-Temsil s. 5.

¹³⁰ Oğuzman/Öz s. 172; Tanrıver-Temsil s.6; Tunçomağ s.251; Kantek s. 61.

¹³¹ Bu konu hakkında Bkz yuk. §.1 , 2.

olması yetmez. Bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için, maddi hukukta öngörülen şartların yanında, kanunen öngörülen diğer bazı şartlara da sahip olması gerekir. Kanunen aranan bu şartların hepsi davaya vekâlet ehliyetini oluşturur. Zira, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerin kamu hizmeti faaliyetinden dolayı, bu kimseler maddi hukuktaki temsilcilerden ayrılmıştır¹³². Aşağıda usul hukukuna göre, bir kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesinin şartları incelenecektir.

2. Fiil Ehliyetinin Olması

Bir kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi için, öncelikle o kimsenin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Diğer bir ifadeyle bir kimsenin vekil sıfatıyla davada bir başkası adına hukuki işlemler yapabilmesi için, bu kimsenin tam ehliyetli olması şarttır(Av.K m.5). Oysa, maddi hukuka göre bir kimsenin vekil olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip bulunması yeterliydi. Dolayısıyla maddi hukuka göre tayin edilen temsilcinin ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olması mümkündür¹³³.

Fiil ehliyeti, kişinin bizzat kendi fiilleriyle kendi lehine haklar yaratmak ve bu hakları sınırlamak veya ortadan kaldırmak ve kendi fiilleriyle kendisini borç altına sokabilmek iktidarındır¹³⁴. Fiil ehliyetine sahip olmak kanunen bazı şartların bulunmasına tabi tutulmuştur. İşte bu şartlar da “ayırt etme gücü”, “erginlik”, yani belli bir yaş, belli bir olgunluk; ve nihayet “kısıtlı olmama”, yani mahkeme kararıyla

¹³² Bkz yuk. §. 2, C.

¹³³ Oğuzman/Öz s. 187; Akipek/Akıntürk s. 342.

¹³⁴ Akipek /Akıntürk s.300; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 42;Zevkliler/Havutçu s. 112.

fiil ehliyetinden yoksun bırakılmamış bulunmaktır. Bu şartlardan ilk ikisi fiil ehliyetinin olumlu, yani belli bir ehliyete sahip olabilmek için bulunması mutlaka zorunlu olan şartlardır. Sonuncu şart ise, olumsuz bir şarttır. Zira fiil ehliyetine sahip olabilmek için bu şartın bulunmaması, yani kişinin kısıtlanmamış olması gerekir. Dolayısıyla bir kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi için tam fiil ehliyetine sahip olan kimselerden olması gereklidir. Yani, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan, aynı zamanda kısıtlı da olmayan kimselerdir¹³⁵.

Fiil ehliyetinin olumlu şartlarından ayırt etme gücü, doğal olan bir şarttır; kişinin belli bir akli olgunluğunu gösterir. Ayırt etme gücü, bir kimsenin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir. Daha basit bir biçimde ifade edilmek istenirse, ayırt etme gücü, yapılan fiillerin sebebini, anlamını anlayarak ve bunlara uygun olarak bu fiilleri istemek ve bu isteğe göre de onları icra etmek konusunda kişinin sahip olduğu akli bir yetenektir¹³⁶.

Fiil ehliyetinin olumlu şartlarından biri de, belli bir yaş düzeyine erişmiş bulunmak, yani ergin(reşit) olmaktır(TMK m.10). Fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip olabilmek için kişinin ruhen ve fikren belli bir gelişim aşamasına erişmiş bulunması gerekir. İnsanların genellikle belli bir yaşa geldikten sonra ruhi ve fikri gelişim düzeyine ulaştıklarını göz önünde tutan kanun koyucular, bu konuda bir yaş sınırı

¹³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 42; Akipek /Akıntürk s.300; Zevkliler/Havutçu s. 112; İnan s. 93.

¹³⁶ Akipek/Akıntürk s. 303; Öztan s. 231; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 43.

saptamışlardır. Türk hukukunda erginlik normal olarak on sekiz yaşın doldurulmuş olduğu anda kazanılır¹³⁷.

Fiil ehliyetinin olumsuz şartını kişinin kısıtlı olmaması oluşturur. Yani kişinin fiil ehliyetinin TMK m. 405 vd. hükümlerinde öngörülen sebeplerden birine dayanılarak mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen kaldırılmamış olması gerekir¹³⁸. Kısıtlanmış olan kimsenin, kendi fiilleriyle kendi lehine hak ve aleyhine borç yaratabilme ehliyeti mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen kaldırılmış olur. Bu itibardır ki, sadece ergin olan kişiler kısıtlanabilir, küçükler zaten tam fiil ehliyetine sahip bulunmadıklarından kısıtlanmalarına lüzum yoktur¹³⁹.

Yukarıdaki şartlar gerçek kişilerin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için gereklidir. Buna karşılık tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi gerçek kişilerden farklıdır. Zira tüzel kişiliği olan avukatlık ortaklıkları bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız davaya vekâlet ehliyetine sahiptir¹⁴⁰. Tüzel kişiliği olan avukatlık ortaklığının da davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Tüzel kişiler organları vasıtasıyla hak edinir ve borç üstlenirler. Başka bir deyişle tüzel kişiler, yararlandıkları hakları organları eliyle kullanırlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyetini düzenleyen TMK m.49 da “Tüzel kişiler,

¹³⁷ “Buna doktrinde normal erginlik denilmektedir. Medeni Kanun bunun yanında kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla bazen bu yaştan önce kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratmak için gerekli olan olgunluğa erişebileceklerini gözden uzak tutmamış ve bazı hallerde kişilerin ye belli bir kişisel durumu kazanmakla ve bazı hallerde kişilerin ya belli bir kişisel durumunu kazanmakla(yani evlenmekle) ya da hakimin hükmüyle 18 yaşın doldurulmasından önce de erginliğe erişebileceklerini öngörmüştür. Bunu da erken erginlik olarak nitelendirmek mümkündür.”(Akipek/Akıntürk s. 311).

¹³⁸ Ergin bir kimsenin hangi sebeplere dayanılarak kısıtlanabileceği TMK m. 405 vd. hükümlerinde teker teker sayılmıştır. Bu maddelere göre kısıtlanma sebepleri şunlardır: Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı(m.405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim(m.406), bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile hüküm giyme(m.408).

¹³⁹ Akipek/Akıntürk s. 316; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 57.

¹⁴⁰ Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz. a.ş. §. 3,E,III.

kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar” denilmektedir¹⁴¹.

Tüzel kişiler, organlarının yaptıkları işlemler sonucunda alacaklı veya borçlu durumuna girerler. O halde, tüzel kişilerin medeni haklarını kullanabilmeleri için, kanunlarda ve tüzüklerinde öngörülen zorunlu organlara sahip bulunmaları gerekir¹⁴².

3. Davanın Tarafları Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması

Bir kimsenin vekil olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi için taraflar dışında bir üçüncü kişi olması gerekir. Bu nedenle, davaya vekâlet ehliyeti, taraf kavramı ile çok sıkı irtibat halindedir. Zira, bir kimsenin vekil olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmesi, öncelikle tarafın ve taraf kavramı dışında kalan üçüncü kişilerin kim olduklarının ortaya konmasına bağlıdır. O nedenle, kısaca davada taraf kavramına değinmek yararlı olacaktır:

a. Davada Taraf Kavramı

Doktrinde, davada taraf kavramını açıklamaya yönelik olarak üç kuram ileri sürülmüştür. Bunlar: 1- maddi taraf(maddi hukuk) kuramı, 2- şekli taraf kuramı 3- fonksiyonel(işlevsel) taraf kuramıdır¹⁴³.

¹⁴¹ Akipek/Akıntürk s. 566;Öztan-Tüzel Kişiler s.31; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.200; Özsunay s. 70; Tüzel kişiliği olan avukatlık ortaklığını kuran avukatlar, bu ortaklığın organı durumundadırlar. Dolayısıyla avukatlık ortaklığı, ortaklığı kuran avukatların organ sıfatını almaları ile, ortaklık fiil ehliyetini kazanmaktadır. Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz aşağıda. § 3., E., III.

¹⁴² Akipek/Akıntürk s. 566; Öztan-Tüzel Kişiler s. 31; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 200; Özsunay s. 70.

¹⁴³ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 16-18 ; Yılmaz-Islah s. 183; Yılmaz- Yemin s. 60; Tanrıver-Derdestlik s. 58-63.

Maddi taraf kuramına göre taraf, uyuşmazlık konusu olan maddi hukuk ilişkisinin ve aynı zamanda özel hukuk ilişkisinin süjesi olan ve yargılamayı yürüten kişidir. Davanın tarafı olarak gösterilen kişi, eğer maddi hukuk ilişkisinin tarafı değilse davada sıfatı da yoktur. Bu durumda davalı, davacının davada sıfatı olmadığını ileri sürerek davanın esasına girilmesine engel olabilir. Bir başka ifade ile söz konusu kuram açısından bir değerlendirme yapıldığında, sıfat bir dava şartıdır¹⁴⁴.

Maddi taraf kuramı iflâs idaresi, konkordato tasfiye memuru ve Cumhuriyet savcısının yargılamadaki hukuki konumlarını açıklamakta zorlandığı için eleştirilmiştir. Zira, görevi gereği kanundan dolayı taraf olan iflâs idaresi veya Cumhuriyet savcısı, gerçekte maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmadıkları halde, davaya taraf olduklarından, bunların durumu bu kurama göre geçerli bir şekilde açıklanamamıştır¹⁴⁵.

Maddi taraf kuramının benimsenmesinin çeşitli sakıncalar yarattığı gerekçesiyle, taraf kavramını açıklığa kavuşturmak amacıyla, şekli taraf kuramı ileri sürülmüştür¹⁴⁶. Tarafın maddi hukuk ilişkisinin özneleri olduğunu reddeden bu kurama göre taraf, mahkeme önünde kendi adına hukuki korunma talep eden(davacı) ile kendisine karşı hukuki korunma istenen(davalı) kişilerdir¹⁴⁷. Dolayısıyla bu kuram, hukuk ilişkisinin süjesi kavramını, kesin bir biçimde saf usuli bir kavram olan

¹⁴⁴Davada taraf olarak gösterilen kişilerin maddi hukuk ilişkisinin de tarafı olup olmadığının belirlenmesi davanın esasına girilmesi zorunluluğu doğurur. İşin esasına girilmesinden sonra davada taraf olarak gösterilen kişilerin gerçekte maddi hukuk ilişkisinin süjeleri konumunda belirlenmiş olsa dahi bu kişilerin artık davanın tarafları haline gelmeleri nedeniyle davanın usulden değil esastan reddedilmesi gerekir bu konu hakkında bkz Yılmaz-İslah s. 184; Alangoya- İradi Değişme s. 131; Tanrıver-Deredestlik s. 59;Pekcanitez- Fer'i Müdahale s. 26;Deren Yıldırım s. 16.

¹⁴⁵ Yılmaz-İslah s. 185;Alangoya-İradi değişme s. 132.

¹⁴⁶ Üsründağ-Yargılama s. 387; Yılmaz-İslah s. 185; Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 27.

¹⁴⁷ Alangoya-İradi değişme s. 133; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 16; Yılmaz-İslah s. 185.

taraf kavramından ayırmıştır¹⁴⁸. Şekli taraf kuramı, kimin kime karşı hukuki korunma istediğinin belirlenmesinde dava dilekçesinin esas alınmasını öngörür. Bu kurama göre maddi hukuk yönünden hak sahibi olma veya yükümlü bulunmanın herhangi bir önemi olmadığı gibi, bir davanın süjesi olmak için sadece dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilmek yeterlidir¹⁴⁹.

Şekli taraf kuramı çerçevesinde ayrı bir yargılama koşulu olarak “davayı takip yetkisi” kavramı geliştirilmiş ve tartışmalı hukuk ilişkisine yabancı olan (iflâs idaresi gibi) üçüncü kişinin durumu bu kavramla açıklanmaya çalışılmıştır¹⁵⁰. Davayı takip yetkisi kavramı sayesinde uyuşmazlık konusu ile doğrudan doğruya ilgisi bulunmayan kişiler tarafından veya bu kişilere karşı dava açılması ve davanın görülmesi bir engel oluşturmaktadır¹⁵¹.

Şekli taraf kuramı görüşü, bu gün için de, doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüştür¹⁵².

Şekli taraf kuramı da, çok soyut olduğu, somut olmaktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve fonksiyonel taraf kuramı geliştirilmiştir¹⁵³. Bu görüşe

¹⁴⁸ Yılmaz-İslah s. 185; Deren Yıldırım- Kesin Hüküm s. 18; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 123.

¹⁴⁹ Alangoya-İradi Değişme s. 133; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 123; Kuru / Arslan / Yılmaz-Usul s. 259 Yılmaz-İslah s. 186; Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 27; Tanrıver-Derdestlik s. 60; Tercan-Eski s. 93; Saldırım s. 44.

¹⁵⁰ Tanrıver-Derdestlik s. 62.

¹⁵¹ Yılmaz-İslah s. 186.

¹⁵² Yılmaz-İslah s. 186; Yılmaz-Yemin s. 63; Üstündağ-Yargılama s.387; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 257; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 123; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 166; Alangoya-İradi Değişme s. 134; Alangoya-Dava Ortaklığı s.44; Bilge/Önen-Yargılama s. 223; Tanrıver-Derdestlik s. 62; Tercan-Eski s. 94; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 19; Saldırım s.52.

¹⁵³ de Boor, H.O. : Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941, s. 50 vd(Naklen. Tanrıver-Derdestlik s. 186).

göre, bütün hukuk davaları için geçerli olacak şekilde bir taraf kuramı bulmak mümkün değildir. O nedenle, malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalar ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Malvarlığına ilişkin davalarda, malvarlığının yönetimine ait bir işlem söz konusu olduğundan malvarlığı uyuşmazlıklarında taraf, malvarlığının yönetimine yetkili kişidir¹⁵⁴.

Bu kuram, şahısvarlığı ve malvarlığına ilişkin davalarda ayırım yaparak tüm davalar için geçerli bir yaklaşım geliştirememesi nedeniyle ve sadece malvarlığına ilişkin davalarda taraf kavramını açıklamaya çalıştığı için doktrin tarafından benimsenmemiştir¹⁵⁵.

Kanaatimizce de, tüm davalar bakımından tarafın belirlenmesi açısından geçerliliğe sahip bir çözüm üretmiş olması sebebiyle, şekli taraf kuramının benimsenmesi daha yerinde olur. Zira, bu kuramın benimsenmesi ile davada taraf ve davada sıfat kavramlarının birbiri ile özdeşleştirilmesi engellenmiş olur. Ayrıca bu kuram kabul edildiği takdirde, maddi hukuk ilişkisinin süjesi konumunda bulunmamalarına rağmen, görevi gereği kanundan dolayı bir davaya taraf olan (iflas idaresi gibi) kimselerin durumu davayı takip yetkisi kavramı ile açıklanabilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Tercan-İsticvap s. 142,143; Deren Yıldırım s. 19; Tanrıver-Derdestlik s. 61.

¹⁵⁵ Yılmaz-Islah s. 187; Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 28; Alangoya-İradi değişme s. 136.

¹⁵⁶ Tanrıver-Derdestlik s. 62; Tercan-Eski s. 93; Yılmaz-Islah s. 185; Alangoya-İradi Değişme s. 132 dnp 18; Saldırım s.52.

b-) Davaya Vekâlet Ehliyeti Olan Kimsenin Davanın Tarafları Dışında Üçüncü Bir Kişi Olması Unsurunun İrdelenmesi

Davada taraf kavramını belirlerken şekli taraf kuramının benimsenmesinin daha yerinde olduğunu belirtmiştik. Buna göre, tarafın kim olduğunun tayini için dava dilekçesi göz önünde tutulur¹⁵⁷. Dolayısıyla davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekilin, dava dilekçesine göre belirlenen taraflar dışında üçüncü bir kişi olması gerekir. Zira hukuk davalarında daima iki taraf vardır ve bir davanın taraflarından biri, diğer tarafın vekili olamaz¹⁵⁸. Diğer bir ifadeyle davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bir kimsenin vekil sıfatıyla davada taraf olmasına imkan yoktur¹⁵⁹. Çünkü, davaya vekâletin söz konusu olabilmesi için, bir kimsenin, hüküm ve sonuçlarını başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına dava ile ilgili işlemler yapması gerekir.

Ancak burada şu hususa dikkat edilmelidir: Davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bir vekil de kendi şahsi ilişkileri nedeniyle bir davanın davalısı veya davacısı olabilir. Zira, bu vekil davasını bizzat kendisi takip edip; davası ile ilgili işlemleri kendisi yapabilir. Ancak burada vekilin davasını bizzat kendisinin takip etmesi, davası ile ilgili işlemleri yapabilmesi davaya vekâlet ehliyetinden değil, bu kimsenin dava ehliyetine sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

¹⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 259; Deren Yıldırım s. 20; Tanrıver-Derdestlik s. 62.

¹⁵⁸ Kuru-Hmu II s. 1231; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 259; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 165; Tercan-Eski s.93; “İcra takibinde alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf bulunur.”(Kuru-İcra El s. 136).

¹⁵⁹ Buna göre, kanuni ve iradi temsilcilerin taraf niteliği yoktur; taraf bunların temsil ettiği kişidir Tanrıver-Derdestlik s. 62; Yılmaz-İslah s. 188; Tercan-İsticvap s. 143; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 124.

4. Kanunda Belirtilen Kişilerden Olmak

Davaya vekâlet ehliyetine yalnızca belirli kişiler sahip olabilir¹⁶⁰. Dolayısıyla, davaya vekâlet ehliyetine sahip olup davada vekil sıfatıyla hareket edebilecek kimseler Avukatlık Kanunu'nda belirtilmiştir. Bunlar; avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklığı, dava vekilleri ve dava takipçilerinden oluşmaktadır¹⁶¹. Bu kimseler genel olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerdir. Taraflar kendilerini vekil aracılığıyla temsil ettirmek istiyorlarsa, bu vekilin Avukatlık Kanunu'nda belirtilen bu kimselerden olması gerekir.

Genel olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bu kimselerle birlikte, özel kanun hükümlerine göre davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler de vardır. Zira, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrası buna izin vermektedir. Ancak şunu belirtmek isteriz ki, özel kanun hükümlerine göre davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bu kimselerin davaya vekâlet ehliyeti belirli alanlarla sınırlıdır. Zira bu kimseler belirli kimselerin, belirli davalarında vekil olarak görev yapabilirler.

5. Baro Levhasına Kayıt Zorunluluğu

a. Kural Olarak Baro Levhasına Kaydın Zorunlu Olması

Her avukat, bölgesi içinde sürekli avukatlık edeceği yerin baro levhasına¹⁶² yazılmakla yükümlüdür(Av.K. m. 66/I). Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen

¹⁶⁰ Belgesay-Adliye s. 46.

¹⁶¹ Bkz. aşa. §. 3.

¹⁶² “Baro tarafından tutulan sicil kaydına verilen addır”(Güner s. 468).

avukatlar kendilerine ait işler dışında dava veya icra takibi yapamayacakları gibi, avukatlara ait yetkileri de kullanamazlar¹⁶³. Ayrıca, bu kişilerin avukatlık unvanını taşımaları da yasaktır(Av.K m. 63/I). Şu halde, avukatların davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmeleri için baro levhasına yazılmaları gerekmektedir. Örneğin, bir baroya kayıtlı olmayan avukat, avukatlık vasıf ve şartlarına sahip olsa bile avukatlık yapamayacaktır¹⁶⁴.

Dava vekillerinin de mesleklerini icra edebilmeleri için, o yerin bağlı olduğu baro tarafından tutulan listeye yazılmaları şarttır (Av.K. g.m 13/II). Listeye yazılma, Avukatlık Kanunu'nun dava vekillerine tanıdığı hak ve yetkilerden faydalanmak ve yükümlülüklerle tabi olmak bakımından, baro levhasına yazılmanın sonuçlarını doğurur (Av.K g.m.13/III).

Dava takipçilerinin de görev yapabilmesi için çalışmak istedikleri yerin bulunduğu baroca tutulan listeye yazılmaları gerekir (Av.K.g.m. 17/I).

Avukatlık ortaklığı da kurucuların kayıtlı olduğu baro yönetim kurulu tarafından "Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili"ne yazılma ile tüzel kişilik kazanır. Avukatlık ortaklığının baro avukatlık ortaklığı siciline yazılmasından önce ortaklık unvanını kullanamaz ve ortaklık adına mesleki faaliyette bulunamaz (Av.O.Y. m. 8/IV).

¹⁶³ Onar/Belgesay s. 43; Sadece baroya kayıtlı olan kişiler avukat olarak görev yapar. Bu anlamda avukatlık mesleği bir tekel oluşturmaktadır.”(Pekcanitez/Atalay/Özekes-USul s. 142).

¹⁶⁴ Onar/Belgesay s. 43.

Avukatların baro levhasına , avukatlık ortaklıklarının baro avukatlık ortaklığı siciline yazılmaları ve dava vekilleri ile dava takipçilerinin de baroca tutulan listeye kayıt olmaları ile, bu kimseler davaya vekâlet ehliyetini kazanmaktadırlar.

b. İstisna Olarak Baro Levhasına Kaydın Zorunlu Olmadığı Haller

Anayasa'nın "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" başlıklı 135/II. maddesi "kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz" şeklinde düzenleme getirmiştir.

Anayasa'nın bu kuralı doğrultusunda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda 1984 yılında 3003 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile yapılan değişiklik ile getirilen ek madde 1 gereği "Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine" bağlı tutulmuştur. Bu durumda anılan kurum ve kuruluşlarda çalışan avukatlık mesleğine kabul ve ruhsatname alma koşulları taşıyan avukatlar baroya kaydolmadıkları halde, baroya kayıtlı avukatların yetkileriyle, haklarına sahip olmaktadır. Ancak bu statüde bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler(Av.K. m. 12/son fıkra). Dolayısıyla, bu kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan avukatlar, baro levhasına yazılmadan da kendi kamu kurum ve kuruluşlarını ilgilendiren davalarda davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Ayrıca stajyer avukatlarda stajlarının belli döneminde, yanında staj yaptığı avukatın müsaadesi ile belli mahkemelerde, davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilecektir(Av.K m. 26; Av.Y. m. 23). Bu konu ileride, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan stajyer avukatlar bölümünde incelenmiştir¹⁶⁵.

E. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Benzer Hukuki Kurumlardan Ayırılması

I. “Dava Ehliyeti” ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”

Dava ehliyeti ile davaya vekâlet ehliyeti birbirinden farklı hukuki kurumlardır.

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin ve yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile bir davayı, davacı veya davalı olarak takip edebilmesi ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir¹⁶⁶.

Aslında dava ehliyeti, fiil ehliyeti kapsamındadır. Yani dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medenî usûl hukukunda büründüğü şekildedir¹⁶⁷. Dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir. Gerçek kişiler, ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlı olmaması durumunda dava ehliyetine sahip olabilirler(TMK m.9-16). Tüzel kişilerin dava ehliyeti ise, kanuna ve tüzüklerine göre bunun için gerekli organlara sahip olmaları ile başlar(TMK m. 49).

¹⁶⁵ Bkz. a.ş. §. 3 C.

¹⁶⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 269;Kuru-Dava Şartları s. 159.

¹⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.269; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 23; Akipek/Akıntürk s. 300.

Davaya vekâlet ehliyeti ise, davanın tarafları dışında üçüncü bir kişi olan bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için, kanunen sahip olması gereken ehliyettir.

Dava ehliyeti terimi daha çok medeni hukuktaki fiil ehliyeti terimi ile karşılaştırılmaya uygundur¹⁶⁸. Buna karşılık, davaya vekâlet ehliyeti bir kimsenin bir başkasını temsilen dava açıp açamayacağı ile ilgili bir sorun olup, medeni hukuk kavramlarından hak ehliyeti ile karşılaştırılmaya daha müsait olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹⁶⁹.

Burada önemle üzerinde durulması gereken diğer bir husus da şudur: Davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmek için, fiil ehliyetine, dolayısıyla dava ehliyetine de sahip olmak gerekir.

Bu iki hukuki kurumun ortak yönü ise, her iki hukuki kurumun da taraflara ilişkin bir dava şartı olarak görülmesidir¹⁷⁰.

II . “Davayı Takip Yetkisi”¹⁷¹ ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”

Davayı takip yetkisi ile davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumları aynı olmayıp, birbiri ile karıştırılmaması gerekir. Zira, davayı takip yetkisinin olduğu yerde, davaya vekâlet ehliyetinden bahsetmemiz pek doğru olmaz.

¹⁶⁸“Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildedir.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 269).

¹⁶⁹ Aday- Genel Esaslar s. 36.

¹⁷⁰Bilge/Önen-Yargılama s. 232;Üstündağ-Yargılama s. 281;Ansay-Usul s118; Pekcanitez /Atalay /Özeker-s.243; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 127; Kuru-Dava Şartı s.160; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 269.

¹⁷¹ Umar, davayı takip yetkisine “usulü yürütme yetkisi” demektedir bkz Umar-Ehliyet s. 617; Ayrıca davayı takip yetkisine “davayı sevk yetkisi” de denmektedir bkz Üstündağ-Yargılama s. 240.

Dava takip yetkisi, davada taraf olan kişinin o davayı kendi adına yürütebilme ve kendi adına esas hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu kavram maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki paralelini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, dava takip yetkisi tarafın maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmadığı meselesi ile ilgili değildir ve usuli bir kavramdır¹⁷². Dava takip yetkisi hukuki kurumu, Medeni Usul Kanunlarında düzenlenmemiş, doktrin tarafından şekli hukuku maddi hukuk kavramlarından soyutlama çabası sonunda geliştirilmiştir¹⁷³.

Kural olarak, dava ehliyeti dava takip yetkisini de içerir. Yani, dava ehliyetine sahip olan kişi, taraf bulunduğu bir davayı, davacı veya davalı olarak, kendisi takip edebilir. Ancak, dava ehliyeti her zaman davayı takip yetkisini içermeyebilir. Aksi takdirde, dava ehliyeti her zaman davayı takip yetkisini içerse idi, dava ehliyetinin yanında ayrıca davayı takip yetkisinden söz etmeye gerek kalmazdı¹⁷⁴.

Dava takip yetkisinin çeşitli türleri mevcuttur¹⁷⁵. Bu yetkinin türlerinden özellikle üzerinde durulması gereken “kanuni davayı takip yetkisi” olmalıdır¹⁷⁶. Zira

¹⁷² Şekli taraf kuramının sonucu olarak davayı takip yetkisi sıfattan tamamen ayrı olarak düşünülmesi gerekir. Zira sıfat kavramı doğrudan doğruya maddi hukuka ilişkindir bkz Kuru-Dava Şartları s. 168; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 170; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 133; Buna karşın sıfat ile dava takip yetkisini özdeş kavramlar olarak kabul eden yazarlar için bkz Bilge/Önen-Yargılama s. 411;Postacıoğlu- Usul s. 298-299.

¹⁷³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 129; Deren Yıldırım- Kesin Hüküm s. 23 vd.

¹⁷⁴ Kuru- Hmu I s. 1152.

¹⁷⁵ “Kanuni Dava Takip Yetkisi”- İradi Dava Takip Yetkisi”-“Bağımlı Dava takip yetkisi”- Bağımsız Dava Takip Yetkisi”-Müteaddit dava takip yetkisi”-Genel Dava Takip Yetkisi” Ayrıntılı bilgi için bkz Nevhis Deren-Yıldırım, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 23 vd.

¹⁷⁶ Kanuni dava takip yetkisi de kendi içinde ikiye ayrılır. İlk ana grup, kanunda görevden ötürü taraf olarak kabul edilen kişilerin durumudur(iflas idaresi, vasiyeti tenfiz memuru, konkordato tasfiye memuru, savcıların bazı hukuk davalarını açması, miras ortaklığında terekeye temsilci atanması). Bunun dışında, kanun koyucu tarafından hak sahibi olmadığı halde kendisine dava takibi konusunda yetki verilen kişilerin durumudur(İİK m.120 ve İİK m. 245) . Bkz Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 30.

davaya vekalet ehliyeti hukuki kurumu ile en fazla karıştırılabilecek olan, kanuni davayı takip yetkisidir.

Kanuni davayı takip yetkisi, şekli taraf kavramının bir tamamlayıcısı olarak maddi hukuk ilişkisinin süjesi olmayan bir üçüncü kişiye, kanun koyucu tarafından davada taraf¹⁷⁷ olabilme yetkisi tanındığı durumlarda ortaya çıkar¹⁷⁸. Dolayısıyla, kanuni dava takip yetkisi hak sahibine değil, üçüncü bir şahsa tanınmakta, üçüncü şahıs kendisine yabancı bir hak veya ilişki için taraf olarak kendi adına davayı yürütmekte, davada verilen hüküm hak sahibine de sirayet etmektedir¹⁷⁹.

Burada titizlikle üzerinde durulması gereken husus, davayı takip yetkisi ile davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumlarının birbirlerinden çok farklı kurumlar olduğudur¹⁸⁰.

Davaya vekâlet ehliyetinde, vekilin yapmış olduğu işlemler ile, hem vekil hem de müvekkil üzerinde hukuki sonuçlar doğurması söz konusu olamaz. Dolayısıyla, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekilin yargı ile ilgili yapmış olduğu işlemler müvekkili üzerinde sonuç doğurur. Halbuki kanuni dava takip yetkisini kullanan

¹⁷⁷Deren-Yıldırım s. 29-30; Kanuni dava takip yetkisini kullanan hak sahibi dışındaki üçüncü kimselerin davada taraf olup olmadığı doktrinde tartışılmalıdır. Doktrindeki kimi hukukçular bu yetkiyi kullanan kimseleri temsilci veya organ olarak nitelendirmektedirler. Bu konu ileride incelenmiştir bkz. a.ş. §. 5.

¹⁷⁸ İflas idaresi, vasiyeti tenfiz memuru, konkordato tasfiye memurları, İİKm.120 ve 245 vb.'deki durumlar kanuni davayı takip yetkisine örnek olarak verilebilir. İleride Kanuni dava takip yetkisine sahip olan bu hususlar tek tek incelenmiştir bkz. a.ş. §. 5.

¹⁷⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 130.

¹⁸⁰Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 28 vd;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 130; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 170; Kuru-Hmu I s. 1153; Tanrıver-Miras s.118; Tanrıver-Derdestlik s. 62.

kimsenin yaptığı işlemler, hem kendi hem de asıl hak sahibi üzerinde sonuç doğurur¹⁸¹.

Davaya vekâlet ehliyetinde, vekilin takip ettiği davada hiçbir kişisel yararı olmadığı halde, kanuni davayı takip yetkisi sahibinin o davanın kazanılmasında aynı zamanda kişisel yararı da vardır.

Davaya vekâlet ehliyetinde, müvekkil vekilini her zaman azledebilir veya müvekkil vekiline talimat verebilir. Oysa kanuni davayı takip yetkisinde, yetkiyi kullanan kimsenin asıl hak sahibi tarafından azledilmesi veya asıl hak sahibi tarafından yetkiyi kullanan kimseye talimat vermesi gibi durumlar söz konusu olamaz. Ayrıca, vekilin müvekkilinin menfaatlerine uygun olarak hareket etmesi zorunludur. Halbuki kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimsenin, asıl hak sahibinin menfaatlerine uygun olarak hareket etme mecburiyeti yoktur¹⁸².

Dava ehliyetine sahip olan kimse, dilediği zaman davanın takibini bir vekile bırakabilir. Halbuki dava takip yetkisi bir başkasına devredilemez¹⁸³. Dolayısıyla, dava ehliyetine sahip olan kimse, vekil tutmadan, isterse davayı kendisi açıp takip edebilir. Halbuki kanuni davayı takip yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda, asıl hak sahibinin dava ehliyeti olmasına rağmen, idare ve tasarruf yetkilerini yitirirler.

¹⁸¹ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm s. 29.

¹⁸² Kuru- Hmu I s. 1153; Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 83.

¹⁸³ “Davayı takip yetkisi, ancak cebri icra organları tarafından başkasına devredilebilir.”(Kuru-Hmu I s. 1153). Dava takip yetkisinin haktan bağımsız olarak hak sahibi tarafından üçüncü bir kimseye devredilmesine iradi dava takip yetkisi denir. Doktrinde iradi dava takip yetkisinin caiz olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu konu hakkında bkz Yavuz Alangoya; Yargılama Sırasında Tarafı İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler(MHAD İstanbul 1969/5, s. 133 vd.); Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 34 vd.

Bundan ötürü, kanuni dava takip yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda, asıl hak sahibi davayı kendisi açıp takip edemez¹⁸⁴.

Üzerinde durulması gereken en önemli fark ise, kanuni dava takip yetkisini kullanan kimselerin, görevi gereği kanundan dolayı yürüttüğü davaların tarafı olup; davayı kendi adına yürütmesidir¹⁸⁵. Halbuki davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekilin, davada taraf olması olanaksızdır. Çünkü, davaya vekâlet ehliyeti ile, davanın tarafları dışında olan üçüncü bir kimsenin, vekil sıfatıyla davadaki taraflardan birisini temsil etmesi sağlanır. Dolayısıyla, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekil, müvekkili yerine yapmış olduğu işlemlerde, davanın tarafı değildir. Vekil, müvekkili yerine, mahkemede yapmış olduğu işlemleri temsilci sıfatıyla yapar¹⁸⁶.

Davaya vekâlet ehliyeti ile davayı takip yetkisinin ortak özelliği ise iki hukuki kurumun da taraflara ilişkin bir dava şartı olmasıdır¹⁸⁷. Yetkinin dava şartı olarak ele alınmasının sonucu yokluğu halinde esas hakkında karar vermenin mümkün olmamasıdır. Yani, dava takip yetkisinden yoksunluk, usul hukuku ilişkisinin kurulmasına engel teşkil etmemekte, yalnız esas hakkında karar verilmesini engellemektedir¹⁸⁸. Bu sebeple, mahkeme, dava takip yetkisinin arandığı hallerde,

¹⁸⁴ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm s. 29.

¹⁸⁵ Tercan-İsticvap s. 141,142; Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 29; Kanuni dava takip yetkisini kullanan kimselerin davada taraf olup olmadıkları tartışmalıdır. Kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimselerin hukuki nitelikleri diğer bölümde tartışılmıştır bkz aşağıda §. 5.

¹⁸⁶ Kanuni davayı takip yetkisine sahip olan kimselerin durumunu temsil ile açıklamak mümkün değildir. Aksi takdirde, bu durumu temsil ile açıklamaya çalışmamız halinde şekli anlamda taraf kavramını yadsımış oluruz. Ayrıca temsil kurumunu da fazlası ile genişletmiş oluruz. Temsil faraziyesini savunan yazarların amacı, kesin hüküm sirayeti problemini ortaya koymaktan kaçınmaktır bkz Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 29.

¹⁸⁷ Kuru-Dava Şartları s. 148; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 133; Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 171; “Dava takip yetkisinin dava şartı mı yoksa davanın esasının bir bölümü mü olduğu tartışması için bkz Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 26.

¹⁸⁸ Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 26.

davanın başından sonuna kadar, dava takip yetkisinin varlığını kendiliğinden araştırmalıdır. Mahkeme, dava takip yetkisinin arandığı hallerde dava takip yetkisinin varlığını tespit edemezse, davayı reddetmelidir¹⁸⁹.

III. “Kanuni Temsil” ve “Davaya Vekâlet Ehliyeti”

Kanuni temsil ile davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumları da birbirinden farklıdır¹⁹⁰. Zira kanuni temsil ile davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumlarının hukuken varlık kazanması ve sona ermesi tamamen farklıdır. Ayrıca, bu iki hukuki kurumun hizmet ettikleri amaçları da farklıdır.

Kanuni temsil, temsil olunanın iradesine değil, kanuna dayanır. Kanuni temsilin doğumu, kapsamı, içeriği ve sona ermesi kanunla belirlenmiştir¹⁹¹. Bu sebeple kanuni temsil ehliyetine kimlerin sahip olabileceği Türk Medeni Kanunu’nda hükme bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu, kanuni temsil ehliyetine sahip olan kimselere, genel olarak kanuni temsilci adını vermektedir. Kanuni temsilciler şunlardır: Veli(TMK m. 335 vd), vasi(TMK m. 448) ve kayyım(TMK m. 426; m.459).

Veli, ergin olmayan çocuklar üzerinde velâyet hakkına sahip olan kişiye denir(TMK m. 335). Velâyet hakkına sahip olan ana ve baba, çocuğun taraf bulunduğu davalarda, çocuğu temsil eder(TMK m.342).

¹⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes-USul s. 170.

¹⁹⁰ Belgesay-Temsil s. 113.

¹⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes-USul s. 174;Oğuzman/Öz s. 169; Kılıçoğlu s. 134; Tunçomağ s.246 ;Eren s. 400; Öztan-Organ s. 88.

Vasi, vesâyeti altındaki kişinin taraf bulunduğu davalarda onu temsil eder(TMK m. 448)¹⁹². Kayyım da, kendisine kayyım tayin edilen kişiyi, kayyım tayinini gerektirmiş olan davada temsil eder(TMK m. 426; m. 459).

Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerle, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir. Çünkü, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerle, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar dava ehliyetine¹⁹³ sahip değildirler¹⁹⁴. İşte, dava ehliyeti bulunmayan bu kişiler, taraf oldukları davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler¹⁹⁵. Buna göre :

Dava ehliyeti olmayan bir kişi adına kanuni temsilcisi tarafından dava açılır¹⁹⁶. Kanuni temsilci davada taraf değildir; taraf, kanuni temsilci tarafından temsil edilen küçük veya kısıtlıdır. Kanuni temsilci ise, taraf olan küçük veya kısıtlının temsilcisi durumundadır. Bu sebeple, kanuni temsilci tarafından yapılan usul işlemleri, taraf olan küçük veya mahcur hakkında hüküm ifade eder¹⁹⁷.

¹⁹² Ancak, vasi, yalnız vasi tayini kararı ile, vesayeti altındaki kişiyi davada temsil edemez. Vasinin vesayeti altındaki kişi adına dava açıp takip edebilmesi(veya vesayeti altındaki kişiye karşı açılan davayı takip edebilmesi) için, vasiye sulh hukuk mahkemesi tarafından izin verilmiş olması gereklidir(TMK m. 462/8).

¹⁹³ Aslında dava ehliyeti, fiil ehliyeti kapsamındadır. Yani dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medenî usûl hukukunda büründüğü şekildedir. Dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine sahiptir. Ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak fiil ehliyetine sahip olabilmenin şartlarındandır. Fiil ehliyeti olmayan bu kimseler medeni hukukta tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz kimseler olarak adlandırılmaktadır bkz Akipek/ Akıntürk s. 300.

¹⁹⁴ Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar istisna hallerde dava ehliyetine sahiptirler. Bu haller şunlardır: Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişiye sıkı olarak bağlı haklarını kullanmada, kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse, bu meslek ve sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda, tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan serbest mal ve alacaklar için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptirler. Bu üç halde, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların, kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmelerine gerek yoktur (Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 270).

¹⁹⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 128.

¹⁹⁶ Kanuni temsilci, dava ehliyeti olmayan küçük veya kısıtlının yerine dava açabileceği gibi, bir vekil aracılığı ile de açtırıp, takip ettirebilir(Kuru- Hmu I s. 1050).

¹⁹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 271;Pekcantez/Atalay/Özekes-Usul s. 171;Akipek/Akıntürk s. 321.

Davaya vekâlet ehliyeti ise, davanın tarafları dışında üçüncü bir kişi olan kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyettir. Davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler Avukatlık Kanunu'nda hükme bağlanmıştır. Buna göre, bir kimse davasını kendisi bizzat takip etmek istemeyip, davasını vekil aracılığı ile temsil ettirmek isterse, yalnız davaya vekâlet ehliyeti olan kişileri vekil olarak seçebilir.

Davaya vekâlet ehliyeti ile kanuni temsil arasında yapılacak bir karşılaştırma sonunda şu farklılıkları tespit etmek mümkündür:

Kanuni temsilci, davada dava ehliyeti olmayan kimseleri, kendisine kanunla verilmiş temsil yetkisi ile, temsil(veli-vasi-kayyım sıfatıyla) etmektedir¹⁹⁸. Bu dava ehliyeti olmayan kimseleri temsilen dava açabilme yetkisi sadece, kanuni temsilcilere ait olduğu için, bu yetkiyi kanuni temsilcileri dışında kimse kullanamaz¹⁹⁹. Örneğin, dava ehliyeti olmayan kimse, doğrudan doğruya, davaya vekâlet ehliyeti olan bir vekile yetki verip kendisini temsil ettiremez. Çünkü, bu yetki kanuni temsilcilere aittir. Halbuki, dava ehliyeti olan kimseler, kendilerini bir vekil ile temsil ettirmek isterlerse, bu davaya vekâlet ehliyeti olan kimseler arasından istediğini seçip, kendisini davada temsil ettirebilecektir. Diğer bir deyişle, kanuni temsil yetkisine sahip olan kanuni temsilci, dava ehliyeti olmayan kimseleri davada temsil etmektedir. Davaya vekâlet ehliyetinde ise vekil, dava ehliyeti olan kimseyi(müvekkil) davada temsil etmektedir.

¹⁹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 272.

¹⁹⁹Bozer s. 245; Tunçomağ s. 247; Kuru- Dava Şartları s. 161.

Kanuni temsilciler kural olarak mahkeme kararıyla atanırlar(TMK m. 448vd; m. 458 vd). Bazı hallerde ise kanuni temsilciler, doğrudan doğruya kanun tarafından belirlenir. Diğer bir deyişle, kanuni temsilcilerin, bir kimseyi davada temsil edebilme ehliyeti ya mahkeme kararıyla ya da doğrudan doğruya kanun tarafından sağlanır. Davaya vekâlet ehliyetinde ise böyle bir durum yoktur. Zira, müvekkil vekilini, Avukatlık Kanunu'nda belirlenmiş olan davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerden her hangi birisini seçme serbestisine sahiptir.

Diğer bir fark olarak, kanuni temsilcilerin görevlerinden ayrılması ve görevlerini bırakması çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Örneğin, ergin olmayan çocuklarının üzerinde velâyet hakkına sahip olan ana-baba, velâyetin kaldırılması sebeplerinden biri gerçekleşmediği sürece(TMK m. 348), bu kimselerin kanuni temsilcileri olmaya devam eder. Yani, kanuni temsilci, menfaatlerini temsil ettiği kimse tarafından azledilemez²⁰⁰. Halbuki, davaya vekâlet ehliyetinde, vekil ile müvekkil arasında böyle bir ilişkiden söz edemeyiz. Zira, vekâlet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasında güven temeline dayanan bir ilişki olduğu için, kanun koyucu vekâletten azil ve istifayı her durumda mümkün kılmıştır. Müvekkil vekili her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Ayrıca, müvekkilin azil hakkı ile vekilin istifa hakkı da engellenemez²⁰¹.

²⁰⁰ Belgesay-Temsil s. 113.

²⁰¹ Tandoğan s. 429; Akipek-Alt Vekâlet s. 75;Esener s. 188-189; Özkaya s. 592; “Vekâletten azil hakkı mutlak olup, bunu takyid eden sözleşme muteber değildir. Bu itibarla, davacının vekiline verdiği vekâletnamede azil hakkını tahdit eden şart hüküm ifade etmez.”(2HD, 26.05.1972, 3257/3370, İBD, 1972/9-10, s. 947). “Ancak azil ve istifa durumunda taraflar birbirlerinden o ana kadar doğan alacaklar, yapılan masrafları ve meydana gelen zararları isteyebilirler.”(Özkaya s. 592).

Kanuni temsil ehliyetine sahip olan temsilciler ile davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekillerin, temsil ettikleri kişiler üzerinde hak ve yükümlülükleri de farklıdır²⁰². Zira kanuni temsilciler, temsil ettiği kimseler üzerinde onların menfaatleri ölçüsünde genel olarak her türlü kararı alabilirler(TMK m.339 vd). Örneğin, velâyet hakkına sahip olan ana baba, çocuğunun dini eğitimini bile belirleme hakkına sahiptir(TMK m. 341). Halbuki davaya vekâlet ehliyetine sahip olan vekillerin, temsil ettiği müvekkili üzerinde hak ve yükümlülükleri temsil belgesi ile sınırlıdır(HUMK m.63).

Kanuni temsil ile davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumlarının benzerlik göstermesinin sebebi ise, her iki kurumun da geniş anlamda temsil kurumunun kapsamında değerlendirilmesindedir²⁰³.

F . Davaya Vekâlet Ehliyeti ve Geçerli Vekâletname

Daha önce vekâletnamenin, bir kimseye verilen temsil yetkisini ve bunun kapsamını belirten yazılı belge olduğunu ve bunun da temsil belgesi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştik²⁰⁴.

Buna göre, eğer dava vekil aracılığıyla takip ediliyorsa, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması gerektiği gibi, geçerli bir vekâletnamesinin bulunması ve bunu mahkemeye ibraz etmesi de gerekir²⁰⁵.

²⁰² Kanuni temsilciler ile vekillerin hak ve yükümlülükleri ayrı bir tez konusu olabilecek kadar geniş olup, konumuz dışında olduğu için sadece farkı belirtilmekle yetinilmiştir.

²⁰³ Doktrindeki hukukçular, temsili kaynağına göre iradi(rızai)temsil ve kanuni(yasal) temsil olarak ikiye ayırmaktadırlar bkz Tunçomağ s. 246; Oğuzman/Öz s. 169; Kılıçoğlu s.134; Bozer s. 245.

²⁰⁴Bkz yuk. §.1, B, II, 1; “Yine dava ve iş takibi için, bir avukatlık ortaklığına vekâlet verilebilir; bu durumda vekâletname ortaklık adına düzenlenir ve ortaklık iş ve dava takibi için, bir avukatlık ortaklığına yetki belgesi verir. Bu yetki belgesi de vekâletname hükmündedir.”(Av.K.m. 56/V).

Vekil, vekâletnamenin aslını veya onanmış örneğini, dava dosyasına konulmak üzere, mahkemeye verebilir(HUMK m. 65)²⁰⁶. Ancak, vekâletname aslının veya onanmış örneğinin her dosya için ayrı ayrı verilmesi zorunludur(HUMK m. 67/IV). Zira, vekâletnamenin aslı veya onaylı örneği mahkemeye verilmedikçe vekil usuli işlem yapamaz(HUMK m.67/I)²⁰⁷. Dolayısıyla, vekil, vekil sıfatıyla katıldığı ilk celsede vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini mahkemeye vermekle yükümlüdür(HUMK m. 67/I).

Vekil aracılığı ile takip edilen davalarda, geçerli vekâletnamenin bulunması ve bunun mahkemeye verilmesi taraflara ilişkin bir dava şartıdır²⁰⁸. Bu nedenle mahkeme, vekilin vekâletnamesinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırır ve vekilden vekâletnamesinin aslını isteyebilir. Taraflardan her biri de, diğer taraf vekilinin vekâletnamesinin mevcut olmadığı, yeterli olmadığı veya usulüne uygun bulunmadığı hakkında her zaman itirazda bulunabilirler(HUMK m. 66)²⁰⁹.

²⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 243;Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.308.

²⁰⁶Avukat, iş sahibinin kendisine verdiği vekâletnamenin örneğini çıkarıp, bu örneğin aslına uygunluğunu imzası ile onaylayarak kullanabilir. İşte avukat kendi onayladığı vekâletname örneğini de, dava dosyasına konulmak üzere, mahkemeye verebilir(Av.K m.56/I;Av. Y. m.38).

²⁰⁷ Ancak gecikmesinde sakınca görülen haller varsa mahkeme kesin süre içinde vekâletnamenin getirilmesi şartı ile usuli işlem yapmasına izin verebilir(m.67/I). Örneğin, hak düşürücü süreye bağlı kamulaştırma davalarında gecikmenin zarar doğurması muhtemel olduğu için, vekile kesin süre içerisinde daha sonra vekâletnamesini mahkemeye ibraz etmek şartı ile, vekâletnamesiz dava açmasına izin verilebilir(Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 161).

²⁰⁸ Kuru-Dava Şartı s.174; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 308; Bilge/Önen-Yargılama s. 405; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 243.

²⁰⁹Kuru-Hmu II s. 1262;“Eski NMUK’nun 59.maddesi, vekil, temsil yetkisini yazılı olarak tevsik etmek zorundadır, hükmü amir idi. Çok mutlak olan bu kural uygulamada tatbik edilemedi. Bu nedenle, yeni NMUK’da, vekilin vekaletnamesini ibraz etmesinin, taraflardan birinin talebi üzerine veya hakim tarafından re’sen istenebileceği öngörmek ve vekaletname ibraz edilmediği takdirde bunun sonuçlarını düzenlemek cihetine gidilmiştir(Yeni NMUK m.59).”[(Bauer (çev: Öztekin s. 412)]; “Avukatın vekâletsiz dahi bir kimseyi icrada temsil edebilir. Ancak bu durumda icra memuru her zaman vekâletnamenin ibrazını talep edebileceği gibi, borçlu da vekâletnamenin ibrazını isteyebilir.”(Üstündağ-İcra s. 59).

G. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Taraflara İlişkin Bir Dava Şartı Olması

Vekil aracılığı ile takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması taraflara ilişkin bir dava şartıdır²¹⁰. Dava şartı(Prozessvoraussetzungen), bir davanın esasıyla ilgili yargılama yapılabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan hallerdir²¹¹. Davaya vekâlet ehliyetinin, taraflara ilişkin bir dava şartı olmasından dolayı, tarafın vekilinin davaya vekâlet ehliyetinin olup olmadığını mahkeme davanın başından sonuna kadar kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür²¹².

Aynı şekilde davanın taraflarından her biri, davanın başından sonuna kadar, karşı tarafın vekilinin davaya vekâlet ehliyeti olmadığı itirazında bulunabilir²¹³. Mahkeme dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince, davanın esasını incelemeye girmeksizin, davayı mesmu olmadığından usulden reddedecektir²¹⁴.

²¹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 308; Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 243; Bilge/Önen- Yargılama s. 405.

²¹¹ Kuru-Dava Şartı s. 111.

²¹² İcra hukukunda da davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir vekil tarafından yapılan takip işlemleri, kamu düzenini ilgilendirdiğinden, takibin devamı sırasında her zaman icra dairesince re'sen dikkate alınır(Muşul s. 156).

²¹³ İcra hukukunda, davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kimse tarafından vekil sıfatıyla yapılan talepleri, icra mahkemesi veya dairesi yerine getiremez; getirirse, böyle bir kişinin talebine dayanarak yapılan işlemler şikayet yolu ile iptal edilir(İİK m.16) bkz Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 110; Üstündağ-İcra s. 60; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes-İcra s. 83; Muşul s. 156.

²¹⁴ Kuru-Dava Şartı s. 111.

H. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Hukuk Yargılamasının Amacı İle İlişkisi

Hukuk yargılamasının amacının ne olduğu konusunda doktrinde uzun süren bir tartışma yaşanmıştır²¹⁵. Zira, yargılamanın amacının ne olduğunun saptanması, yargılamanın yürüyüş biçimini, taraflara ve yargıca düşen görevlerin ve yetkilerin neler olduğunu da belirleyeceği için, mutlak olarak gereklidir²¹⁶. Yargılamanın amacının belirlenmesinden sonradır ki, kanun koyucular, saptadıkları amaçtan hareket ederek hukuk yargılaması düzenini kurmaktadır²¹⁷.

Doktrinde hukuk yargılamasının amacının ne olduğu yönünde şu görüşler ileri sürülmüştür: Kendiliğinden hak almayı (ihkak-ı hakkı) ikame etmek, hukuk barışını gerçekleştirmek veya korumak, maddi gerçeğe ulaşmak²¹⁸, adalete ulaşmak veya adaletli karar vermek²¹⁹, hukuk düzenini gerçekleştirmek, hakları korumak, tespit etmek veya gerçekleştirmek gibi...²²⁰ Ancak, yargılama hukukunun amacı olarak, bugün tek bir amaç değil, bir amaçlar demetinin bulunduğu kabul edilmektedir²²¹. Ayrıca, şunu belirtmek gerekir ki hukuk yargılamasının amaçları da zaman içinde değişebilir. Zira, her kanun genel olarak, az veya çok, çıkarıldığı zamandaki hukuk politikasını ve hatta genel politikayı yansıtır. Örneğin liberal bir etkiyle hazırlanan

²¹⁵ Bkz hukuk yargılamasının amacı ile ilgili tartışmalar için: Taşpınar- Amaç s. 759 vd; Alangoya-İlkeler s. 82 vd; Üstündağ- Yargılama s. 1; Konuralp ispat s. 5. vd; Tercan- Eski s. 74 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes- Usul s. 41. ; Çobanoğlu s. 33 vd.

²¹⁶ Yılmaz-Islah s. 2.

²¹⁷ Alangoya-İlkeler s.84; Yılmaz-Islah s. 4; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 41.

²¹⁸ Tercan-Gerçek s. 182.

²¹⁹ Çeçen s. 7 vd; Çobanoğlu s. 103 vd.

²²⁰ Taşpınar- Amaç s . 759 vd; Bu konu hakkında bkz Rahmi Çobanoğlu, Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964.

²²¹ Yıldırım s. 34.

kanun ile sosyal usul anlayışı ile hazırlanan kanun arasında amaç bakımından farklar olabileceği gibi, zamanla amaçlarda değişiklikler de olabilir²²².

Öte yandan, yargılama hukuku sıkı şekil kurallarına bağlı bir hukuk dalıdır. Taraflar, yargılama süresince belirli sürelerle ve şekillere uyarak iddialarını ve savunmalarını yaparlar. Yargılama hukukunun sıkı şekil kurallarına tabi olması nedeniyle bu hukuk dalına şekli hukuk da denilmektedir²²³. Zira, hukuk yargılamasındaki etkinlik tümüyle taraflara bırakılmakta, hakimin yetkileri önemli ölçüde sınırlanmakta ve hakim adeta hakem konumuna getirilmektedir²²⁴. Hatta bu anlayışa göre, hukuk yargılaması şekli gerçek ile yetinmektedir²²⁵.

Hukuk yargılamasının şekli gerçekle yetinmesi, bu hukuk dalında geçerli olan taraflarca hazırlama ilkesi ile gerekçelendirilebilir. Zira, hukuk yargılamasında, kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir²²⁶. Bu ilke gereğince, dava malzemesinin toplanması, yani iddia ve savunmanın dayandığı vakıalar ve onları ispata etmek için gerekli olan deliller taraflarca getirilir²²⁷. Hakim, kural olarak taraflarca bildirilmeyen vakıaları kendiliğinden araştıramaz, inceleyemez, bu konuda taraflara hatırlatmada dahi bulunamaz(HUMK m.75/I).

²²² Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 41.

²²³ Yılmaz-Islah s. 50; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 44.

²²⁴ Yılmaz-Islah s. 3,4;Tercan-Eski s.74.

²²⁵ 19 uncu yüzyılın usulcileri medeni usulün amacını şekli gerçek olarak görmekteydiler. 19 uncu yüzyılın usulcileri için maddi gerçek medeni usulün sadece tesadüfi bir sonucu olabilir , yoksa amacı değil bkz Alangoya-İlkeler s. 48, 86.

²²⁶ Tercan-Gerçek s. 182.

²²⁷ Arslan/Tanrıver s. 179;Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 201;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 201.

Ancak günümüzde yargılama hukukunun amacının şekli gerçek olduğu görüşü eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, yargılama hukukunun amacı da, tıpkı ceza yargısı gibi, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Her iki yargı türü arasında, bu bağlamda herhangi bir farklılık olmadığı belirtilmiştir²²⁸. Bunun gerekçesi olarak da birden fazla usulün varlığı, birden fazla gerçek olmasından değil; gerçeğe varmak için, her usulde, ona uygun bir yönteme işlerlik kazandırılmış bulunmasından kaynaklandığı belirtilmiştir²²⁹. Zira, hukuk yargılamasında eşit bireyler arasında, özel hukuktan doğan menfaat uyuşmazlıkları söz konusudur²³⁰. Bireyler arası eşit menfaat çatışması vardır²³¹. Buna göre, taraflar arasındaki bu uyuşmazlığı en iyi bilen kimseler tarafından mahkemeye götürülmesi sebebiyle, davanın tarafları aktif hale getirilmiştir. Böylelikle, hukuk yargılamasında dava malzemesinin toplanmasında taraflara ağırlık tanınmasının sebebi bunun gerçeğe götürme ihtimali daha fazla olan yol olmasıdır; yoksa hukuk yargılaması şekli gerçekle yetinmez²³².

Dolayısıyla, hukuk yargılaması da sıkı şekil kuralları ile maddi gerçeğe varmaya çalışmaktadır. Çünkü, şekil kuralları, hakimin keyfi davranmasını engeller, taraflar için keyfiliğe karşı bir teminat oluşturur, taraflara eşit davranmasını sağlar, maddi hukukun eşit olarak uygulanmasını, yargılamanın güvenli ve emin olarak

²²⁸ "...bu ayırım, yapay bir ayırımdır ve bu, iki yargılama dalı arasında amaç bakımından bir fark olamaz; olsa olsa belki her iki yargılama dalına egemen olan ilkelerin ortaya çıkardığı bir sonuç olabilir. "Hukuk yargılaması biçimsel gerçeği arar" demek, doğru olmaz. Çünkü yapılan hukuk yargılaması sonunda mutlaka biçimsel gerçekliğe veya her ceza yargılaması sonunda mutlaka maddi gerçekliğe varılacak değildir...Bu yüzden, zamanımızda hukuk ve ceza yargılamaları arasında "biçimsel gerçeklik-maddi gerçeklik" ayırımı vardır demek zordur. Çünkü, tek gerçeklik vardır ve hukuk yargılaması(hangi ilkeleri uygularsa uygulasin) bu gerçekliğe(yani maddi gerçekliğe) varmayı amaçlamaktadır."(Yılmaz-İslah s. 7,8).

²²⁹ Alangoya-İlkeler s. 87.

²³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 44.

²³¹ Tercan-İsticvap s. 42.

²³² Alangoya-İlkeler s. 89;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 27;Tercan-Eski s.75;Tercan-Gerçek s. 182.

yürümesini sağlar. Böylelikle şekil kuralları, gerek tarafların, gerekse mahkemenin belirli işlemleri belirli şekillerde, belirli sürelerde, yapılmasını gerektirir²³³.

Ancak hukuk yargılamasındaki bu şekil kurallarının, yani usul kanunlarının ve kanun metinlerinin, hukuk eğitimi almış olamayan sıradan kişiler için, anlaşılması doğal olarak son derece güçtür²³⁴. Zira, şekil kuralları, maddi hukuka göre doğan hakkın, usul hukukunun belirlediği şekilde ve sürede kullanılmasını gerektirdiği için; bu şekil ve sürele uyulmazsa, bu takdirde, şekli hukuk, maddi hukukun önüne geçmekte ve maddi hukuka göre doğan hak, şekli hukuka, yani usul hukukuna göre sona erebilmektedir. Bu durumda yargılamanın asıl amacı olan maddi gerçeği bulma ve adaletli karar verme bir yana itilip, şekli gerçek ortaya çıkmaktadır. İşte hukuk yargılamasının sıkı şekilciliğin yol açabileceği bu durumun önlenmesi, yani şekli gerçeğin maddi gerçeğin önüne geçmesinin engellenmesi için, kanunla bazı kimselere vekil sıfatıyla başkaları adına usul işlemleri yapabilmesi amacıyla, davaya vekâlet ehliyeti verilmiştir. Dolayısıyla davaya vekâlet ehliyeti olan bu kişiler taraf temsilcisi olarak, usul hukukunun engellerinin aşılmasında ve yürürlükteki hukuk çerçevesinde müvekkilin subjektif menfaatlerini temine yardımcı olmaktadır²³⁵.

²³³ Tercan-Eski s. 76.

²³⁴ Genel olarak hukuk kuralları ile hukuki sorunlar genel çözümlere bağlanır ve bu çözümlerle de adalet sağlanmaya çalışılır. Burada maddi anlamda yargılama faaliyetini, genel olarak, pozitif hukuk kurallarının bağımsız mahkemelerce somut olaya uygulanarak bir karar verilmesi şeklinde tanımlayabiliriz. İşte, burada yargılamanın amacı, yargılamanın yürüyüş şekli, taraflara, vekillere, hakimlere düşen görev ve yetkilerin tespiti açısından da önemlidir. Böylelikle, yargılamanın amacından hareketle bir hukuk düzeni oluşturulmaya çalışılır. Ancak, oluşturulmak istenen bu hukuk düzeni karmaşık bir yapıya sahip olabilir bkz Karayalçın-Metod s. 98; Tercan-Eski s. 74.

²³⁵ Sungurtekin Özkan s. 419.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, davaya vekâlet ehliyetinin çifte işlevinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Zira, davaya vekâlet ehliyeti olan kimse, taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermesinin yanı sıra, aynı zamanda adaletin gerçekleştirilmesi faaliyetine ortak olan, yargılama faaliyetine katılan kişi olmaktadır²³⁶. Böylelikle davaya vekâlet ehliyeti hukuki kurumu ile hukuk yargılamasında şekli gerçeğin, maddi gerçeğin önüne geçmesi engellenmek istenmiştir. Zira, şekil yargılamada bulunmalı; ancak bu, gerçeği bulmaya, haklıyı ve haksızı ayırt etmeye yarayan, hakkaniyete uygun bir şekilde olmalıdır²³⁷. Aksi takdirde, toplumdaki insanların hukuk yargılamasına güveni kalmayabilir ve dolaylı olarak bu durum toplum düzenini veya barışını bozabilir²³⁸.

²³⁶ Sungurtekin Özkan s. 107; Aday-Genel Esaslar s. 14,15;“Avukat(vekil) yargılama faaliyetine katılarak, iddia(tez)- savunma(antitez)- karar üçlüsünün, savunma, yani antitez ile ilgili kısmına ilişkin görevler üstlenmek suretiyle, adil karara ulaşılması sürecine katkıda bulunur.”(Sungurtekin-Özkan s. 35) .

²³⁷ Yılmaz-Islah s. 52.

²³⁸ Taşpınar-Amaç s. 775.

İKİNCİ BÖLÜM

DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLAN KİMSELER

§ 3. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLAN KİMSELER

A. Genel Olarak

Davaya vekâlet ehliyetini, davanın tarafları dışında üçüncü bir kişinin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyet olarak tanımlamıştık¹. Hakkı ihlal edildiğini düşünen bir kimse, hakkını mahkemelerde bizzat aramak istemeyip, kendini bir vekil ile temsil ettirmek isteyebilir. İşte böyle bir durumda, taraflar kendilerini vekil aracılığıyla temsil ettirmek istiyorlarsa, bu vekilin, kanunda belirtilmiş olan, davada vekil sıfatıyla bulunabilen kimselerden olması gerekir(Av.K. m. 35/I).

Daha önceden de vurgulandığı üzere², maddi hukuka göre ayırt etme gücü olan herkes, başka bir kimse adına hukuki işlemler yapabilmesi için vekil tayin edilebilir. Ancak, usul hukukuna göre bir kimsenin vekil sıfatıyla davada usuli işlemler yapabilmesi için, yalnızca ayırt etme gücünün olması yetmez. Yani, maddi hukuka göre ayırt etme gücü olan herhangi bir kimseyi vekil tayin etmek mümkündür. Ancak, maddi hukuka göre tayin edilmiş bu vekilin, vekâletnamesinde dava açmak veya dava ile ilgili bir işlem yapabilmesi için bir yetki verilmiş olsa dahi,

¹ Bkz yuk. §.2, B.

² Bkz yuk. §. 3, E.

bu kimse, vekili olduğu kimse adına dava açamaz, dava ile ilgili işlem yapamaz³. Zira, bir kimsenin, bir başkası adına dava açabilmesi, onun adına dava ile ilgili işlemler yapabilmesi için davaya vekâlet ehliyetinin olması gerekir.

Davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler ise, Avukatlık Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. Avukatlık Kanunu'nda sayılmış olan bu kimseler dışında, kimse davaya vekâlet ehliyetine sahip olamaz. Aşağıda, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseleri inceleyeceğiz.

B. Avukatlar

I. Genel Olarak

Avukat(advocatus) kelimesi lâtineden alınma bir kelimedir⁴. Avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi olarak, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan kişi, olarak tanımlanabilir⁵.

³“Kural olarak avukatlardan başka kişiler, Borçlar Kanunu'na göre vekil tayin edilebilir; fakat vekâletnamelerinde dava açmak ve takip etmek için açık bir yetki olsa bile vekil sıfatıyla dava açmazlar ve takip edemezler.”(Kuru-Hmu II s. 1245).

⁴ Erdoğan s. 8; “Arap ülkelerinde ‘vekil’, Belçika’da ‘Avocat’, ‘Advocat’vd ‘Rechtsanwalt’, Danimarka, Norveç ve İsveç’te ‘Advokat’, Finlandiya’da ‘Asianajaja’, İzlanda’da ‘Lögma-ur’ Fransa’da ‘Avocat’, ‘Avue’, İngiltere, İskoçya, İrlanda’da ‘Solicitor’ ve ‘Barrister’, İtalya’da ‘Avvocato’, Lüksemburg’da ‘Avocat’, ‘Abokatu’ Almanya’da ‘Rechtsanwalt’ ve Yunanistan’da ‘Dikigoros’ olarak anılmaktadır.”(Güner s. 15; Özkent s. 178-283).

⁵ Güner s. 65; Özkent-Medenilik s. 36.

Avukatlığın tarihçesine bakacak olursak, ilk önce Eski Yunan ve Roma hukukuna bakmamız gerekir⁶. Eski Yunan’da önceleri, taraflar hakim önüne bizzat gitmeye mecburdular⁷. Solon Kanunu’nda da, kural olarak bu ilke geçerliydi; ancak, hakim önüne giden tarafa bir akrabası veya arkadaşının yardım etmesi ve tarafın açıklamasını tamamlaması imkanı da vardı⁸. Bunlar sonradan “synagore” ismini aldılar⁹. Daha sonraki zamanlarda, taraflara önceden savunma hazırlayan ve “logographes” “legographes”(logograf’lar) adı verilen yardımcıları ortaya çıkmıştır¹⁰. Bunlar, hakim önünde söylenecek olan sözleri, ücret karşılığında, yazılı olarak taraflara verir, taraflarda bunları ezberleyerek hakim önünde tekrar ederdi¹¹. Daha sonraki dönemlerde, tarafların, aldıkları metinleri iyi ezberleyememeleri, şaşkınlıkları veya unutmaları nedeniyle, logograflar, tarafların yanında bulunmaya başladılar¹². Daha sonra logografalar, avukat haline geldiler¹³.

Eski Yunan’da esirler, köleler, ahlaka aykırı işlerle uğraşanlar ve kadınlar avukatlık yapamazlardı. Avukatlığı, ancak hür(özgür) olan kişiler yapabiliyordu¹⁴. Roma’da da yalnız erkekler avukatlık yapabiliyorlardı. Kadınlar avukatlığa ehil

⁶“Avukatlık, medenilikle başlamıştır. İnsanlık kadar eskidir denilse mübalağa edilmiş olmaz.”(Özkent-Medenilik s. 28).

⁷ Erem- Roma s. 849.

⁸ Yılmaz- Avukatlık s. 193.

⁹ Erem-Şerh s. 295.

¹⁰ Aday-Genel Esaslar s. 2;Yılmaz- Avukatlık s. 193.

¹¹ Erem-Roma s. 849.

¹² Yılmaz- Avukatlık s. 193.

¹³ Erem-Roma s. 850; Erem-Şerh s. 296;Yılmaz- Avukatlık s. 193.

¹⁴Yılmaz-Avukatlık s. 193.

sayılmıyorlardı¹⁵. Davada, tarafın yanında yardımcı olarak yer alma(advocatus) ile davada vekâlet birbirinden ayırdı ve önceleri yalnız tarafın yanında yardımcılık(patronus-bestand) caiz tutulmuştu¹⁶. Bu dönemde patron olmak sıfatıyla patrisyenler(patronlar), mukaddes kuralları bildikleri için tarafların savunmalarını yapmaktaydılar¹⁷. “Advocareler” ise cinayet davalarında, sanıkların, yanlarında bulunmaları ve kendilerine yardımcı olmak üzere dost kişiler için kullanılıyordu¹⁸. Tarafların bizzat mahkeme önünde bulunmaları kuralı, “formula rejimi” zamanın da kaldırıldı ve taraflar kendilerini bir “cognitor” veya “procurator” ile temsil etmeye başladılar¹⁹. Daha sonra ise, “patron” yerini “avukat(advocatus)” aldı²⁰.

İslam hukukunda ise gıyap müessesesi olmadığı için, avukatların görevlerini yapan ve kendilerine “vekil” denilen kimseler vardı²¹. Yani, bir hukuk davasının taraflarından biri kadının huzuruna gelmezse onun gıyabında duruşma yapılamazdı. Onun için kadı, mahkeme huzuruna getirilmesi mümkün olmayan davanın taraflarına vekil tayin ederdi²².

¹⁵Erem-Roma s. 851; “Kadınlar, evvela babalarının, evlenince de kocalarının otoritesine bağlı olduklarından avukatlığa ehil sayılmazlardı.”(Erem-Şerh s. 297).

¹⁶ Yılmaz- Avukatlık s. 194; Aday- Genel Esaslar s. 2; Güner s. 27.

¹⁷ Erem-Roma s. 195.

¹⁸ Yılmaz- Avukatlık s. 194.

¹⁹ Özkent s. 179.

²⁰ Aday- Genel Esaslar s. 3; Erem-Roma s. 851.

²¹ Ünal-Özkorkut s. 148; Aday- Genel Esaslar s. 5; Ansay-İslam Hukuku s. 338; “İslam hukukunda vekâlet peygamberimizle başlamıştır.”(Özkent s. 46).

²² Ansay-İslam Hukuku s. 338; Güner s. 34.

Ancak, bu vekiller, bir avukat gibi her hukuki sorunda kendilerine danışılan kimseler olmamıştır²³.

Ülkemizdeki durum ise:

Evliya Çelebi, Seyahatnamesi'nde yazıcılardan (arzuhalciler) bahseder²⁴. Hukukumuzda, avukatlığın temeli arzuhalcilerle başlamıştır²⁵. Ancak arzuhalcilik yapabilmek için bir takım şartlar aranıyordu. Arzuhalcilik için, ocaktan yetişmek ve çavuşbaşından ruhsatname almak gerekli kılınmıştır²⁶. Arzuhalcilerin, bilgili, miri hukuku bilen, halkın işini bozan hareketlerden kaçınan, tecrübe edinmiş kişiler olması gerekiyordu²⁷.

Tanzimat dönemi ile birlikte, şer'îye mahkemeleri yanında nizamiye mahkemelerinin kurulması ile davadaki vekillik ile ilgili yeni hükümler getirilmiştir²⁸. Nizamiye mahkemelerinin kurulması sebebiyle, yabancıları temsil etmek üzere, yabancı avukatlar dava vekilliği yapmaya başlamıştır²⁹.

²³“İslam Hukukunda ‘itfa’ kurumu (yani, şer’î bir sorun hakkında cevap verilmesi) olduğu için, hukuki görüşlerden para karşılığı yararlanılan avukatlara gereksinim duyulmadı.”(Aday- Genel Esaslar s. 5).

²⁴ Özkent s. 47.

²⁵ Ünal-Özkorkut s. 150; Yılmaz-Avukatlık s. 196; Tanyer s. 271 vd.

²⁶ Özkent s. 7; Tanyer s. 272.

²⁷ Özkent s. 47; Erman s.173; Arzuk s. 20.

²⁸ Yılmaz-Avukatlık s. 197.

²⁹ Yılmaz- Avukatlık s. 197; İnanıcı s. 818.

Dava vekâletine ilişkin olarak atılan önemli adımlardan biri de 1876 tarihinde çıkarılan Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamedir³⁰. Bu nizamname ile dava vekilliği mesleği ilk kez düzenlenmiştir³¹. Bu nizamname ile dava vekilliği hukuk öğrenimi şartı yanında, dava vekillerinin görev, yetki ve sorumluluklarını belirtiyordu³².

Daha sonra, TBMM tarafından 3.4.1924 tarihinde 460 sayılı Kanun kabul edildi. Muhamat Kanunu, avukatlığın meslek haline gelişini hukuki temele oturtan ilk yazılı belgedir³³. Bu düzenleme ile avukat olabilmek için, Türk vatandaşı olma şartı getirilmiştir³⁴. 6.1.1926 tarihinde çıkarılan 708 sayılı Kanun ile “muhamat” – “avukatlık”, “muhami”- “avukat” olarak değiştirilmiştir³⁵. Daha sonra 27.6.1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu kabul edilmiş; 7.7.1969 tarihinde ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Yabancı hukuklardaki avukatlık ise şu şekildedir:

İngiltere’de avukatlık³⁶, “Solicitors” ve “Barrister” olmak üzere iki gruba ayrılmıştır³⁷. İngiliz hukuk sistemi, Anglo Sakson Hukuku olarak, Kıta

³⁰ Ünal-Özkorkut s. 152; İnanıcı s. 818.

³¹ Yılmaz-Avukatlık s. 197; Güner s. 40; Ünal-Özkorkut s. 152.

³² Yılmaz- Avukatlık s. 197.

³³ İyimaya-Muhamat s. 167.

³⁴ İyimaya-Muhamat s. 171.

³⁵ Aday- Genel Esaslar s. 9.

³⁶“İlk önceleri İngiltere’de avukatlık “Attorney” ve “Barrister” olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Attorney dava hazırlığını yapıyor ve mahkeme önüne getirilmesini sağlıyordu. Barrister ise, duruşmalara katılıyor ve mahkemedeki yargılama işini yapıyordu. Ayrıca Barrister’ların içinde daha kıdemli ve eski olanlara “Serjeant” deniliyordu. XVIII. yy.’da Serjeant ve Attorney isimli görev ve unvanlar kaldırıldı.”(Güner s. 31-32; İnal-İngiliz s. 245).

³⁷ Akipek s. 17; Şehirli-İngiltere s. 427; Oğuz-Karşılaştırmalı s. 277; Schiltz/Pfeifer(çev:Kılıç) s. 223.

Avrupası'ndaki ve dolayısıyla ülkemizdeki avukatlık sisteminden farklı özellikler taşımaktadır³⁸. Solicitorslar, müvekkillerle ilk bağlantı kurma tekeline sahip olan, farklı konularda hukuksal yardımda bulunup öneri ve görüşlerini bildiren kişiler olup, kural olarak mahkeme huzuruna çıkmayan bir tür danışma avukatıdır³⁹. Ancak müvekkillerini alt derece mahkemelerde temsil edebilirler⁴⁰. Solicitorsların danışmanlık yaptıkları konulara örnek olarak vasiyetname düzenlenmesi, taşınmaz idaresi, devir işlemleri verilebilir⁴¹. Solicitor adayları, kural olarak hukuk mezunu olmakla birlikte, bu bir zorunluluk değildir⁴². Üniversitede hukuk dışında bir bölüm bitiren kişinin de "Genel Mesleki Sınav" (Common Professional Examination) denilen sınavı başararak koşuluyla solicitor olarak çalışmasına bir engel yoktur⁴³.

Barristerlar ise duruşma avukatlarıdır⁴⁴. "Bar" ismi verilen baroya kayıtlı bulunan barrister, kendilerine solicitorslar tarafından sunulan hukuki problemler hakkında görüş bildiren ve asıl olarak da davayı duruşma safhasında mahkemede yürüten avukatlardır⁴⁵. Müvekkilleri ile doğrudan ilişki halinde olmayıp, üst mahkemelerde dava izleme tekeline sahiptirler⁴⁶. Barristerların , hukuk mezunu

³⁸ Şehirli- İngiltere s. 427.

³⁹ Yalçınkaya s. 153; İnal s. 586; Şehirli-İngiltere s. 428.

⁴⁰ Akipek s. 47; Aday-Amerika s. 610.

⁴¹ Solicitor bürolarının en ağırlıklı olarak çalıştıkları alan gayrimenkullere ilişkindir. Solicitorsların bu alanda bir tekele(conveyancing monopoly) sahip oldukları bile söylenebilir."(Oğuz-Karşılaştırmalı s. 122).

⁴² Şehirli-İngiltere s. 429.

⁴³ Akipek s. 47.

⁴⁴ Şehirli-İngiltere s. 434; Yalçınkaya s. 148; İnal s. 586.

⁴⁵ Akipek s. 47.

⁴⁶ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 278; Akipek s. 48.

olmaları veya başka bir daldan mezunsa gene CPE sınavından başarılı olmaları gerekir⁴⁷.

Görüldüğü gibi, İngiliz hukukunda avukatlık, barrister(uzman avukat-duruşma avukatı) ve solicitor(genel hukuk danışmanı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatlık mesleği çeşitli sınıflara ayrılmıştır. Duruşma avukatı(trial lawyer), aile avukatı(family lawyer) ve şirket avukatı(corporation lawyer) şeklinde sınıflara ayrılmıştır⁴⁹. Amerikan toplumunda avukatlar, mesleklerini hem danışman(counselor) ve hem de eylemci(activist) olarak icra ederler⁵⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatlar, sadece kendi eyaletlerinde avukatlık hizmeti yapabilecek şekilde ruhsatlandırılırlar. Bu nedenle, herhangi bir avukatın kendi eyaleti dışında avukatlık yapması yasal olarak mümkün değildir⁵¹.

Almanya'da ise avukatlık, Federal Avukatlık Kanunu(BRAO-Bundesrechtsanwaltsordnung) ile hükme bağlanmıştır⁵². Almanya'da da önceleri bir kişinin kendini yargıç önünde temsil ettirmesi kabul edilmiyordu. Ancak daha sonra,

⁴⁷ Şehirali-İngiltere s. 434.

⁴⁸ F.Schiltz/Pfeifer(çev:Kılıç) s. 223; Şehirali-İngiltere s. 440; "Bugün için barrister ve solicitorslar arasındaki bu farkın olması, duruşmaları uzatması, yargıyı pahalılaştırması sebebiyle tartışılmaktadır."(Oğuz-Hukuk Eğitimi s. 20).

⁴⁹ Coşar-Kurultay2004 s. 546.

⁵⁰ Coşar-Kurultay2004 s. 547.

⁵¹ Coşar-Kurultay2004 s. 548; Bezginci s. 426.

⁵² Oğuzhan s. 175; Caner s. 24.

davalarda tarafların yerine konuşan, tarafların onaylaması halinde bu savunmaları geçerlilik kazanan, kimseler(Vorsprecher veya Fürsprecher) ortaya çıkmıştı⁵³.

Almanya’da herkesin kendisini mahkemelerde, hakim önünde kendi seçtiği avukat(Rechtsanwalt) ile temsil ettirmeye ve danışmaya hakkı vardır⁵⁴. Alman hukuku avukat olabilmeyi, yargıç olabilme hakkına bağlamıştır. Yargıçlığa ehil olabilen kimse, avukat da olabilir⁵⁵. Ancak, Almanya’da son zamanlarda, yıllardan beri hukuk öğreniminin “hakim odaklı” yapılması eleştirilmekte, eğitimin avukat yetiştirmeye yönelmesi gerektiği yönünde çalışmalar vardır⁵⁶. Bunların dışında avukat olabilmek için belirli bir süre staj ve sınavı başarma koşulu vardır⁵⁷.

Almanya’da bir eyalette avukat olmaya hak kazanmış olan kimse, herhangi bir eyalette de avukat olmaya talip olabilir⁵⁸. Ancak, Alman hukukunda avukat olarak bir baroya kaydolun kimsenin ülke çapında ve bütün mahkemelerde çalışabilmesi, lokalizasyon ilkesi sebebiyle öngörölmüş değildir⁵⁹. Buna göre, her avukat, yasadaki istisnaların dışında, ancak olağan yargı kuruluşları (sulh mahkemeleri, eyalet

⁵³ Güner s. 28.

⁵⁴ Caner s. 24; “Federal Avukatlık Yasası’nın § 43c/2 hükmü uyarınca, Almanya’da idare, vergi, iş, sosyal, aile, ceza ve aciz hukuku alanlarında uzman avukatlık unvanları verilmektedir.”(Şehirali-Uzman s. 87).

⁵⁵ Yurtcan s. 897; Güner s. 6.

⁵⁶ Arslan/Taşpınar s. 17.

⁵⁷ Yurtcan s. 897.

⁵⁸ Yurtcan s. 897.

⁵⁹Yurtcan s. 900; “Lokalizasyon ilkesi, bir avukatın önceden izin alması şartıyla belirli mahkemelerde avukatlık yapma hakkı bulunacağını ifade eder.” (Sungurtekin-Özkan- s. 113). Lokalizasyon ilkesi için bkz Sungurtekin-Özkan- Sempozyum s. 148,149.

mahkemeleri, eyalet yüksek mahkemeleri ve federal mahkeme) içinde belirli mahkemelerde görev yapabilir⁶⁰.

Avusturya’da avukatlık yasa ile düzenlenmiştir⁶¹. Ancak, Avusturya’da lokalizasyon ilkesi benimsenmediği için, avukatlık yapma hakkını elde eden kimse Avusturya Cumhuriyeti’nin sınırları içinde bütün mahkemelerde mesleğini icra edebilecektir⁶². Avusturya’da avukat olabilmek için, hukuk öğreniminin tamamlanması, belli bir süre staj ve sınavı başarma koşulları öngörülmüştür⁶³.

İsviçre hukukunda ise avukatlık, federal hukuk durumuna gelmeyip; yargılama hukuku gibi kantondadır⁶⁴. İsviçre Federal Anayasası avukatlık mesleğinin icrası için sahip olunması gereken şartları kantonal hukuka bırakmaktadır⁶⁵. Dolayısıyla, avukat olarak çalışmak isteyen kimse, bulunduğu yerdeki avukatlık listesine yazılmak zorundadır⁶⁶. Bir kantonda avukat olarak çalışmak hak ve yetkisini elde eden bir avukat, kural olarak mahkemelerin bütün derecelerinde görev yapabilir⁶⁷.

Fransız hukukunda, 1990 yılına kadar, davanın hazırlık safhasını(birinci safha) “avoué” denilen kimselerce hazırlanır, ikinci safha için bir vekil bulundurulmak

⁶⁰ Yurtcan s. 901.

⁶¹ Yurtcan s. 907.

⁶² Yurtcan s. 909.

⁶³ Yurtcan s. 908.

⁶⁴ Yurtcan s. 909.

⁶⁵ Sungurtekin-Özkan s. 113;Yurtcan s. 909.

⁶⁶ “1999 yılında ‘Ortak Avukatlık Kanunu’ çıkarılmıştır. Bu kanunun görevleri, avukatlık mesleğinin icrasında avukatların kantonlar arasında serbest çalışmalarını genel ilkelerini belirleme, disiplin hukukunu federal düzeyde uyumlu hale getirmek ve avukatlar için bütün Avrupa’da serbest çalışma hakkına sahip olabilmeleri için temel oluşturmaktır.”(Oğuz-Karşılaştırmalı s. 244).

⁶⁷ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 244.

istenirse bu, ayrı bir sınıf olan “avocat”lar arasından seçilirdi⁶⁸. Diğer bir ifadeyle, Fransız hukukunda da aynı İngiliz hukukundaki gibi, ikili bir dava vekilliği teşkilatı vardı. Buna göre, “avoué”nin görevi, iş sahibinin “avocat”la temasını sağlamaktı⁶⁹. Zira, iş sahibinin doğrudan doğruya avukatla görüşmesi yasaktı. “Avocat” ise, herhangi bir baroya kayıtlı olup, hukuki mütalaalar veren, tarafları yargı organları önünde temsil edebilen ve hukuki sözleşmeleri kaleme alma yetkisi olan kimseydi⁷⁰. Ancak, 1971 ve 1990 yıllarındaki reform kanunları ile, “avocat” ve “avoué” ayrımı kaldırılmıştır ve artık yalnızca, “avocat” vardır⁷¹. Ancak çok kısa zaman öncesine kadar bu ayrım devam ettiği için etkilerini hala göstermektedir⁷².

Bir de Fransa’da avukatların dışında, “dava temsilcisi” denen, sadece tek bir yargılama işleminde (temyiz mahkemesi-supreme court) görev yapabilen, adalet bakanı tarafından atanan, bakanlık memurları vardır⁷³.

Son zamanlarda Fransa’da, “Adalet ve Hukuk evleri” vasıtasıyla, vatandaşlara hukuki konularda ve hukuki uyuşmazlıkların çözümü için dostane çözümler öneren birimler kurulmuştur⁷⁴.

⁶⁸ Ansay-Yargılama s. 72; Oğuz-Karşılaştırmalı s. 143.

⁶⁹ Ansay-Yargılama s. 72.

⁷⁰ Huber(Çev:Centel) s. 253-254.

⁷¹ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 143.

⁷² Oğuz-Karşılaştırmalı s. 143.

⁷³ Huber(Çev:Centel) s. 254-255.

⁷⁴“Sosyal, ticari ve ekonomik ilişkilerin gelişmesine paralel olarak tüm dünyada hukuk sistemleri daha karmaşık hale gelmiştir. Bu karmaşık yapı hukukun bir objesi olan sade bireylerin hak ve sorumluluklarını bilmesi ve ihtiyaç duyduğunda bu yolu kullanabilmesi önünde bir engel oluşturmaktadır. Bu nedenle Fransa’da vatandaşlara hak ve sorumlulukların anlatılması ve bir hukuki uyuşmazlık halinde hangi mercilere ne şekilde başvuracağı konusunda bilgi verilmesi suretiyle hukuki

İtalya’da da belli süre hukuk eğitiminden sonra, staj ve sınavın kazanılması ile bir kimse avukatlığa adım atabilir. Ancak, bu kimselerin her alanda taraflarını temsil etmesi ise, çalıştıkları zaman ile orantılı olarak değişecektir⁷⁵.

İtalya’da ise avukatlar “avvocati” ve “procuratori” olarak iki gruba ayrılmakta; avukatiler, hukuki konularda danışmanlık yapmakta, procuratoriler ise, İtalyan mahkemelerinde duruşma avukatı olarak faaliyet gösterebilmektedirler⁷⁶. Procuratore legale, izin aldığı yüksek mahkeme bölgesindeki bütün mahkemelerde görev yapabilir⁷⁷. Procuratore legale, altı yıl görev yaptıktan sonra, ya da “esame di procuratore” sınavını kazandıktan iki yıl sonra, Register der Avvocati siciline yazılıp; izin belgesinin verildiği bölgenin dışında da görev yapabilir⁷⁸.

II. Avukat Olabilmek İçin Gerekli Şartlar

1. Olumlu Şartlar

a. Vatandaşlık Şartı

Avukatlık Kanunu’na göre, avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gereklidir(Av.K. m. 3/a). Diğer avukatlığa kabul şartlarını taşıyan kimse, ancak TC. vatandaşı ise, ülkemizde avukatlık mesleğine

yardımda bulunulması amacıyla çeşitli yasalar kabul edilmiştir.”Ayrıntılı bilgi için bkz Fahrettin Hekimoğlu; Fransa’da Hukuki Danışmanlık Ve Arabuluculuk Uygulaması(ABD 2002/2, s. 33-38).

⁷⁵ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 169.

⁷⁶ Güner s. 130.

⁷⁷ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 169.

⁷⁸ Oğuz-Karşılaştırmalı s. 169.

kabul edilebilir. Anayasa'nın 16. maddesi ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. İşte, Avukatlık Kanunu'ndaki bu düzenleme ile, yabancılar için böyle bir sınırlama getirilmiştir.

Ülke vatandaşı olma şartı, bugün bir çok ülkede, kendi vatandaşına münhasır kılınmıştır. İngiltere, Fransa, Almanya, Avusturya, İtalya ve İsviçre ülke vatandaşı olma şartını aramaktadır⁷⁹. Ancak son zamanlarda Avrupa Birliği üyesi ülkeler içinde avukatlığın serbest dolaşımı hakkında yönergeler(örneğin; Avukatlık Hakkının Kazanıldığı Ülke Dışında Bir Başka Üye Ülkede Avukatlık Mesleğinin Daimi Olarak İcrasını Kolaylaştırması Hakkında Yönerge gibi) çıkarılmakta ve vatandaşlık şartı aşılmaya çalışılmaktadır⁸⁰. Buna göre, bu gibi ülkelerde Avrupa Birliği üyesi vatandaşı olan ve olmayan ayrımı yapılmakta, Avrupa Birliği üye ülke vatandaşı bu yönergelerden yararlanabilmektedir⁸¹.

Kanaatimizce, Avrupa Birliği'ndeki bu gelişmelerden Türkiye'nin etkilenmemesi imkansızdır⁸². Zira, ileride Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olması durumunda, Türkiye'de avukat olabilmek için gerekli şartlardan olan T.C. vatandaşı

⁷⁹ Güner s. 129-130; Sungurtekin-Özkan s. 111-113; Özkent s. 178-283.

⁸⁰ “Buna göre, en az 3 yıllık mesleki eğitim alan, diplomasının tanınması için üye ülkeye başvuran kişi avukatlık mesleğini o ülkede icra edebilecektir.”(Arslan/Taşpınar s. 21); Bu konu hakkında bkz Avukatlıkta Serbest Dolaşım ve Yerleşme :Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı,C.III, s. 369-384 .

⁸¹ Özkan s. 55 vd; Özkan-Avrupa s. 134 vd.

⁸²Nitekim, 2001 yılında yapılan, Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinde yapılan değişiklikle yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortakları, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularıyla sınırlı olmak üzere çalışma imkanı verilmiştir (bkz Av.K. m. 44/B,4.cümle).

olma şartı geçerliliğini yitirecektir⁸³. Diğer bir ifadeyle, T.C. vatandaşı olmayan kişilerde, Türkiye’de davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilecektir.

b. İkametgâh Şartı

Avukatlık Kanunu’na göre, her avukatın levhasına yazılmak istediği baro bölgesinde ikametgâhı bulunması zorunludur(Av.K. m. 3/e)⁸⁴.

İkametgâh şartının aranması, avukatın o yerde mutaden mesleğini yürüttüğü, mutad çalışma saatlerinde kendisine o yerde ulaşabileceği ve konutunun bürosundan uygun uzaklıkta bulunması sebebiyle, büronun çalıştırılmasının güç olmayacağı düşüncesine dayanır⁸⁵.

c. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Avukatlık Kanunu’na göre, avukat olabilmek için; Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunması lazımdır(Av.K. m. 3/b).

⁸³“Türkiye’de avukatlık yapabilmenin şartı olarak Türk vatandaşı olma şartı 460 sayılı Muhamat Kanunu ile getirilmiştir. Bu Kanun’dan önce yabancı kimseler Türkiye’de avukatlık yapabiliyorlardı.”(Özkent s. 64,109); “Bugün bizde bir-iki istisna dışında , yabancı kişilerin avukatlık yapabilmeleri mümkün değil, sınırlamalara tabi; ama öyle sanıyorum ki, bunlara da yavaş yavaş alışacağız.”(Yılmaz-Mercek s. 379).

⁸⁴“İkametgâh şartı ise Medeni Kanun’da tanımlandığı şekliyle, yani yerleşmek niyetiyle oturlan yer olarak anlaşılmamak gerekir. Hele Nüfus Kanunundan yola çıkan ve ancak nüfus kayıtlarının bulunduğu yeri ikametgâh sayan Yargıtay uygulamasının burada yeri olmamalıdır. Levhasına yazılmak istenilen baro bölgesinde bu anlamda bir ikametgâhı bulunmamakla birlikte sürekli oturuyor olmak, mesleğe kabul açısından yeterli sayılmalıdır.”(Aday-Genel Esaslar s.25); Aynı görüşte olan Güner s. 149.

⁸⁵ Sungurtekin Özkan s. 113.

Görüldüğü gibi, bir kimsenin avukat olabilmesi, ancak bir hukuk fakültesi bitirebilme şartına bağlı tutulmuştur⁸⁶.

d. Staj Bitim Belgesi Almış Olmak

Bir kimsenin avukat olabilmesinin diğer şartı, avukatlık stajını tamamlayarak, staj bitim belgesi almış olmaktır(Av.K. m. 3/c).

Ülkemizde avukatlık stajı bir yıldır. Stajın ilk altı ayı mahkemelerde ve kalan altı ayı da, en az beş yıl kıdemi olan bir avukat yanında yapılması gerekir(Av.K. m. 15/1). Stajın amacı, avukat olacak kişinin edindiği teorik bilgileri mesleki yaşamında fiilen kullanabilmesini sağlayacak duruma gelmesini temindir(Av.S.Y. m.1).

Avukatlık Kanunu'nun 4. maddesinde avukatlık stajının yapılmasının istisna tutulduğu durumlar sayılmıştır. Buna göre, adli, idari, askeri yargı hakimlik ve savcılıklarında, Anayasa Mahkemesi raportörlüklerinde, Danıştay üyeliklerinde, üniversiteye bağlı fakültelerin hukuk bilimi dersleri dalında profesörlük, doçentlik ve yardımcı doçentlik görevlerinde dört yıl, kamu kurum ve kuruluşların hukuk müşavirliği görevinde on yıl süre ile hizmet etmiş olanlarda avukatlık staj şartı aranmaz(Av.K. m. 4/1).

⁸⁶ Eski 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre, siyasal bilgiler fakültesinden mezun olup da noksan kalan derslerden hukuk fakültesinde sınavla başarılı olan kimselerde avukat olabiliyordu(m. 1/c) (Tanju- s. 157).

Aynı şekilde Türk vatandaşları ve Türk uyruğuna kabul olunanlardan yabancı hukuk fakültelerinden mezun olup da, geldikleri yerde dört yıl süreyle mahkemelerin her derecesinde hakimlik, savcılık veya avukatlık yapmış ve avukatlığı meslek edinmiş, Türk hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden usulüne uygun olarak yapılan sınavlarda başarı göstermiş olanlarda da staj şartı aranmaz(Av.K. m. 4/2).

e. Avukatlık Sınavını Başarmış Olmak

02.05.2001 yılında 4667 sayılı Kanunla, Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılarak, avukat olabilmek için, avukatlık sınavından başarılı olma şartı getirilmiştir(Av.K. m. 3/d). Ancak bu sınav şartı 10. 05. 2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında geçerli değildir(4667 s.K. m. 1). Aynı şekilde Avukatlık Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, bu kimseler avukatlık sınavından muaf olurlar⁸⁷.

2. Olumsuz Şartlar

a. Avukatlık Engelleri

Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin e. bendine göre, avukatlığa kabul için avukatlığa engel bir halin bulunmaması şartı getirilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 5.

⁸⁷ Bkz. yuk. § 3, II, 1, d.

maddesinde ise, avukatlığa kabul engelleri sayılmıştır. Bu iki madde birlikte değerlendirilmelidir.

Taksirli suçlar hariç, kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olmak; kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak; avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinmiş olmak; avukatlık mesleği ile birleşmeyen bir işle uğraşmak; mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak; iflâs etmiş olup da itibari iade edilmemiş olmak; hakkında aciz vesikası olup da kaldırılmamış olmak; avukatlığa sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut ve akılcı malûl olmak, avukatlığa engeldir.

b. Avukatlıkla Birleşmeyen İşler

Avukatlık Kanunu, hangi iş ve hizmetlerin avukatlık mesleğiyle birleşmeyeceğini saydıktan(Av.K.m. 11) sonra, bu kuralın istisnalarını da getirmiştir(Av.K.m. 12). Avukatlıkla birleşmeyen işlerin yapılması, adayın mesleğe kabulünü engeller. Ayrıca mesleğe kabul edilmiş ve baro levhasına yazılmış dahi olsa avukatın levhadan silinmesi söz konusu olabilecektir⁸⁸.

⁸⁸ Sungurtekin Özkan s. 120.

Avukatlar, kural olarak, aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeleri karşılığında görülen hiçbir hizmet veya görev üstlenemezler. Avukatlar sigorta produktörlüğü, tacirlik ve esnafılık yapmaları, mesleğin onuru ile bağdaşmayan başka işle uğraşmaları yasaktır(Av.K.m. 11).

III. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Kazanıldığı Zaman

Bir kimse avukat olabilmenin şartlarını sağlayıp, ikâmetgahının bulunduğu yerdeki, baroca tutulan baro levhasına ismini yazdırdığı andan itibaren davaya vekâlet ehliyetine sahip olur⁸⁹.

Kural olarak, ülkemizde davaya vekâlet ehliyetine tam olarak avukatlar sahiptir. Bir avukat, davaya vekâlet ehliyetini edindiği andan itibaren Av.K.m. 35'deki bütün hakları elde edip, yargı mercileri önünde tarafları temsil edebilir, onların adına yargı ile ilgili gerekli işlemleri yapabilir.

C. Stajyer Avukatlar

I. Genel Olarak

Stajyer avukat, hukuk fakültesini bitirmiş olan bir kimsenin, avukat olmadan önce, mesleğe hazırlanmak için mahkemelerde ve avukat yanında geçireceği zaman dilimindeki konumuna verilen addır. Avukatlık stajının amacı, avukatlık stajını yapan kişinin hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin

⁸⁹ Sungurtekin Özkan-Bağımsız s. 622.

yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yöntemine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve kurallarına bağlı olarak, doğru ve dürüst bir şekilde mesleğe hazırlamaktır(Av.S.Y. m. 1)⁹⁰.

Ülkemizdeki avukatlık stajı şu şekilde gelişmiştir:

Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi, avukatlık stajından bahsetmez⁹¹. Ülkemizde avukatlık yapabilmek için staj adı verilen meslek öncesi eğitimin zorunlu tutulduğu ilk düzenleme, 460 sayılı Muhamat Kanunu'dur⁹².

3499 sayılı Kanun ile bu staj süresi 2 yıl idi. Daha sonra 1948 yılında 5178 sayılı Kanun ile bu süre 1 yıla düşürülmüştür⁹³.

1169 sayılı Kanun'un yürürlük anındaki düzenlemesi ilk altı ayı mahkemelerde, kalan bir yıllık kısmı avukat yanında olmak üzere bir buçuk yıllık bir staj öngörüyordu. Daha sonra bu durum 30.01. 1979 tarihinde çıkarılan 2178 sayılı Kanun ile altı aylık iki eşit bölümden oluşan bir yıla indirilmiştir. Şu anda bu düzenleme geçerliliğini korumaktadır.

Yabancı ülkelerde de avukatlık stajları vardır.

⁹⁰ Özkent s. 381.

⁹¹ Özkent s. 385.

⁹² Güner s. 140; Özkent s. 386.

⁹³ Güner s. 140.

Almanya da, hukuk eğitimi ancak iki kez girilebilen 1.Devlet sınavı ile bitirildikten sonra mahkemelerde yer olması halinde iki yıllık avukatlık stajına başlanır⁹⁴. Staj kesintisiz yapılır ve her eyalet kendine göre bir staj programı uygulaması ile birlikte, stajın sonunda 2. Devlet sınavına(yazılı-sözlü) girilir. Sınavda başarılı olanlar avukatlığa başlayabilirler⁹⁵. Buradaki staj sadece avukatlık mesleği değil, aynı zamanda yargıçlığı(Richter) ve savcılığı(Staatsanwalt) da kapsamakta olup, çok yönlü bir staj eğitiminden geçilir. Bu bağlamda şunu belirtmek gerekir ki, Almanya’da stajyer avukat yoktur. Tüm meslekler için staj eğitimi tek düzenlemeyle uygulanmaktadır. Yargıç olmak isteyen de, avukat olmak isteyen de ortak bir staj eğitiminden geçmektedir⁹⁶.

Aynı şekilde, Avusturya’da(yedi yıl), Fransa’da (iki yıl), İtalya’da (iki yıl), İngiltere ve Amerika’da avukatlık stajyerliği için belli bir süre öngörülmüştür⁹⁷.

II. Stajyer Avukat Olabilmenin Şartları

Stajyer avukat olabilmek için öncelikle hukuk fakültesinden mezun olmak gerekir. Daha sonra staj yapmak isteyenlerin, yasal koşulları taşımaları ve Avukatlık Yönetmeliği’ndeki belgeleri⁹⁸ hazırlayıp baro başkanlığına başvurmaları

⁹⁴ Pohl s. 258; Bkz Sert Çelik s. 339-346.

⁹⁵ Sert Çelik 339, 346.

⁹⁶ Sert Çelik s. 341, 342.

⁹⁷ Bkz Avusturya, Fransa, İtalya, İngiltere, Amerika, Hollanda, Bulgaristan’daki stajlar için Güner s. 133-139.

⁹⁸ Nüfus cüzdanı, hukuk fakültesinden mezun olduğuna dair diploma, ikametgah belgesi, avukatlığa kabule engel hallerin bulunmadığına dair belge, adli sicil belgesi, iki avukat tarafından ayrı ayrı düzenlenmiş stajyer avukat adayının durumu hakkında meslek ilke ve kurallarına uyacağı düşüncesine

gerekmektedir. Başvurunun baro tarafından kabulü üzerine stajyer adayının avukatlık mesleğine kabul için gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığı ve avukatlıkla birleşmeyen bir işle uğraşıp uğraşmadığının araştırılması için baro levhasına kayıtlı bir avukat, araştırma yapmak ve sonucunu raporla belirtmek için görevlendirilir(Av.S.Y. m. 5). Görevlendirilen avukatın on beş gün içinde araştırma yapıp raporunu vermesi halinde ve staj başvurusunun kabulüyle yapılan ilan üzerine on beş günlük itiraz süresinde itiraz eden olmazsa yönetim kurulu, staj listesine yazılma istemini bir aylık süre içinde görüşüp karara bağlar. Kararın bir örneği ilgiliye tebliğ edilir. Bir örneği de Cumhuriyet savcısına verilir(Av.S.Y.m. 7, 8,9,11).

Staj yapma talebi kabul edilip baro listesine adı yazılan stajyerler, stajlarını kesintisiz yapmak üzere başlatabilirler. Bu kimseler bundan sonra, staj bitim belgesini alana kadar(bir yıl) stajyer avukat olarak anılırlar.

III. Davaya Vekâlet Ehliyetinin Kazanıldığı Zaman

Stajyer avukat konumunu alan kimse, ilk altı aylık mahkeme safhasındaki stajı tamamlayıp, en az beş yıllık bir avukat yanında stajını devam ettirdiği takdirde, yanında çalıştığı avukatın yazılı izni ve gözetimi altında, belirli alanlarda davaya vekâlet ehliyetini kazanmış olur. Dolayısıyla, bir stajyer avukat, davaya vekâlet ehliyetini en erken staja başlamasından altı ay sonra kazanabilir.

dair belge, avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel veya akılca malul olmadığına dair resmi bir hastanenin uzman hekimliğince düzenlenmiş sağlık raporu(Av.S.Y. m. 4).

Görüldüğü gibi, stajyer avukatın davaya vekâlet ehliyetini kazanabilmesi için; stajının ilk altı ayı olan mahkemeler safhasını doldurmuş olması, ikinci altı ay için meslekte beş yılını tamamlamış olan bir avukatın yanında staja başlaması, bu avukatın, yanında çalışan stajyer avukata kanunen belirlenmiş olan mahkeme ve yargı mercileri için dava takip edebilmesi için izin vermiş olması gerekir. Bu şartların yerine getirilmemesi halinde, stajyer avukat davaya vekâlet ehliyetini, stajyer avukat olduğu dönem içerisinde(altı ay) kazanamaz.

Stajyer avukatlar, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı izni ve onun gözetimi ile, icra mahkemelerinde (İİK m.4), sulh mahkemelerinde(m. 8) ve icra ve iflâs dairelerinde(İİK m. 1-3) görülen dava ve işlerde vekâlet alabilirler ve bu dava ve işleri takip edebilirler(Av.K. m. 26; Av.S.Y. m. 19). Stajyer avukatların sayılan bu dava ve işlerde vekâlet almaları, staj yaptıkları yer mahkemesi ile sınırlı değildir⁹⁹. Stajyer avukatların, Avukatlık Kanunu'nda sayılan bu yargı mercileri dışında davaya vekâlet ehliyetleri olamaz.

Stajyer avukatların, yukarıdaki şartları sağlaması halinde, kazanmış oldukları davaya vekâlet ehliyetleri, stajyer avukatlara, staj bitim belgesinin verilmesi ve staj listesinden silinmesi ile sona erer(Av.K. m. 26/II; Av.S.Y.m. 32).

D. Kamu Avukatları

Türkiye'de hukuk fakültesini bitirip, bir yıllık zorunlu stajını tamamlayarak, avukatlık sıfatını kazanan kimse, Devlet kurum ve kuruluşlarında göreve

⁹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 284.

başladığında, kamu avukatı(Devlet avukatı¹⁰⁰) sıfatını kazanırlar¹⁰¹. Aslında, kamu avukatları da avukatlar içersinde değerlendirilir. Ancak, davaya vekâlet ehliyetini kazanmada kamu avukatlarının, serbest avukatlardan bazı yönlerden farklılık göstermesi sebebiyle, kamu avukatlarını ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Kamu avukatlarının büyük bir kısmı hazine avukatlarından oluşur. Hazine avukatı, genel bütçe içindeki dairelere ait uyuşmazlıkları(dava ve işleri) takip eden ve Maliye Bakanlığı'na bağlı bulunan avukattır¹⁰².

Kamu avukatları da normal olarak serbest çalışan avukatların haklarına sahiptir. Ancak, kamu avukatlarının davaya vekâlet ehliyeti kazanmalarında farklılıklar vardır¹⁰³. Buna göre, 1982 yılında Anayasa'nın "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" başlıklı 135/II. maddesi "kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz" şeklinde düzenleme getirmiştir.

Daha sonra 1136 sayılı Kanun'da 1984 yılında yapılan değişiklikle getirilen 3003 sayılı Kanunu'nun 8. maddesi ile getirilen ek fıkra ile, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlı tutulmuştur. Ancak, bu statüde bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücretlerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire vd. müessese yahut şirketlerden

¹⁰⁰ Özkent s. 377.

¹⁰¹ Ögünmez-Kurultay2000 s. 226; Ardiçoğulları s. 3.

¹⁰² Yılmaz-Sözlük s. 470.

¹⁰³ Bkz yuk. §.2. E , II, 5, b.

verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler(Av.K.m. 12/son). Dolayısıyla, bu kamu kurum ve kuruluşlarda çalışan avukatlık mesleğini icra edenler, baro levhasına yazılmadan da davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Kamu avukatlarının, baro levhasına yazılmaları gerekmemektedir. Baro levhasına yazılmaları gerekmeksizin, bu kimseler davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmektedirler. Ancak, kamu avukatlarının davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğu alanın sınırı, çalışmış oldukları kamu kurum ve kuruluşlarına ait işlerle sınırlı olur. Dolayısıyla kamu avukatları, normal vatandaşın yerine mahkemede dava açamaz, onları mahkemede temsil edemez ve onlar adına yargı ile ilgili işlemler yapamaz.

E. Davanın Birden Fazla Vekil İle Takibi, Avukatlık Bürosu Ve Avukatlık

Ortaklığı

I. Davanın Birden Fazla Vekil İle Takibi

Kanunumuz, bir davanın birden fazla vekil ile takibini olanaklı kılmıştır (m. 64). Dolayısıyla müvekkil, bir davanın takibi için birden fazla vekile vekâlet verebilir. Buna göre, kendisine vekâlet verilmiş vekillerden her biri, ayrı ayrı o dava için, sahip oldukları davaya vekâlet ehliyetini kullanabileceklerdir. Ancak bu durum vekâletin, davanın başında verilmesi veya dava açıldıktan sonra davanın devam ettiği süre içinde verilmesi durumlarında farklılıklar arz eder.

Müvekkil davanın başında birden fazla vekile vekâlet vermiş ise, bu vekillerden her biri davayı yalnız başına takip edebilir¹⁰⁴.

Buna karşılık, davanın başında vekâleti yalnız bir avukata vermiş olan müvekkilin, o davada başka bir avukata da vekâlet verebilmesi için, vekili olan birinci avukatın yazılı iznini alması gereklidir¹⁰⁵. Eğer izin verilmezse ilk avukatın vekâleti kendiliğinden sona erer¹⁰⁶.

Gerek başlangıçta, gerek birinci avukatın yazılı izni ile sonradan bir davanın takibi için birden fazla vekile vekâlet verilmiş ise, bu vekillerden her biri davayı yalnız başına takip edebilir(m. 64)¹⁰⁷. Ancak, bunun aksinin kararlaştırılması yoluyla birden çok vekili davayı birlikte kovuşturma zorunda bırakmak, karşı taraf için bağlayıcı değildir¹⁰⁸.

II. Tüzel Kişiliği Olmayan Avukatlık Büroları

Avukatlık Kanununun 44/A. maddesi, birden çok avukatın çalışmalarını, bir ortak avukatlık bürosu şeklinde birleştirebileceklerini hükme bağlamıştır¹⁰⁹. Söz

¹⁰⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 1306.

¹⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 297; Tanrıver-Temsil s. 14.

¹⁰⁶ Kuru-Hmu II s. 1306; Yener s. 167.

¹⁰⁷ Kuru-Hmu II s. 1307; Belgesay- Şerh s. 173.

¹⁰⁸ Önen- Yargılama s. 84; “Vekiller birden ziyade iseler bunlar ister bir vekâletname ile ister ayrı ayrı vekâletname ile tayin edilmiş olsunlar, yalnız birine karşı dava takip edilebilir. Vekâletnamede bunların hep birlikte edebilecekleri yazılmış olsa bile gene böyledir.”(Ansay-Yargılama s. 126).

¹⁰⁹Ortak avukat bürosu oluşturma ilk kez 1969 yılında 1136 sayılı Kanunla yürürlüğe girmiştir(Yalçınbayır s. 2).

konusu büro tüzel kişiliğe sahip olmayıp; yapılan iş serbest meslek faaliyetidir¹¹⁰. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, yapılan iş de ticari değildir(Av.K. m. 44/A).

Doktrinde avukatlık bürolarının, kendine özgü olan bir adi ortaklık olduğu ileri sürülmüştür¹¹¹.

Bu bürolar sadece yer ve genel gider paylaşımı üzerine dayalı, herkesin işini takip ettiği, tüzel kişiliği olmayan, çalışma için ortak oldukları bürolar şeklinde oluşmaktadır¹¹². Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılması zorunludur(Av.K. m. 44/A-II).

Avukatlık Bürosunda vekâletnamelerin ortak çıkartılması gibi bir durum söz konusu olamaz¹¹³. Ayrıca, avukatların oluşturmuş olduğu ve tüzel kişiliği bulunmayan avukatlık bürosunun, kendisine ait, ayrı bir davaya vekâlet ehliyeti de yoktur. Dolayısıyla, avukatlık bürosunu oluşturan avukatların her birinin ayrı ayrı davaya vekâlet ehliyeti vardır.

¹¹⁰ Sungurtekin-Özkan s. 130.

¹¹¹ Güner s. 677 ; Hakimoğlu-Kurultay2000 s. 245.

¹¹² Hakimoğlu-Kurultay2000 s. 245 ; Yalçınbayır. s. 2.

¹¹³ Sungurtekin-Özkan s. 130.

III. Tüzel Kişiliği Olan Avukatlık Ortaklıkları

1.Genel Olarak

Modern çağda, dünya ülkeleri avukatlığı bir ortak çalışma şeklinde götürmek istemektedirler. Avukatlıkta ortak çalışma, birden fazla avukatın bir araya gelerek mesleki faaliyetlerini aynı büroda tüzel kişiliği olan bir ortaklık türü içinde birlikte sürdürmeleri demektir. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Bunlar genellikle, dava sayısının fazlalığı ve bir avukatın, davaların hepsine aynı zamanda duruşma olması halinde yetişme zorluğu, belli konularda uzmanlaşmak istenmesi, mesleki rekabet koşullarının oluşması, ekonomik koşulların ağırlaşması(verginin paylaşılması istemi), bazı hizmetlerin danışmanlık şeklinde yürütülme istemi gibi sebeplerdir.

Avukatlıkta şirketleşme, bugün Avrupa ülkelerinin bir çoğunda vardır. Özellikle, avukatlık şirketlerinin en fazla yoğunlaştığı yer Amerika Birleşik Devletleri'dir. Hatta, Amerika Birleşik Devletleri hukukunun, bu konu üzerinde büyük bir etkisinin olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁴.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, avukatlık bir ticari faaliyet olarak görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde kurumsallaşmak, uzmanlaşmak ve daha az vergi ödemek amacıyla avukatlıkta ortak çalışma oldukça gelişmiştir¹¹⁵. Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaklıklar, tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık(ordinary partnership-unincorporated association) ile tüzel kişilikleri olan

¹¹⁴ Sungurtekin Özkan- Şirketleşme s. 99.

¹¹⁵ Güner s. 675.

anonim şirket (stock corporation-joint stock company-corporation), limited şirket(limited liability company), kolektif şirket(general partnership), komandit şirket(limited partnership) şeklinde sınıflandırılır¹¹⁶. Görüldüğü gibi, Amerika Birleşik Devletleri'nde avukatlık ortaklıkları tam anlamıyla şirketleşmiştir.

Almanya'da da bir eyalet yüksek mahkemesinin kararından(24.11.1994)sonra avukatların, limited şirket niteliğinde, bir “avukatlık şirketi” kurarak faaliyette bulunabilmeleri olanaklı hale gelmiştir¹¹⁷. Mahkemenin bu kararı tartışmalara sebep olmuştur. Yapılan bu tartışmaların ardından 1998 yılında Federal Avukatlık Kanunu'na, yeni maddeler(BRAO § 59C-§ 59m) eklenerek, avukatların bir limited şirket tüzel kişiliği çatısı altında bir araya gelip, avukatlık şirketi oluşturabilmeleri mümkün kılınmıştır¹¹⁸. Böylelikle 1994 yılında alınan bir mahkeme kararı, bugünkü Alman hukuki düzenlemesinin hem gerekçesini, hem de temelini oluşturmuştur¹¹⁹.

İngiltere'de, solicitorslar 1.1.1992 tarihli yasa ile, ortak çalışabilme olanağına kavuşmuşlardır¹²⁰. Yasa, solicitorsların limited ortaklık veya başka türde ortaklık kurmasına izin vermektedir¹²¹. Barristerların ise, şirketleşerek birlikte çalışma olanakları yoktur¹²². Ancak, birkaç barrister bir araya gelip “chamber” denen grupları oluşturarak diğer barristerlarla ilişki kurabilirler¹²³. Ancak, bu durumda bile her

¹¹⁶ Coşar-Kurultay2004 s. 549.

¹¹⁷ Bkz bu karar için Oğuzhan s. 175; Kendigelen/Doğan s. 320 vd; Güner s. 672.

¹¹⁸ Şehirali- İngiltere s. 434; Kendigelen/Doğan s. 336.

¹¹⁹ Kendigelen/Doğan s. 318, 336.

¹²⁰ Kip s. 680.

¹²¹ Güner s. 675.

¹²² Güner s. 675.

¹²³ İnal-İngiliz s. 248.

barrister grubun diğer üyelerinden bağımsızdır ve bu grup bir şirketleşme olarak değerlendirilmemektedir¹²⁴.

Fransa'da da avukatlık şirketi ile ilgili düzenlemeler vardır. Bu konuda ilk düzenleme 1972 tarihinde ve daha sonra 1991 tarihli (Avukatlık Mesleğinin Organizasyonuna Dair Kararname)'dir¹²⁵. Avukatlık şirketi, ortaklaşa hukuk mesleğini oluşturmak amacıyla kurulan bir tüzel kişiliktir¹²⁶.

Bunların dışında İsveç, Kanada, Hollanda ve Avustralya da Avukatlık şirketlerinin kurulmasına olanak tanımıştır¹²⁷.

Dünyadaki ülkelerde bu gelişmeler olurken Türkiye'de bu durumdan etkilenmiştir. Nitekim avukatlık ortaklığı 4667 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu'nun 44.maddesinin B bendinde düzenlenerek mevzuatımıza girmiştir¹²⁸. Buna göre, avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın Avukatlık Kanunu'na göre, mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. (Av.K. m. 44-B).

¹²⁴ Şehirli s. 435.

¹²⁵ Ünalçın s. 138 vd.

¹²⁶ Ünalçın s. 138.

¹²⁷ "Avrupa Birliği normlarına göre avukatların kendi ülkelerinin dışında Birliğe dahil bir başka ülkede avukatlık ortaklığı kurarak mesleki faaliyetlerini geçici veya devamlı olarak sürdürmeleri mümkün bulunmaktadır."(Güner s. 675).

¹²⁸ Avukatlık mesleğinin birlikte yapılmasında olası modellerinden biri avukatlık ortaklığı mevzuatımıza 2 Mayıs 2001 tarih ve 4666 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Dair Kanun 30. maddesiyle yürürlüğe girmiştir. Bu maddeyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesi yeniden yazılmış ve maddenin (B) bendinde de avukatlık ortaklığı düzenlenmiştir. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği de 25 Kasım 2001 tarih ve 24594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. Avukatlık Ortaklığının, Ortaklığı Oluşturan Avukatların Hukuki Niteliği Ve Davaya Vekâlet Ehliyeti

Kanun avukatlık ortaklığını, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişilik olarak tanımlamaktadır(Av.K.m. 44/B). Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu ile getirilen bu yeni düzenleme ile, ilk kez avukatların bir tüzel kişilik altında bir arada mesleklerini yürütebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Peki bu düzenlemeyle acaba avukatlık ortaklığını, bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bir hukuk süjesi olarak düşünebilir miyiz?

Kanaatimizce, yukarıdaki sorunun yanıtlanabilmesi ancak avukatlık ortaklığının hukuki niteliğinin belirlenmesi ile mümkündür. Zira, avukatlık ortaklığının hukuki niteliğinin belirlenmesiyle beraber, ortaklığı oluşturan avukatların da hukuki niteliği tespit edilebilir. Ayrıca, avukatlık ortaklığının hukuki niteliğinin belirlenmesi, ortaklıkla ilgili uyuşmazlıklarda Avukatlık Kanunu, yönetmelik ve ana sözleşmede hüküm bulunmaması hallerinde, uyuşmazlıklara uygulanması gereken hükümlerin tespiti açısından da önemlidir. Avukatlık ortaklığının hukuki niteliğinin belirlenmesi için ise, bu ortaklığın unsurlarının tespit edilmesi gerekir. Ancak, hemen belirtmek isteriz ki ortaklığın unsurları yalnızca davaya vekâlet ehliyetini ilgilendirdiği kısmıyla açıklanacaktır¹²⁹.

¹²⁹ Dolayısıyla avukatlık ortaklığının kurulması, ortakların hak ve borçları, ortaklığın tarafları, ortaklığın yönetimi, denetimi, ortaklıktaki gelir ve giderin paylaşımı, ortaklıktaki pay devri gibi konular ayrıtısına girilmeyecektir. Bu konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Güner s. 675-711; Turanboy s. 41-63; Kayhan-Kurultay 2004 s. 558-571.

Buna göre, Avukatlık Kanun'un 44. maddesinde düzenlenen avukatlık ortaklığı, maddenin tümü dikkate alındığında, birden ziyade avukatın konusu meslek çalışması niteliğinde olan, ticari sayılmayan bir işi, ortak bir ad altında, ortakların ortaklıkla ilgili tüm borçlarından dolayı müştereken ve sınırsız sorumlu olarak bir tüzel kişilik içerisinde yürütmeleriyle oluşur. Avukatlık ortaklığının kurulabilmesi için öncelikle, aynı baroya kayıtlı birden ziyade avukatın aralarında ortaklık ana sözleşmesi hazırlaması gerekir. Daha sonra, avukatlık ortaklığı kurmak isteyen bu avukatlar; avukatlık ortaklığının kaydedileceği baroya ortakların tümünün imzaladığı bir dilekçe ile başvurmaları gereklidir. Baro yönetim kurulunun kabul kararı vermesi durumunda, ortaklık "Avukatlık Ortaklığı Siciline" kaydedilir. Ortaklık, "Avukatlık Ortaklığı Sicili"ne yazılması ile tüzel kişilik kazanır. Avukatlık ortaklığına tüzel kişilik izafe edilmesinin diğer bir sonucu da unvandır. Kanun 44 (B) (I) maddesine göre, avukatlık ortaklığının unvanı, bir ya da birkaç ortağın ad veya soyadlarına "Avukatlık Ortaklığı" ibaresi eklenerek belirlenir.

Kanundaki bu düzenleme ile, avukatlık ortaklığı özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir ortaklıktır. Dolayısıyla, avukatlık ortaklığını, Borçlar Kanunu anlamında bir adi ortaklık olarak kabul edemeyiz¹³⁰. Çünkü, adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur.

Acaba avukatlık ortaklığını, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen sermaye veya şahıs şirketlerinden birisine benzetebilir miyiz? Özellikle, avukatlık ortaklığını oluşturan ortaklar, ortaklığın alacaklılarına karşı tüzel kişiliği olan bir şahıs şirketi gibi(özellikle kolektif şirket), müteselsil ve müştereken sorumlu kılınması, avukatlık

¹³⁰ Turanboy s.57; Güner s.679; Kayhan-Kurultay 2004 s. 559.

ortaklığını Türk Ticaret Kanunu anlamında bir şahıs şirketi yapar mı veya avukatlık ortaklığı ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında, Avukatlık Kanunu, yönetmelik veya ana sözleşmede de hüküm bulunmaması halinde, ortaklığa Türk Ticaret Kanunu'ndaki şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanabilir mi?¹³¹

Kanaatimizce avukatlık ortaklığı Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirket türlerinden ne şahıs şirketlerine ne de sermaye şirketlerine benzetilebilir. Zira, 1926 tarihinde Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiğinden beri Türk hukukunda ticaret şirketlerinin sayıca sınırlı bulunduğu, bunların dışında başka bir şirket türünün kurulamayacağı genel görüş olarak ifade edilmektedir¹³². Ayrıca, avukatlık ortaklığındaki ortakların çalışması meslek çalışması olup, ticari iş sayılmaz. Bunun dolaylı bir sonucu olarak, ortaklık işletmesi ticari bir işletme de sayılmaz. Zira, avukatlık ortaklığındaki ortaklar tacir olarak da görülemez. Bu sebeple, Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerinin avukatlık ortaklığına uygulanması mümkün değildir¹³³.

Turanboy'a göre, avukatlık ortaklığı kendisine özgü bir ortaklık türü olarak görülmelidir¹³⁴. Gerçekten de avukatlık ortaklığının kendisine özgü nitelikleri olduğu açıktır. Zira, ortaklıkta ortak olma ve ortaklığın konusu icra edilen mesleğe bağlanmıştır. Bu ortaklıkta payın devri de, ancak, avukat olan öteki ortaklara veya ortaklığın izni ile bir başka avukat olan kişiye mümkündür. Ölüm halinde de,

¹³¹ Zira Avukatlık Kanununun 44. maddesinin (B) bendinde, Avukatlık ortaklığının....vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağından bahsetmiştir.

¹³² Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu s. 14; Ansay-Ortaklık s. 129; "Ticaret şirketleri; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerinden ibarettir."(TTK m. 136).

¹³³ Ansay-Ortaklık s. 136,144; Turanboy s. 57; Güner s. 679; Kayhan-Kurultay 2004 s. 561.

¹³⁴ Turanboy s. 55; Aynı görüşte olan yazarlar için bkz Güner s. 679; Kayhan-Kurultay 2004 s. 561.

mirasçuların avukat olması ve ortaklığın bu kişileri ortaklığa kabulü gerekir(Av.K. m. 44/B-a-1). Yani, avukatlık ortaklığında, ortaklığın konusu, mesleki çalışmadır.

Kanaatimizce de avukatlık ortaklığı, kendine özgü bir ortaklık türüdür. Ancak, bu durumda, avukatlık ortaklığı ile ilgili olarak taraflar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlıkta, Avukatlık Kanunu, yönetmelik ve ana sözleşmede hüküm bulunmaması halinde herhangi bir çözüm getirmemektedir. Bu nedenle, avukatlık ortaklığının medeni hukuk anlamında bir özel hukuk tüzel kişisi olarak düşünülmesi uygun olur. Böylelikle, tüzel kişiler için Medeni Kanun'a konulmuş olan genel hükümlerin avukatlık ortaklığına da uygulanabileceği söylenebilir¹³⁵.

Avukatlık ortaklığının özel hukuk anlamında bir tüzel kişi olması sonucunda, kanun koyucu, avukatlık ortaklığına, bu ortaklığı oluşturan gerçek kişi avukatlardan ayrı ve bağımsız olarak haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarına kavuşabilmesi için, ayrı bir kişilik vermiştir. Diğer bir deyişle, avukatlık ortaklığı, bu ortaklığı oluşturan gerçek kişi avukatlardan ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip hukuk süjesidir¹³⁶. Dolayısıyla, avukatlık ortaklığının kendisine özgü olan hakları ve borçları vardır. Bu itibardır ki avukatlık ortaklığı, kendisini oluşturan ortakların malvarlıklarından bağımsız ve ayrı bir malvarlığına sahiptir(Av.O.Y.m. 6). Ayrıca

¹³⁵ Ansay-Ortaklık s. 145.

¹³⁶ “Tüzel kişilik, belli bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla ve başlı başına bağımsız bir varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş ve hukuk düzenince kendilerine haklar ve borçlar edinebilme iktidarı tanınmış bulunan kişi ve mal topluluklarıdır. Ancak, bu tanımlamayla tüzel kişilerin kanun tarafından yaratılmış varlıklar olduğu söylenmek istenmemektedir. Tüzel kişiler sosyal zorunlulukların yarattığı bir topluluklardır. Fakat bu topluluklara kendilerini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir varlık tanıyan, hukuk düzenidir. Bu bakımdan gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında esaslı bir fark bulunduğu iddia edilemez. Çünkü gerçek kişi olan insana kişi niteliğini veren de, yine hukuk düzenidir.”(Akipek/Akıntürk s. 524). Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Saymen, Ferit Hakkı: Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, İstanbul 1944 ;Öztañ,Bilge: Tüzel Kişiler Ders Notları, Ankara 1994. ; Özsunay, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

avukatlık ortaklığı ayrı bir hukuk süjesidir ki ortaklık, ortaklarının ve çalışan avukatların avukatlıkla ilgili her türlü işlem, eylem ve borçlarından dolayı, ortaklarla birlikte, müştereken ve müteselsilen sınırsız olarak sorumlu tutulmuştur(Av.K m. 44/a-4; Av.O.Y.m. 41).

Avukatlık ortaklığının, bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız bir hukuk süjesi olarak düşünülmesinin sonucu olarak ortaklığın, bu ortaklığı oluşturan avukatların davaya vekâlet ehliyetlerinden, ayrı ve bağımsız bir davaya vekâlet ehliyeti olduğunu söyleyebiliriz. Zira Avukatlık Kanunu'nun çeşitli hükümleri incelendiğinde kanun koyucunun avukatlık ortaklığına, bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız olarak davaya vekâlet ehliyeti tanımış olduğu anlaşılabilir. Örneğin, avukatlık ortaklığında, ortaklığın takip edeceği işler için iş sahipleri ortaklık adına vekâletnameler verirler. Ortaklık, iş ve davayı takip edecek ortak veya çalışan avukatlarına usulüne uygun olarak düzenlenmiş yetki belgesi verir (Av.K. m. 44/B-a-3;Av.O.Y. m. 38).

Avukatlık ortaklığının ortakları, birden fazla avukatlık ortaklığına ortak olamazlar. Ayrıca ortaklar, ortaklık bürosu dışında büro edinemez, kendi adına dava ve iş alamazlar(Av.K. m.44/B-a-3; Av.O.Y. m. 22/2).

Kanun'da avukatlık ortaklığının hukuki sorumluluğu olarak da şöyle bir hüküm vardır: “Avukatlık ortaklığı, ortağın ve ortaklıkta çalışanların mesleki görevlere ilişkin eylem, işlem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sınırsız olarak sorumludur. Ortaklığın ilgisine rücu hakkı saklıdır.”(Av.K m. 44/B-a-4;Av.O.Y. m. 41).

Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nde hükme bağlanan yukarıda belirtilen bu maddelerle, kanun koyucunun, avukatlık ortaklığına, bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü bir davaya vekâlet ehliyeti tanımış olduğu görülür.

Peki, avukatlık ortaklığında, ortaklığı oluşturan avukatların ve bu ortaklıkta çalışan, ancak ortaklığa ortak olamayan avukatların hukuki niteliği nedir? Diğer bir ifadeyle, avukatlık ortaklığının, ortaklığı oluşturan ortak avukatlar ve ortaklıkta çalışan avukatlar ile arasında davaya vekâlet ehliyetine sahip olunabilmesi bakımından nasıl bir ilişki vardır?

Kanaatimizce, avukatlık ortaklığını oluşturan avukatların hukuki durumu medeni hukuktaki tüzel kişilerin mahiyetini açıklayan “organ teorisi” ile açıklanabilir¹³⁷. Başka bir deyişle, avukatlık ortaklığının ortaklarını, ortaklığın iradesini açıklayan bir organı olarak kabul edilmelidir¹³⁸. Doktrinde organ kavramı ile ilgili çeşitli tanımlamalar yapılmıştır¹³⁹. Ancak bu tanımların hiç biri organ kavramını tam olarak açıklayamamıştır. Zira, henüz organ kavramının nihai ve tek bir tarifinin yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, organ kavramını, organ ile ilgili

¹³⁷ “Von Gierke tüzel kişinin hak süjesi olarak kabulünün zorunlu olduğunu, çünkü tüzel kişinin, kendisini hak süjesi olarak kabul ettirecek bir iradesinin bulunduğunu ileri sürer; başka bir deyişle, tüzel kişide şahsi iradelerin üstünde, tüzel kişinin kendine has bir iradesinin(Sonderewille) varlığına işaret eder. Von Gierke'ye göre, iradeye sahip olma ve neticede fiil ehliyeti, tüzel kişilik kavramı içinde ve onunla birlikte var olan hususlardır. Ancak, bir iradeye sahip olma, hukuk alemi için prensip itibarıyla önemli değildir; hukuki bakımdan önemli olan iradenin dış aleme açıklanışdır. Bu nedenle, von Gierke tüzel kişinin irade mekanizmasında yeni bir hukuki kavrama ihtiyaç olduğunu kabul etmiştir. Böyle bir kavram gerçek kişiler için söz konusu değildir. Çünkü gerçek kişiler, iradelerini beyan için gerekli vasıtaya sahiptirler. Tüzel kişilerin ise, iradelerini açıklayabilmek için bir vasıtaya ihtiyaçları vardır. Bu vasıta von Gierke tarafından ‘organ’ olarak nitelenmiştir.Tüzel kişinin organı ise, sosyal bir organizmaya sahip bulunan tüzel kişinin iradesini hukuk alemine çıkarmak üzere yaratılan zorunlu bir vasıtaadır.”(Öztan-Organ s. 9); Akipek/Akıntürk s. 531,566.

¹³⁸ Avukatlık ortaklığının zorunlu(kanuni) organları ortaklar ve yönetici ortaklardır. Ortaklar kurulu, pay sahiplerinden oluşur. Ortaklar kurulu ortaklığın en yetkili organıdır(Av.O.Y.m. 17). Yönetici ortaklar, ortaklar kurulunun arasından seçilirler. Yönetici ortaklar, Kanun, yönetmelikler, ana sözleşme ve ortaklar kurulunun verdiği görevleri yerine getirir(Av.O.Y. m.20).

¹³⁹ Organ kavramının hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz Öztan-Organ s. 9 vd.

kanun hükümlerini, doktrini ve içtihatları da göz önünde tuttuğumuzda, ana hatları ile açıklayan en doğru tanım şudur¹⁴⁰ : “Organ, kanun maddeleri, tüzel kişinin statüsü, nizamnamesi veya iç talimatnameleriyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan korporatif görevleri devamlı ve bağımsız olarak gerek üçüncü şahıslarla olan münasebetlerde, gerek tüzel kişinin iç teşkilatında, yerine getirmesi için yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa karşı belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen şahıs veya şahıs gruplarıdır.”¹⁴¹

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, tüzel kişinin iradesi organları vasıtasıyla oluşur. Tüzel kişiler haklarını organları vasıtasıyla kullanarak kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratırlar. Bu itibardır ki, organlar tüzel kişilerin amaçlarına ulaşabilmeleri için zorunludur. Zira, organlar tüzel kişinin iradesini açıklar, tüzel kişiyi içeride yönetir, dışa karşı temsil eder. Tüzel kişi, konusuyla ilgili işlemleri organları vasıtasıyla yapar; yani faaliyette bulunur. Diğer bir deyişle tüzel kişiler organları vasıtasıyla hareket ederler¹⁴².

Avukatlık ortaklığını oluşturan avukatlar da ortaklığın iradesini dışa karşı açıklayabilmesi için ortaklığın zorunlu bir organıdır. Zira, birden ziyade avukatın avukatlık mesleğini birlikte icra etmek amacıyla oluşturmuş oldukları tüzel kişiliğe sahip avukatlık ortaklığı, hukuk aleminde haklara ve borçlara ehil olabilen bir süje olmuştur. Dolayısıyla avukatlık ortaklığını oluşturan avukatlar, bu ortaklığın bir

¹⁴⁰ Organ kavramı tanımlanırken, bu kavramın sınırlarını, doktrinde yer alan bazı görüşlerin aksine, geniş tutmağı tercih ediyoruz.....dar bir organ kavramının kabulü halinde, üçüncü şahıslara organ niteliğinin verilemeyeceğini açıklanmıştır.”(Öztan-Organ s. 66,81); Aynı görüşte olan Akipek/Akıntürk s. 570.

¹⁴¹ Öztan-Organ s. 82. Burada şunu da belirtmek icap eder ki, henüz organ kavramının nihai ve tek bir tarifinin yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, organ kavramını ancak ana hatlarıyla belirlezip tanımlanması daha doğru olur (Öztan-Organ s. 82).

¹⁴² Akipek/Akıntürk s. 566,567; Öztan-Organ s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 201; Özsunay s. 70.

parçası, unsurudurlar. Bu nedenle avukatlık ortaklığını oluşturan avukatlar, bu ortaklığın bir parçası, unsuru olarak kaldıkları müddetçe kendilerine ait olan(ortaklıktan ayrı, avukat olarak sahip olduğu) davaya vekâlet ehliyetine sahip olamazlar. Çünkü, ortaklar; birden fazla avukatlık ortaklığının ortağı olamaz, ortaklığın bürosu dışında büro edinemez ve bağımsız olarak dava ve iş takip edemezler(Av.K. m. 44/B-a-3;Av.O.Y m. 22). Diğer bir deyişle ortaklığı oluşturan avukatların kendilerine ait olan(avukat olarak sahip olduğu) davaya vekâlet ehliyetleri, ortaklığın ortağı olduğu süre içerisinde askıda kalmaktadır. Ancak ortaklığı oluşturan avukatlar, ortaklığın bir unsuru olmaktan çıkıp, ortaklıktan ayrılmalari durumunda, avukat olabilmenin şartlarını da yitirmemişlerse, askıda kalan bu davaya vekâlet ehliyetlerine tekrar sahip olabilirler.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, avukatlık ortaklığı, ortaklık olarak ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız bir davaya vekâlet ehliyetine sahiptir. Ortaklığı oluşturan avukatlar ise, ortaklıkta kaldıkları müddetçe, kendilerine ait olan davaya vekâlet ehliyetine sahip değildirler. Nitekim, Avukatlık Kanunu'nda da vekâletnamelerin ortaklık adına düzenlenebileceği belirtilmiştir(Av.K.m. 44/B-a-3). Avukatlık ortaklığı sahip olduğu bu davaya vekâlet ehliyetini yetki belgesi ile davayı takip edecek avukatlara devreder¹⁴³. Yetki belgesi ile yetkilendirilen avukat da, ortaklığın organı sıfatıyla davada üçüncü kişileri avukatlık ortaklığı adına temsil eder.

¹⁴³ “Av.K m. 44 B a 2 ile Av.OY m.38 bir arada değerlendirildiğinde, avukatlık ortaklığına tevki yetkisi verilmiş olsa dahi, tüzel kişiliğin ortakları ve istihdam edilen avukatlarının kendilerine yetki belgesi verilmek suretiyle her zaman işin görülmesine katılabileceği, burada bir tevkilin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Avukatlık sözleşmesinin tarafının avukatlık ortaklığı tüzel kişiliği olması ve tüzel kişinin fiil ehliyetinden gerçek kişiler vasıtasıyla yararlanması olgusunun bir görünümü bu düzenlemenin yerinde olduğu.....”(Günergök s. 120).

Ancak, yetki belgesi ile yetkilendirilen avukatın, ortaklığın organı sıfatıyla davada üçüncü kişileri temsil ederken, ortaklığın temsilcisi olarak da düşünülmemesi gerekir. Çünkü, organlar, tüzel kişinin temsilcisi durumunda değildirler. Temsilde daima üç kişi vardır: Temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi. Temsilcinin yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçlar temsilcinin kendisine ait olmaz; temsilcinin işlemlerinden dolayı alacaklı ve borçlu durumuna giren, adına hareket eden kişi, yani temsil olunandır. Temsilci ise, temsil olunana bir hukuki işlem veya doğrudan doğruya kanun hükmü gereğince bağlı bulunan yabancı bir kişidir. Oysa organlarda durum hiç de böyle olmayıp tamamen başkadır: Organ, tüzel kişinin zorunlu bir unsuru, onun tamamlayıcı parçası mahiyetindedir. Organ vasıtasıyla harekete geçen, bizzat tüzel kişinin kendisidir. Organ, tüzel kişinin bünyesine giren ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir parçası durumunda olduğu içindir ki, organ vasıtasıyla harekette bulunan, iradesini açıklayan veya bir hukuki işleme girişen de bizzat tüzel kişinin kendisi oluyor demektir. Bu itibarla da organ, tüzel kişinin zorunlu bir unsurudur¹⁴⁴.

Avukatlık ortaklığı, ortaklığı oluşturan avukatların dışında iş sözleşmesi ile ücretli avukat da çalıştırabilirler(Av.K. m. 12/c). Bu avukatlarda aynen ortaklığı oluşturan avukatlar gibi, ortaklığın organı olarak kabul edilmelidirler¹⁴⁵. Çünkü, ücretli olarak çalıştırılan avukatın, avukatlık ortaklığının onayı olmaksızın kendi

¹⁴⁴ Akipek/Akıntürk s. 567; Öztan-Organ s.83; Kılıçoğlu s. 133; Oğuzman/Öz s. 164; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.201.

¹⁴⁵ Avukatlık ortaklığının zorunlu(kanuni) organları, ortak avukatlar tarafından kurulan ortaklar kurulu ve yönetici ortaklardır. Ortaklığın ihtiyari(seçimlik) organı ise ücretli avukatlardır. Zira, ortaklık isterse ücretli avukat tutmayıp, kendi bünyesindeki ortakları ile de dava ve iş takip edebilirler. Zorunlu-İhtiyari organ ayrımı için bkz Öztan-Organ s. 97; Akipek/Akıntürk s. 568; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.204.

adına vekâlet işi üstlenip yürütmesi kural olarak mümkün değildir¹⁴⁶. Dolayısıyla yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ortaklıkta iş sözleşmesi ile çalışan ücretli avukatlar için de geçerlidir.

Ayrıca avukatlık ortaklığı, başkasını tevkil etme yetkisini haiz olduğunda bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi ile aldığı işi devredebilir(Av.K.m. 56/5). Diğer bir deyişle, Avukatlık Kanunu'ndaki bu hüküm ile avukatlık ortaklığının açıkça tevkil yetkisini haiz olduğu durumlarda, ortaklığın bizzat görmesi gereken işi, ortaklığın, başka bir avukata alt vekâlet¹⁴⁷ ile bırakabilme imkanı verilmiştir¹⁴⁸. Alt vekâlet, vekilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir iş görme ediminin ifasını, kendi adına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakması olarak tanımlanabilir¹⁴⁹. Alt vekâlette, vekil kendisi yerine bir başkasını geçirmekle, kendi temsil yetkisini kaybetmemekte; onun temsil yetkisi halâ varlığını devam ettirmektedir. Çünkü, burada sözü edilen ikame, temsil yetkisinin ya da vekâletin devri değil; sadece onun kullanımının bir başkasına bırakılması anlamını taşımaktadır¹⁵⁰. Alt vekâlette, vekil, sahip olduğu yetkiye dayalı olarak, sadece üçüncü bir kişiyi daha yetkilendirmektedir¹⁵¹. Dolayısıyla, avukatlık

¹⁴⁶ Sungurtekin Özkan s. 125.

¹⁴⁷ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Akipek, Şebnem: Alt Vekâlet, Ankara 2003.

¹⁴⁸ "...bir avukat veya avukatlık ortaklığının alt vekâlet ilişkisi kurabilmesinin, ancak bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş bulunması ve müvekkil ile akdedilmiş olan yazılı sözleşmede de, bunun aksini açıkça öngören bir kaydın yer almaması koşuluna bağlı olduğunu; işin mahiyeti gereği teamülen böyle bir yetkilendirmenin varlığının avukatlık hukuku bağlamında kabul edilemeyeceğini kesin bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, alt vekâlet ilişkisi kurulması halinde, tevkil eden avukat, tevkil ettiği meslektaşının kusurlarıyla meydana getirdiği zararlardan dolayı müvekkiline karşı onunla birlikte şahsen ve müteselsilen sorumlu olur(Av.K.m. 171/III)."(Tanrıver-Temsil s. 28); Akipek-Alt Vekalet s. 112; Sungurtekin Özkan s. 328; Özkaya s.267.

¹⁴⁹ Tandoğan s. 274; Akipek-Alt Vekalet s. 113.

¹⁵⁰ Esener s. 91; Akipek-Alt Vekalet s. 113.

¹⁵¹ Tanrıver-Temsil s. 29.

ortaklığının alt vekâlet ilişkisi ile bizzat yapması gereken bir işi, ortaklık, ortaklık dışından başka bir avukata veya avukatlık ortaklığına yaptırabilir. Ancak burada alt vekâlet ilişkisi içersindeki avukat, ortaklığın organı değildir. Zira, avukatlık ortaklığının, ortaklık dışındaki bir avukat ile alt vekâlet ilişkisi kurması, alt vekil olan avukatın bizzat iş ve dava takip etmesini engellemez.

Avukatlık ortaklığını oluşturan avukatların ortaklığın organı olduğunun diğer bir gerekçesi de, ortaklığı oluşturan avukatların iş ve eylemlerindeki sorumluluklarının, Medeni Kanun'daki organların organlık sıfatıyla hareket ederkenki işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluklarıyla aynı olması gösterilebilir. Av.K. m. 44/B a 4 uyarınca, avukatlık ortaklığı, ortaklığı oluşturan avukatların mesleki görevlere ilişkin eylem, işlem ve borçlarından dolayı birlikte müştereken ve müteselsilen sınırsız sorumludur. Medeni Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca da, organların organlık sıfatıyla hareket ederken organlık işlevine giren bir işleminden dolayı başkalarına verdikleri zararlardan aynı zamanda tüzel kişi ile birlikte kendileri de sorumludur. Buradaki sorumluluk müteselsil sorumluluktur¹⁵².

3. Avukatlık Ortaklığını Oluşturan Ortakların Tabiiyetine göre Ortaklığın

Türü

Avukatlık ortaklığını, yalnızca aynı baroya kayıtlı birden ziyade avukatın mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişilik olarak tanımlamıştık. Avukatlık Kanunu, bu ortaklığın ortaklarının, gerçek veya tüzel kişi olabileceği konusunda açık bir düzenleme yapmamakla birlikte, avukatlık ortaklığının adına

¹⁵² Akipek/Akıntürk s. 573.

ilişkin ortaklardan bir ya da birden çok kişinin ad ve/veya soyadlarına “Avukatlık Ortaklığı” ibaresi eklenir biçiminde düzenleme yapmaktadır(Av.K. m.44/B). Bu hükümle ortaklığın gerçek kişilerce kurulabileceği belirtilmektedir¹⁵³.

Avukatlık ortaklığını oluşturan avukatların tabiiyetine göre, ortaklığın türü de değişecektir. Zira, Av. K.’nun 44. maddesinin (B) bendinde, avukatlık ortaklığının Türkiye’de ya Türk avukatlık ortaklığı ya da yabancı avukatlık ortaklığı şeklinde faaliyette bulunabilmelerinden söz etmektedir. Bu ayrımın önemi ise, avukatlık ortaklığının türüne göre, davaya vekâlet ehliyetinin kapsamın¹⁵⁴ da görülür (Av.K. m. 35/I). Aşağıda bunların üzerinde duracağız:

a. Türk Avukatlık Ortaklığı

Avukatlık ortaklığını oluşturan birden ziyade avukatın hepsinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması halinde, Türk avukatlık ortaklığından bahsedilir. Bu tür avukatlık ortaklığı, aynen bir avukatın yararlandığı haklardan yararlanabilir. Dolayısıyla, Türk avukatlık ortaklığı, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verebilir, mahkeme, hakem veya yargı yetkisine haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava edebilir veya savunabilir, adli işlemleri takip edebilir veya bu işlere ait bütün evrakı düzenleme yetkisine sahiptir(Av.K. m.35/I). Diğer bir deyişle, Türk avukatlık ortaklığı, davaya vekâlet ehliyetinin kapsamında olan bütün haklardan tam olarak yararlanabilir.

¹⁵³ Turanboy s. 43; Güner s. 682; Ansay-Ortaklık s. 136; “Alman düzenlenmesinde de(Part.G.G§ 1(1)’de açıkça, bu ortaklığın sadece gerçek kişilerden oluşması gerekliliği belirtilmektedir.”(Turanboy s. 43).

¹⁵⁴ Bkz aşa. § 6.

b. Yabancı Avukatlık Ortaklığı

Uluslararası ticaretin ve dünya ülkeleri arasındaki ilişkilerin gelişmesi ile uluslararası sorunlar ortaya çıkmaktadır. Avrupa Birliği üye ülkelerindeki mal, hizmet, sermaye dolaşımı serbestisi ile, Avrupa Birliği bir bütünlük arz etmektedir. Avrupa Birliği üye ülkelerin vatandaşlarının, Avrupa Birliğine üye ülkelerde, vize alınmaksızın serbestçe dolaşabilmesi beraberinde bir çok sorunu da ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, bir Alman vatandaşının, Fransa'ya yerleşmesi veya ticari ilişkisinin olması çok çeşitli açılardan, hukuki sorunlar doğuracaktır. Zira burada avukatın konumu önem kazanır. Bugün, Avrupa Birliği'nde malların, hizmetlerin, sermayenin serbest dolaşımı yanında, avukatlarında üye ülkelerde serbestçe hizmet verebilmesi yönünde direktifler düzenlenmiştir¹⁵⁵.

Ülkemizin ise, Avrupa ülkelerindeki bu gelişmelerden etkilenmemesi düşünülemezdi. Nitekim 2001 yılında, Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinin "Avukatlık Ortaklığı" başlığını taşıyan B bendinde, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde, Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen "yabancı avukatlık ortaklıkları" düzenlenmiştir. Bu ortaklıkta çalışan avukatların hepsi yabancı avukatlar olabileceği gibi, yabancı avukat, Türk avukat karışık bir şekilde de faaliyet gösterebileceklerdir(Av.O.Y. 11/5)¹⁵⁶. Bu ortaklığın tüzel kişiliği vardır¹⁵⁷. Ancak bu ortaklıkların kurulabilmesi, karşılıklılık esasına bağlıdır.

¹⁵⁵ Ansay-Avukatlık s. 23.

¹⁵⁶"Büyük yabancı avukatlık kuruluşlarının bugüne kadar Türkiye'de yarattıkları fiili duruma avukatlık ortaklığı müessesesi ile çözüm getirme çabasıdır."(Ansay-Avukatlık s. 25; Hakimoğlu-Kurultay2000 s. 247).

Kanuna ve Yönetmeliğe¹⁵⁸ uygun olarak kurulan yabancı avukatlık ortaklığını oluşturacak ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Ancak, ortaklığın, faaliyette bulunacağı yer barosunun avukatlık ortaklığı siciline kaydolması zorunludur(Av.O.Y.m. 11/7).

Avukatlık ortaklığı ana sözleşme ile kurulduktan sonra, avukatlık ortaklığının unvanı, bir ya da birkaç ortak ad /veya soyadlarına avukatlık ortaklığı ibaresi eklenerek belirlenir(Av.O.Y.m. 13/1).

Türkiye’de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde, sadece yabancı hukuklar ve uluslararası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlamanın dışına çıkarak mesleki faaliyette bulunamaz ve avukatlık yapamazlar. Bu sınırlama; yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatı da kapsar(Av.O.Y. m. 11/4; Av.K. m. 44-B). Böylece avukatlık, yabancıların Türkiye’de icra edemeyecekleri meslekler arasındaki yerini korumaya devam etmektedir¹⁵⁹.

Dolayısıyla, Türkiye’de faaliyette bulunmak isteyen yabancı avukatlık ortaklıklarının, yalnızca uluslararası hukuk ve yabancı hukuk dallarında danışmanlık hizmeti verebilmelerinden dolayı, ortaklığın sınırlı bir davaya vekâlet ehliyetine

¹⁵⁷“Avukatlık ortaklığı, Av.K.m. 44’de düzenlenen yeni şekli ile kabul edilen bir şirket türü.”(Ansay-Avukatlık s. 25).

¹⁵⁸ Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği 25.11.2001 tarih ve 24594 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁵⁹ Çelikel s. 121.

sahip olduğunu söyleyebiliriz¹⁶⁰. Çünkü, bu ortaklıklar Türk mahkemelerinde dava açamamakta, açılmış davalarda avukatlık hizmeti verememektedirler. Aynı şekilde, bu sınırlama, yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı içinde geçerli olmaktadır¹⁶¹. Ayrıca bu danışmanlık verme hizmeti Türk hukukunu da içermemektedir¹⁶². Yabancı avukatlık ortaklıklarında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan avukatlar da Türk hukuku ile ilgili avukatlık hizmetinde bulunamazlar¹⁶³. Bu ortaklıklarda çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan avukatların, ayrı büro açarak avukatlık yapmaları da yasaklanmıştır(Av.K. m. 44-B).

Sonuç olarak burada, yabancı avukatlık ortaklığını oluşturan kişiler, davada vekil sıfatıyla işlemlerde bulunamazlar. Ancak bu kimseler, bunun dışında yabancı hukuk ve uluslararası hukuk alanlarında danışmanlık hizmeti verebilirler. Zira yabancı avukatlık ortaklığı, sadece yabancı hukuk ve uluslararası hukukta danışmanlık hizmeti verme yetkisine sahiptir. Klasik anlamda avukat, tarafları davada temsil edebilir, Av.K.m. 35'deki hakların hepsini kullanabilir. Burada ise, avukatın Av.K. m. 35' deki hak ve yetkilerine bir sınırlama getirilerek, vekilin yapabileceği işler üzerindeki yetkisi(ehliyeti) sınırlanmıştır. Özellikle yabancı avukatlık ortaklıklarında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı avukatlar için bu durum geçerlidir. Çünkü, yabancı avukatlık ortaklığında çalışan bir Türkiye

¹⁶⁰“Kanun, alışıla gelmişin dışında danışmanlık biçiminde dar kapsamlı bir avukatlıktan sözediyor. Bugüne kadar avukatlık genellikle mahkemede müvekkilleri temsil eden kişiler olarak düşünülmemekte idi. Yeni yasa önleyici avukatlığın, daha doğru bir deyimle danışmanlığın önemini vurgulamaktadır.”(Ansay-Avukatlık s. 24).

¹⁶¹ Güner s. 685.

¹⁶² Ansay-Avukatlık s. 26.

¹⁶³ Ansay-Avukatlık s. 26; “Buna paralel olarak yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türk hukukçunun da avukatlık belgesi olmasa bile yabancı hukuk hakkında danışmanlık hizmeti verebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.”(Ansay-Avukatlık s. 26).

Cumhuriyeti vatandaşı olan avukat da artık, davada tarafları temsil edemez. Dolayısıyla Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı avukatlık ortaklığının, haklarının sınırlı olmasından dolayı, ortaklık olarak sınırlı bir davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğunu söyleyebiliriz.

F. Dava Vekilleri

1. Genel Olarak

Davaya vekâlet ehliyetine, avukatların dışında, sahip olan diğer kimseler dava vekilleridir(Av.K.g.m.13)¹⁶⁴. Bu kimseler avukatların yapabileceği işleri yapabilme ehliyetleri olmasına rağmen, bu kimseler avukat değildirler.

Dava vekilliği mesleği, Tanzimat döneminde husumete vekalet şeklinde başlamıştır. O dönemin anlayışına göre husumete vekalet, yargıçlar huzurunda başkasına naiplik etmek olup, vekil olan kimse müvekkilin iddia ve savunmalarını müvekkil namına yargıçlara aktarmakta ve açıklamaktadır¹⁶⁵.

3.4.1924 tarih ve 460 sayılı Muhamat Kanunu’nun 5. maddesi en az beş yıl süreyle adalet hizmetinde bulunmuş kimselere baro bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapma imkanı tanıdı¹⁶⁶. Bu durumda bulunan kimseler 6.1.1926 tarih ve 708 sayılı Kanunu’nun 6. maddesi gereğince dava vekaleti ruhsatnamesi

¹⁶⁴ Karafakih s. 41; “Av.K.g.m.13, Avukatlara tanınan tekелci haklardan yararlanma yetkilerini dava vekillerine tanımaktadır.”(Erdoğan-Kurultay2004 s. 150).

¹⁶⁵ Koruklu s. 657; Doğanay s. 485.

¹⁶⁶ İyimaya- Muhamat s. 172.

almışlardır¹⁶⁷. 3499 sayılı Kanunu'nun geçici III. maddesi ile 1.12.1939 tarihinden sonra bunlara dava vekaleti ruhsatnamesi verilmesi yasaklanmıştır¹⁶⁸. Dolayısıyla dava vekilliği kurumu, bugün için fiilen işlerliğini yitirmiş durumdadır¹⁶⁹. Nitekim dava vekilliğinden beklenen verimin alındığı da söylenemez¹⁷⁰.

3499 sayılı Kanunu'nun 1.12.1939 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce dava vekâleti ruhsatnamesi almış bulunan kimselere dava vekili denir¹⁷¹.

II. Dava Vekillerinin En Az Beş Avukat Bulunmayan Yerlerde Vekil

Olarak Davayı Takip Edebilmeleri

Avukatlık Kanunu'nun geçici 12. maddesine göre, “3499 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte dava vekaleti ruhsatnamesine sahip olanlar, beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebilirler. Bu Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce 3499 sayılı Kanun’un (muvakkat 4.) maddesi uyarınca beş avukat bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapmakta olanların kazanılmış hakları saklıdır.”¹⁷² Dolayısıyla dava vekilleri beş veya daha fazla avukatın bulunduğu yerlerde görev

¹⁶⁷ Aday-Genel Esaslar s. 11.

¹⁶⁸ Güner s. 115; Danıştay 1967’de verdiği bir kararla sadece 1.12.1939 tarihinden önce dava vekaleti ruhsatnamesi almış olanların değil, bu tarihten önce 5 yıl adalet hizmetinde bulunmuş olmakla birlikte henüz ruhsatname almamış olanların da kazanılmış haklarının bulunduğu, bu kimselerin 1.12.1939 tarihinden sonra da dava vekilliği ruhsatnamesi alabileceklerine hükmetmiştir(DD 12.,22.11.1967,850/1899, DKD 119-122. s. 435-438).

¹⁶⁹ Arslan/Tanrıver s. 206;Yılmaz-Rekabet s. 958.

¹⁷⁰ Belgesay- Baro s. 251.

¹⁷¹ Aday-Genel Esaslar s. 12; “Alman hukuk sisteminde avukatlar dışında ‘prozessagent’ denilen bizdeki dava vekillerine benzeyen kişiler de bazı hallerde mahkemede temsilci olarak görev yapabilmektedirler.”(Sungurtekin-Özkan s. 40).

¹⁷² “Bir yerdeki avukat ve dava vekili sayısının hesaplanmasında, o yerdeki mukayyet(yani ayrıca serbest avukatlık yapamayan) Hazine(ve Belediye,Orman v.s.) avukatı dahil değildir.”(Kuru-Hmu II s. 1232).

yapamazlar¹⁷³. Ancak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden(7.7.1969 tarihinden) önce, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun muvakkat 4. maddesi uyarınca beş avukat bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapmakta olanların kazanılmış hakları saklıdır(Av.K. g.m. 13/I). Yani, bir dava vekilinin çalışmakta olduğu yerdeki avukat sayısı sonradan, (7.7.1969 tarihine kadar) beşi bulmuş olsa bile, dava vekili o yerde vekaleten dava takip etmeye devam edebilir¹⁷⁴.

Dava vekillerinin mesleklerini icra edebilmeleri için, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan bir listeye yazılmaları şarttır(Av.K.g.m. 13/2)¹⁷⁵. Listeye yazılma, Avukatlık Kanunu'nun, avukatlara tanıdığı hak ve yetkilerden faydalanmak ve yükümlere tabi olmak bakımından, baro levhasına yazılmanın sonuçlarını doğurur(Av.K.g.m. 13/3). Ancak dava vekilliği kurumu, bu gün için fiilen işlerliğini yitirmiş durumdadır¹⁷⁶.

¹⁷³ “Barodaki listeye yazılı dava vekilinin, sürekli olmamak kaydıyla , beş avukat bulunmayan diğer yerlerde de dava vekilliği yapmaya yetkili olduğu, kanısındayım.”(Kuru-Hmu I s. 841).

¹⁷⁴“Bundan başka, dava vekilinin bulunduğu yerdeki avukat sayısının beşi bulması halinde, davavekilinin o yerde vekalet yapma görevinin son bulmayacağı kanısındayım. Çünkü dava vekilleri hakkında Av.K. g.m.17/IV hükmüne benzer bir hüküm yoktur.”(Kuru-Hmu I s. 841).

¹⁷⁵ “Dava vekilleri, avukatlar gibi baro levhasına kaydedilmezler. Bunların vekalet yapmak istedikleri yerlerdeki Adliye Encümen veya Heyetlerince gereken incelemeler yapıldıktan sonra listeye kayıtlarına karar verilir. Dava vekilleri de ancak listesine kayıtlı bulunduğu mahalde vekâlet yapabilirler; listeye kayıtlı bulunmayanlar vekâlet yapamazlar.”(Ülgenalp s. 892).

¹⁷⁶ Arslan/Tanriver s. 206;Yılmaz-Rekabet s. 958.

G. Dava Takipçileri(Dava Kovuşturucuları)

1. Genel Olarak

Davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler olan avukatlar ve dava vekillerinin dışında, bir de dava takipçileri(dava kovuşturucuları) vardır(Av.K.g.m.17)¹⁷⁷. Ancak dava takipçileri, dava vekili veya avukat değildirler¹⁷⁸. Dava takipçiliği, hukukumuzda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile yürürlüğe girmiştir¹⁷⁹.

Dava takipçileri, en az üç avukat ve dava vekili olmayan yerlerde bazı dava ve işleri vekaleten takip etme yetkisine sahip kişilere verilen addır¹⁸⁰.

Av.K.'nin geçici 17. maddesi yargı mercileri, Cumhuriyet savcılıkları, icra memurlukları nezdinde başkatiplik, zabıt katipliği, zabıt katibi muavinliği yahut icra memurluğu veya yardımcılığı görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olan kimselere¹⁸¹, tahsil, staj ve sınav dışındaki şartları taşımaları ve avukatlık mesleğine kabul için Av.K. 5. maddede aranan engelleri bulunmayanların dava takipçiliği adı altında avukatlara tanınan yetkilerden bir kısmını kullanabileceklerini öngörmektedir¹⁸².

¹⁷⁷ Önen-Yargılama s. 83.

¹⁷⁸ Mollamustafaoğlu s. 526.

¹⁷⁹ Güner s. 117; Aday-Genel Esaslar s. 13.

¹⁸⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz-USul s. 252; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-USûl s.160; Pekcanitez / Atalay/Özekes-USul s. 176; Arslan/Tanrıver s. 206.

¹⁸¹ “Kanımca iflas memurları da bu sınıfa dahidir.”(Kuru Hmu I s. 842).

¹⁸² Güner s. 117; Arslan/Tanrıver s.206,207.

Dava takipçileri, en az üç avukat veya dava vekili olmayan bir yerde, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan listeye yazılmak şartıyla, o yerin hukuk mahkemeleri, icra-iflas dairelerinde dava ve iş takip etme yetkisini elde ederler¹⁸³.

Dava takipçilerinin çalışacağı yerde, listeye yazılma tarihinden itibaren üç ay içinde büro açma zorunluluğu vardır(Av.K. g.m. 17/II).

Ancak, günümüzde gerek hukuk fakültelerinin çoğalmasa, gerekse de ülkemizdeki avukat sayısının artmasından ötürü dava takipçilerine ihtiyaç kalmamıştır¹⁸⁴. Dolayısıyla dava takipçiliği de aynı dava vekilliği kurumu gibi bu gün için fiilen işlerliğini yitirmiş durumdadır¹⁸⁵.

II . Dava Takipçilerinin Üç Avukat ve Dava Vekili Bulunmayan Yerlerde

Vekil Olarak Davayı Takip Edebilmeleri

Dava takipçilerinin davaya vekâlet ehliyetleri avukatlar gibi bütün yargı mercileri nezdinde tam değildir. Dava takipçileri sadece üçten az(en çok iki) avukat veya dava vekilinin bulunduğu yerlerde görev yapabilirler. Bir dava takipçisinin görev yaptığı yerdeki avukat ve dava vekili sayısı üçü bulursa dava takipçisinin

¹⁸³“Avukatlık Kanunu m. 194 ile HUMK m. 61 değiştirildiğinden ve böylece eski HUMK m. 61 son fıkrâ hükümü kaldırılmış olduğundan, artık en az üç avukat ve dava vekili bulunmayan yerlerde herkesin dilediği kimseyi dava takibi için vekil tutabilmesi imkanı kalmamıştır.”(Kuru-Hmu II s. 1245); “Usul kanunumuzun 61.maddesinin birinci fıkrası 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 194. maddesi ile tadil edilmeden önce şu şekilde idi:(Vekil baroda resmen mukayyet bulunan avukatlardan ve baro teşekkül etmeyen yerlerde en aşağı üç dava vekili varsa bunlardan intihap edilmek lazımdır). Demek oluyor ki, maddenin almış olduğu yeni muhteva karşısında artık münhasırsan avukatların fiili bir temsil tekelleri mevcuttur.”(Üstündağ-Yargılama s. 399).

¹⁸⁴ “Dava vekillerinin mesleklerini icra için sadece ampirik değil, biraz da teorik bilgileri bulunması lazımdır.”(Belgesay-Baro s. 268).

¹⁸⁵Yılmaz-Rekabet s. 958; Aday’ göre; “Kanun koyucu, dava takipçilerine dava vekillerine göre daha kısıtlı bir alanda görev yapabilmelerinden ötürü, bunların zamanla tasfiye edilmeleri öngörülmemiştir.” (Aday- Genel Esaslar s. 11).

görevi kendiliğinden sona erer(Av.K.g.m. 17/4). Bu halde, dava takipçisi önceden açmış olduğu davalara bile bakamaz¹⁸⁶. Dava takipçileri, bu durumda üç ay içinde dava vekili ve avukat sayısı üçü bulmayan bir yerde büro açmazlarsa, bir daha dava takipçiliği yapamazlar(Av.K.g.m. 17/4)¹⁸⁷.

Dava takipçileri, dava vekillerinden farklı olarak sadece listesinde yazılı oldukları yerdeki hukuk mahkemeleri ve icra-iflas dairelerinde, dava ve iş takip edebilirler(Av.K.g.m. 17/I). Ayrıca dava takipçilerinin, ceza mahkemelerinde, icra ceza işlerinde de davaya vekâlet ehliyeti yoktur¹⁸⁸. Yani, dava takipçilerinin davaya vekâlet ehliyeti hem yer olarak hem de görev ifa edeceği yer bakımından sınırlandırılmıştır.

Dava takipçileri, hizmet gördükleri hukuk mahkemesi veya icra- iflas dairelerinde, buralardan ayrılmaları tarihinden itibaren iki yıl süre ile dava takipçiliği yapamazlar(Av.K.g.m. 17/VII).

H. Hiç Avukat, Dava Vekili ve Dava Takipçisi Bulunmayan Yerlerdeki

Durum

HUMK'nun 61'inci maddesinin üçüncü fıkrası 1220 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce şifahi muhakeme usulüne bağlı olan işlerde, baro veya üç dava vekili bulunan yerlerde, sulh mahkemelerinde avukat ve dava vekili olmayanlar da

¹⁸⁶ Aday-Genel Esaslar s. 12.

¹⁸⁷ "Dava takipçileri, buldukları yerde avukat ve dava vekili sayısı üçü bulmadıkça listesine yazılı oldukları baro veya başka baro bölgesindeki bir yere nakledilemezler."(Av.Y.m.75/II).

¹⁸⁸ Kuru-Hmu I s. 842.

vekil seçilebilirlerdi¹⁸⁹. Dolayısıyla bu kimseler de eskiden avukatlar, stajyer avukatlar, dava vekilleri ve dava takipçileri ile birlikte davaya vekâlet ehliyetine sahiptiler¹⁹⁰. Eski HUMK m.61 hükmü şöyle idi;

“Vekil baroda resmen mukayyet bulunan avukatlardan ve baro teşekkül etmeyen yerlerde en aşağı üç dava vekili var ise bunlardan intihap edilmek lazımdır.

Birinci fıkra mucibince avukat veya dava vekili olmayan vekil, müvekkil namına esnayı muhakemede hazır olsa bile muhakeme gıyaben icra olunarak hüküm verilir.

Şu kadar ki şifahi usulü muhakemeye tabi olan işlerde bu kaide cari değildir.

Baro teşekkül etmeyen veya birinci fıkra veçhile dava vekili bulunmayan mahallerde herkes dilediği kimseyi tevkil edebilir¹⁹¹.”

Bu hükme göre, önceden HUMK, şifahi usul muhakemeye tabi olan işlerde, yani sulh mahkemelerinde, vekil seçimini serbest bırakmaktaydı¹⁹². Ancak, bu hüküm daha sonra 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 139’uncu maddesi ile (1220 sayılı Kanunla) kaldırılmış olduğundan HUMK’nun m. 61/3’de bu suretle kaldırılmıştır¹⁹³.

Zira, 1086 sayılı HUMK’un 61. maddesinin son fıkrasındaki “baro teşekkül etmeyen ve birinci fıkra veçhile dava vekili bulunmayan mahallerde herkes dilediği

¹⁸⁹ Ülgenalp s. 893.

¹⁹⁰“Böyle bir zümrenin teşekkülü avukat sayısının azlığındandır. Avukatların çoğalması ile şüphesiz bunlar da ortadan kalkacaktır.”(Ülgenalp s. 894).

¹⁹¹ Belgesay-Rasyonel s. 179.

¹⁹² Belgesay-Baro s. 252.

¹⁹³ Ülgenalp s. 893; Taray s. 1638.

kimseyi tevkil edebilir” hükmü¹⁹⁴, 1136 sayılı Av.K.’nun 194. maddesi ile değiştirilen HUMK m. 61’si ile şu şekli almıştır: “Davaya vekalet deruhte etmesine kanunen imkan bulunmayan vekil mahkemeye kabul olunmaz. Bu takdirde, mahkemeye kabul edilmeyen vekilin müvekkiline, keyfiyetten bahisle, bir defaya mahsus olmak üzere davetiye gönderilir.”¹⁹⁵

Günümüzde ise, bir yerde(özellikle ilçede) hiçbir avukat, dava vekili ve dava takipçisi olmasa bile o yerde dava takibi için herhangi bir kimseye vekâlet verilemez¹⁹⁶. Çünkü, davaya vekâlet deruhte etmesine kanunen imkan bulunmayan kimseler mahkemeye kabul olunmaz(m. 61).

Davaya vekalet görevi yapabilecek hiç bir kimsenin bulunmadığı bu gibi yerlerde, hakim, yazı bilmeyen tarafın iddia ve savunmasını huzurunda zabıt katibine söyleyerek yazdırmakla yetinir(m. 212)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Tanju s. 302; “Baro teşekkül etmemiş olan yerlerde taraf dildiğine kendini mahkemede temsil yetkisi verebilir. Ancak, müstesna olarak, baro teşekkül etmeyen yerlerde üç dava vekili varsa taraf bu vekillerden, veyahut bir baroya kayıtlı avukatlardan başkası ile kendini temsil ettiremez.”(Belgesay-Baro s. 252).

¹⁹⁵“1136 sayılı Av.K.’un geçici 17. maddesinin 3. fıkrası ise, değişiklikten önce HUMK 61 hükmüne göre vekâlet görevi alanların, o yerin bağlı olduğu baroya yazılmak suretiyle dava takipçiliği yapabileceklerini hüküm altına almıştır. Ancak, aynı maddenin son fıkrasıyla, bu kimselerin 7.7.1977 tarihinden sonra dava takipçiliği yapma imkanı ortadan kaldırılmıştır.”(Aday-Genel Esaslar s. 13).

¹⁹⁶ Kuru-Hmu II. s. 1235.

¹⁹⁷ “Bu hüküm hak arayanları korumak açısından HUMK m. 212 yeterli olmayıp, herkesin dilediği kimseye vekalet verebileceği hükmünün(HUMK m. 61/son fıkra) yeniden kabulü zorunlu olduğu kanısındayım.”(Kuru-Hmu II. s. 1235-1236).

§ 4. ÖZEL KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNE SAHİP OLAN KİMSELER

A. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, davaya vekâlet ehliyetine yalnız belirli kimseler sahiptir(Av.K.m. 35/I). Bunlar; avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava takipçileridir. Ancak, Av.K. m. 35/son fıkrası, diğer kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Yani, özel bir kanun hükmünde, belirli kişilerin temsilcisi oldukları kişileri mahkemelerde de temsil edebilecekleri açıkça belirtilmişse, o kişiler, avukat, stajyer avukat, avukatlık ortaklığı, dava vekili ve dava takipçisi olmadıkları halde, temsilci olarak mahkemelerde usul işlemlerini yapabilirler. Zira, bu kimseler özel kanun hükümlerinden dolayı, belirli alanlarda, davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Özel kanun hükümlerine göre, davada temsilci sıfatıyla hareket edebilen bu kimselere, davaya vekâlet ehliyetinin tanınmasının çeşitli sebepleri vardır. Özel kanun hükümleri ile davada temsilci sıfatıyla bulunabilecek olan bu kimseler, temsil ettiği gerçek veya tüzel kişiyle arasındaki iç ilişkileri, uyuşmazlıkları daha iyi bilirler. Aralarındaki bu iç ilişkileri daha iyi bildiklerinden dolayı bu temsilciler, temsil ettiği kimseleri davada daha iyi savunabilirler. Özellikle, bazı teknik konulardan çıkan uyuşmazlıklarda, bu alanda uzmanlaşmış kimselere özel bir kanunla davaya vekâlet ehliyetinin tanınması ile uyuşmazlığın daha adil ve çabuk çözüleceği düşünülmüştür.

Aşağıda, özel kanun hükümlerine göre davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler incelenecektir.

B. Karı ve Kocanın Kadastro İşlerinde Birbirlerini Vekil Atayabilmesi

Kadastro, Devletin, her çeşit arazi ve arsaların, alan, sınır ve hukuki durumlarını saptayarak, bunların plana bağlanması işlemidir¹⁹⁸.

Kadastro işlemlerinin yürütülebilmesi için, 1987 tarihinde 3402 sayılı Kadastro Kanunu kabul edilmiştir¹⁹⁹. Ayrıca bu Kanunu'nun uygulanması ile ilgili dava ve işlere bakmak üzere de kadastro mahkemeleri kurulmuştur(KK m. 24)²⁰⁰.

Kadastro Kanunu'nun m. 31/I' e göre, getirilen düzenleme ile sadece kadastro işlerine ve davalarına özgü olmak kaydıyla, karı ve kocanın birbirlerini vekil tayin etmesine olanak tanınmıştır. Birbirlerini vekil tayin edebilmeye sadece karı- koca açısından olanak tanınmış; bunun dışındaki hiçbir akrabaya bu olanak verilmemiştir²⁰¹. Yalnız burada kanun koyucu, karı ve kocanın çıkarlarının birbirine zıt olmamasını şart koşturmuştur.

¹⁹⁸ Ozanalp s.28;Gürsel s. 34; Kaşıkçı s.2; Özmen/Çorbalı s. 179; Oğuzman/Öz s. 139; Kadastro kavramının, hukuki ve geometrik olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Geometrik olarak kadastro işlemi, tekniğin ve fennin yardımıyla, ülkedeki her taşınmazın türünü, sınırını ve yüzölçümünü kesin bir biçimde belirlemeyi ve sınırlamayı amaçlar. Kadastro hukuku ise, bu şekilde sınırlanan taşınmazlar üzerindeki hakları ve özellikle mülkiyet hakkını ve hak sahiplerini tespit etmektir.” (Durman s. 3,4).

¹⁹⁹ Kanun no 3402(RG 9.7.1987, S. 19512).

²⁰⁰ “Her ilin merkez ilçesi ile diğer ilçelerin idari sınırları içinde kalan yerler kadastro bölgesi olarak adlandırılır(KK m.2). Her kadastro bölgesinde, bölgedeki dava ve iş sayısına göre yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur(KK m.24). Kadastro mahkemesi tek hakimli olup asliye mahkemesi niteliğindedir.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 921).

²⁰¹ 766 sayılı Tapulama Kanununun m. 56 gereği, birbirlerini vekil tayin edebilecek hısımların sayısı daha fazlaydı. Bu hükme göre, okur yazar olmak kaydı ile nesepten ve sebepten usul ve furu, ikinci dereceye kadar nesepten ve sebepten civar hısımları ve karı veya koca tapulama işlerinde vekil olabilirlerdi. Ancak KK m. 48'e göre, 766 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır bu konu hakkında bkz Kılıç s. 1515; Karahasan s. 625,626; Özmen/Çorbalı s. 1181,1182; Durman s. 6.

Kadastro Kanunu'nun bu hükmü, Av. K.'nun 35. maddesine istisna teşkil etmektedir²⁰². Zira, HUMK m. 59' göre, dava ehliyetine sahip olan her kişi, davasını bizzat veya atayacağı vekil vasıtasıyla takip edebilir. Tarafın dava ehliyeti yoksa kanuni temsilcisi davayı onun adına takip eder. Ayrıca Av. K. m. 35 gereği, vekil olarak sadece avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava takipçileri mahkemeler önünde gerçek ve tüzel kişiler adına dava açabilir veya usuli işlemler yapabilir²⁰³. Halbuki, Kadastro Kanunu'nun bu hükmü ile, karı- koca avukat olmasa dahi, kadastro işleri ile ilgili davalarda birbirlerini vekil tayin edebilirler. Diğer bir ifadeyle, Kadastro Kanunu'nun bu hükmü ile, karı- koca, kadastro işleri ile ilgili davalarda, davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

C. Ticari Mümessil

Ticari mümessillik, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir(BK m. 449 vd). Borçlar Kanunu'nun 449. maddesinde ticari mümessilliğin tanımı yapılmıştır. Buna göre, “ticari mümessil, bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilveکہâle imza vazetmek üzere sarîh veya zımnî kendisine mezuniyet verilen kimsedir.”

²⁰² Kuru-Hmu II s. 1236; Aday-Genel Esaslar s. 47; Sungurtekin Özkan s. 39; Güner s. 119; Durman s. 104; Kılıç s. 1515; Koçak s. 102.

²⁰³ Durman s. 104; Kuru-Hmu II s.1236.

Ticari mümessilliğin temelini BK. m. 32 vd. maddelerindeki temsile ilişkin hükümler oluşturur²⁰⁴. Ticari mümessillere ilişkin olmak üzere BK’da yer alan düzenlemede de, temsil yetkisini veren işletme sahibi(müvekkil) ile ticari mümessil arasındaki iç ilişkiler üzerinde durulmadan, ticari mümessilin üçüncü kişilerle ilişkisi düzenlenmektedir²⁰⁵.

Daha önceden de vurgulandığı üzere²⁰⁶, taraflar kendilerini vekil aracılığıyla temsil ettirmek istiyorlarsa, bu vekilin de davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerden olması gerekir(Av.K. m. 35/I). Bu hüküm karşısında, acaba ticari mümessilin, işletme sahibini mahkemede temsil hususunda yetkili olduğu söylenebilir mi?

Akyazan’a göre, ticari mümessil işletme sahibi adına dava açmak yetkisini haiz olmakla birlikte, davayı bizzat yürütemez. Aksi halde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi ile gözetilen amaç zaafa uğramış olur. Bu sebeple, ticari mümessil bu yetkisini, bir avukatı görevlendirmek suretiyle yerine getirmelidir²⁰⁷.

²⁰⁴“Temsile ilişkin BK m. 32 vd. hükümlerde temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarının, yetkiyi veren hukuki işlemle göre saptanacağı, başka bir deyişle, bu hususun, temsil yetkisini veren kişi(müvekkil) tarafından yapılan irade açıklamasının içeriğine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Bu durum, ticaret hayatında bazı sıkıntılara neden olabilir. Zira bir işletmenin işlerini idare eden ve işletme sahibini temsile yetkili olan kimse ile üçüncü kişiler, duruma göre temsilcinin, işletmenin konusuna giren tüm işlemleri yapmaya yetkili olduğunu ve bu temsil yetkisinin, müvekkil tarafından sınırlandırılmayacağını bilmek isterler. Bu ihtiyacı karşılamak üzere, kanunlarda, sahip olduğu temsil yetkisinin kapsam ve sınırları müvekkilin iradesinden bağımsız şekilde kanun tarafından belirlenen ticari mümessillik kurumuna yer vermiştir.”(Arkan s. 160-161).

²⁰⁵ Arkan s. 161.

²⁰⁶ Bkz yuk. §3.

²⁰⁷ Akyazan-Temsilci s. 274, 275; Bkz bu görüşler için Kirca s. 109; Feyzioğlu s. 416. dpn. 23; Yargıtay’ın Ticaret Dairesi de aynı karara varmıştır: “Ticari temsilci bu yetkisini, bir avukat görevlendirilmek suretiyle yerine getirmelidir; ancak böylece Avukatlık Kanunu’nun(yargı yerlerinde yalnız baroda yazılı avukatların yanları temsil edebileceği) kuralına uyulmuş olur. Yoksa doğrudan ticari temsilci adli mercilerde işletmenin vekili sıfatıyla hareket edemez.” YTD. nin 20.12.1971 gün ve 5806/7498 sayılı kararı aynı sonuca varılmıştır (Bu karar için bkz Olgaç s. 1027).

Belgesay'a göre ise, ticari mümessil, kanuni temsilci addedilebilirse, davaya vekâlet ehliyetine sahip olur ve mahkemede bizzat temsil ettiği işletme adına dava takip edebilir. Eğer ticari mümessil, kanuni temsilci addedilemezse, davaya vekâlet ehliyetine sahip değildir ve mahkemede işletmeyi temsil edemez²⁰⁸.

Doktrinde savunulan baskın görüşe göre ise, işletme sahibinin açacağı ve işletme sahibi aleyhine açılan davalarda, ticari mümessilin bu kişiyi mahkemede temsil etme yetkisi, davaya vekâlet ehliyetini avukatlara, stajyer avukatlara, dava vekilleri ve dava takipçilerine mahsus ve münhasır sayan Avukatlık Kanunu'nun 35.maddesine bir istisna oluşturur²⁰⁹. Bu sonuca, ticari mümessilin, “işletmenin gayesine dahil bilumum tasarrufları” yapmaya yetkili olduğunu belirten BK m. 450/I hükmünden ulaşılabileceği gibi, ticari vekilin sarih yetki vermedikçe muhakeme ve mürafaada bulanamayacağına ilişkin BK m. 453/II'nin mefhumu muhalifinden de varmak mümkündür²¹⁰.

Yargıtay da, ticari mümessilin işletme adına dava açıp; işletmeyi davada temsil edebileceği görüşündedir²¹¹.

²⁰⁸ Belgesay-Temsil s. 112; Hirsch'e göre ise, ticari temsilci, kanuni temsilci olup, davaya vekâlet ehliyeti olan kimselere istisna teşkil edip, işletmeyi mahkemede temsil edebileceği görüşündedir (Belgesay-Temsil s. 112).

²⁰⁹ Kuru-Hmu II s. 1240 ; Karayalçın s. 490 ; Domaniç s. 322-323 ; Arslanlı s. 169 ; Arkan s. 166 ; Kırca s. 110 ; Tanrıver-Temsil s. 17 dph 52 ; Yener s. 162.

²¹⁰ Kırca s. 110 ;Karayalçın s. 490 ; “Zira, ticari mümessilin işletmeyi, mahkemede temsil etme yetkisini haiz olduğu yönünde BK.'da açık bir hüküm yoktur.”(Karayalçın s.490). “Ticari temsilcinin, temsilcisi bulunduğu taciri mahkemede temsil edebileceği hakkında açık bir kanun hükmü yoksa da, ticari temsilciye oranla yetkileri daha kısıtlı olan ticari vekile bile mahkemede temsil yetkisi verilebildiğine göre evleviyetle ticari temsilci de bu hakka sahiptir.” (Kuru-Hmu II s. 1240).

²¹¹ HGK 15.1. 1964 , E. 600/T-D,K. 55 (ABD 1964/4 s. 423); YTD,1.10.1963 E. 1638 K. 3600 (ABD 1964/1 s. 93-94).

Ticari mümessilin davalarda sahip olduğu temsil yetkisi, sadece kendisinin işletme sahibini temsilen yaptığı işlemlere inhisar etmez, bizzat işletme sahibi veya onun diğer bir temsilcisi tarafından işletmeyle ilgili olarak yapılanlar da dahil olmak üzere temsil yetkisine giren bütün işlemlerden doğan davaları kapsar²¹². Ancak işletme sahibinin özel hayatıyla ilgili olan davalardan (örneğin; aile, miras hukuku gibi.) doğan uyuşmazlıklar da, ticari mümessilin bu sıfatla işletme sahibini temsil etmesi söz konusu olamaz²¹³.

Her ne kadar HUMK m. 63’de özel yetki verilmedikçe vekilin sulhe, hakeme gitmeye, davayı kabule, davadan feragate, ibraya, yemin tevcihine, dava konusunu tahsile yetkili olmadığı gösterilmişse de, bu madde avukatlara ilişkin olduğundan, ticari mümessiller bu kuralın dışında kalır ve BK m. 449 vd’ndaki özel hükümlere tabi olur²¹⁴. Dolayısıyla, ticari mümessil, işletmenin gayesine dahil hususlarda temsil yetkisini haiz olduğu gibi, tahkime, sulhe, davayı kabule, davadan feragate, temyiz başvurusunda bulunmaya, ibraya yetkili sayılmalıdır²¹⁵.

Ticari mümessil, işletme sahibini mahkemede temsil ettiği hallerde, vekâletname ibrazına da gerek olmayıp, ticari temsilci olduğunun ispatı yeterli görülmüştür²¹⁶.

²¹² Domanıç s. 323. ;

²¹³ Kırca s. 111.

²¹⁴ Arkan s. 166; Kırca s. 111; Domanıç s. 323, 324.

²¹⁵ Kırca s. 111;Domanıç s. 323.

²¹⁶ Karayalçın s. 490.

D. Ticari Vekil

Ticari vekil, BK m. 453/I'de tanımlanmıştır. Buna göre, “Ticari vekil, ticari mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir.” Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, ticari vekile, işletmenin ya tüm işlerinin idaresi ya da belirli bazı işlerinin yapılması konusunda temsil yetkisi verilebilir²¹⁷.

Ancak ticari vekil, işletmenin sadece olağan işleriyle sınırlı temsil yetkisine sahiptir. Olağan işlerin neler olduğu belirlenirken, bir yandan işletmenin niteliği, iş hacmi, bulunduğu yerde geçerli olan ticari görüşler, diğer yandan yapılması söz konusu olan işlemlerin tür ve değeri dikkate alınır²¹⁸. Buna karşılık ticari vekilin, işletme sahibini, davalı veya davacı olarak mahkemelerde temsil edebilmesi için işletme sahibi tarafından, ticari vekile özel yetki verilmesi gerekir(BK m.453/II). Diğer bir ifadeyle, kendisine açıkça yetki verilmiş olan ticari vekil, işletme sahibini davada temsil edebilir²¹⁹. Yani, BK m. 453/II hükmü gereği, ticari vekil, işletme sahibini davada temsil ederken davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

İşte, BK m. 453/II hükmü, vekil sıfatıyla dava açma ve takip etme yetkisini sadece avukatlara, stajyer avukatlara, avukatlık ortaklıklarına, dava vekillerine ve dava takipçilerine tanıyan Av.K.'nın 35. maddesi hükmüne istisna teşkil

²¹⁷ Arkan s. 172; Fezioğlu s. 428.

²¹⁸ Fezioğlu s. 433; Arkan s. 173.

²¹⁹ Kuru-Hmu II s. 1240; Danıştay avukat olmayan ticari vekilin Danıştay'da idari dava açmaya ehliyeti bulunmadığı görüşündedir (Örn bkz. DD 18.11.1969. 1330/4654, Müderrisoğlu s. 475).

etmektedir²²⁰. Ayrıca, ticari vekilin, işletme sahibini, davada temsil edebilmesi kanunen hükme bağlandığı için tartışma konusu olamaz. Ancak, ticari vekilin, işletme sahibini temsil etmesi, BK m. 453/II hükmünden de anlaşılacağı üzere, ticari mümessilden farklıdır. Çünkü, ticari mümessil, bir işletmenin tüm işlerini idare etmekle görevlendirildiğinden, onun, işletmenin hem olağan hem olağanüstü nitelik gösteren bütün işlerini yapmaya yetkisi vardır. Diğer bir ifadeyle, işletme sahibini davalarda temsil etmek, ticari mümessiller için herhangi bir özel ve açık yetkiye ihtiyaç göstermez. Buna karşılık, yukarıda da belirtildiği gibi, ticari vekilin, işletme sahibini davada temsil edebilmesi için, özel ve açık bir yetkiye gereksinimi vardır. Zira, ticari vekilin, işletme sahibi adına dava açabilmesi işletmenin olağanüstü işlemlerindedir²²¹(BK m. 453/II).

E. Acente

Acente, bağımsız tacir yardımcılardan olmak üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 116 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Acenteyi şu şekilde tanımlayabiliriz: "Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya hizmetli gibi-ticari işletme sahibi müvekkiline- bağımlı bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli bir şekilde, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde

²²⁰ Kuru-Hmu II s.1240; Yener s. 162; Sungurtekin-Özkan s. 39; Tanrıver-Temsil s. 17 dpn. 52; Arkan s. 172 .

²²¹ Feyzioğlu s. 433,434; Arkan s.173,174;Kuru-Hmu II s . 1240.

aracılık etmeyi veya bunları tacir namına yapmayı meslek edinen gerçek ya da tüzel kişiye acente denir.”²²²

Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle, müvekkili namına dava açabileceği gibi acenteye karşı da dava açılabilir(TTK m. 119/II). Bu hükmün aksi kararlaştırılmaz(TTK m. 119/III). Kanunun gerekçesinin incelenmesinden de anlaşıldığı üzere²²³, bu hükmün konuluş amacı(ratio legis), yabancı ülkelerdeki ticari işletmeler için Türkiye’de işlemler gerçekleştiren acentelerin ihtilaf vukuunda yabancı bir mahkemenin yetkili olduğunu ileri sürmelerini önlemek ve bu gibi acenteler aleyhine Türk Mahkemelerinde dava açılmasını sağlayıp Türk vatandaşlarının haklarını korumaktan ibarettir²²⁴.

Daha önceden de vurgulandığı üzere, kişiler, kendi davalarını mahkemelerde prensip itibariyle bizzat açar ve takip ederler. Bizzat açılıp takip edilmeyen davalar ise, Av.K.m.35 hükmüne göre vekil sıfatıyla ancak avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava takipçileri tarafından açılabilir ve takip edilebilir.

²²² Kayıhan s. 29. ;“Acente adı verilen ve ayrı işletme sahibi olan bu bağımsız yardımcıları, tacirin ürettiği mal ve hizmetlerin satımı hususunda ya sadece sürekli şekilde aracılıkta bulunmak ya da bu sözleşmeleri tacir nam ve hesabına yapmak şeklinde faaliyet gösterirler.”(Arkan s. 189).

²²³ “Tecrübe göstermiştir ki, basılmış olan genel şartnamelere dayanarak ecnebi müesseseler namına muamele yapan umumi vekiller, bazen ecnebi bir mahkemenin salâhiyetli olduğunu ileri sürerler. Bu suiistimali önlemek maksadıyla tasarının 119’uncu maddesi ...teklif edilmiştir.” (Türk Ticaret Kanununa Ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi, s. 26).

²²⁴ Kayıhan s.170; Kalpsüz-Acente s. 2; Arkan s.207,208; “Gerekçelerden anlaşıldığına göre, bu hükmün gayesi, sadece yabancı müesseseler namına Türkiye’de faaliyette bulunan vekiller aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmasını sağlamak yani ETK m.96’daki prensibi bir bakıma muhafaza etmek ve daha açık bir şekilde ifade etmektir. Fakat gerekçede özellik, TTK m.119/2 ise tam manasıyla genellik vardır. ...Maksat aynı zamanda acentenin bulunduğu yerde müşterinin dava açabilmesini sağlamak ise, HUMK ‘daki hükümler bu hususta kafi görülmediği takdirde sadece yer bakımından selâhiyeti ile ilgili bir hüküm konulsa da daha uygun olurdu.”(Karayalçın s. 532).

İşte, bizzat akdettikleri ya da taraflar arasında kurulmasına aracılık ettikleri sözleşmeler bakımından acentelere, müvekkillerini davalarda temsil edebilme hakkını tanıyan TTK'nun 119. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, vekil sıfatıyla dava açma ve takip etme yetkisini sadece avukatlara tanıyan Av.K.'nun m. 35. maddesi hükmüne önemli bir istisna teşkil etmektedir²²⁵. Diğer bir ifadeyle, acentenin, müvekkilini davada temsil edebilmesi, TTK m. 119 gereği, acentenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olmasındandır.

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil edebilmesi için uyuşmazlığın, acentenin aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına yaptığı bir sözleşmeden kaynaklanmış olması gereklidir²²⁶. Dolayısıyla dava, müvekkilin işlediği bir haksız fiil nedeniyle açılmışsa, acente, müvekkilini mahkemede temsil edemez²²⁷.

Acentenin, davadan feragat, davayı kabul, sulh, ibra, yemini kabul veya reddetmek gibi işlemleri yapabilmesi için özel yetki alması gerekir²²⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, acentenin, tacirin tam güvenine sahip olan kimselerden oluşamayabileceğini, bu yetkinin de kanundan dolayı sözleşme ile veya

²²⁵ Kayhan s. 171; Kalpsüz-Acente s. 2; Arkan s. 208; Kuru-Hmu II s.1240; Sungurtekin Özkan s. 39; Yener s. 162; Tanrıver-Temsil s.17 dpn. 52.

²²⁶ Arkan s.208; Kayhan s. 171,173.

²²⁷ “Dava, davacının römorkuna Lübnan bayraklı geminin verdiği hasarın tazmini isteği ile açılmış olup haksız fiile dayanmaktadır. Dava konusu istem acentelik sözleşmesi ile ilgili akitten doğmamış olup çatma gibi haksız fiile dayandırıldığından, şahsi sorumluluk hükümlerinin uygulanması ve dolayısıyla acenteliğin değil, doğrudan doğruya donatanın davalı gösterilmesi gerekir.”11.HD . 17.10.1983.T.E.1983/3997, K.1983/4487 (YKD 1984/1, s. 83,84); Yargıtay'ın aynı görüşte kararı için bkz 11.HD 31.5 1990,4080/4364 (YKD 1990/12 s. 1794-1795).

²²⁸ Arkan s. 208.

tek taraflı irade ile de kısıtlanamayacağı için müvekkili namına dava açma yetkisinin isabetli olmadığı yönünde görüş belirtmişler²²⁹.

Acenteye bırakılan yer veya bölge içinde müvekkilin doğrudan müşterilerle ilişki kurarak yaptığı sözleşmeler dolayısıyla acentenin dava edilebilip edilemeyeceği konusu üzerinde de durmak gerekir. Müşterilerin müvekkiline izafeten acenteyi dava edebilmeleri, istisnai bir düzenlemeden kaynaklandığından, bunun dar biçimde uygulanması gerekir. Bu itibarla acenteye, bizzat aracılıkta bulunmadığı veya yapmadığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi tanınmamalıdır²³⁰.

TTK m. 119/II' ye dayanılarak acente aleyhine açılacak davalarda, acentenin müvekkiline izafeten hasım gösterildiğinin açıklanması gerekir. Müvekkiline izafeten acente aleyhine açılan dava sonucunda, ancak müvekkil hakkında karar verilebilir ve hükmolunan tazminat da acentenin değil müvekkilin malvarlığından tahsil edilir²³¹.

²²⁹“TTK m.119/3 acentenin dava açma selâhiyeti bakımından hukuk esaslarına aykırıdır. Neticesi tacir(müvekkil) aleyhine olabilecek bir davada asıl davacının, hak ve menfaat sahibinin, hareket serbestisini bu şekilde daraltmak ve hatta bertaraf etmek için makul bir sebep mevcut değildir. Bu sebeple bu hükmün müvekkilin menfaatleri ile telif edilebildiği nisbette tatbik edilebilir kanaatindeyiz. Hüküm şu şekilde kaleme alınmış bulunsaydı menfaatler vaziyetine daha uygun olurdu: ‘Müvekkil, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerden çıkacak ihtilaflar için acenteye kendisini mahkemede temsil selâhiyeti verebilir.’”(Karayalçın s. 531).

²³⁰ Kalpsüz-Acente s. 5,6; Arkan s. 208; Domaniç s.360; “Acente aleyhine dava açılabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın acente tarafından müvekkil adına yapılan ya da kuruluşunda aracılıkta bulunan bir sözleşmeden doğmuş olması gerekir.” 11.HD. 31.5.1990, E. 1989/4080, K. 4364 (YKD 1990 C.16 S.12, s. 1795).

²³¹ Arkan s. 209; Müvekkillerine izafeten acenteler aleyhine açılan davalarda alınan kararların acenteye icra edilip edilemeyeceği konusunda bkz Kayıhan s.176-186.

F. Tüzel Kişilerin Davada Temsili

I. Genel Olarak

Tüzel kişiler, hak ehliyetine ve fiil ehliyetine sahiptir; bu nedenle taraf ehliyetine ve dava ehliyetine de sahiptirler. Tüzel kişiler, davayı yetkili organları aracılığı ile takip ederler²³².

Tüzel kişinin organı, Av.K.m. 35'teki bütün işlemleri kendisi yapabilir. Bunun için organ durumundaki gerçek kişinin avukat olması gerekli değildir²³³.

Tüzel kişilerin davada temsilini ikiye ayırarak incelememiz gerekir:

II. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Özel hukuk tüzel kişilerinin de taraf ve dava ehliyetleri vardır. Tüzel kişilerin dava ehliyeti, kanuna ve tüzüklerine göre bunun için gerekli organlara sahip olmaları ile başlar²³⁴.

Özel hukuk tüzel kişileri, taraf buldukları davaları organları aracılığı ile takip ederler(m. 39/I; TMK m.50; TTK m.138). Tüzel kişilerin dava takibine yetkili organları, dış organlardır; yani tüzel kişiyi üçüncü kişilere karşı temsil eden

²³² Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 264,274; Öztan-Tüzel Kişiler s. 30; Akipek/Akıntürk s. 560; Özsunay s 70; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 194,200.

²³³ Kuru-Hmu II s. 1241.

²³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 194,200; Özsunay s. 70;Öztan-Tüzel Kişiler s.31.

organlardır; örneğin, yönetim kurulu, müdürler ve sendika başkanı²³⁵ gibi. Kimlerin organ olduğu ve bu nedenle tüzel kişiyi dışı karşı kimlerin temsil edebileceği kanuna ve tüzel kişinin tüzüğüne göre belirlenir²³⁶. Dolayısıyla, özel hukuk tüzel kişilerinin davada bu kimseler tarafından temsil edilmesi, Av.K. m. 35/IV hükmünün bir istisnasıdır. Bu kimseler avukat olmadığı halde, tüzel kişiliği mahkemede temsil edebilirler. Çünkü, tüzel kişiyi mahkemede temsil edebilen bu kimseler, davaya vekâlet ehliyetine sahiptirler.

Dava tüzel kişi adına veya tüzel kişiye karşı açılır²³⁷. Bir tüzel kişinin organı, belirli bir davayı açabilmesi için başka bir organın iznini alması gerekli ise, bu izin alındıktan sonra dava açılır(m. 39/I).

III. Kamu Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Kamu tüzel kişileri, görevleri bakımından kamu otoritesini temsil eden tüzel kişileridir. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği özel yetkiyle kurulur. Kamu tüzel kişileri taraf ehliyetine sahiptir. Ayrıca, Kamu tüzel kişileri fiil ehliyetine sahip olduklarından, bunların dava ehliyeti de vardır²³⁸. Kamu tüzel kişileri de taraf buldukları davaları yetkili organları aracılığı ile takip

²³⁵ Sendikalar Kanununun m. 32'e göre, "çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine nakliye, neşir ve adi şirket mukaveleleri, ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebette açtığı davadan ötürü durumlarda dava açabilir."

²³⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 275; Öztan-Organ s. 28vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 201; Özsunay s. 72.

²³⁷ Kuru-Hmu I s. 1109.

²³⁸ Akipek/Akıntürk s. 535; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 265; Oğuzman/Seliçi/Özdemir s. 185; Özsunay s. 34; Öztan-Tüzel Kişiler s.12.

ederler(m. 39/I). Ancak kamu tüzel kişileri adına dava takip edilmesini, kamu tüzel kişilerinin çeşitlerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir:

1. Devletin Taraf Bulunduğu Davalar

Kamu tüzel kişilerinin başında Devlet bulunur. Bakanlıkların ise Devlettten ayrı ve bağımsız bir tüzel kişilikleri yoktur²³⁹. Çünkü, bakanlıklar Devlet kamu tüzel kişiliğinin organıdır. Fakat bakanlıklar, devlet tüzel kişiliğinin birer organı oldukları için, davada taraf ehliyetine sahiptirler. Taraf ehliyeti olan bakanlıklar aynı zamanda dava ehliyetine de sahiptirler. İşte bakanlıkların taraf oldukları davalar Devletin avukatları(hazine avukatları) tarafından takip edilir²⁴⁰.

Buradaki Devlet davaları ise, ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan bütün Devlet dairelerine, başka bir deyimle bakanlıklara ve genel bütçe içindeki diğer dairelere ait davalardır(4353 s.K. m. 2/C). Bu davaların asıl tarafı ilgili dairedir²⁴¹. Hazine avukatı ise sadece bu daireleri temsil eder.

Hazine avukatı bulunmayan yerlerdeki dava ve icra işlerinde, bakanlıklar ve daireler, amirleri tarafından temsil olunur(4353 s.K. m. 18/III). Dolayısıyla, her bakanlık veya daire, o yerdeki kuruluşunun en yüksek dereceli memuru tarafından

²³⁹ Günday s. 346;Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.275.

²⁴⁰ Günday s. 346.

²⁴¹ Kuru-Hmu I s. 1126.

temsil olunur. Örneğin, Milli Eğitim Bakanlığı'nın taraf bulunduğu davalarda, Bakanlığı milli eğitim müdürü temsil eder²⁴².

İşte, devletin taraf bulunduğu davalarda hazine avukatı veya hazine avukatı bulunmayan yerlerde dairenin amiri, davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğu için, daireyi davada temsil edebilir ve bu kimseler daire adına usuli işlemler yapabilir.

2. Devletten Ayrı Kamu Tüzel Kişiliği Olan Genel Müdürlüklerin Taraf Bulunduğu Davalar

Bakanlıklara bağlı bazı genel müdürlüklerin ayrı tüzel kişilikleri vardır. Bu genel müdürlüklerin ayrı bir hukuk müşavirliği ve buna bağlı avukatları vardır. Bu genel müdürlükler, taraf oldukları davaları kendi avukatları ile takip ederler. Yani, ayrı tüzel kişiliği ve katma bütçesi bulunan genel müdürlüklerin taraf buldukları davalarda, hazine avukatları ile değil, her genel müdürlüğün kendi avukatları aracılığı ile takip edilir²⁴³. Ayrıca, bu kamu kurum ve kuruluşlarında, asli ve sürekli avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlı tutulmuştur. Bu durumda anılan kurum ve kuruluşlarda çalışan avukatlık mesleğine kabul ve ruhsatname alma koşullarını taşıyan avukatlar baroya kaydolmadıkları halde baroya kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip olmaktadır²⁴⁴.

²⁴²Bkz Devlet davalarında feragat ve sulh için 4353 s.K.m. 27-32.

²⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 276.

²⁴⁴ Güner s. 114.

3-İl Özel İdarelerinin, Belediyelerin ve Köyün Taraf Bulunduğu Davalar

İl özel idarelerinin taraf oldukları davalarda, özel idareyi vali temsil eder(5302 s.K. m. 30/C).

Belediyenin taraf bulunduğu davalarda, belediyeyi belediye başkanı temsil eder(5393 s.K m. 38/C). Belediyenin taraf bulunduğu davalarda belediye başkanın sulh, davayı kabul veya davadan feragat edebilmesi yetkili organları tarafından(belediye meclisi) kabulü gereklidir²⁴⁵.

Köyün taraf buldukları davalarda ise, köyü muhtar temsil eder(Köy Kanunu. m. 37). Köy halkından bazı kimseler, köy adına dava açamaz²⁴⁶. Davanın muhtar tarafından açılması gerekir. Ancak, köy muhtarı kendiliğinden, bir davada sulh, davayı kabul veya davadan feragat edemez. Bu işlemleri yapabilmesi köy tüzel kişiliğini temsil eden, yetkili organları tarafından(ihtiyar heyeti) kabulü gereklidir²⁴⁷.

İşte, il özel idaresinin taraf olduğu davada, özel idareyi valinin temsil etmesi; belediyenin taraf olduğu davada, belediyeyi belediye başkanın temsil etmesi; köyün taraf olduğu davada, köyü muhtarın temsil etmesi, bu kimselerin davaya vekâlet ehliyetine sahip olmasından kaynaklanır. Zira, ne vali ne belediye başkanı ne de muhtar avukat olmadıkları halde, özel idareyi, belediyeyi veya köyü davada temsil edebilmektedirler.

²⁴⁵ Doğanay s. 342 vd.

²⁴⁶“Muhtarın köy halkından vekil olarak görevlendirdiği kişinin köy adına dava takip edebilmesi için avukat olmasına gerek yoktur; çünkü bu yetki, kanuna (Köy Kanunu m. 37/7) dayanmaktadır.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 277).

²⁴⁷ Doğanay s. 342 vd.

G. Adi Ortaklıkta Yönetici Ortağın Davada Temsil Yetkisi

Adi ortaklık, Borçlar Kanunu'nun, "Akdin Muhtelif Nevileri" başlığını taşıyan ikinci kısmının 23. babında 520-541. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklık, emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükümlenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğudur²⁴⁸.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti yoktur. Ortaklık dava açamayacağı gibi kendisine de dava açamaz, yani ne dava edebilir; ne icra takibi yapabilir; ne de ona karşı takip yapılabilir²⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortaklığın temsili ve dolayısıyla organsal temsili mümkün değildir²⁵⁰. Bu nedenle adi ortaklığa ilişkin davalarda, adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Dolayısıyla adi ortaklık tarafından açılacak davaların, elbirliği halinde mülkiyet kuralları gereğince, bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir²⁵¹.

Adi ortaklıkta bütün ortaklar ayrı ayrı yönetim ve temsil yetkisine sahiptirler. Diğer bir ifadeyle, idare hakkında mukavele hükmü veya ortaklık kararı yoksa,

²⁴⁸ Barlas s. 13; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar Hukuku s. 42; Aşkan s. 18; Özenli s.3; Arslan-Şirketler Hukuku s. 31.

²⁴⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar Hukuku s. 49; Aşkan s. 80; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 266.

²⁵⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar Hukuku s. 69; Aşkan s. 42.

²⁵¹ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 266; Aşkan s. 43; Özenli 154.

ortakların hepsi, teker teker yetkili olmak üzere, idareci sayılır. İdare yetkisi bir veya birden fazla ortağa da verilebilir²⁵².

Kendisine idare görevi verilen ortağın, adi ortaklığı ve bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi varsayılır(BK m. 533/III).

Kuru'ya göre, idareci ortağın temsil yetkisi normal bir temsil yetkisidir. Özel yetki verilmesi gereken haller bunun dışındadır. Yani, dava açmak fevkalâde işlemlerden olduğundan ve bu nedenle özel yetki gerektirdiğinden, kendisine yönetim görevi verilen ortağın, yalnız BK m. 533 hükmünden dolayı, diğer ortakları temsilen dava açamaz ve ona karşı dava da açılmaz²⁵³.

Fakat, diğer ortaklar idareci ortağa dava açmak için özel yetki verebilirler. Bu halde, idareci ortak, kendi adına asaleten ve diğer ortakların temsilcisi olarak, tek başına dava açabilir veya ona karşı dava açılabilir; İdareci ortağın avukat olması gerekmez²⁵⁴. Zira, idareci ortak, burada, özel kanun hükmü gereği davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır²⁵⁵.

Bu halde idareci ortak, adi ortaklığın temsilcisi olarak değil, diğer ortakların temsilcisi olarak dava açtığından, dava dilekçesinde diğer bütün ortakların isimlerini

²⁵² Arslan-Şirketler Hukuku s. 53; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar Hukuku s. 59; Kırca-Adi Ortaklık s.65.

²⁵³ Kuru-Hmu I s. 969; Aynı görüşte olan Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar Hukuku s. 60; Özenli s. 155; Karşı görüşte olan Yargıtay, BK m.533 hükmüne dayanarak, kendisine idare görevi verilen ortağın yalnız başına dava açabileceği veya yalnız ona karşı dava açılacağına karar vermiştir. Bkz HGK 25.6.1958, 4/38-33(Yalman/Taylan s. 171,172); 13.HD 19.12.1974,5508/3728 (Yalman/Taylan s.63).

²⁵⁴ Kuru-Hmu I s. 966; Tanrıver-Temsil s.17, dpn. 52.

²⁵⁵ Kuru-Hmu I. s.968 ; Yener s. 163.

de açıkça göstermelidir. Bu nedenle idareci ortak tarafından açılacak dava, bütün ortaklar adına açılır ve hüküm de ortaklar hakkında verilir²⁵⁶.

H. Miras Ortaklığında, Mirasçılardan Birinin Davadaki Temsil Yetkisi

Mirasçı birden çoksa, terekenin taksimine(TMK m. 646 vd.) kadarki durumuna miras ortaklığı denir(TMK m.640). Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmadığı için, taraf ehliyeti de yoktur²⁵⁷. Bu nedenle, miras ortaklığı elbirliği halindeki mülkiyet kuralları(TMK m. 640-702) gereğince, miras ortaklığının(terekenin) tümüne ilişkin davaların, bütün mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir²⁵⁸.

Bütün mirasçılar, avukat olmadığı halde oybirliği ile içlerinden birine dava açmak için yetki verebilirler²⁵⁹. Bu kimse kendi adına asaleten ve diğer mirasçıların temsilcisi olarak onları mahkemede temsil edip, davayı takip edebilir²⁶⁰. Temsilci, terekenin idaresi ve korunması için gerekli her türlü işlemi yapmaya yetkili olup, yetkisi bununla sınırlıdır²⁶¹. Örneğin, tereke malına el atanlara karşı dava açmaya , tereke alacaklarını tahsile, gerekirse bu konuda dava açmaya, tereke borçlarını ifaya yetkilidir. Dolayısıyla, miras ortaklığında mirasçılardan birinin, avukat olmasa dahi,

²⁵⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 266; Özenli s. 155.

²⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 267.

²⁵⁸“Ancak, bir mirasçı özellikle acele hallerde(örn, hak düşürücü sürenin kaçınılmasını önlemek gibi...), miras ortaklığının menfaatlerini korumak için bütün mirasçılar adına, yalnız başına dava açabilir.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 267).

²⁵⁹ Kuru-Hmu II s. 1240-1241; Dural/Öz s. 450; Öztan s. 574.

²⁶⁰ Yener s. 163; Kuru-Hmu I s. 997.

²⁶¹ Dural/Öz s. 450.

diğer mirasçıları davada temsil edebilmesi, bu kimsenin davaya vekâlet ehliyetine sahip olmasındandır.

I. Gemi Müdürünün Donatma İştirakini Temsili

Donatma iştiraki ve gemi müdürü Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir(TTK m. 951 vd). Donatma iştiraki TTK m. 951'de tanımlanmıştır. Buna göre, “birden ziyade şahsın müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları akit gereğince, cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları halinde donatma iştiraki mevcuttur.”²⁶²

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı için, taraf ehliyeti de yoktur²⁶³. Dolayısıyla, bu kimselere açılacak davaların, müşterek donatanların hepsine karşı açılması gerekir²⁶⁴.

Ancak, donatma iştirakine, işlerinin idaresi için gemi müdürü atanabilir(TTK m. 954). Gemi müdürü, donatma iştirakinin olağan işlemlerine ilişkin davalarda, avukat olmasa bile, donatma iştirakini mahkemede temsil edebilir(TTK m. 955/II)²⁶⁵. Bu durumda, gemi müdürü, donatma iştirakini temsil ettiği davalarda, TTK m. 955/II hükmü gereği davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır²⁶⁶.

²⁶² Bu konu hakkında bkz Kaner s. 70vd; İzveren/Franko/Çalık s.11 vd ; Kender/Çetingil s.74 vd.

²⁶³ Kuru-Hmu I s. 975 ; Kender/Çetingil s.77 ; Arkan s. 124.

²⁶⁴ Kuru-İflas s. 31-33; İzveren/Franko/Çalık s. 113; Arkan s. 124.

²⁶⁵ Gemi müdürünün bu sıfatla ve kanuni salâhiyeti içinde yapacağı hukuki muamele ile donatma iştiraki üçüncü şahıslara karşı hak iktisap ve borç altına girmiş olur. Gemi müdürünün yaptığı bir muamele ile donatma iştiraki borç altına girerse, müşterek donatanlar, muamele bizzat kendileri

İ . Davanın İhbar Edildiği Kimsenin, İhbar Edeni Davada Temsil Etmesi

Görülmekte olan davanın taraflarından birinin, üçüncü bir kişiye bu davayı haber vermesine ve üçüncü kişiden bu davada kendisine yardım etmesini istemesine davanın ihbarı denir²⁶⁷.

Davayı ihbar eden, ihbarda bulunduğu kişiye iki hususu teklif edebilir. İhbarda bulunan taraf, üçünü kişiye, kendisinin yerine geçerek temsilen davayı takip etmesini(m. 50) veya davaya fer'i müdahil olarak katılmasını isteyebilir(m. 49). Buradaki inceleme konumuz, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişinin, davada ihbar eden tarafı temsil etmesidir. Üçüncü kişinin, davada ihbar eden tarafı temsil edebilmesi için, ihbar eden tarafı temsil etmek istediğini mahkemeye bildirmiş olması ve bu talebinin mahkemece kabul edilmiş olması gerekir²⁶⁸.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine göre gerçek ve tüzel kişileri yargı mercileri önünde temsil etmek yetkisi avukatlara, stajyer avukatlara, avukatlık ortaklıklarına, dava vekillerine ve dava takipçilerine tanınmıştır. Fakat, aynı maddenin son fıkrasına göre "Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır". Acaba, HUMK m. 50 ile getirilmiş olan ve davanın

tarafından yapılmış gibi mesul olurlar."(Kaner s. 74) ; İzveren/Franko/Çalık s. 120; Kender/Çetingil s. 77.

²⁶⁶ Sungurtekin Özkan s. 39; Kuru-Hmu II s. 1240; Yener s. 162; İzveren/Franko/Çalık s. 121; Kaner s.74.

²⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 605; Postacıoğlu-Usul s. 316; Ansay-Usul s. 137 ; Pekcanitez / Atalay/Özekes-Usul s. 189; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 174.

²⁶⁸ Kuru-Hmu IV s. 3529; Bilge/Önen-Yargılama s. 272; Postacıoğlu-Usul s. 317.

ihbarına ilişkin özel temsil yetkisi Av. K. m. 35/IV hükmünün öngördüğü istisnalar arasında mıdır²⁶⁹?

Doktrinde kabul edilen baskın görüşe göre, HUMK m. 50'de öngörülen düzenleme Av. K.'nin m. 35/IV hükmünün kanuni bir istisnasıdır²⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, ihbar edilen üçüncü kişi, HUMK m.50 gereği, davayı ihbar eden tarafın davası ile sınırlı olarak, davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, HUMK'nun getirmiş olduğu düzenlemeyle, davayı ihbar eden taraf, ihbar ettiği üçüncü kişiye kendisini temsil yetkisi verirse ve üçüncü kişi de ihbar edeni temsil etmeyi kabul ederse, ihbar edilen o davada ihbar edenin temsilcisi olarak bulunabilir²⁷¹. Yani, üçüncü kişinin, ihbar edeni davada temsil etmesi kabul edilirse, davanın tarafı haline gelmez ve taraf değişmesi söz konusu olmaz. Davayı ihbar eden yine davanın tarafı kalır. Hüküm temsilci hakkında değil, temsil edilen, ihbarda bulunan hakkında verilir²⁷². Aksi takdirde, ihbar edilen üçüncü kimse taraf durumuna geçerdi ki, böyle bir durumda temsilciden de bahsedemezdik²⁷³. Dolayısıyla, bir dava, ancak, davanın tarafları dışında üçüncü bir kişi durumunda olan kişilere ihbar edilebilir; davanın taraflarına ihbar edilemez. Zira, üçüncü kişi, davayı kendi adına değil, ihbar eden taraf adına takip eder²⁷⁴. Bu nedenle, üçüncü kişinin davada ihbar

²⁶⁹ Konuralp-İhbar s. 557.

²⁷⁰ Konuralp-İhbar s. 565; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 192; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım-Usul s. 173; Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 112.

²⁷¹ Konuralp- İhbar s. 565; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 175.

²⁷² Pekcanitez-Fer'i Müdahale s. 113; Konuralp- İhbar s.560.

²⁷³“Ancak, üçüncü kişi, davayı ihbar eden taraf adına onun temsilcisi olarak, mahkemenin hükmünü temyiz edebilir.”(Kuru-Usul El s. 592).

²⁷⁴Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.609; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 191,192.

edeni temsil etmesi iradi temsildir²⁷⁵. Yani, ihbar eden tarafın üçüncü kişiye verdiği bu temsil yetkisi HUMK m. 59 vd. anlamında “davaya vekâlet” yetkisidir²⁷⁶.

K. Kat Mülkiyeti İle İlgili Bazı Davalarda Yöneticinin Diğer Kat Maliklerini Mahkemede Temsil Etmesi

Kat mülkiyeti kurumu, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile düzenlenmiştir. Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde kurulmuş bağımsız mülkiyet hakkıdır(KMK m.1/1; 2/a). Böylece, kat maliki, anataşınmazın kat, daire, dükkan gibi ayrı ayrı ve başlıbaşına kullanılmaya elverişli bölümleri üzerinde müstakil mülkiyet hakkına sahip olan kimsedir²⁷⁷. Anataşınmazın yönetimi ise, kat malikleri tarafından seçilen bir yönetici ile yapılır²⁷⁸. Yönetici, kat maliklerinden biri olabileceği gibi bir üçüncü kişi de olabilir(KMK m. 34/I).

İşte kat mülkiyeti ile ilgili bazı davalarda yönetici, kat maliklerini mahkemede temsil edebilir. Çünkü, yönetici kat maliklerinin temsilcisi durumundadır(KMK m.38; 40). Diğer bir ifadeyle, yönetici avukat olmasa bile, bazı davaları kat malikleri

²⁷⁵ Konuralp-İhbar s. 566; “Temsilci sıfatıyla hareket eden üçüncü kişinin feragat, sulh, kabul gibi işlemleri yapabilmesi için özel yetkiye gereksinimi vardır.”(Konuralp-İhbar s. 562).

²⁷⁶ Kuru-Hmu IV s. 3529.

²⁷⁷ Reisoğu-Kat Mülkiyeti s. 23; Oğuzman/Seliçi s. 447; Malatyaloğlu/Ertaş s. 195.

²⁷⁸ Sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü olan binalarda yönetici atanması mecburidir (KMK m. 34/II).

adına açabilir²⁷⁹. Zira, yönetici, kat malikleri adına açtığı davalarda Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan ötürü davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Bu nedenle, yönetici aşağıdaki davaları, avukat olmasa bile, kat malikleri adına açabilir:

Gider veya avans payını ödemeyen kat maliki hakkında, yönetici tarafından, yönetim planına, Kat Mülkiyeti Kanunu'na ve genel hükümlere göre dava açılabilir ve icra takibi yapılabilir(KMK m. 20/II).

Yönetici, kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini getirmeyen kat maliklerine karşı dava açabilir ve icra takibi yapılabilir(KMK m. 35/İ).

Buna göre, yöneticinin dava açma yetkisi, kat maliklerinin kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlülükleri genel yönetim işleri ile sınırlıdır. Bu nedenle yönetici, genel yönetim işleri dışındaki konularda dava açamaz²⁸⁰. Örneğin, yönetici, projeye aykırı olarak tesis yapan kat maliklerine karşı tesisin yıkılması için dava açamaz, işyeri olarak kiraya verilen daire hakkında önleme davası açamaz, binadaki noksanlıklar hakkında müteahhite dava açamaz²⁸¹.

²⁷⁹ Reisoğlu-Kat Mülkiyeti s. 70; Odyakmaz s. 232, 233.

²⁸⁰ Kuru-Hmu s. 1242; Odyakmaz s. 232; Oğuzman/Seliçi s. 506; Yönetici aynı zamanda kat maliki ise, kat maliki sıfatıyla yönetici olarak açma yetkisine sahip olmadığı davaları da açabilir. Ancak, yöneticinin görevine giren işlerle ilgili olarak kat maliklerine karşı açılan davalarda, kat maliki olan yönetici, kat maliklerini temsil edebilir bu konu hakkında bkz Odyakmaz s.232; Kuru-Hmu II s. 1245.

²⁸¹ Arcak/Erdoğan s. 572,574; Oğuzman/Seliçi s. 506.

Fakat, kat maliki olmayan yönetici, kat malikleri kurulunun²⁸² verdiği özel yetkiye dayanarak, başka davaları da açabilir²⁸³. Örneğin, kapıcıya karşı tahliye davası açabilir, plana göre dükkan olan yeri garaj yapan kat malikine karşı önleme davası açabilir²⁸⁴.

L. Tahsil Cirounda, Hamilin İcra Takibinde Bulunması ve Dava Açması

Bir poliçe bedelinin, bir başka kimse tarafından tahsil edilmesini sağlamak amacıyla yapılan ciroya, tahsil cirosu denir²⁸⁵. Tahsil cirosunda cirantanın amacı, senetten doğan bütün hakları devretmek değil, ciro edilene sadece, kendi namına poliçe bedelini kabzetmek yetkisi vermektir²⁸⁶. Ciro, bedeli “tahsil içindir”, “kabz içindir”, “vekaleten” veya sadece tahsili ifade eden bir kaydı taşımalıdır(TTK m. 600). Tahsil cirosunda, ciro eden şahıs, poliçenin asıl hamili olup, senedin fiili hamili olan ciro edilen şahıs(vekil-hamil), asıl-hamil nam ve hesabına poliçeden doğan hakları kullanabilecektir²⁸⁷.

²⁸² Kat mülkiyeti birliğinin en önemli organıdır. Anataşınmazdaki bütün kat maliklerinden oluşur bu konu hakkında bkz Oğuzman/Seliçi s. 496.

²⁸³ HGK 20.12.1972, 5-100/1489 (İKİD 1973, s. 1948);Kuru-Hmu II s. 1242; Oğuzman/Seliçi s.507.

²⁸⁴ Arcak/Erdoğan s. 537,538; Oğuzman/Seliçi s. 507.

²⁸⁵ Bozer/Göle s. 65; “Senedin hamili ile muhatap ayrı yerlerde olduğu veya senedin tahsili işleriyle hamil bizzat uğraşmak istemediği takdirde bu işi bir temsilcisine, umumiyetle bir bankaya tevdi eder. Poliçe ‘tahsil içindir’ kaydıyla ciro edilerek ilgili şahsa teslim edilir(açık tahsil cirosu). Bir de temlik cirosu şeklinde, fakat tahsil maksadıyla gizli(örtülü) bir tahsil cirosu yapılabilir.” (Karayalçın-Senet s. 148); Bkz gizli tahsil cirosu hakkında Öztan-Kıymetli s. 618-624; Poroy/Tekinalp s. 163.

²⁸⁶ Poroy/Tekinalp s. 163.

²⁸⁷ Karayalçın-Senet s. 150.

Tahsil cirosunda hamilin ciranta adına icra takibinde bulunması veya bu takibin sonunda dava açması, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselere tanınan hak ve ödevlere ait maddenin(Av.K.m. 35/IV) bir istisnası teşkil eder mi?

Yargıtay, tahsil cirosu ile hamilin ciranta adına icra takibinde bulunmasının veya dava açmasının, Av.K. m.35/IV hükmünün bir istisnası olduğu görüşündedir²⁸⁸.

Karayalçın'a göre, tahsil cirosunda vekil-hamil poliçeden doğan bütün hakları kullanmak yetkisini haiz olup, senedi kabul veya tediye için ibraz edebilir, tahsil edebilir, protesto çekebilir, icra ve dava yoluna başvurabilir²⁸⁹, hatta sulh feragat ve süre verme yetkisine de sahiptir²⁹⁰. Buna karşılık, cirantanın asıl borç ilişkisine dayanarak bir dava açmasına imkan yoktur²⁹¹.

Kuru'ya göre, tahsil cirosu hamilinin sahip olduğu temsil yetkisi, avukat olmayan kişilere verilen temsil yetkisinden farklı değildir. Bu nedenle, Kuru, Av.K. m.35/I, hükmünden dolayı, avukat olmayan tahsil cirosu hamilinin temsilci olarak dava açıp takip edemeyeceği düşüncesindedir²⁹².

²⁸⁸Yargıtay, hamilin ciranta adına ve vekalet esasları dahilinde hareket ettiği görüşündedir(HGK. 25.11.1972, E. 970/T-523, K. 953 (Ertekin/Karartaş s. 96); YTD 23.3.1971, 1075/2452 (Batider 1971/IV/2 s. 415); YTD. 71.1967, E. 65/2968, K.86 (Akyazan s. 369); Yener s. 163.

²⁸⁹ “Vekil- hamilin poliçeye dayanarak dava açması halinde davanın kendi adına mı, yoksa hamil adına mı açılacağı münakaşalıdır. Dava, müvekkil(asıl-hamil) adına vekaleten açıldığı takdirde bu durum 1136/1238 sayılı Avukatlık Kanununun m. 35 ile baroya kayıtlı avukatlara tanımış olan vekaleten dava açma inhisar ve imtiyazın bir inhisar teşkil eder.”(Karayalçın-Senet s. 150 dpn 48); Aynı görüşte olan Öztan-Kıymetli s. 611,612. ; Pulaşlı s. 124; Tüzel s. 66.

²⁹⁰ Aksi görüş için bkz Poroy/Tekinalp s. 164; Arslanlı s. 121; Öztan-Kıymetli s. 613.

²⁹¹ Öztan-Kıymetli s. 612.

²⁹² Kuru-Hmu II s. 1241; “Her halde, bir bononun sırf dava açmak veya icra takibi yapmak için bir başkasına gerek temlik, gerek tahsil cirosu ile ciro edilmesi halinde, ciranta, avukatlara ait yetkileri haksız olarak kullandığı için cezalandırılır.”(Kuru-Hmu II s. 1241).

Kanaatimizce, tahsil cirosunda, vekil-hamilin, ciranta adına icra takibinde bulunması, dava açması halinde, bu durum Av.K.m. 35/I'e istisna teşkil eder. Aslında, TTK m. 600'de tahsil cirosunda (vekil-hamilin) icra takibi veya dava açabileceği hususunda özel bir hüküm konulmamıştır. Sadece, madde “poliçeden doğan bütün hakların” kullanabileceğinden bahsetmektedir(TTK m. 600/I). Bu hüküm dava açmayı ve icra takibini yapmayı da içine alarak geniş yorumlanırsa Av.K. m.35/I' e istisna teşkil eder. Ancak, bu hüküm dar yorumlanırsa, hamilin ciranta adına dava açmasını ve icra takibi yapmasını bu hüküm içerisinde değerlendiremeyiz²⁹³. Bizce bu hüküm geniş yorumlanmalıdır.

Ayrıca, vekil-hamilin davada ciranta adına sulh, feragat ve davayı kabul gibi davayı sona erdiren işlemleri yapabilmesi için, cirantadan özel yetki alması gerekir. Çünkü tahsil cirosunun amacı, senet bedelinin tahsili olduğu için, bu amaçla ilgili bulunmayan işlemleri yapma yetkisi de ancak, cirantanın özel yetkisi ile olabilmelidir²⁹⁴.

²⁹³Öztan-Kıymetli s. 612.

²⁹⁴ Öztan-Kıymetli s. 613.

§ 5. KANUNİ DAVAYI TAKİP YETKİSİNE SAHİP OLAN KİMSELERİN DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kanuni davayı takip yetkisi, davayı takip yetkisinin türlerinden biridir²⁹⁵. Kanuni davayı takip yetkisi, şekli taraf kavramının bir tamamlayıcısı olarak maddi hukuk ilişkisinin süjesi olmayan bir üçüncü kişiye, kanun koyucu tarafından davada taraf olabilme yetkisi tanındığı durumlarda ortaya çıkar²⁹⁶. Dolayısıyla, kanuni dava takip yetkisi hak sahibine değil, üçüncü bir şahsa tanınmakta, üçüncü şahıs kendisine yabancı bir hak veya ilişki için taraf olarak kendi adına davayı yürütmekte, davada verilen hüküm hak sahibine de sirayet etmektedir. Dolayısıyla, kanuni dava takip yetkisinde, hakkın sahibi olan kişi değil, kanunla kendisine davayı takip yetkisi verilen üçüncü kişi taraf olarak kabul edilmektedir²⁹⁷.

²⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 170; Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 29.

²⁹⁶ Doktrinde Bilge/Önen ve Postacıoğlu davayı takip yetkisini sıfatla özdeş olduklarını belirtmektedirler(Bilge/Önen-Yargılama s.411; Postacıoğlu-Usul s.218); “Dava takip yetkisi bir kimsenin mahkemede dermayan edilen hakkın varlığı veya yokluğuna ilişkin bir hükmü kendi adına alabilmesi hususunda haiz olduğu yetkidir. Tariften anlaşılacağı üzere dava takip yetkisi hakkın gerçekten sahibi olma veya diğer bir deyişle maddi hukuk ilişkisinin gerçek süjeleri olma durumunu ifade eden sıfattan tamamen farklıdır. Tarafın o davanın konusu bakımından sıfatı olup olmadığı esas hakkında hükümde anlaşılacaktır. Sıfat doğrudan doğruya maddi hukuk kavramıdır; ve bu anlamı ile sıfat usul hukukunda esas hakkındaki hükmün yönünün tayinden başka –esas hakkındaki hükmün davacının lehinde veya aleyhinde olabilir-bir rol oynamaz. Diğer bir ifade ile sıfat dava temeline ilişkin bir meseledir ve bundan dolayı da bu anlamı ile sıfatın dava şartı olması söz konusu değildir. Bu sebeple sıfatın bulunmaması halinde esas hakkında hüküm verilmesine engel bir durum yoktur. Sıfatın bulunmaması belirtildiği gibi sadece esas hakkındaki hükmün muhtevasını etkiler yani dava esastan reddedilir. Dava takip yetkisi tekrar edelim esas hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Sıfat mevcut ise bu hüküm davacı lehinde mevcut değilse aleyhinde olacaktır.”(Alangoya-İradi Değişme s. 138). Aynı görüşte olanlar için bkz Kuru- Dava Şartları s. 170; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s.133; Tanrıver-Derdestlik s. 62.

²⁹⁷ Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 28.

Acaba kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kişiler, gerçekten davanın tarafı mı olmaktadır yoksa, asıl hak sahibini mi temsil etmektedirler? Kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimseleri, hak sahibini temsil ettiğini kabul edersek, bu kimselerin davaya vekâlet ehliyeti vardır, diyebilir miyiz²⁹⁸ veya buradaki kanuni davaya takip yetkisi olan kimseleri, hak sahibinin birer kanuni temsilcisi olarak düşünebilir miyiz veya kanuni davayı takip yetkisine sahip olan bu kimseleri kendine özgü özel hukuk anlamında bir organ olarak mı kabul etmeliyiz?

Kanaatimizce, kanuni davayı takip yetkisinin hukuki niteliği ancak, kanuni davayı takip yetkisinin düzenlendiği hükümlerin teker teker incelenmesi ile belirlenebilir. Zira, Türk hukukunda, iflas idaresi(İİK m.226), vasiyeti tenfiz memuru(TMK 552/2), miras ortaklığında terekeye temsilci atanması, konkordato tasfiye memurları, haciz alacaklısı(İİK m.120), iflas alacaklısı ve savcılarının bazı hukuk davalarını açması ile ilgili hükümlerinde kanuni davayı takip yetkisinin varlığından bahsedebiliriz. Aşağıda, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan bu kimselerin özellikleri göz önünde tutularak, genel olarak kanuni davayı takip yetkisinin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Bundan sonra ise, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan bu kimseler ayrı ayrı incelenmiştir.

²⁹⁸ Eğer kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerin hukuki niteliğini temsil teorisi ile açıklamaya çalıştığımızda Av.K. m.35/I' in bir istisnasını kabul etmiş oluruz. Nitekim, kişiler kendi davalarını bizzat takip etmek istemezlerse, baroya kayıtlı bir avukat, dava vekili, dava takipçisi ile, davalarını takip ettirmek zorundadırlar(Av.K m35/I). Dolayısıyla, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan kimseler avukat,avukatlık ortaklığı,avukat stajyeri, dava vekili veya dava takipçisi olmasa bile, kanuni dava takip yetkisini ilgilendiren davalarda temsilci olabilecektir. Böylelikle, kanunla davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerinde, dava takip yetkisini ilgilendiren davalarda, davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiş oluruz.

Kanuni davayı takip yetkisinin hukuki niteliği yönünde doktrinde şu görüşler ileri sürülmüştür:

Kuru'ya göre, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan kişi, davanın tarafı değildir. Ona göre, kanuni dava takip yetkisine sahip olan üçüncü kimse, asıl hak sahibi olan taraflardan biri adına davayı takip edebilir; bu bakımdan, davayı takip yetkisine sahip olan kişinin durumu, temsilcinin durumuna benzer, fakat temsilcinin durumundan farklıdır²⁹⁹. Zira, ona göre, kanuni dava takip yetkisi davanın taraflarında bir değişiklik oluşturmaz. Bu sebeple dava sonunda verilen hüküm davayı takip yetkisine sahip olan kişi hakkında değil, asıl taraf hakkında verilir³⁰⁰.

İsviçre ve Alman hukuklarında birçok taraftar toplayan diğer bir görüşte, kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseleri kanuni temsilci olarak nitelendirmektedir³⁰¹. Bu görüşte olanlara göre, asıl hak sahibinde olan dava takip yetkisi, kanunla davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere devredilmektedir. Kanuni temsilden bahsedilmesinin sebebi ise, kanuni dava takip yetkisine sahip olanların, asıl hak sahiplerinin iradelerine dayanmaması, kanundan kaynaklanmasıdır³⁰². Ancak, doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Buna göre, kanuni davayı takip yetkisi temsile benzetilse bile, bunun teknik anlamda temsil olmadığı görüşü ileri sürülmüştür³⁰³. Zira , kanuni temsilden söz edildiği hallerde, temsil olunan kişi dava ehliyetine sahip değildir. Halbuki kanuni davayı takip yetkisinin olduğu hallerde, hak

²⁹⁹Kuru-Hmu I s. 1153; Kuru- Medeni Usul Toplantısı-I, Tartışmalar s. 136; Aynı yönde görüş için bkz Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 171.

³⁰⁰ Kuru-Hmu I s. 1155; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 171.

³⁰¹ Bkz bu görüşler için Deren-Yıldırım s. 27,82 vd.

³⁰² Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 83.

³⁰³ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 171;Tanrıver- Miras s. 118.

sahibi kişi dava ehliyetini haiz, ancak belirli davalarda idare ve tasarruf ehliyetine sahip deęildir³⁰⁴. Ayrıca, kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimselerin davaları kendi adına yürütmesi sebebiyle de kanuni temsilcilerden ayrıldıklarını belirtmişlerdir. Kanuni temsilcinin yürüttüğü davalardaki konumu, temsil olunan kişiden kaynaklanır ve dava onun adına yürütülür. Kanuni dava takip yetkisinde ise, dava takip yetkisine sahip olan kimse davalarda bağımsız hareket eder ve dava takibindeki gücü, kanundan kaynaklanır³⁰⁵.

Doktrinde bazı yazarlarca benimsenen diğer bir görüşte, kanuni dava takip yetkisine sahip olan üçüncü kimseleri, yürüttükleri davalarda taraf olarak nitelendirmesidir³⁰⁶. Bu görüşe göre, kanundan doğan dava takip yetkisi ikiye ayrılmaktadır. İlk ana grup, kanunda görevden ötürü taraf olarak kabul edilen kişilerin durumudur. İkinci ana grup ise, kanun koyucu tarafından hak sahibi olmadığı halde kendisine dava takibi konusunda yetki verilen kişilerdir. İlk ana grubu oluşturanlar şunlardır: İflas idaresi, konkordato tasfiye memurları, miras ortaklığında terekeye temsilci atanması , vasiyeti tenfiz memuru, savcıların bazı hukuk davalarını açması. İkinci ana grup ise, haciz alacaklısı ve iflas alacaklısından oluşmaktadır³⁰⁷.

İlk ana grupta, kanuni davayı takip yetkisine sahip olanların görevden ötürü taraf oldukları belirtilmiştir. Görevden ötürü taraf kavramı, ilk olarak 1892 yılında

³⁰⁴ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm s. 29.

³⁰⁵ Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s.111.

³⁰⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usül s. 131; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 29,30; Tercan-İsticvap s. 141; Tanrıver-Miras s. 118

³⁰⁷ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm s. 30.

Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararında ortaya atılmıştır³⁰⁸. Bu görüşte olanlara göre, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerin, asıl hak sahibinin temsilcileri olmadığı belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda, mameleke ilişkin dava takip yetkisi hak sahibinden alınarak, kanunla görevlendirilen kişilere verilmekte, bu kişiler görevleri gereği taraf sayılmaktadır³⁰⁹. Bu görüşe göre, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerin yürüttükleri davalarda ortaya çıkan kesin hüküm, asıl hak sahiplerini de bağlar³¹⁰.

Kanaatimizce, kanuni davayı takip yetkisinin hukuki niteliği açıklanırken son görüşün benimsenmesi gerekir. Yani, kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseler, hakkın sahibi olmasalar bile, şekli taraf teorisine göre davada görevi gereği taraf kabul edilmelidirler. Kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseleri ne iradi ne de kanuni temsilci olarak düşünemeyiz. Çünkü, davayı takip yetkisi ile temsil hukuki kurumları, yukarıda da açıklandığı gibi, niteliği itibariyle birbirlerinden farklı özellikler içermektedirler. Nitekim, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan kimselerin durumunu, temsil ile açıklamaya çalışmamız halinde, temsil kurumunu haddinden fazla genişletmiş oluruz. Dolayısıyla kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerin, hak sahipleri üzerinde, davaya vekâlet ehliyetlerinin olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü kanuni davayı takip yetkisine sahip olanlar, davada taraftırlar. Davaya vekâlet ehliyeti ise, davanın tarafları dışında olan

³⁰⁸ Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 30

³⁰⁹ Bu görüşte olanlar Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 131; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 30; Tanrıver- Miras s.118; Kocayusufpaşaoğlu-Miras s.297; "...maddi hukuk ilişkisinin süjesinin bir başkası olduğunu belirten bir kimse muayyen hallerde taraf olabilir ve bu durum ancak şekli taraf kuramı ile izah edilebilir." (Alangoya-İradi Değişme s. 133).

³¹⁰ Kanuni dava takip yetkisi olduğu hallerde, kanun koyucu aksini öngörmedikçe, kesin hükmün hak sahibine sirayetini herhangi bir koşul aranmaksızın kabul etmek yerinde olacaktır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 30 vd.

ve davada taraf olan kimselerin yerine vekil sıfatıyla işlem yapabilen üçüncü kimselerdir. Yani, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimseler, kanuni davayı takip yetkisini yürüttükleri davalarda davaya vekâlet ehliyetine sahip olamazlar³¹¹.

B. İflâs İdaresi

İflâs, ticaret mahkemesinin iflâsa karar vermesiyle açılır(İİK m. 165) ve iflasa karar veren ticaret mahkemesi, iflas kararını derhal, yargı çevresindeki iflas dairesine bildirir(İİK m. 166/I). Bunun üzerine iflas dairesi, müflisin mallarının defterini tutar(İİK m. 208) ve deftere geçirilen her malın kıymeti takdir olunarak(İİK m.214) bu deftere yazılır.

İşte bu işlemlerden sonra, iflas masasındaki malların adi tasfiye giderlerini karşılayacağı anlaşılırsa(veya karşılanmamasına rağmen alacaklılar isterlerse), adi tasfiye yapılır(İİK m. 219 vd.). İflas dairesi adi tasfiye yapılacağını ilan eder ve bu ilanda belirtilen yer ve zamanda alacaklılar toplanır(birinci alacaklılar toplantısı). İşte birinci alacaklılar toplantısında, iflas tasfiyesini yapmak üzere aday gösterilenler arasından icra mahkemesince, bir iflas idaresi seçilir(İİK m 223)³¹².

³¹¹ Böylelikle burada Av.K.m.35/I'in bir istisnası olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü, Kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseler yürüttükleri davada taraf oldukları için, temsilci de değildirlir. Zaten bir kimse davada hem temsilci hem de taraf olamaz.

³¹²“Uygulamada, iflas idaresine, ekseriya avukatlar seçilmektedir(Av.K. m.12/d).”(Kuru-İcra IV s. 3169) ; Muşul s. 1064.

İflas idaresinin iflasın açılmasından sonra masaya dahil mallara ilişkin olarak üçüncü kişilere karşı açtığı veya üçüncü kişilerce iflas idaresine karşı açılan davalarda iflas idaresinin ne sıfatla, yani temsilci olarak mı, yoksa kendi adına mı hareket ettiği meselesi doktrinde tartışılmıştır³¹³. Zira, iflas idaresi kanuni davayı takip yetkisine sahip olduğu için, iflas idaresi üçüncü kişilere dava açabilir veya üçüncü kişilerce iflas idaresine karşı davalar açılabilir³¹⁴.

Doktrinde iflas idaresinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler şunlardır: İflas idaresini müflisin kanuni temsilcisi sayan görüş, iflas idaresini alacaklıların kanuni temsilcisi sayan görüş, iflas idaresini bazen alacaklıların bazen müflisin kanuni mümessili sayan görüş, iflas idaresini kamu görevi yapan bir organ sayan görüş, iflas idaresini hem kamu görevi yapan, hem alacaklılar topluluğunun organı sayan görüş, iflas idaresini tarafsız sayan görüş, iflas idaresini iflas masasının kanuni temsilcisi sayan görüş, iflas idaresini görevi gereği taraf sayan görüş³¹⁵.

Kanun koyucu iflas idaresinin, masasının kanuni temsilcisi olduğu görüşünü benimsemiştir(İİK m. 226/I).

Yılmaz' a göre bu hüküm şu şekilde anlaşılmalıdır: “İflas masası, tüzel kişi olmamakla beraber, tüzel kişiliğe yaklaşan kendine özgü bir hukuk süjesidir;

³¹³ Deren-Yıldırım-Kesin Hüküm s. 106.

³¹⁴ Yılmaz- İflas s. 112; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 131; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 106; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 171;Tanrıver-Derdestlik s. 62.

³¹⁵ Bu görüşler için bkz Yılmaz-İflas s.76-100; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 106-114.

müflisin ve alacaklıların karşılıklı yararlarını uzlaştıran bir varlıktır. İflas idaresi, işte bu kendine özgü varlığın organıdır.”³¹⁶

Kanaatimizce iflas idaresi, iflas masasına ilişkin davalarda görevi gereği taraftır. Bu yasal düzenleme de(İİK m.226/I), her ne kadar, temsilden söz edilmekte ise de burada teknik anlamda bir temsil ilişkisinin mevcut olduğu ileri sürülemez³¹⁷. Çünkü, ancak hukuk süjelerinin temsili mümkündür; iflas masasının ise tüzel kişiliği bulunmadığı için, hukuk süjesi değildir; sadece bir objedir. Objenin ise, zaten temsilinden bahsedilemez³¹⁸. Ayrıca, İflas idaresini ne alacaklıların ne müflisin ne de masanın kanuni temsilcisi olarak düşünmek pek doğru olmaz. Zira kanuni temsil ilişkisi, bir kimsenin yani gerçek kişinin fiil ehliyetine sahip olmaması ile bu ehliyetin önemli ölçüde sınırlandırıldığı hallerde işlerlik kazanır. Oysa ne müflis ne de alacaklılar dava ehliyetinden yoksun kişiler değildirler³¹⁹. Ayrıca iflas idaresi ile masa arasında böyle bir bağ kurmak da mümkün değildir³²⁰. Dolayısıyla, kanuni temsilcinin, yürüttüğü davalardaki konumu, temsil olunan kişinin iradesinden kaynaklanır ve dava onun adına yürütülür. Oysa iflas idaresi, masaya ilişkin

³¹⁶ Yılmaz-İflas s. 101; “Tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları kanalıyla kullanırlar. Bu anlamda olmak üzere, tüzel kişinin adına ve hesabına hukuksal işlemlerini organlar yaparlar. Ancak organ tüzel kişinin temsilcisi değil, bizzat kendisidir. Bu nedenle temsil kavramı, organlar için de kullanılmasına rağmen, burada BK md.32 vd hükümleri anlamında bir temsil söz konusu değildir. Organların tüzel kişi adına yaptığı açıklamalar ve işlemler, organın bizzat kendi açıklamaları ve işlemleridir.”(Kılıçoğlu s. 133); Oğuzman/Öz s. 164 dph 545; Öztan-Organ s. 83-93; Dolayısıyla iflas idaresini masanın organı olarak düşündüğümüz zaman burada bir temsil ilişkisinden söz edemeyiz. Bununla birlikte iflas idaresinin iflas masası üzerinde davaya vekâlet ehliyetinden de bahsedemeyiz.

³¹⁷ “Alman İmparatorluk Mahkemesi de verdiği bir kararda, iflas idaresinin temsilci olarak kabul edilmesine son vermiştir(RGZ 29, 29).”(Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s.83).

³¹⁸ Tanrıver-Miras s. 118.

³¹⁹ “Müflis masaya giren malları üzerinde dava ehliyetini kaybetmemiştir; fakat, masaya giren malları üzerinde tasarruf yetkisi kalkmıştır. Artık müflis masaya giren mallar ile ilgili davaları takip edemez; çünkü davayı takip yetkisini kaybetmiştir.”(Yılmaz-İflas İdaresi s. 125).

³²⁰ Tanrıver-Miras s. 118;Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 110.

davalarda bağımsız hareket eder ve dava takibindeki gücü, mamelek üzerindeki hakimiyetten kaynaklanır³²¹. Öte yandan iflas idaresi iflas masasının bir organı olarak da görülemez³²².

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, iflas idaresi, kanuni dava takip yetkisine sahip olup; yürüttüğü davalarda görevi gereği taraftır. İflas idaresinin, yürüttüğü davalarda görevi gereği taraf olması, onun davaya vekâlet ehliyeti olmasını da engeller. Zira davaya vekâlet ehliyetine ancak davanın tarafı olmayan ve kanunda belirlenen üçüncü kişiler sahip olabilir.

C. Haciz Alacaklısı

İcra ve iflas Kanunu'nun 120/II'de de kanuni davayı takip yetkisinin hallerinden birisi düzenlenmiştir³²³. İİK m. 120/II'de: "Aynı surette hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi, borçlunun üçüncü şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına hanel gelmemek şartı ile üzerlerine alabilirler." şeklinde bir hüküm mevcuttur.

İİK m. 120/II' ye göre, şayet borçlunun alacağı çekişmeli ve özellikle borçlu bu alacağını takip etmiyor ise borçlunun alacağının tahsili için, takip alacaklısının

³²¹ Weber,Friedrich; Zur Problematik der Prozessführung des Konkursverwalters, KTS 1955, s.108(naklen:Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 111).

³²² Organ-İradi temsilci ve kanuni temsilci arasındaki farkları için bkz Öztan-Organ s. 88.

³²³ Kuru-Hmu I s. 1155; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 103; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes-İcra s. 171, 204; Kuru'ya göre, İİK m. 94'de de kanuni davayı takip yetkisi vardır. Bu hükme göre, borçlunun zilyet bulunduğu bir gayrimenkulün olağanüstü zamanaşımı nedeniyle tescilini isteme hakkının haczedilmesi halinde, icra dairesi, alacaklıya gayrimenkulün borçlu adına tescili için dava açma yetkisi verir(İİK m. 94/III)(Kuru- Hmu I s. 1154); Aynı görüşte olan Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 171.

yetkiyi üzerine alması mümkündür. Bu durumda, hacze iştirak eden alacaklıların hepsi veya içlerinden bir ya da birkaçı, üçüncü kişideki alacağın tahsilini üzerine devralabilir³²⁴. İcra dairesi alacağı, devralan alacaklıya, alacağın tahsil için devredildiğini belirten ve bu konuda gerekli işlemleri yapabileceği konusunda yetki veren belge verir. Bu belgeye dayanarak alacaklı üçüncü kişiye karşı alacak için dava açıp takip yapabilir³²⁵.

Burada önemli olan husus, kendisine icra dairesi tarafından dava hakkı tanınan alacaklının hukuki durumunun ne şekilde açıklanabileceğidir. Dolayısıyla, kendisine dava hakkı verilen alacaklı, borçlunun temsilcisi olarak düşünülebilir mi? Eğer, kendisine dava hakkı verilen alacaklıyı borçlunun temsilcisi olarak kabul ederse, bu alacaklının borçlunun yerine üçüncü kişilere açmış olduğu davada, davaya vekâlet ehliyeti olacak mıdır? Zira, özel kanun hükümleri ile istisna tanınmadığı sürece, davaya vekâlet ehliyetine yalnızca belirli kimseler sahip olabilirler.

İİK'nun 120. maddesi ile hak sahibi olmayan kimseye, borçlunun üçüncü şahıstaki bir alacağı için, kanuni davayı takip yetkisinden dolayı dava açma hakkı

³²⁴ “Burada alacaklı, borçlunun üçüncü kişideki alacağını ödeme yerine geçmek üzere değil, tahsil için devralmaktadır. Bu sebeple borçlunun haklarına halef olmayıp davayı takip yetkisini kullanır; bu çerçevede üçüncü kişiye dava açıp takip yapabilir. Borçlunun alacağını tahsil için devralmakla devralan alacaklının haklarına halel gelmez, borç alacaklıya ödenmiş sayılmaz.”(Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes-İcra s. 204).

³²⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes-İcra s. 204;Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 351; Postacıoğlu-İcra s. 450; İİK m. 120 de borçlu davayı takip yetkisinden yoksun değildir; yani borçlu da bu davaları açıp takip edebilir. Fakat borçlu, hakkı üzerine haciz konulduğu için dava açmaktan kaçınırsa, onun sahip olduğu davayı takip yetkisi haciz alacaklısına devredilir ve onun tarafından kullanılır(Kuru- Hmu I s. 1155);Ancak kanuni davayı takip yetkisine sahip olan alacaklı tarafından dava üçüncü kişilere karşı açılıp hükme bağlanmışsa, bu hüküm asıl hak sahibi olan takip borçlusuna da sirayet eder. Dolayısıyla, daha sonra borçlu, alacaklının dava açtığı kişiye karşı dava açma hakkına haiz değildir(Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 104).

verilmiştir³²⁶. Kanaatimizce, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan alacaklı, üçüncü kişiye karşı açtığı davada taraftır ve davayı kendi adına yürütür³²⁷.

Ayrıca kanuni davayı takip yetkisine sahip olan alacaklıyı, borçlunun temsilcisi veya kanuni temsilcisi saymak mümkün değildir³²⁸. Çünkü, burada alacaklı, borçlunun üçüncü kişideki alacağını ödeme yerine geçmek üzere değil, tahsil için devralmaktadır³²⁹. Bu durum ise temsil ile bağdaşmaz. Zira, temsil, bir hukuki muameleyi bir şahsın başka bir şahıs nam ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının da bu şahıs üzerinde doğmasını sağlamasıdır³³⁰.

Bununla birlikte, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan alacaklı, üçüncü kişilere karşı açtığı davalarda taraf olacağı için, bu davalarda alacaklının davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğunu da söyleyemeyiz.

D. İflâs Alacaklısı

İİK m. 245/I 'de de İİK m. 120 hükmüne benzer şekilde iflâs alacaklısının kanuni davayı takip yetkisi hükme bağlanmıştır³³¹. İİK m.245/I' de: "Alacaklıların

³²⁶ Deren Yıldırım'a göre, İİK m.120 ile sıfat sahibi olmayan kimseye dava takip yetkisi kanunen devredilmiştir bkz Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 103.

³²⁷ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 103.

³²⁸ "Mahcuz alacağa ilişkin dava takip yetkisi kendisine devredilen alacaklıyı, borçlunun kanuni temsilcisi saymak mümkün değildir. Dava masraflarını da bu yüzden borçlu değil, bizzat alacaklı üstlenmektedir."(Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 103); Karşı görüşte olan Korkusuz'a göre, alacaklı, o alacağı tahsil için borçluyu temsil etmektedir bkz Korkusuz s. 275.

³²⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes-İcra s. 204; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 351.

³³⁰ Oğuzman/Öz s. 163.

³³¹ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 104; Kuru-Hmu I s. 1155; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Uşul s. 132; "İİK m. 120, f. II nin nazari ehemmiyeti büyüktür. İflasta bu hükme m. 245 tekabül eder."(Postacıoğlu-İcra s. 450).

masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı isteyen alacaklıya devrolunur .” Aslında, adi tasfiye halinde kanuni davayı takip yetkisi iflas idaresindedir. Ancak alacaklılar bir alacağın iflâs idaresi tarafından takip edilmesini yararlı görmezlerse, dava ve takip yetkisini isteyen alacaklıya devredebilirler³³².

İflas idaresi bütün alacaklılara birer genelge göndererek, böyle bir çekişmeli hakkın takip yetkisini devralıp almayacaklarını bildirmelerini ister ve uygun süre verir. Eğer alacaklılar tarafından onaylanırsa, iflas idaresi bu şekilde, çekişmeli hakkı devralan alacaklıya, çekişmeli hakkı takip yetkisinin kendisine devredildiği ve bu hakla ilgili bütün işlemleri, alacaklının masa yerine yapmaya yetkili olduğuna dair bir belge verir³³³.

Yukarıda haciz alacaklısı için(İİK m. 120/II) söylediklerimiz iflas alacaklısı içinde geçerlidir. Buna göre, iflas alacaklısı da, İİK m. 245’ e göre, kanuni davayı takip yetkisine sahip olup, üçüncü kişilere karşı açmış olduğu davalarda taraftır³³⁴. Dolayısıyla iflas alacaklısının kanuni davayı takip yetkisine dayanarak, müflisin borçlusuna karşı açmış olduğu davalarda taraf olduğu için, iflas alacaklısı ile müflis arasında temsil ilişkisinin varlığından da söz edilemez. Bununla birlikte iflas alacaklısının bu davalarda taraf olması sebebiyle, davaya vekâlet ehliyetine de sahip olamaz.

³³² Yılmaz-İflas İdaresi s. 144; “Bu halde de iflas idaresi, davayı takip yetkisinden yoksun değildir; o alacak (hak) için dava açmak istemediğinden, davayı takip yetkisi isteyen alacaklıya devredilmekte ve onun tarafından kullanılmaktadır.” (Kuru-Hmu I s. 1155).

³³³ Ancak iflas idaresi alacaklılara sormadan dava takip yetkisini devredemez(Yılmaz-İflas İdaresi s. 145).

³³⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 130; Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 105.

E. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Miras Ortaklığı Temsilcisi ve Mirasın Resmi Tasfiyesinde Tasfiye Memuru

Türk Medeni Kanunu'nun miras hukuku bölümünde³³⁵ de kanuni davayı takip yetkisi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Buna göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi(TMK m. 552/II), miras ortaklığında tereke temsilcisi(TMK m. 592) ve mirasın resmi tasfiyesinde tasfiye memuru(TMK m. 632-636), kanuni davayı takip yetkisine sahip oldukları için, terekeyle ilgili olarak, üçüncü kişilere dava açabilirler veya üçüncü kişilerce miras ortaklığına karşı dava açılabilir³³⁶. Buna göre:

Vasiyeti yerine getirme görevlisi TMK'nun 550- 556' ıncı maddelerinde düzenlenmiştir. Aslında, mirasbırakanın, bir ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde, onun bu yolla açıkladığı son arzularını yerine getirme borcu yasal ya da atanmış mirasçılara aittir. Ancak bazı hallerde mirasçıların çıkarları ile mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf hakkında çelişki olabileceği için, mirasçılar bunları yerine getirmekten kaçınabilirler ya da mirasçılar bu son arzuları yerine getirmek için gerekli yeteneğe sahip olmayabilirler. İşte bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, son arzularının istediği gibi yerine getirebilmesini temin için, mirasbırakana bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atama imkanı tanımıştır. Şu halde vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi, genel olarak, mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufu ile açıkladığı son arzularını yerine getirmektir³³⁷.

³³⁵ Miras Hukuku, 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü Kitabında(m. 495-682) düzenlenmiştir.

³³⁶ Kocayusufpaşaoğlu s. 297; Dural/Öz s. 186; Tanrıver-Miras s. 118-119; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 131; Kuru- Dava Şartları s. 167.

³³⁷ Dural/Öz s. 179.

Peki, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın bu görevlerini hangi sıfatla yerine getirecektir? Diğer bir deyişle, vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliği nedir?

Genel olarak ortaya atılan teoriler şunlardır: Vasiyeti yerine getirme görevlisini vasi olarak kabul eden görüş, mirasçılardan temsilcisi olarak kabul eden görüş, terekenin temsilcisi olarak kabul eden görüş, vekâlet görüşü, murisin temsilcisi olarak kabul eden görüş, vasiyeti yerine getirme görevlisini özel hukuk anlamında bir makam olarak kabul eden görüş³³⁸, vasiyeti yerine getirme görevlisini görevi gereği taraf olarak kabul eden görüş³³⁹.

Burada üzerinde durulması gereken husus şudur: Acaba vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakan, mirasçılar veya terekeden herhangi birisinin temsilcisi olarak kabul ettiğimiz takdirde, bu kimselerin terekeyle ilgili davalarda davaya vekâlet ehliyetlerinin olduğunu söyleyebilecek miyiz³⁴⁰?

Türk Medeni Kanunu, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, konumunu, görev ve yetkilerini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Buna göre, Kanun'un 552'inci maddesinin ikinci fıkrasının altıncı bendinde, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, terekeyle ilgili davalarda takiplerde, miras ortaklığını temsil edeceğini; idare

³³⁸ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin Alman hukukunda kabul edilen özel hukuk anlamında bir makam olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz Deren Yıldırım- Kesin Hüküm s. 83.

³³⁹ Bu görüşler için bkz Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 81,92.

³⁴⁰ Kişiler, kendi davalarını mahkemelerde kural olarak bizzat ikame ve takip ederler. Bizzat ikame ve takip edilmeyen davalar ise, ancak genel olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olan avukatlar, avukatlık ortaklıkları, avukat stajyerleri, dava takipçileri ve dava vekilleri tarafından yerine gerilebilir. Bu kimselerin dava tekeli mevcuttur. Dolayısıyla vasiyeti yerine getirme görevlisini temsilci olarak düşündüğümüzde, bu kimselerin genel olarak davaya vekâlet ehliyeti olan kimselerden olmasa bile, davada vekil olabileceğini kabul etmiş oluruz. Dolayısıyla, vasiyeti yerine getirme görevlisini, tereke ile ilgili davalarda davaya vekalet ehliyeti olduğunu kabul etmiş oluruz.

yetkisinin kapsamına girdiği ölçüde, terekeyle ilgili davalarla icra takiplerinde taraf olarak yer alacağını hükme bağlamıştır.

Kanaatimizce de, vasiyeti yerine getirme görevlisini, kanuni davayı takip yetkisini kullanırken yürüttüğü davalarda, görevi gereği taraf olarak kabul eden görüşün benimsenmesi yerinde olur³⁴¹. Zira TMK m. 552/2'deki düzenlemede, her ne kadar, temsilden söz edilmekte ise de burada teknik anlamda bir temsil ilişkisinin mevcut olduğu ileri sürülemez. Çünkü, ancak hukuk sùjelerinin temsili mümkündür; miras ortaklığı ise tüzel kişiliği bulunmadığı için, hukuk sùjesi değildir; sadece bir objedir. Objenin ise zaten temsilden bahsedilemez³⁴².

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasçılarının da temsilcisi olarak düşünülmemesi gerekir³⁴³. Çünkü, mirasçılarının vasiyeti yerine getirme görevlisini azletme ve ona talimat verme imkanı olmadığından, vasiyeti yerine getirme görevlisi temsilciden farklı bir yapıdadır³⁴⁴.

³⁴¹ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi gereği taraf olması gerektiği yönünde olan yazarlar için bkz Tanrıver-Miras s. 118-119; Kocayusufoşaoğlu s.297; İmre/Erman s. 150; Alangoya-İradi Değişme s. 139; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usùl s. 131; Deren Yıldırım s. 84; Ancak Deren Yıldırım Medeni Kanun değişikliğinden sonra, Vasiyeti yerine getirme görevlisinin temsil teorisine yaklaştığını belirtmiştir bkz Deren Yıldırım, Yeni Medeni Kanun'un Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Açısından Etkilerinin Tespiti Ve Değerlendirilmesi, Tartışmalar s. 133; Aynı şekilde, Kuru da vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkisinin temsile benzediğini belirtmiştir bkz Kuru, Yeni Medeni Kanun'un Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Açısından Etkilerinin Tespiti Ve Değerlendirilmesi, Tartışmalar s.136.

³⁴² Tanrıver- Miras s. 118.

³⁴³ Alman İmparatorluk mahkemesi verdiği bir kararda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının temsilcisi olarak kabulüne son vermiştir bkz (Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 83 dph 16).

³⁴⁴ Vasiyeti yerine getirme görevlisi görevini sulh mahkemesinin denetimi altında yapar(TMK m. 555/I). Sulh hakimi, görevin yerine getirilmesi sırasında re'sen ya da şikayet üzerine gerekli önlemleri alır(TMK 555/II). Vasiyeti yerine getirme görevlisi azletme yetkileri olmayan mirasçılar, şikayet yoluyla, şartları varsa, sulh hakimi tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine son verilmesini temin edebilirler(TMK 555).

Her ne kadar vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın irade ve isteklerini yerine getirmek ile yükümlü ise de, onu mirasbırakanın temsilcisi saymak da doğru değildir, çünkü TMK m. 28' e göre, vasiyette bulunan kişi, ölmüş olması nedeniyle hukuki şahsiyetini yitirmiştir. Dolayısı ile, temsili de söz konusu olamaz³⁴⁵.

Belgesay'a göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasçıların kanuni temsilcisi olarak düşünülmesi gerekir³⁴⁶. Zira, vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının menfaatlerini idare ettiğini ve yetkisinin mirasçılarının iradesinden doğmayıp kanundan doğduğu için, vasiyeti yerine getirme görevlisinin kanuni temsilci olarak düşünülmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir³⁴⁷.

Kanaatimizce, vasiyeti yerine getirme görevlisinin ne miras ortaklığının ne murisin ne de mirasçılarının kanuni temsilcisi olarak da düşünülmemesi gerekir. Öncelikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının kanuni temsilcisi olarak kabul etmenin sakıncaları mevcuttur. Bunlardan ilki, vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının menfaatlerine uygun hareket etme zorunluluğunun bulunmaması, ikincisi ise, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tasarrufları nedeniyle oluşan borçların terekeyi yükümlülük altına sokacağı yerde, mirasçılarının özel mamelekleri ile yükümlü kılınmasıdır³⁴⁸.

³⁴⁵ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 81.

³⁴⁶ Aynı görüş için bkz Ansay- Usul s. 119; Tunçomağ s. 247.

³⁴⁷ Belgesay-Temsil s.109.

³⁴⁸ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 82.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras ortaklığının kanuni temsilcisi olarak da düşünülmemesi gerekir. Zira kanuni temsil ilişkisi, ancak bir kimsenin yani gerçek kişinin fiil ehliyetine sahip olmaması ile bu ehliyetinin önemli ölçüde sınırlandırıldığı hallerde işlerlik kazanır. Miras ortaklığı ile vasiyeti yerine getirme görevlisi arasında bu tür bir bağ kurmak da mümkün değildir. Her şeyden önce miras ortaklığı zaten bir hukuk süjesi olarak nitelendirilemez³⁴⁹.

Aynı şekilde, miras ortaklığına bir temsilci atanmış ise(TMK m. 592) terekeye ilişkin davaları takip yetkisi miras ortaklığı temsilcisine aittir³⁵⁰. Miras ortaklığı temsilcisi, terekenin bir kısmı için atanması mümkün olmayıp, terekenin tümü için atanabilir³⁵¹.

Terekeye ilişkin bütün davaları, miras şirketi adına açıp takip etmek yetkisi yalnız, miras ortaklığı temsilcisine ait olup, bütün mirasçılar birleşeler bile, terekeye ilişkin dava açamazlar³⁵².

Mirasın resmi tasfiyesinde(TMK 632-636) de tereke ile ilgili davaları takip yetkisi tasfiye memuruna aittir³⁵³. Mirasın resmen tasfiyesi ile görevlendirilen kişi,

³⁴⁹ Tanrıver- Miras s. 118; “Öte yandan vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras ortaklığının bir organı olarak görülemez. Organ, tüzel kişinin iradesini açıklamaya ve onu dışarıya karşı temsil etmeye yarayan araç, bir mekanizmadır. Miras ortaklığının ise tüzel kişiliği bulunmadığına göre vasiyeti yerine getirme görevlisini onun bir organı, bu bağlamda temsilcisi olduğundan da söz edilemez.”(Tanrıver-Miras s. 118-119).

³⁵⁰ Kuru-Hmu I s. 1007.

³⁵¹ Kuru-Hmu I s. 1010.

³⁵² Kuru-Hmu I s. 1011; “Davanın konusu paradan başka bir şey ise, dava yalnız tereke temsilcisine karşı açılabilir. Davanın konusu para ise, alacaklı, yalnız tereke temsilcisine karşı dava açılabileceği gibi, mirasçılardan birine veya bazılarına karşı veya hem tereke temsilcisine hem de mirasçılara karşı alacak davası açılabilir.”(Kuru-Hmu I s. 1011).

³⁵³ Kuru-Hmu I s. 1014.

tereke mallarının idaresi ve terekenin tasfiye edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, mirasın resmen tasfiyesi ile görevlendirilen kişinin terekeye ilişkin davalardaki konumu, vasiyeti yerine getirme görevlisi ve miras ortaklığı temsilcisi ile büyük benzerlik gösterir³⁵⁴.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, miras ortaklığının, mirasbırakanın veya mirasçının temsilcisi sayılmayacağı yönündeki yukarıda yapmış olduğumuz çözümler, aynen bu kimseler içinde geçerlilik taşır. Bu kimseler de, terekeyle ilgili olarak, yürüttükleri davalarda kanuni davayı takip yetkisine sahip olup, görevi gereği taraf konumundadır³⁵⁵.

Sonuçta, vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras ortaklığında tereke temsilcisi ve mirasın resmi tasfiyesinde tasfiye memuru, terekeyle ilgili olarak yürüttüğü davalarda kanuni davayı takip yetkisine sahip olup, görevi gereği taraftırlar³⁵⁶. Dolayısıyla, bu kimselerin terekeyle ilgili olarak yürüttükleri davalarda taraf olmaları sebebiyle, bu kimselere terekeyle ilgili davalarda davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü davaya vekâlet ehliyetinden bahsedebilmemiz için, vekil olabilecek kişilerin davanın tarafı dışında üçüncü bir kimse olması gereklidir.

³⁵⁴ Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 91.

³⁵⁵ Tanrıver- Miras s.120; Deren Yıldırım s. 87, 90, 91; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 131.

³⁵⁶ Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras ortaklığında tereke temsilcisi ve mirasın resmi tasfiyesinde tasfiye memuru, terekeyle ilgili olarak kanuni dava takip yetkisine sahip olarak yürüttüğü davalarda verilen hükümler, tereke üzerinde idare yetkisini yitiren, dolayısı ile dava takip yetkisine sahip bulunmayan mirasçılara da sirayet edecektir (Deren Yıldırım-Kesin Hüküm s. 87).

F. Konkordato Tasfiye Memurları

Malvarlığının terki suretiyle konkordato³⁵⁷, 30.7.2003 tarihinde, 4949 sayılı Kanun ile hukukumuzda girmiş bir konkordato türüdür(İİK. m. 309a-309l). Malvarlığının terki suretiyle konkordato ile borçluya adi konkordatodaki gibi belli bir miktar ödeme taahhüdünde bulunmaksızın malvarlığındaki aktifleri tamamen veya kısmen alacaklılara devrederek, bu malların tasfiyesinden elde edilecek hasılatın aralarında paylaşılması veya malvarlığını satın almak isteyen bir üçüncü kişiye devredilmesi ve satış bedelinin paylaşılması suretiyle borçlarından kurtulmayı teklif etme imkanı tanınmıştır³⁵⁸.

Malvarlığının terki suretiyle konkordato hakkında ticaret mahkemesince verilen tasdik kararının kesinleşmesi ile borçlunun tasarruf yetkisine sahip diğer kişilerin, alacaklılara terk edilen malvarlığı unsurları üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer; bu mallar hakkında tasarruf yetkisine sahip kişilerin imza yetkileri sona erer ve bu yetki alacaklılara geçer(İİK m. 309/C,I). Alacaklılar bu yetkiyi konkordato tasfiye memurları ile kullanırlar(İİK m. 309/C).

Konkordato tasfiye memurları, konkordato masasının muhafazası ve paraya çevrilmesi veya öngörülmüş ise malların devri için gerekli bütün işlemleri yerine

³⁵⁷ İsviçre İcra ve İflas Kanun'da bu konkordato "mevcudun terki suretiyle konkordato" ismi ile hükme bağlanmıştır bkz Kuru-İflas s. 524 vd; Tanrıver-Konkordato s. 18.

³⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes- İcra s. 420; Tanrıver-Konkordato s. 18-24.

getirirler(İİK m. 309/C,3). Konkordato masasını mahkeme önünde temsil yetkisi de konkordato tasfiye memurlarına geçer³⁵⁹.

Peki konkordato tasfiye memurlarının hukuki niteliği nedir? Acaba konkordato tasfiye memurları da konkordato masası ile ilgili, üçüncü kişilere açtığı davalarda kanuni davayı takip yetkisine sahip midir?

Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun mahiyeti itibari ile adi konkordatodan daha ziyade iflasa yakın olduğu belirtilmiştir³⁶⁰. Bu sebepten, doktrindeki yazarlarca, konkordato masası, iflas masasına, konkordato tasfiye memurları da iflas idaresine benzetilmiştir³⁶¹. Diğer bir ifadeyle, bu görüşte olanlara göre konkordato tasfiye memurları masanın kanuni temsilcisi olarak kabul edilmelidir³⁶².

Kanaatimizce de konkordato tasfiye memurları, iflas idaresine benzetilebilir. Bu yüzden konkordato tasfiye memurlarının, masa ile ilgili, üçüncü şahıslara karşı yürüttükleri davalarda kanuni davayı takip yetkilerinin olduğunu söyleyebiliriz. Zira, malvarlığının terki suretiyle konkordato ticaret mahkemesi kararının kesinleşmesi ile borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Borçlu malları üzerinde tasarruf edemez ve bu mallar hakkında tasarruf yetkisine sahip kişilerin imza yetkisi sona erer(İİK m.309c/I). Böylelikle borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, alacaklılara geçer. Alacaklılar, bu yetkiyi konkordato tasfiye memurları vasıtasıyla

³⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes-İcra s. 424.

³⁶⁰ Muşul- s.1134; Kuru-İflas s. 530.

³⁶¹ Kuru-İflas s. 530; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 730;Tercan/Tercan s. 252.

³⁶² Kuru-İflas s. 530; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 730; Muşul s. 1136; Tercan/Tercan s. 252.

kullanırlar(İİK m.309c). Bu hükümle, konkordato tasfiye memurlarına, masa ile ilgili davalarda davayı takip yetkisi verilmiştir. Ancak, konkordato tasfiye memurlarının, konkordato masasının kanuni temsilcisi olduğu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü, konkordato tasfiye memurları masa ile ilgili üçüncü şahıslara karşı açtığı veya masaya karşı açılan davalarda görevi gereği taraftırlar. Bu sebeple yukarıda iflas idaresinin hukuki niteliği için yapılmış açıklamalar konkordato tasfiye memurları için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla, burada da konkordato tasfiye memurlarının kanuni davayı takip yetkisini kullanarak yürüttükleri davalarda, davaya vekâlet ehliyetine sahip değildirlir.

G. Cumhuriyet Savcısı

Cumhuriyet savcılarının asıl görevleri ceza hukuku ve ceza yargılama hukuku alanındadır. Ancak bazı hallerde kamu yararını koruma amacıyla cumhuriyet savcılarında hukuk davalarında da bazı görevler verilmiştir. Buna göre, kamu düzeninin ve kamu yararının gerektirdiği hallerde Cumhuriyet savcıları maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmadıkları halde hukuk davası açabilirler³⁶³.

Cumhuriyet savcısına tanınan hukuk davası açma, açılan hukuk davalarına katılabilmek³⁶⁴ ve bazı hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yerine

³⁶³ Kuru-Hmu I s. 1172.

³⁶⁴ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 58. maddesinde, Cumhuriyet savcısının hukuk davasına müdahalesi ile ilgili hüküm konulmuştur. Buna göre, “İş bu fasıl ahkamı kanunen müddeiumuminin müdahalesi lazım gelen hukuk davalarına da tatbik olunur.” Pekcanitez’e göre, bu hükümler HUMK ‘nun 53-57 maddeleridir. Ancak fer’i müdahale ilgili bu maddelerin uygulanacağını belirtmesi, savcının müdahalesinin de fer’i müdahale biçiminde olması anlamına gelmez savcının hukuk davasına müdahalesi, ne fer’i müdahaleye ne de asli müdahaleye benzemekte, kendine özgü, sui generis bir müdahaledir (Pekcanitez-Fe’ri Müdahale s. 49, 51); Saldırıma göre ise, Cumhuriyet savcısının açılmış olan bir hukuk davasına katılması teknik anlamda bir fer’i müdahale değildir. Sadece kanundan dolayı(görev nedeniyle) davalı taraf olduğu bir davaya dahil edilmesi işleminden ibarettir(Saldırım s. 66, 187, 188).

teyiz etme yetkisi, istisnai durumlarda kamu yararının korunması amacıyla düzenlenmiştir³⁶⁵. Ancak Cumhuriyet savcılarının bu yetkileri genel olmayıp, kanunda öngörülen belli şartlarda ve davalarda geçerlidir. Diğer bir deyişle, kamu düzeni ile ilgili her konuda Cumhuriyet savcısının dava açması veya açılmış olan davaya katılması mümkün değildir. Ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde dava açabilir veya açılmış olan davaya katılabilir³⁶⁶.

Cumhuriyet savcılarının hukuk davası açması veya müdahalesi kanunlarda belirtilen hallere özgüdür. Cumhuriyet savcıları kanunda düzenlenen bu hallerde hukuk davası açarak hukuka aykırı durumun giderilmesine çalışırlar. Bu şekilde hukuka aykırı olan statü ortadan kaldırılarak mevcut durumun bozduğu kamu düzeni yeniden sağlanır. Ayrıca hukuk davası açılması için gerekli kanuni şartların varlığını saptaması halinde Cumhuriyet savcısı, hukuk davasını açmakla yükümlüdür³⁶⁷. Zira burada Cumhuriyet savcısı dava açılmasının kamusal fayda sağlayıp sağlamadığını, maslahata uygun olup olmadığını takdir edemez³⁶⁸.

Cumhuriyet savcılarının hukuk davası açması veya müdahalesine kanunda belirtilen hallere örnek gösterecek olursak: Cumhuriyet savcıları, derneklerin feshi(TMK m. 89), evlenmenin önlenmesi davası(TMK. m. 148), evlenmenin butlanı davası(TMK m. 146), nesebin reddi davası(TMK m. 291), babalık davası(TMK

³⁶⁵ Saldırım s. 33.

³⁶⁶ Bilge/Önen-Yargılama s. 116; Yılmaz-Savcı s. 259; Berkin-Tatbikat s. 190; Saldırım s. 61.

³⁶⁷ Yılmaz-Savcı s. 275; “Cumhuriyet savcısının hukuk davası açma yetkisini kullandığı hallerde ‘hukuk davasının mecburiliği(kanuniliği) ilkesi’ geçerlidir. Bir başka anlatımla hukuk davası açılması için gerekli kanuni şartların varlığını saptaması halinde Cumhuriyet savcısı, hukuk davasını açmakla yükümlüdür.”(Saldırım s. 34).

³⁶⁸ Kunter/Yenisey s. 167.

m.301),yaş düzeltilmesi davası(NK m. 46) gibi davaları açabilirler³⁶⁹. Savcılar bu davaları iddianame ile değil, HUMK m.179'a göre dava dilekçesi ile açarlar³⁷⁰.

Cumhuriyet savcılarının maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmadıkları halde, üçüncü kişilere dava açabilmesinin sebebi, savcıların kanuni davayı takip yetkisine sahip olmalarındandır³⁷¹.

Kanaatimizce, Cumhuriyet savcıları, kanunda öngörülen hallerde açmış olduğu hukuk davalarında kanuni davayı takip yetkisine sahip olup, bu davalarda görevi gereği taraftırlar³⁷². Buna göre, Cumhuriyet savcısı, hukuk davasını kendisi açmışsa davacı, katılması gereken hukuk davasını ilgilisi açmışsa davalı olarak yargılamada hazır bulunur³⁷³. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcılarının kanuni davayı takip yetkisi ile yürüttükleri hukuk davalarında görevi nedeniyle taraf olacakları için, savcıların davanın taraflarından birine yardım etmesi veya temsil etmesi olanaksızdır³⁷⁴. Ayrıca, Cumhuriyet savcısı kanunda açıkça öngörülen hallerde herhangi bir makamın veya kişinin şikayet veya ihbarına gerek kalmaksızın kendiliğinden dava açabilir³⁷⁵. Halbuki temsilde böyle bir şeyden sözedilemez. Temsilcinin böyle bir

³⁶⁹ Cumhuriyet Savcısının hukuk davaları açması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Saldırım, Mustafa: Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005.

³⁷⁰ Alangoya-İradi Değişim s. 139; Kuru-Hmu I s. 1172; Tanrıver-Derdestlik s. 62; Saldırım s. 54

³⁷¹ Kuru-Hmu I s. 1172.

³⁷² Alangoya-İradi Değişim s. 139; Tanrıver-Derdestlik s. 62; Saldırım s. 54.

³⁷³ "...Dava dilekçesinde açıkça davalı olarak gösterilmemiş olsa bile bir davanın tarafı, ya davacı ya da davalı olabileceğinden Cumhuriyet savcısı, açmadığı bir hukuk davasında kanundan dolayı(görevi nedeniyle) davalıdır."(Saldırım s. 56).

³⁷⁴ Saldırım s. 70; Savcılar, yalnızca milli egemenliği ve devleti temsil ederler bkz Keyman s. 74; Kunter/Yenisey s. 345.

³⁷⁵ Saldırım s. 68.

muameleyi yapması, temsil olunanın temsilciye özel yetki vermesini gerektirir. Diğer bir deyişle temsilci, temsil olunanın emir ve direktifleri ile bağlıdır³⁷⁶.

Diğer bir durum, Cumhuriyet savcısının hukuk davası açması kamu düzeninin korunması düşüncesine dayandığından dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının taraf olduğu bir davanın, taraf işlemleri ile değil mutlaka bir mahkeme kararı ile sonuçlandırılması gerekmektedir³⁷⁷. Halbuki temsilci(vekil), temsil olunanın(müvekkil) rızasıyla taraf işlemleri ile davayı sona erdirebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Cumhuriyet savcısı kanunda öngörülen hukuk davalarını açmasında kanuni davayı takip yetkisine sahiptir ve açmış olduğu hukuk davalarında taraftır. Bu sebepten ötürü, Cumhuriyet savcısının açmış olduğu hukuk davalarında davaya vekâlet ehliyetine sahip olamaz.

³⁷⁶ Oğuzman/Öz s. 177.

³⁷⁷ Saldırım s. 66; “Cumhuriyet savcısının açtığı hukuk davaları sonucunda verilen karar, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanınca sadece davayı açan Cumhuriyet savcısını değil, tüm cumhuriyet savcılarını bağlar. Aynı konuda, aynı vakıalara dayanılarak, aynı kişilere karşı başka bir Cumhuriyet savcısının dava açması veya açılan bir davaya katılması maddi anlamda kesin hükme aykırı olur.”(Saldırım s. 75).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN KAPSAMI, SONA ERMESİ VE DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLMAYANLARIN DAVA TAKİP ETMESİNİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI

Ş6. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı, Av. K.'nun 35. maddesinde hükme bağlanmıştır. Kanun, “Avukatın Hak ve Ödevleri” üst başlığı ve onun altında, “Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler” alt başlığı altında düzenlemeye bulunmuştur. Buna göre, “ Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem ve 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.”(Av.K.m. 35/I)¹. Burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, Av. K'nun m.35/I'de belirtilen yetkilere baroda yazılı avukatların yanında, davaya vekâlet ehliyeti olan diğer kimseler de sahiptir. Diğer bir ifadeyle, ülkemizde, davada vekil sıfatını taşıma hakkına sahip olanlar sadece, baroda yazılı avukatlar olmayıp; Av.K.m.35/son fıkranın diğer kanun hükümlerini saklı tutmuş olmasına istinaden, belirli şartların varlığı halinde, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava

¹ 2.5.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanunla Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde hükme bağlanan uzlaşma sağlama yetkisi de davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

takipçilerinin yanında daha önce incelediğimiz² özel kanun hükümlerine göre davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler de, davada vekil sıfatı taşıyabilmektedirler³. Yani, Av.K. m.35/I’de belirtilen yetkiler, sadece baroda yazılı avukatlara değil; genel olarak, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselere aittir. Bu nedenle, biz, Av.K. m.35/I’deki yetkileri belirtmek için “Davaya Vekâlet Ehliyetinin Kapsamı” başlığını kullanmayı daha uygun bulduk.

Doktrinde, Av.K.m.35/I’deki durum, avukatlık tekeli (Anwaltsmonopol) olarak adlandırılmaktadır⁴. Bu görüşte olan yazarlar, sadece levhaya yazılı avukatların yapabileceği işler bakımından bu avukatların Türkiye genelinde bir tekel oluşturduklarını ifade etmişlerdir. Ayrıca, aynı yazarlar, Av.K.m.35/I’deki yetkileri belirtmek için de “Avukatlık Tekelinin Kapsamı” başlığını kullanmaktadırlar⁵. Aslında, avukatlık tekeline ilişkin ilk düzenleme “dava tekeli” olarak Dava Vekilleri Nizamnamesi’nde düzenlenmiştir⁶. Daha sonra ise, Muhamat Kanunu , “dava tekeli” teriminden, “avukatlık tekeli” terimine geçmiştir⁷. 1938 tarihli 3499 sayılı Avukatlık

² Bkz yuk. § 4.

³ Sungurtekin Özkan s. 38; Aday-Genel Esaslar s. 36 dñn 135.

⁴ “Avukatlık tekeli, hukuku doğrudan ilgilendiren bazı işlerin, ilgillerin dışında, ancak baroda kayıtlı avukatlarca görülebilmesini, yürütülebilmesini öngören avukatlık hukuku statüsünü anlatır. Kavram, terim olarak yasalarımızda yer almamakta, bunu ifade etme üzere “yalnız avukatların yapabileceği işler” ibaresi kullanılmaktadır.”(İyimaya-Kurultay2004 s. 157); Aday-Genel Esaslar s. 35; Güner s. 98,105; Erdoğan-Kurultay2004 s. 138;Berkin-Dava Vekaleti s. 356;Sungurtekin Özkan s. 36; “Avukatın tekel hakkı olarak nitelenen bu hüküm, emredici bir hükümdür.”(Narbay/Özbay s. 133).

⁵ Aday-Genel Esaslar s.48;Güner s.105;Erdoğan-Kurultay2004 s. 147;İyimaya-Kurultay2004 s. 161.

⁶ İyimaya- Kurultay 2004 s. 159; “Avukatlık Kanunu söz konusu tekele dahil olan işleri davalar ile sınıflandırmadığı için, ‘dava tekeli’ yerine Almanca ‘Anwaltsmonopol’ karşılığı olan ‘avukat tekeli’ veya ‘avukatlık tekeli’ denilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayım.”(Aday-Genel Esaslar s. 36).

⁷ İyimaya-Kurultay 2004 s. 159.

Kanunu'nda tekel, 23. madde de düzenlenmişti⁸. Bu düzenleme biraz farklılıkları olsa da 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35 ile paralellik göstermektedir⁹.

Davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı temelini, hukuki yardıma gereksinme duyanların, mümkün olduğu oranda işin uzmanına danışması ve onun tarafından menfaatlerinin korunmasına dair birey menfaatinde bulunduğu gibi, kaliteli yargılama faaliyetindeki kamu menfaatinde de bulur¹⁰.

Avukatlık Kanunu, başkalarını temsilen yargı mercilerinde dava açmanın dışında, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermeyi, dava dışında kalan adli işlemleri takip etmeyi, dava ve işlerde uzlaşma sağlama yetkisini ve bu işlere ait her türlü evrakı düzenlemeyi de davaya vekâlet ehliyetinin kapsamına bırakmıştır¹¹.

⁸ 23. madde hükmü şöyledir “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde rey vermek, mahkeme ve hakem veya kaza selâhiyetlerini haiz diğer merciler huzurunda hakiki veya hükmi şahıslara ait hukuku dava, müdafaa eyleme ve bu hususlara ait bütün evrakı tanzim, adli muameleleri ve resmi dairelerde nızalı ve ihtilaflı işleri takip etmek, yalnız bu kanunun hükümleri dairesinde Baroya kayıtlı avukatlara aittir. Dava ikamesine ehil olan bir şahıs kendi dava veya işini bizzat ikame ve takip edebilir. Usul ve fîru ile ikinci dereceye kadar olan civar hısımları ve karı ve koca, resmi dairelerdeki nızalı ve ihtilaflı işi vekaletle takip edebilir.”(İyimaya-Kurultay 2004 s. 159).

⁹ 26 şubat 1970 tarih ve 1238 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ‘resmi dairelerdeki işlerde’ ibaresi kaldırılmıştır.”(İyimaya-Kurultay 2004 s. 159).

¹⁰ Sungurtekin Özkan s. 41; Avukatlık tekelinin, hukukun tabiatından, hak arama özgürlüğünden ve sosyal barıştan kaynaklandığını belirten görüşler için bkz İyimaya-Kurultay2004 s. 157,158;Erdoğan-Kurultay2004 s. 141; Özkent s. 423 vd; Sungurtekin-Özkan s. 36 ; “Avukatlık tekel hakkı olarak ele aldığımız ve incelediğimiz bu hak, baro levhasına yazılı olan avukatlara tanınan bir ayrıcalıktır. Bu nedenle, bu konuyu avukatlar için sağlanan bir hak olarak kabul etmek yükümlülük(ödev) olarak nitelememek gerekmektedir.”(Güner s. 212); Karşı görüş için bkz “korparatif bir paradigma içersinde tekel bir hak değil, avukatlık hukukunun kamusalılığından kaynaklanan bir statüdür.”(İyimaya-Kurultay2004 s. 156,161); “Avukatla temsil edilmenin gerekçesi, temsil edilen kişiyi korumakla ilgilidir. Çünkü, avukatlar uyuşmazlığın çözümünüyle ilgili olarak bilgilerini uyuşmazlığı çözme durumunda olan organlara sunarlar ve bundan dolayı sorumludurlar. Bu yüzden, avukatlık mesleğini meslek olarak edinmişler dışında başka bir meslek mensubuna temsil yetkisi getirebilmesi, kamu düzeni bakımından kabul edilemez.”(Yılmaz-Rekabet s. 959).

¹¹“Görüldüğü gibi bu alan oldukça geniş tutulmuştur ve kanımızca hükmün sevkediliş amacı ile ülkenin bugünkü sosyal, kültürel ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurulmak suretiyle daraltıcı yoruma tabi tutulması gerekir.”(Aday-Genel Esaslar s. 36); Nihayet, kanun koyucu, aşında yalnız avukatların yapabileceği işler kapsamına dahil olması gereken bir faaliyeti, başka bir mesleğin mensuplarının görmesini de öngörebilir. Örneğin, “3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’na göre, muhasebeci, muhasebeci

Aşağıda bunların üzerinde duracağız. Fakat, hemen işaret etmek gerekir ki, Avukatlık Kanunu Türkiye coğrafi sınırları içinde uygulanır ve Türkiye’deki avukatlık faaliyetlerini düzenler¹². Bu nedenle, kural olarak Av.K.m.35/I’deki yetkiler, Türkiye’de ikamet eden Türk avukatları için geçerlidir. Aksi halde Türk avukatlarının Türkiye dışındaki faaliyetleri için yabancı ülkelerde dahi tekel yetkisi ve haklarının devam ettiğini kabul etmek o yabancı memleketin kendi avukatlarına tanıdığı temsil yetkisini reddetmek olur¹³.

B. Kanun İşlerinde ve Hukuki Meselelerde Mütalaa Vermek

Av.K.’nun 35. maddesi, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermenin davaya vekâlet ehliyetinin kapsamında olduğunu belirtmiştir¹⁴. Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermektan ne anlaşılmalıdır? Av.K. m. 35 düzenlemesinden, hukukumuzda davaya vekâlet ehliyetinin kapsamının çok geniş tutulduğu sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle “kanun işlerinde ve hukuki meselelerde

mali müşavir, ve yeminli mali müşavirlerin görevleri arasında, mali mevzuat ve bunların uygulama alanı ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak ve bu konularda inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim ve bilirkişi ve benzeri işleri yapmak gibi hususlar sayılmıştır(3568 sayılı Kanun. m. 2). Bu hususlardan bazıları, davaya vekâlet ehliyetinin kapsamına girmesine karşın, bu kimselere kanunla bu işlemleri yapabilme yetkisi verilmiştir bkz bu konu hakkında İyimaya-Kurulaty2004 s. 164; Aday-Genel Esaslar s. 50; Güner s. 118 vd; Sungurtekin Özkan s. 38.

¹² Kuru-Hmu II. 1234;Postacıoğlu-Temsil s. 784.

¹³ Postacıoğlu-Temsil s. 784.

¹⁴“Almanya’da Hukuki Danışmanlık Kanunu, pek çok istisnası olmakla beraber, avukatlara hukuki danışmanlık konusunda tekel hakkı tanımıştır.”(Becker-Eberhard (Çev: Yıldırım)-Almanya s. 17-18).

mütalaa verme”nin kapsamını belirlemek zordur. Bu nedenle geniş anlamaya müsait sözsel yorum yerine amaçsal yoruma gidilmesi uygun olur¹⁵.

Hukuki mütalaa, bir kişinin bir konuda hukuki durumunu ve izleyeceği yolu önceden tespit edebilmek ya da somut bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, davanın taraflarından birinin, iddiasında haklı olduğu konusunda kendisini güçlü kılmak amacıyla uzman bir hukukçuya başvurarak talep ettiği, uzman hukukçu tarafından sorunun bilimsel, tarafsız ve objektif olarak irdelenip, bir çözümün ortaya konulduğu ve talep eden tarafa sunulduğu değerlendirmedir¹⁶.

Berkin, Av. K.’daki bu düzenlemeyi, Anayasa (1961 Anayasası) ile korunan düşünce hürriyetine aşırı bir müdahale olarak görmüştür¹⁷. Müderrisoğlu ise, Av. K. m. 35’deki “kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verilmesinin” sadece avukatlık mesleği mensuplarına bırakılmasının, sınırlamaların ancak kanun ile yapılabileceğine ilişkin Anayasanın 11. maddesinin bir uygulaması olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸.

Peki, üniversitede görev yapan hukukçu bir öğretim üyesinin veya hakimin, kendisine yapılan başvuru sonucu bir dava konusu hakkında hukuki mütalaa

¹⁵ Berkin-Dava Vekaleti s. 358;Sungurtekin Özkan s. 37; Aday-Genel Esaslar s. 49;Narbay/Özbay s. 134.

¹⁶ Narbay/Özbay s. 120.

¹⁷ Berkin s. 357,358.

¹⁸ Müderrisoğlu s. 25.

hazırlaması, Av.K. m.35/I'deki emredici hükmünün ihlali olarak nitelendirilebilir mi¹⁹?

Belgesay, “hakim, profesör, noter, avukat olmadığı halde kanun işlerinde, hukuki meselelerde rey vermekten memnu bulunmadığı bedhidir(açıktır). Şu halde kanunun tefsire muhtaç olduğu mesele bile teşkil etmez” görüşündedir²⁰.

Müderrişoğlu ise, avukatın ağır bir sorumluluk altında ve bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verdiğini, böylesi bir konuma sahip olmayanların aynı yetkiye sahip olmamasının doğal olduğunu belirtmiştir²¹.

Berkin ise, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verilmesi ibaresinden sadece ihtilaflı meselelerin kasdolunduğunu belirtmektedir. Zira Berkin'e göre, “bir hakkın korunması hukuki bir mesele halini alsa bile, bu durum henüz mahkemeye intikal etmedikçe kazai ve nizalı bir mesele sayılmaz ve avukatların inhisarına girmez” görüşündedir²².

¹⁹ “Ancak herhalde, kamuoyunu ilgilendiren bir hukuk sorunu ile ilgili olarak gazete, broşür veya kitap yayımlanması yolu ile kişisel görüş bildirilmesinin Av.K 35/I hükmüne aykırılık teşkil etmediği tartışmasızdır.”(Müderrişoğlu s. 25); Aday-Genel Esaslar s. 50; Bugün, avukatların veya avukatlık ortaklıklarının 900'lü hatlardan hukuki danışmanlık yapıp yapamayacakları hususu tartışılmaktadır bkz Memiş-Kurultay2004 s. 325 vd; Tahran s. 683 vd.

²⁰ Beğesay-Temsil s. 25;Karşı görüş için bkz Memiş-Kurultay2004 s. 325;“Kanun, baroya kayıtlı olmayan profesörlere de istişare hakkını vermemiştir.”(Özkent s. 426).

²¹ Müderrişoğlu s. 25.

²² Berkin-Dava Vekaleti s. 358; Bekin-Tatbikat s. 212;Aynı görüşte olan Aday-Genel Esaslar s. 50; Sungurtekin Özkan s. 37dpn 123; “ ...AK m.35 düzenlemesinde yer alan hukuki mütalaa olgusu, avukatlık tekeli kapsamı dışında tutulmalıdır. Ayrıca, maddedeki mütalaa kavramı yanlış anlaşılmaya müsait olduğundan, bunun hukuki görüş bildirme, olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki.....hukukçu akademisyen tarafından açıklayacağımız üzere mahkemeye sunulan mütalaa ve görüşler, TMK m.1.f. 3 anlamında bilimsel görüş niteliği taşımaktadır. Bir öğretim üyesi bilim adamının bilimsel görüş ortaya koyması da kesinlikle avukatlık tekeli kapsamında değerlendirilmez.” Narbay/Özbay s.137.

Kanun koyucunun, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verilmesi ibaresinden sadece ihtilafı meseleleri kastedtiği yolundaki düşüncenin(Berkin) kabulü, bize de uygun düşmektedir. Şu halde, henüz dava konusu olmayan bir hakkın korunması için hak sahibinin nasıl hareket etmesi gerektiğine dair düşünce açıklaması davaya vekâlet ehliyetinin kapsamında sayılmamıştır.

C. Mahkeme veya Yargı Yetkisini Haiz Bulunan Diğer Organlar

Huzurunda Gerçek veya Tüzel Kişilere Ait Hakları Dava Etmek Ve Savunmak

Mahkeme veya yargı yetkisine haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek veya savunmak davaya vekâlet ehliyetinin kapsamındadır. Diğer bir ifadeyle, taraflar kendilerini vekil aracılığıyla temsil ettirmek istiyorlarsa, bu vekilin de davaya vekâlet ehliyeti olan birisi olması gerekir. Davaya vekâlet ehliyeti olanların dışındaki kişiler, mahkeme veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlarda²³ tarafları temsil edemez.

²³ Günümüzde Rekabet Kurulu, Türk Patent Enstitüsü gibi bağımsız idari otoritelerin bazı hükümleri ile yargı organına benzer faaliyette bulunduğu ve bu nedenle bu kurumların yargı merci olabilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla burada yapılan yargısal niteliğe benzeyen işlerinde avukatlık tekelinde olması gerektiği belirtilmiştir bkz bu konular hakkında İyimaya, Ahmet : Marka ve Patent Vekilliği Avukatlar Açısından Eleştirel Bir İnceleme: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C.I, s.194-206; Yılmaz, Ejder : Rekabet Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu: Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 935-961; İnan, Nurkut : Rekabet Kanunu'nun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü:Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C.I, Ankara 2002, s. 590-629;Güner s. 124;Erdoğan-Kurultay2004 s. 152;“Öncelikle, Rekabet Kurumu, kanunda bazı hükümleri ile yargı organına benzer faaliyette bir organa benzese de, bir mahkeme değildir, idari bir makamdır. Eğer mahkeme şeklinde kurulsaydı, o zaman Anayasa'nın kabul ettiği bağımsızlık ve teminat kurumlarından doğrudan yararlanma imkanı olurdu (Yılmaz-Rekabet s. 946' ; İnan-Rekabet s. 599.

Ayrıca bu hüküm icra takibinde de geçerlidir. Yani, icra takibi sırasında kendisini vekil ile temsil ettirmek isteyen kimse, yalnızca davaya vekâlet ehliyeti olan kimseleri vekil olarak atayabilir²⁴.

Halbuki, İsviçre Federal Mahkemesi, icra takibini yargılama niteliğinde kabul etmeyerek bu alanda avukatlık tekeli caiz görmemektedir. Kamu menfaati ve yargının amaca uygun yapılması bunu gerektirse de, avukatlık tekeli böylesine genişletilemez denilmiştir. Salt ekonomik bazı düşüncelerle avukatlık tekelinin daha kapsamlı hale getirilemeyeceği belirtilmiştir²⁵.

D. Hakem Mahkemesi Huzurunda Gerçek veya Tüzel Kişilere Ait Hakları

Dava Etmek Ve Savunmak

Av. K.'nu m.35/T'e göre, hakem mahkemesi huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, davaya vekâlet ehliyetinin kapsamındadır.

Aslında, yargı, devlete ait bir fonksiyondur. Yargı fonksiyonunu üstlenen devlet, bu görevini kurduğu mahkemeler aracılığı ile yerine getirir. Ancak özel

²⁴ Muşul s. 149;Üstündağ s. 59;Kuru-İcra El s. 145; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s. 110; Tercan/Tercan s. 36;Korkusuz s. 35; “Ancak, 63 maddedeki açık düzenlemeye karşın icra işlemlerinin tekele ilişkin özel maddede yer almaması, bir düzenleme kusurunu oluşturur.”(İyimaya-Kurultay2004 s. 162).

²⁵ “İsviçre’de kantonlar avukatlık tekeli düzenleme konusunda geniş bir serbestiye sahiptir. İsviçre Federal Mahkemesi yargısal nitelikteki avukatlık faaliyetini salt usuli işlem ile sınırlamamış, dava hazırlamasına ilişkin dilekçe yazımı vb. lerini de kapsamda kabul etmiştir. Yani avukatlık tekeli davanın hazırlanması evresini de içine almaktadır. Genel hukuk danışmanlığı, sözleşmeler ve şirket statülerin hazırlanması, miras taksiminin gerçekleştirilmesi, konkordato çalışmalarının da avukatlık tekeli kapsamında anlaşılacak gerektiği ileri sürülmüştür.”Fidek, A.: Das Berufsrecht der Rechtsanwalte und Rechtsagenten im Kanton St.Gallen, Diss, Zürich 1951(naklen: Sungurtekin Özkan s. 41 dph 131).

hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, bazı hallerde bu uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkim yolu ile hakemler tarafından çözümüne izin verilmiştir.

Tahkim, genel olarak, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına denir²⁶. Devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm oluşturan ve tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir²⁷. Hakem ise, bu iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığı çözümlmek görevini üzerine alan kimselere verilen addır²⁸.

Hakem mahkemeleri ise, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tarafların anlaşması sonunda mahkemelerin yerine karar vermek üzere kurulmuş özel mahkemelerdir²⁹.

Avukatlık Kanunu hakem mahkemelerinde de, aynen mahkemelerde olduğu gibi, gerçek veya tüzel kişileri temsil edebilme ve onlar adına usuli işlem yapabilme yetkisini, davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan kimselere tanımıştır. Ancak, hemen şunu belirtmek isteriz ki, bu kural, tahkimin türleri açısından tahkimin yabancı bir unsuru içerip içermemesine göre değişir. Diğer bir ifadeyle, Av.K. m.35/T'deki "hakemler huzurunda gerçek veya tüzel kişilere ait hakları dava etmek

²⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 957;Yeğengil s. 94;Alangoya-Tahkim s.7; Alangoya/ Yıldırım /Deren-Yıldırım-Usûl s. 642.

²⁷ Alangoya-Tahkim s. 63;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 646 ;Pekcanitez/ Atalay /Özekes-Usul s.606; Arslan/Tanrıver s. 213.

²⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 967;Balcı s. 105;Arslan/Tanrıver s. 217;Dayınlarlı s. 42.

²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 606;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 659. ;Arslan/Tanrıver s.217.

ve savunmak”, unsurunun tahkimin yabancı bir unsur içerip içermediğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, tahkimi, yabancı bir unsur içerip içermemesine göre üçe ayırabiliriz:1- İç(Yerli) Tahkim, 2-)Yabancı Tahkim, 3-) Milletlerarası Tahkim³⁰.

I. İç(Yerli) Tahkim

İç tahkimi farklı kriterlerden hareketle tarif eden görüşler vardır. Bu görüşler yabancı tahkim kavramı tanımlanırken belirtilecektir³¹. Bu görüşleri bir yana bırakırsak, genellikle tahkimle ilgili hükümler ülkelerin hukuk usulü muhakemeleri kanunlarında yer almaktadır. Türk hukukunda da böyledir. HUMK’nun 516-536. maddelerindeki hükümler, iç tahkime ilişkindir. Bazı ülkelerde ise tahkimle ilgili hükümler müstakil mevzuat halinde düzenlenmiştir. Örneğin, İsviçre kantonlararası tahkim hükümleri 46 maddelik müstakil mevzuat halinde düzenlenmiştir³².

Av. K.’nun m. 35/I’deki davaya vekâlet ehliyetine sahip olan Türk vatandaşı kişilerin, hakem mahkemesi huzurunda gerçek veya tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak yetkisi, yalnızca HUMK’na tabi olan iç tahkim için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, taraflar kendilerini HUMK’na tabi olan hakem mahkemeleri

³⁰ Kalpsüz-İnşaat Sözleşmesi s. 368;Nomer/Ekşi/Öztekin s. 3; Koral’ göre milli- milletlerarası tahkim ayrımı yapılmalıdır bkz Koral 25vd; Dayınlarlı ise göre iç-dış tahkim ayrımı yapmaktadır bkz Dayınlarlı s. 7. ;Aynı görüşte olan Balcı s. 107.

³¹ “Zira, belli bir ülke hukukuna göre iç tahkim sayılmayan bir tahkim yabancı tahkimdir”. Kalpsüz-İnşaat Sözleşmesi s. 370;Kuru-Hmu VI s. 6136.

³² Dayınlarlı s. 7.

önünde vekil aracılığıyla temsil ettirmek isterlerse, bu vekilin de davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan birisi olması gerekir³³.

II.Yabancı Tahkim

Tahkimin ne zaman yabancı niteliğe sahip olacağı hususunda, Türk hukuk mevzuatında açıklık yoktur. Doktrin ve mahkeme kararları ile ortaya konulan kıstaslara göre tahkimin yabancılık vasfı saptanmaya çalışılmaktadır³⁴. Aslında hangi tahkimin yabancı tahkim olduğu, iç tahkim kavramına göre belirlenir. Buna göre, belli bir ülke hukukuna göre iç tahkim sayılmayan bir tahkim yabancı tahkim sayılmaktadır³⁵. Yabancı tahkimin belirlenmesi, Av.K.'nun m. 35/I'de belirtilen hakem mahkemesinin türünün belirlenmesi açısından önemlidir. Dolayısıyla, tahkim yeri olarak Türkiye'de faaliyet gösteren ve HUMK'na tabi olmayan bir hakem mahkemesinde, taraflar kendilerini vekil aracılığı ile takip ettirmek isterlerse, bu vekilin de davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan bir kişi olması gerekir mi? Öncelikle bu sorununun cevaplanabilmesi için yabancı tahkim kavramının belirlenmesi gerekir.

Yabancı tahkim farklı kriterlerden hareketle tarif edilmektedir.

Bir fikre göre tahkimin yabancı olup olmadığını tayinde tahkim yolu ile halli kararlaştırılmış bulunan ihtilafın doğumuna sebebiyet veren maddi hukuk ilişkisinin,

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.625; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 970.

³⁴ Üstümdağ- Tahkim s. 3; Kuru-Hmu VI s. 6153 vd.;Koral s. 19; Dayınlarlı- Yabancı Hakem s. 61.

³⁵ Kuru-Hmu VI s. 6136;Kalpsüz-İnşaat Sözleşmeleri s. 370.

diğer bir ifade ile taraflar arasındaki asıl borç sözleşmesinin şahsi ve coğrafi unsurlarına bakmak gerekir³⁶. Tarafların tabiiyetleri, yerleşim yerleri, akdin konusunu teşkil eden malın bir ülkeden diğer bir ülkeye gönderilmesi, nakli vs.nin söz konusu olup olmaması bu unsurlardan bazılarıdır.

Bundan başka, tahkimin iç veya yabancı sayılmasını tayinde onun cereyan edeceği mahal'den hareket eden görüş vardır. Ülkesellik(toprak-mekan) esası olarak adlandırılan bu görüşe göre, yabancı bir ülkede cereyan eden tahkim yabancıdır³⁷.

Tahkimin yerli veya yabancı olmasını, hakemlerin faaliyeti sonucunda verilen hakem kararının milliyeti ile mutabakat halinde tayin eden görüşler(usul hukuku kriteri) de vardır. Bunların hareket noktası, bir akdin tabi olduğu kanun hangisi ise onun hüküm ve sonuçlarının da aynı kanuna göre tayin edileceği esasıdır³⁸. Bundan çıkan sonuç, tahkimin yerli veya yabancı olmasının, hakem kararının milliyetini tayin eden kriterlere göre belirlenmesidir. Türk hukukunda hakem kararının milliyeti taayyün ediyorsa, tahkimin yerli olup olmadığını dahi, aynı kriterden hareketle, yani tahkime uygulanacak usul hukukuna göre tayin edilecektir³⁹. Örneğin, Alman Usul Kanununa tabi olarak cereyan edip, karar verilen tahkim Alman tahkimidir.

Türk doktrininde, usul hukuku kriterinin uygulanması gerektiği hakkında görüş birliği vardır⁴⁰. Usul hukuku kriterine göre, bir tahkim hangi devletin usul kanununa

³⁶ Kalpsüz- İnşaat Sözleşmeleri s. 368; Nomer/Ekşi/Öztekin s. 4.

³⁷ Kuru-Hmu VI s. 6153 vd;Üstündağ-Tahkim s. 7.

³⁸ Bkz Ballodre-Pallierre: ,L'arbitrage prive dans les rapports internationaux ,Recueil des Cours de' Acemdie de Droit International,1935, s.335(naklen: Kalpsüz- İnşaat Sözleşmeleri,s. 370).

³⁹ Kalpsüz- İnşaat Sözleşmeleri s. 370;Üstündağ-Tahkim s. 11.

⁴⁰ Kuru-Hmu IV s. 6157;Üstündağ-Tahkim s. 3-16;Koral s.19-30;Kalpsüz- Hakem s. 51; Bilge/Önen-Yargılama s. 771;Dayınlarlı-Yabancı Hakem s. 64;Nomer/Ekşi/Öztekin s. 3;“Türk Hukukunda toprak

göre cereyan etmişse o devletin tahkimidir. Bu kriterin Türk hukukunda uygulanması halinde, yabancı bir devlet usul kanuna göre cereyan etmiş tahkim yabancı tahkimdir. Zira bu tahkimde yabancı bir devlet usul kanuna göre verilmiş olan hakem kararı, Türk hukuku bakımından yabancı hakem kararı olur. Buna karşılık, yabancı tahkimin belirlenmesinde, Yargıtay'ın bazen toprak esası bazen de usul hukuku kriterini uyguladığı kararları mevcuttur⁴¹.

Sonuç olarak, doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, Türk hukukunda yabancı tahkim kavramı usul hukuku kriterine göre belirlenir. Peki, konunun başlangıcında sorduğumuz soruyu tekrar dönecek olursak, tahkim yeri olarak Türkiye'de faaliyet gösteren ve HUMK'na tabi olmayan bir hakem mahkemesinde de, taraflar kendilerini vekil aracılığı ile takip ettirmek isterlerse, bu vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan bir kişi olması gerekir mi? Kanaatimizce, Av.K.m. 35/I'deki hakem mahkemesi HUMK'na tabi olan tahkim için geçerlidir. Dolayısıyla, Av.K.'nun bu maddesi Türkiye'de cereyan eden yabancı tahkim için geçerli değildir. Bu nedenle, tahkim yeri olarak Türkiye'de faaliyet gösteren bir yabancı hakem mahkemesinde taraflar kendilerini yabancı bir avukat ile temsil ettirebilirler.

ilkesi, yalnız başına uygulanamaz ise de, toprak ilkesi hakemlerin uygulayacakları usul hukukunu tespit bakımından yardımcı olabilir. Yani, taraflar tahkimin hangi usul hukukuna tabi olacağını belirtmemişlerse, tahkim yeri usul hukuku uygulanır ve dolayısıyla hakem kararının o yer (devlet) hakem kararı olduğu sonucuna varmak gerekir." (Kuru-Hmu VI s. 6161) ;"Tahkim ile halledilmesi için tahkim yoluna müracaatın kararlaştırılmış bulunduğu niza farklı hususlardır. Tahkimin yabancı olup olmadığını tayin ederken, tahkim yolu ile halledilecek ihtilafın değil, bizatihi tahkimin özellikleri ve unsurlarından hareket etmek gerekir. Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının, konuları, fonksiyonları, ve hukuki mahiyetleri farklı olan sözleşmelerdir. Bir tahkimin yabancı tahkim karakteri taşıyıp taşımadığı ancak, tahkim prosedürünün yabancı bir ülke ile irtibat halinde bulunması veya yabancı bir hukuk nizamı ile ilgili olduğunu gösteren bazı unsurları içermesi ile anlaşılır."(Kalpsüz-İnşaat Sözleşmeleri s. 371-372).

⁴¹ 15.HD 10.3.1976,1617/1052(İKİD 1977/202 s. 5668);YTD 21.1.1954,487/930(TYK 1954/60, s. 1510,1511);11HD 28.12.1978,5258/5916(Batider 1979/X/I, s. 228,232);HGK 7.11.1951.T. 126/109(TYK 34/890).

Ayrıca, yabancı ülkede Türk Kanunları otoritesi altında yürütülen hakem faaliyetinde de taraflar kendilerini Türk olmayan avukatlar ile temsil ettirebilirler. Çünkü, daha önceden de belirtildiği üzere Türk avukatlarının tarafları yargı mercileri önünde temsil hususunda haiz olduğu yetki yalnız Türkiye sınırları içinde geçerlidir. Zira, Türk avukatlarının Türkiye dışındaki faaliyetleri için yabancı ülkelerde dahi hasri yetki ve imtiyazlarının devam ettiğini kabul etmek o yabancı ülkenin kendi avukatlarına tanıdığı temsil yetkisini reddetmek olur⁴².

III. Milletlerarası Tahkim

İç ve yabancı tahkimin yanında milletlerarası tahkim de bulunmaktadır. Zira, bu kavram, hukukumuzda 21.06.2001 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile de hükme bağlanmıştır⁴³. Milletlerarası Tahkim Kanunu, yerli uyuşmazlıklardan farklı olarak milletlerarası olarak nitelendirdiği uyuşmazlıklar için özel bir kanun niteliğindedir⁴⁴. Kanun, belirli yabancılık unsurlarına sahip olan tahkimi milletlerarası tahkim kavramı altında düzenlemiştir. Hukuk Usûlü

⁴² Postacıoğlu-Temsil s. 784.

⁴³“Milletlerarası tahkimi özel hükümlerle düzenleyen ülkeler 1987 tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun milletlerarası tahkime tahsis eden hükümleri mevcuttur. Ayrıca 1981 tarihli yeni Fransız Medeni Usul Kanunu'nun milletlerarası tahkimi tanımlayan maddesi mevcuttur. Bu tarife göre, “milletlerarası ticaretin menfaatlerine taalluk eden tahkim milletlerarasıdır. Bu tarifte tahkim yolu ile halledilecek uyuşmazlığın asıl borç ilişkisinin niteliğinden hareket edilmiştir. Yani bu asıl borç ilişkisi milletlerarası ticareti ilgilendiriyorsa, ondan doğan uyuşmazlığın da kararlaştırılan tahkim milletlerarasıdır.”(Kalpsüz-İnşaat Sözleşmeleri s. 372); Nomer/Ekşi/Öztekin s.6,7; Kalpsüz-Tahkim s. 110-127; Ayrıca Milletlerarası ticari tahkime ilişkin UNCITRAL Kanun örneği(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), yabancı tahkim kavramı yerine milletlerarası tahkim kavramını kullanmıştır. Birinci maddenin üçüncü fıkrasında milletlerarası tahkim kavramı tanımlanmıştır bkz Deren Yıldırım-Tahkim s. 245; Nomer/Ekşi/Öztekin s.7.

⁴⁴ Akıncı s. 48;Deren Yıldırım-Tahkim s. 15.

Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri ise milletlerarası olmayan tahkimi düzenleyen hükümlerdir⁴⁵.

Ayrıca, milletlerarası tahkim, yabancı tahkimden de ayrılır. Zira, milletlerarası tahkim yabancı tahkimden çok daha fazla üzerinde durulan bir kavramdır⁴⁶.

Peki, MTK' na tabi olan bir hakem mahkemesinde taraflar kendilerini vekil aracılığıyla ile temsil ettirmek isterlerse, bu vekilin de davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan bir kişi olması gerekir mi? Öncelikle bu sorununun cevaplanabilmesi için MTK'na tabi olan milletlerarası tahkim kavramının belirlenmesi gerekir. Buna göre;

MTK'nın uygulama alanı, Kanun'un 1.ve 2. maddelerinde düzenlenmiştir. MTK'nın m. 1'e göre, "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."

Görüldüğü üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına giren uyuşmazlıklar, salt yabancılık unsuru taşıyan⁴⁷ ve tahkim yerinin Türkiye olarak

⁴⁵ Nomer/Ekşi/Öztekin s. 25;Akıncı s. 37.

⁴⁶ Nomer/Ekşi/Öztekin s. 3,4; "Yabancı tahkim kavramı gibi, bu kavramı da tahkim yolu ile halli kararlaştırılan ihtilafın doğduğu asıl sözleşmenin şahsi veya coğrafi unsurlarından, sadece tahkim prosedürünün yabancı bir unsur taşıyıp taşınamaması veya yabancı bir hukukla irtibat halinde bulunup bulunmamasından veya yabancı bir ülkenin yargı yetkisine tabi olarak cereyan edip etmemesinden veyahut tahkim anlaşmasının ifası sonucunda verilecek kararın milliyetinden hareketle halletmeye çalışılan görüşler vardır."(Kalpsüz-İnşaat Sözleşmeleri s. 372).

⁴⁷ Yabancılık unsurunu gerçekleştiren haller MTK' nun 2. maddesinde sayılmıştır. Bu haller şunlardır: 1-)Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması, 2-)Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanılarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması, 3-) Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya

belirlenenler ile sınırlı tutulmuştur. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda da tarafların veya hakem kurulunun MTK'nun uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür. MTK m.1/II hükmünün kapsamı dışında kalan hallere MTK, kural olarak, uygulanmaz⁴⁸.

Asıl inceleme konumuza gelirse, kanun koyucu MTK'na tabi hakem mahkemelerinde davaya vekâlet ehliyeti bakımından bir yenilik getirmiştir. Buna göre, tahkim yargılaması sırasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler. Bu hüküm, tahkimle ilgili olarak mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz(MTK m.8/B-2). Böylelikle, bu hüküm ile, yabancı avukatların MTK'na tabi hakem mahkemesi önündeki uyuşmazlıklarda görev yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak hemen şunu belirtmek isteriz ki, yabancı avukatlar sadece hakem veya hakem mahkemesi önündeki uyuşmazlıkta görev yapabilirler. Aynı uyuşmazlıkla ilgili olsa dahi, bu hüküm tahkimle ilgili olarak mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz. Örneğin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı istenmesi veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulması durumlarında, tarafların Türk mahkemelerinde davaya vekâlet ehliyetine sahip Türk vatandaşı olan kişilerle temsil edilmeleri gerekmektedir⁴⁹.

Şu halde, yabancı avukatlar, Türkiye'de, MTK'na tabi tahkim yargılamasında, tarafları hakem mahkemesi önünde temsil edebilmektedir. O nedenle bu gibi

uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması, 4-) Tahkim anlaşmasının dayanağı oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması, 5-) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

⁴⁸ Deren Yıldırım-Tahkim s.17; Akıncı s. 49; Nomer/Ekşi/Öztekin s. 25.

⁴⁹ Akıncı s. 116.

hallerde, yabancı avukatların Türkiye’de davaya vekâlet ehliyeti olduğunu kabul etmek gerekir.

E. Adli İşlemleri Takip Etmek, Bu İşlere Ait Bütün Evrakı Düzenlemek

Adli işlemleri takip etmek ve bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek yetkisi de, davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı içersindedir(Av.K.m.35/I). Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin, bizzat takip etmek istemediği adli işlerinde davaya vekâlet ehliyetine sahip olan birisine vekâlet vermesi gerekir.

Öncelikle, maddede geçen “adli işlemleri takip etmek” ibaresinin sınırının belirlenmesi gerekir. Zira, bu ibare geniş yorumlanırsa, söz gelimi uzak bir şehirde bulunduğu için Ankara icra dairelerinden birinde, Ankara’da bulunan aracına haciz tatbikine muvafakatı bulunduğunu beyan etmek üzere bir arkadaşına vekâlet veren kimsenin yasağa aykırı hareket ettiği söylenebilecektir. Oysa, böyle bir durumda avukat tutmak zorunda kalanların uzmanlık gerektirmeyen son derece basit bir iş için neden avukata ücret ödemek zorunda bırakıldıkları sorusuna cevap vermek güç olsa gerektir⁵⁰.

Aday’a göre, adli merciler nezdinde uzmanlık gerektirmeyen münferit işlerin takibi bakımından davaya vekâlet ehliyetinin kapsamında bulunmadığı açıkça düzenlenmelidir⁵¹. Buna karşılık, yazar, kanunda, bu tür işleri davaya vekâlet ehliyeti

⁵⁰ Aday-Genel Esaslar s. 50.

⁵¹ “.....Yargı yetkisini haiz organlar dışında kalan adalet dairelerindeki adli nitelikte olmayan(mesela icra dairesince tahsil edilen paranın tahsili gibi) işlerin de iş sahibinin vekaletini haiz bulunan fakat

olmayan kimselerin meslek haline getirmelerini önleyici tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmiştir⁵².

Kanaatimizce, sıradan kendisinin bile kolaylıkla takip edebileceği; ancak bizzat takip etmek durumunda olmadığı işler için de davaya vekâlet ehliyeti olan bir kimseye vekâlet verilmek zorunda oluşu “adli işlemleri takip etme” ibaresinin geniş anlaşılmasının sonucudur. Bu nedenle, bu ibare amaçsal olarak yorumlanmalıdır.

F. Uzlaşma Sağlama Yetkisi

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun, 10.05.2001 tarihinde, 4667 sayılı Kanunla değişik 35/A maddesi ile Avukatlık Kanunumuza yeni bir hüküm(uzlaşma sağlama) eklenmiştir⁵³. Bu hükmün de davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁵⁴.

avukat olmayan herkes tarafından takibi bu surette imkan dahiline girmiş olacaktır. Bu sonucun da uygulamada ferahlık izahtan varestir.”(26 şubat 1970 tarihli Kanunun Adalet Komisyonu Raporu).

⁵² Aday-Genel Esaslar s. 51; Aynı görüşte olan Sungurtekin Özkan s. 37 dñn 124; “Bugün adliye önlerinde arzuhalcilik yapanların avukatlık tekelini ihlal ettikleri söylenebilir.”(Aday Genel Esaslar s. 49; Aynı görüşte olanlar için bkz Güner s. 106; Sungurtekin Özkan s.37 dñn125; Erdoğan-Kurultay2004 s. 153; Nitekim, 7.CD, 13.9.1973 tarih ve 8935/10002 sayılı kararı ile, avukat olmamasına rağmen başkaları için delil tesbiti ve şikâyet dilekçeleri yazan kimse hakkında yerel mahkemenin Av.K. 63/II hükmüne dayanarak vermiş olduğu mahkumiyet ilamını onamıştır(YKD 1975/2,s.138).

⁵³“Bu maddeyle hukukumuzda, avukatlara ‘arabuluculuk’ yoluna başvurabilme imkanı tanınmak suretiyle, normatif bir düzenlemeyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının(alternatif dispute resolution) öñü açılmış ve etkinliği arttırılmıştır.”(Özbek s. 113) ; “Avukatlık Kanunda, avukata, uzlaştırma yetkisi verilmekle uyuşmazlıkların çözümünde, devlet ve tahkim yargısına alternatif yaratılmıştır.”(İldır s. 143).

⁵⁴ Son zamanlarda, mahkemelerin iş yükünün artması ve davaların gecikmesi sebebiyle, dünyada devlet mahkemelerinin yanında alternatif olabilecek, uyuşmazlıkları barışçıl, masrafsız ve dava konusu yapılmadan çözüm arayışları üzerinde çalışmalar vardır. Dünya da bu duruma genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (alternatif dispute resolution) adı veriliyor. ADR devlet mahkemelerince icra edilen dava yoluna alternatiftir. Kanaatimizce de Avukatlık Kanunu’nun m. 35/A’ da ki düzenleme alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir çeşididir bkz bu konu hakkında Maughan/Webb s. 372,273; İldır s.141;Yılmaz-Uzlaşma s.845; Özbek s.114 vd; Hibberd/Newman s. 36-46; Konuralp-İspat s. 8; Güner s. 108.

Av.K.35/A maddesine göre, “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 38’inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.”(Av.K. m. 35/A).

Uzlaştırma kurumunun temelinde bizim hukuk sistemimizde bilinen sulh kurumunun(m. 213) olduğu söylenebilir⁵⁵. Ancak usuldeki sulh dava açıldıktan sonra dava aşamasında olmaktadır. Halbuki, Avukatlık Kanunu’ndaki uzlaşma ise, dava açılmadan veya açılmışsa duruşmadan evvel olması gerekmektedir. Zira, 35/A hükmü, taraflar arasında uzlaşma sağlamayı belli bir zamana bağlamak istemiştir⁵⁶.

Uzlaşma da bir sözleşme biçimine bürüneceğinden, karşı tarafa bu konuda öneride bulunulması gerekir. Bu sebeple, karşı tarafın uzlaşmaya çağırılması zorunludur. Karşı taraf bu daveti kabul ederse, taraflar arasında uzlaşma görüşmeleri başlar(Av.K.Y m.16). Uzlaştırma müzakereleri, aksi kararlaştırılmadıkça yalnızca uyuşmazlığın taraflarının ve avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilir. Uzlaşma müzakereleri, avukatlar tarafından yönetilir ve müzakereler sırasında avukatlar,

⁵⁵ Yılmaz- Uzlaşma s. 846.

⁵⁶ Güner s. 110.

tarafllara hukuki durumlları hakkında bilgi verir, çözüml önerilerinde bulunur ve uzlaşmaları konusunda tarafları teşvik eder(Av.K.Y m16/II)⁵⁷.

Av.K.'nun 35/A maddesine göre, müzakerelerin sonunda, uzlaşma sağlanması halinde düzenlenen tutanaklar, ilam hükmünde belgelerdir⁵⁸. Bu düzenleme ile noterlere tanınan ilam mahiyetindeki belge düzenleme yetkisi avukatlara da tanınmıştır⁵⁹. Ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda uzlaştırma yapılamaz⁶⁰. Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren boşanma, velayet, babalık davalarında taraflar Av.K.m. 35/A anlamında uzlaşamazlar.

§7. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİNİN SONA ERMESİ

Davaya vekâlet ehliyetinin sona ermesi bakımından söz konusu olabilecek sebepleri iki grupta toplamak mümkündür: Maddi hukukta öngörülen sona erme sebepleri ve usul hukukunda öngörülen sona erme sebepleri. Hemen işaret edelim ki, burada maddi hukukla Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu; usul hukuku ile de Hukuk

⁵⁷ “Burada bizce, avukata iş sahibinin temsilcisi ve mutemedi olması nedeniyle taraf olma niteliğinden farklı olarak; uzlaşma teklif etme ve uzlaşmayı sağlama faaliyeti sırasında, uyuşmazlığı çözümlmeye yönelik davranışları nedeniyle tarafsız bir üçüncü kişi niteliği kazandırılmıştır.”(İldır s.140).

⁵⁸ “Ancak bu tutanağın, ilam niteliğini kazanabilmesi için, her iki tarafın ve avukatlarının imzaları gerekir. Kanaatimizce, ilam niteliğini alacak tutanakta her iki tarafın avukatlarının imzalarını aramak yarıdır. Taraflardan yalnızca bir tanesinin avukatının imzasının yeterli olması, vekilsiz temsil edilen tarafın mağdur edildiği kanaatini uyandırabilir. Uzlaşmasının, somut uyuşmazlığın çözümünde etkili bir çözüm olduğuna inanan ve taraf menfaatlerini gözetten bir anlayışın ifadesi olarak her iki tarafın avukatı tutanağı imzalayacaktır. Yalnızca tarafların ya da tarafların ve yalnızca bir tarafın avukatının imzasını taşıyan bir anlaşma ise, uzlaşma tutanağı niteliğinde değil, mahkeme dışı sulh niteliğindedir.”(İldır s.139).

⁵⁹ Özbek s. 136.

⁶⁰ Yılmaz-Uzlaşma s. 850.

Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu kastedilmektedir. Aşağıda bunların üzerinde ayrıca duracağız.

A. Maddi Hukukta Öngörülen Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona Erme Sebepleri

I. Vekilin Ölümü

Vekilin ölümü(BK m. 35;m. 397/I) ile davaya vekâlet ehliyeti sona erer. Bu hayatın olağan akışından kaynaklanan bir durumdur. Zira, vekilin ölümü ile bir ifa imkansızlığı meydana gelir⁶¹ ve bununla birlikte vekilin davaya vekâlet ehliyeti de sona erer⁶². Bu durumun hukuki gerekçesini ise, ölüm ile hak ehliyetinin yitirilmesi⁶³ ve buna dayanarak davaya vekâlet ehliyetinin sona ermesi olarak gösterebiliriz⁶⁴. Zira, ölüm hayatın sona ermesidir. Bu andan itibaren kişilik de kendiliğinden sona erer. Diğer bir deyişle, ölüm, insanın fiziki varlığı ile beraber hukuki kişiliğini de ortadan kaldırır. Dolayısıyla doğal bir olay olan ölüm, hukuken önemli olan bir takım sonuçlar da doğurur⁶⁵. Bu sonuçlardan en önemli olanı ise, hukuk düzeni tarafından

⁶¹Gürsoy- s. 13.

⁶²“Burada mandatum post mortem(ölüm sonrası vekalet) geçerli olamayacaktır.” Bkz Özkaya s. 643.

⁶³ İnan s. 85; Öztan s. 212; Zevkliler/Havutçu s.99.

⁶⁴ Ölüm olayı kural olarak kişisel durum siciliyle(nüfus kütük kayıtlarıyla) ispat edilir. Kişisel durum sicili kişisel durumların, doğum ve ölüm olgularının kaydedildiği resmi memurlar tarafından tutulan sicildir(TMK m. 36vd.). “Bu sicil TMK m.7 deki karinden yararlanır. TMK m. 7 deki adi karine, yani çürütülmesi mümkün olan karine niteliğinde olduğundan, kişisel durum sicilindeki kayıtların aksinin her türlü kanıtla ispatı kabildir.”(Akipek/Akıntürk s. 260). Dolayısıyla vekilin davaya vekâlet ehliyetini kaybettiği tarih olarak bu sicilde yazılan ölüm tarihi olmalıdır.

⁶⁵ Akipek/Akıntürk s. 258; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 17; “Bu bakımdan ölüm tıpkı doğum gibi bir hukuki olay mahiyetindedir.”(Akipek/Akıntürk s. 259).

kendisine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınmış olan kişilerin bir daha ölüm ile birlikte haklara ve borçlara ehil olamamasıdır⁶⁶.

II. Ölümüne Benzeyen Haller

Bazı hallerde ölüm söz konusu olmadığı halde, ölüm durumundaki gibi davaya vekâlet ehliyetinin sona erdiğinin kabulü zorunluluğu doğmaktadır. Bu durumlar şunlardır: Ölüm karinesi, gaiplik ve tüzel kişiliğin sona ermesi⁶⁷.

1. Vekilin Ölüm Karinesi

Bir vekil, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolmuşsa, cesedi bulunamamış olsa bile, elde ölümü veya sağlığı hakkında kanıtlar bulunamamasına karşın, kanundan ötürü gerçekten ölmüş sayılır. TMK m. 31’de düzenlenmiş bulunan bu karineye “ölüm karinesi” denir⁶⁸. Ölüm karinesinin verilebileceği şartlar şunlardır: 1-) Ölümüne kesin gözle bakılacak durumda kaybolma 2-)Cesedin bulunamamış olması. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, ölümü veya sağlığı bilinmeyen vekil, kanunen ölmüş sayılır. Vekilin ölü olarak kabul edilmesi için ayrıca mahkeme kararına gerek yoktur. Kesin ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.19; Akipek/Akıntürk s. 258;Kılıçoğlu s. 145.

⁶⁷Günergök s. 201;Tandoğan s. 467; Oğuzman/Öz s. 183; Esener s. 195;Tuñçomağ s. 261 Akipek/Akıntürk s. 262; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 22.

⁶⁸ Akipek/Akıntürk s. 264.

ve cesedi de bulunamamış olan vekilin kişisel durum sicilindeki künyesine o yerin en büyük mülki amirinin emriyle ölüm kaydı düşülür(TMK m. 44/I)⁶⁹.

Ölümüne kesin gözle bakılmayı haklı gösteren bir durum içinde kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan vekil, karine ile ölmüş sayılır ve ölüme bağlanan bütün hukuki sonuçlar kendisi hakkında da uygulanır⁷⁰. Bu nedenle, ölüm karinesi ölümle aynı hukuki sonuçları doğurduğundan ölüm karinesi uygulanan vekilin davaya vekâlet ehliyeti de kendiliğinden sona erer.

Ancak bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere ölüm karinesine dayanarak kütüğüne ölü kaydı düşülen vekilin nadir de olsa ölü olmaması mümkündür. Bu durumda TMK m. 44 gereği daha önce düşülen ölüm kaydı iptal edilir⁷¹. Ölüm kaydı iptal edilen vekil ise, vekil olabilmek için gerekli olan şartlara hala sahipse, tekrar davaya vekâlet ehliyetini kazanabilir.

2. Vekilin Gaipliği

Bir vekil, ölümüne kesin gözle bakılacak bir durumda olmamakla beraber ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa veya kendisinden uzun süredir haber alınamıyorsa ve böyle bir kimsenin ölmüş olması ihtimali kuvvetli ise, kanun, o şahsın gaipliğine

⁶⁹ Ölüm kaydının düşürülmesine ilişkin istemin en büyük mülki amir tarafından kabul veya reddi halinde, ilgililere mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır(TMK m. 44/II).

⁷⁰ Akipek/Akıntürk s. 264; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s.23.

⁷¹Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 23.

karar verilmesi ve böylece kişiliğin sona ermesine bağlanan sonuçların aynen olmasa bile, uygulanması imkanını kabul etmiştir⁷².

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesine göre; "ölüm tehlikesi içinde kaybolan ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir."

Gaiplik kararının verilebileceği şartlar şunlardır: 1-)Uzun zamandan beri haber alınamama 2-)Ölüm tehlikesi içinde kaybolma. Bu hallerin varlığı halinde, Kanunun aradığı sürelerde geçirilmiş ise⁷³, gaiplik kararı alınmasında menfaati bulunan kimselerin istemi ile, durumu bilinmeyen kişinin Türkiye'de son yerleşim yeri mahkemesinden gaiplik kararı verilmesi istenebilir. Şartların mevcut olduğu saptandıktan sonra mahkemece gaiplik işlemine başlanmak üzere bir ilan yapılır(TMK m.33)⁷⁴. İlan üzerine durumu bilinmeyen kişi hakkında bir bilgi elde edilemezse, bu kişi hakkında gaiplik kararı verilir ve karar hakim in bildirmesi üzerine ölüm kütüğüne kaydolur(TMK m. 35/I). Durumu bilinmeyen vekilin, gaiplik kararı ile ölmüş olduğu karineyle kabul edilir. Dolayısıyla hakkında gaiplik kararı verilmiş olan vekilin bu kararla birlikte davaya vekâlet ehliyeti de sona erer⁷⁵.

⁷² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 24.

⁷³ "Gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber alma tarihinden itibaren en az beş yıl geçmiş olması gerekir."(TMK m. 33/I).

⁷⁴ "İlan açık olarak kamuya karşı yapılır. Bu itibarla resmi ilan niteliğindedir. Medeni Kanun'a göre bu ilanın en az iki kere yapılması şarttır."(Akipek/Akıntürk s. 271).

⁷⁵ Gaiplik kararının en önemli hükmü, doğurduğu hukuki sonuçların geçmişe etkili olmasında görülür. Gerçekten de gaiplik kararı, verildiği andan itibaren değil, fakat kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hukuki sonuçlar doğurmağa başlar. Diğer bir deyişle gaiplik kararı, hükümlerini gaipten alınan son haber tarihine veya ölüm tehlikesi içinde kaybolma anına kadar geri götürür(TMK m.35). Halbuki vekilin müvekkili ile olan vekalet ilişkisi aksi belirtilmemiş ve hal ve koşullardan anlaşılması olmadıkça, vekilin gaipliğine ve buna ilişkin karar ilan

Gaiplik kararı vekilin ölmüş olabileceğine ancak bir karine mahiyetindedir; yani gâibin bu kararla ölmüş olduğu karine olarak kabul edilir. Ancak gaiplik kararı niteliği itibariyle adi bir karine olmaktan da ileri gidemez. Bu bakımdan her ilgili, gâibin halen sağ olduğunu veya şu ya da bu tarihte ölmüş bulunduğunu iddia ve her türlü kanıtla ispat ederek karineyi çürütebilirler⁷⁶. Dolayısıyla bu şekilde hakkında gaiplik kararı verilmiş olan vekil daha sonra ortaya çıkarsa ve vekil olabilmenin şartlarına halen sahipse, vekil davaya vekâlet ehliyetini tekrar kazanabilir.

III. Vekilin Fiil Ehliyetini Kaybetmesi

Vekil, fiil ehliyetini kaybetmesi ile beraber davaya vekâlet ehliyetini de kaybeder. Çünkü, davaya vekâlet ehliyetine sahip olabilmek için fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Diğer bir deyişle, fiil ehliyeti, davaya vekâlet ehliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla fiil ehliyetinin varlığı için kanunen gerekli olan şartların kaybı, davaya vekâlet ehliyetinin de kaybına neden olur. Zira fiil ehliyetini kaybeden bir vekilin kendi lehine haklar ve borçlar yaratamazken, başkası lehine haklar ve borçlar yaratması beklenemez⁷⁷.

edilmiş ise, ilandan itibaren vekâlet ilişkisi son bulur(BK m. 35/I). Kanaatimizce, vekilin davaya vekâlet ehliyetinin sona ermesi tarihi olarak, kanunda özel bir hüküm olmadığı için Medeni Kanun'daki hükümlerin uygulanması gerekir.

⁷⁶ Akipek/Akıntürk s. 272; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir s. 28,29.

⁷⁷ Esasen müvekkilin, fiil ehliyetini kaybetmiş bir vekil ile vekâlet sözleşmesi yapmasına izin verilmesi vekâlet kurumunun mantığına aykırı olurdu. Zira, vekâlet sözleşmesi taraflar arasında güven ilişkisine dayanılarak yapılır. Halbuki vekâlet verilmesinden sonra kendisine vekâlet verilmiş olan hacir altına alınmış ise, artık bu durum vekilin şahsına duyulan güveni büyük ölçüde azaltacağı için, vekilin tümüyle güven temeli üzerine kurulu bulunan bir ilişki olan vekâlet ilişkisinin sona ereceğini kabul etmek uygun olur bkz Esener s. 196; Tanrıver-Temsil s. 97.

Fiil ehliyeti, kişinin özel hukuktan doğan haklarını bizzat kullanmak ve kendi lehine hak ve borçları yaratmak iktidarındır. Fiil ehliyetine sahip olabilme, kanunen bazı şartlara tabi tutulmuştur dedik: İşte bu şartlar da “ayırt etme gücü”, “erginlik” ve “kısıtlı olmama”, yani mahkeme kararıyla fiil ehliyetinden yoksun bırakılmamış olmaktır. Vekil, ayırt etme gücünü kaybetmesi veya mahkeme kararıyla kısıtlanması hallerinde fiil ehliyetini, dolayısıyla davaya vekâlet ehliyetini kaybetmiş olur⁷⁸.

Ayırt etme gücü, vekilin, akla uygun bir biçimde davranma yeteneğidir(TMK m.13). Dolayısıyla, vekilin akla uygun bir biçimde davranma yeteneğini sürekli olarak ortadan kaldıran her halde, vekil, davaya vekâlet ehliyetini kaybedecektir. Medeni Kanun’da bir kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıran halleri sınırlı bir şekilde belirtilmiştir. Kanun ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde şunları örnek vermiştir: Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluk⁷⁹. Maddede sayılanlara benzer diğer hallerden ötürü hareketlerinin anlamını ve kapsamını kavrama ve bu kavrayışa uygun hareket etme imkânından yoksun olan kimseler de ayırt etme gücüne sahip sayılmaz⁸⁰.

Fiil ehliyetinin olumsuz şartını kişinin kısıtlı olmaması oluşturur. Kısıtlılık, bir kimsenin Kanun’da(MTK m. 405 vd.) öngörülen muayyen sebeplerden birine dayanarak, mahkeme kararı ile fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen mahrum

⁷⁸ Akipek/Akıntürk s.300; Borçlar hukuku anlamında temsilci, hukuki muameleyi temsil olunan adına yaptığı, bu muamele ile kendisi borç altına girmediği, muamelenin hukuki sonuçları temsil olunana ait bulunduğu cihetle, temsilcinin hukuki muameleyi yaparken ayırt etme gücüne sahip bulunması yeterli olup tam ehliyetli olması şart değildir(Oğuzman/Öz s. 187).

⁷⁹ Kanun vermiş olduğu ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hallerden yaş küçüklüğü ve sarhoşluk davaya vekâlet ehliyetini sona erdiren sebepler olamaz. Zira, normal ergin olma yaşı on sekiz yaşın doldurulmasıdır. Halbuki vekil olabilmek için hukuk fakültesinin bitirilmesi ile beraber bir kimse on sekiz yaşını çoktan geçmiş olur. Sarhoşluk ise, bir kimsenin geçici olarak fiil ehliyetini kaybettirir. Davaya vekâlet ehliyetinin kaybı için ise, fiil ehliyetinin sürekli kaybı gerekir.

⁸⁰ Akipek/Akıntürk s. 307.

edilmesidir⁸¹. Kısıtlanmış olan kimsenin, kendi fiilleriyle kendi lehine hak ve aleyhine borç yaratabilme ehliyeti mahkeme kararıyla kaldırılmış olur. Medeni Kanun'una göre kısıtlama sebepleri şunlardır: Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı(TMK m. 405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim(TMK m. 406), bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile hüküm giyme(TMK m. 407).

IV. Vekilin İflâsı

Vekilin iflası(BK m. 397/I) ile vekilin davaya vekâlet ehliyeti sona erer. Aslında avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.(Av.K.m. 1). Avukat, mesleği nedeniyle iflasa tabi olan şahıslardan değildir⁸². Avukatlar, avukatlık yaparken, kanunda öngörülen avukatlıkla birleşebilen işler dışında, ücret, kesenek vb. hizmetler karşılığında hiçbir iş yapamazlar(Av.K. m. 11; bu kuralın dışında avukatlıkla birleşebilen işler için bkz Av.K. m. 12). Bu şekilde, kanuni bir yasağa aykırı olarak bir ticari işletmeyi işleten avukat da tacir sayılır(TTK m.16/I) ve iflasa tabidir⁸³. Avukatın iflas etmesiyle vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi sona erer⁸⁴. Yani, avukatın iflas etmesiyle, iflas eden avukat, avukatlık mesleğini yapamayacaktır(Av.K.m. 72/a;Av.K. m. 5/f). Dolayısıyla, avukatın davaya vekâlet ehliyeti, iflas etmesiyle sona erer. Davaya vekâlet ehliyeti olmayan avukatın bu

⁸¹ Zevkliler/Havutçu s. 112; Öztan s. 238; Akipek/Akıntürk s. 316.

⁸² Günergök s. 202; Muşul s. 937.

⁸³ Kuru –İflas s. 585-600; Muşul s. 938.

⁸⁴ Tercan- İflâs s. 275;Oğuzman/Öz s. 183; Bunun temelinde, tümüyle güven esasına dayalı bir ilişki konumunda bulunan vekâlet ilişkisinde, kendisine vekâlet verilmiş olanın müflis konumuna düşmesi halinde, vekâlet verenin artık ona güven duyamayacağını varsayılmış olması yatmaktadır. Çünkü, iflâs nedeniyle masaya giren mal ve hakları üzerinde bile tasarruf yetkisini kaybetmiş olan bir kimsenin, artık bir başka kimsenin malları ve hakları üzerin de onun adına tasarruf edememesi gerekir (Esener s. 196); Ayrıca bu hakkında bkz Tanrıver-Temsil s. 98; Tandoğan s. 475.

durumunu, hakim re'sen gözetmeli ve bu avukatın huzuruyla davanın görülmesine izin vermemelidir⁸⁵.

B. Usul Hukukunda Öngörülen Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona Erme Sebepleri

I. Kanunda Belirtilen Kişilerin Mesleklerinden Ayrılması

Vekilin mesleğinden veya işten çıkarılması (Av.K. m.135), işten yasaklanması(Av.K. m. 153vd.) hallerinde vekilin davaya vekâlet ehliyeti sona erer. Dolayısıyla, ister mesleklerinden kendi istekleri ile emekli olsunlar ister mesleklerini yapmaktan men edilsinler, bu kimseler vekillik sıfatıyla birlikte, davaya vekâlet ehliyetlerini de kaybederler. Bu kimseler davaya vekâlet ehliyetlerini kaybettikleri andan itibaren, Av.K. m .35'deki haklardan yararlanamazlar. Bu kimseler baro levhasından da silinirler(Av.K. m. 72/e).

Ayrıca, özel kanun hükümleri ile davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselerin de, mesleklerinden ayrılmaları halinde davaya vekâlet ehliyetleri sona erer. Örneğin, BK m. 449 hükmü gereği, işletme sahibini davada temsil eden ticari mümessilin, ticari mümessillik görevinden ayrılması halinde, davaya vekâlet ehliyeti de sona erer.

⁸⁵ Tercan- İflâs s. 275.

II. Baro Levhasından Silinme

Vekil, baro levhasından silindiği andan itibaren, davaya vekâlet ehliyetini kaybeder. Av. K. m. 72’de baro levhasından silinmeyi gerektiren haller sayılmıştır. Buna göre, avukatlığa kabul için aranan Kanun’un aradığı şartların sonradan kaybedilmiş olması, ruhsatnamenin verilmemesi gerektiği sonradan anlaşılması hali, üç ay içinde büro açılmamış olması, topluluk sigortasının primlerinin ödenmemesi gibi...Bu durumlar olduğu andan itibaren vekil, vekillik sıfatını, dolayısıyla da davaya vekâlet ehliyetini kaybeder. Ancak bu kimseler, daha sonra bu koşulları tekrar sağlayıp baro levhasına yazılıp, davaya vekâlet ehliyetini tekrar kazanabilirler(Av.K. m. 73). Ancak, Av.K. m. 74’deki şartların oluşması halinde bu kimseler bir daha yazılmamak üzere baro levhasından silinirler. Bu da taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla istimal ve istihlak kaçakçılığı, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olması durumlarıdır(Av.K. m. 5/a). Bu kimseler, baro levasından silindiği andan itibaren bir daha kazanılmamak üzere davaya vekâlet ehliyetlerini kaybederler.

Aynı şekilde, avukatlık ortaklığı da, avukatlık ortaklığı sicilinden silinmesi ile, avukatlık ortaklığı olarak davaya vekâlet ehliyetini kaybeder(Av.O.Y. m. 28/f).

III. Avukatlık Ortaklığının Tüzel Kişiliğinin Ortadan Kalkması

Hukuk düzeni tarafından kendisine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınan iki kategori varlık kişi olarak kabul edilmektedir: 1-)Gerçek kişiler 2-) Tüzel kişiler. Gerçek kişilerin hukuk düzeninde hak süjesi olması ölümle sona ererken; tüzel kişilerin ise hak süjesi olması ölüme benzeyen, tüzel kişiliğin ortadan kalkması ile sona erer⁸⁶.

Daha önce, tüzel kişiliği olan avukatlık ortaklığının, bu ortaklığı oluşturan avukatlardan ayrı ve bağımsız olarak davaya vekâlet ehliyetine sahip olduğunu belirtmiştik⁸⁷. İşte davaya vekâlet ehliyetine sahip olan bu avukatlık ortaklığı da aynı gerçek kişi vekilin ölümü gibi, tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılması ile davaya vekâlet ehliyetini kaybeder⁸⁸.

Avukatlık ortaklığının sona erme sebepleri ise Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği'nin 27 ve 28 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ana sözleşmede aksine bir kural olmaması halinde ortakların ortaklığı sona erdirmesi mümkündür. Bunun için ortaklar kurulunun sona erdirme kararı alması gerekir(Av.O.Y m. 27).

⁸⁶ Günergök s. 201; Tanrıver-Temsil s. 96;Tandoğan s. 467; Akipek/Akıntürk s. 574.

⁸⁷ Bkz yuk. § 3, E, III.

⁸⁸ “Avukatlık Sözleşmesinin bir tarafının avukatlık ortaklığı olduğu ve ortaklık tüzel kişiliğinin sona ermesi hallerde, avukatlık sözleşmesinin sona ermiş sayılması gerekir...Avukatlık ortaklığı ile yapılan sözleşmelerde, avukatlık sözleşmesinin tarafı tek tek avukatlar olmayıp, tüzel kişiliği haiz avukatlık ortaklığı olduğundan dolayı, ortaklardan birinin ölümü halinde, avukatlık sözleşmesi sona ermeyecektir.”(Günergök s.199,201).

Avukatlık ortaklığını sona erdiren diğer haller şunlardır: Aynı baroya kayıtlı iki ayrı avukatlık ortaklığının birleşme yoluyla birinin ya da ikisinin tüzel kişiliğinin sona erdirilmesi, ana sözleşmeye konan sona erme sebebinin gerçekleşmesi, ana sözleşmedeki sürenin dolması veya ortak sayısının ikinin altına düşmesi veya avukatlık ortaklığını kuran ortak avukatlardan birinin ölmesi ve ölen avukatın mirasçısının avukat olmaması ya da ortaklığa kabul edilmemesi(Av.O.Y m.28)⁸⁹. Bu hallerde davaya vekâlet ehliyetine sahip olan avukatlık ortaklığının davaya vekâlet ehliyeti sona erer. Avukatlık ortaklığı sona erdikten sonra, ortaklık, avukatlık ortaklığı sicilinden silinir(Av.O.Y. m. 28/f).

Ancak ortaklığı sona erdiren sebeplerin ortaya çıkmasından sonra şu hususa dikkat edilmelidir: İki avukatlık ortaklığının birbiri ile birleşmesi hariç, avukatlık ortaklığı tüzel kişiliğini sona erdiren sebeplerin ortaya çıkmasından sonra ortaklığın tasfiye edilmesi gereklidir(Av.O.Y.m. 29). Tasfiye haline girmenin en önemli sonucu ortaklığın amacının tasfiyeye yönelik faaliyetlerle sınırlanmasıdır. Bu süre içinde avukatlık ortaklığı yeni bir iş alamaz ancak, aldığı işlere devam edip tamamlayabilir. Diğer bir deyişle, tasfiye haline giren ortaklık tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini tasfiye işleri ile sınırlı kalmak kaydı ile korur. Mesleki faaliyetlere devam edemez. Ancak aldığı işleri tamamlar(Av.O.Y.m.29/II). Dolayısıyla avukatlık ortaklığının tüzel kişiliğini sona erdiren sebeplerin ortaya çıkmasından, tasfiyenin

⁸⁹ Avukatlık ortaklığının sona ermesi halleri için bkz Turanboy s. 60-62; Güner s. 700-711; Tanju-Kurultay 2004 s.567-571.

tamamlanmasına kadar, ortaklığın tüzel kişiliğini sona erdiren sebebin ortaya çıkmasından önce almış olduğu işler üzerinde davaya vekâlet ehliyeti devam eder⁹⁰.

Burada önemle belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, avukatlık ortaklığını kuran ortak avukatların veya çalışan avukatların davaya vekâlet ehliyetleri, yalnız ortaklığın sona ermesi sebebiyle sona ermez⁹¹. Zira, avukatlık ortaklığı, bu ortaklığı kuran ortak avukatlardan ayrı ve bağımsız davaya vekâlet ehliyetine sahiptir⁹². Avukatlık ortaklığının sona ermesinden sonra tasfiye haline giren ortaklığın ortakları bağımsız olarak mesleki faaliyette bulunabilirler(Av.O.Y. m. 29/II). Ancak bazı hallerde avukatlık ortaklığının sona ermesi, ortaklığı kuran avukatların davaya vekâlet ehliyetlerini de sona erdirebilir. Örneğin, ortakların ölümü, baro levhasından silinmesi, meslekten çıkması veya çıkarılması veya ortakların emeklilik ve sağlık nedenleri ile avukatlığı bırakması hallerinde hem ortaklığın hem de ortaklığı kuran avukatların davaya vekâlet ehliyetleri sona erer.

⁹⁰ “Temsil olunan tüzel kişi ise, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde temsil yetkisi de sona erecektir. Ancak, tüzel kişiliğin sona erme sebebinin ortaya çıkmasından tasfiyenin tamamlanmasına kadar tasfiye amacıyla sınırlı olarak hak ve fiil ehliyeti devam edeceğinden, temsil yetkisi tasfiyenin gerçekleşmesi için gerekli işlemleri kapsıyorsa, bunlar tamamlanıncaya kadar yetki devam edecektir.”(Oğuzman/Öz s. 184 dñn 627).

⁹¹“Bu bağlamda bir tüzel kişilik olan avukatlık ortaklığına vekalet verilmiş; bu ortaklığın hukuki varlığı da sona ermişse, sözü edilen ortaklığın ortaklarına dava ve iş takibi içi vermiş olduğu, vekâletname yerine geçen yetki belgeleri(Av.K. m.44/II/a,2) de geçerliliklerini yitirir.”(Tanrıver-Temsil s. 96). Avukatlık ortaklığının sona ermesi ortaklığı kuran avukatların davaya vekâlet ehliyetlerini sona erdirmez, fakat bu kimseleri sorumluluktan da kurtarmaz. Zira bu kimseler Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesine göre sorumludurlar.

⁹² Burada avukatlık ortaklığını oluşturan avukatların, ortaklığın tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ile sadece ortaklığın organı olması sıfatı sona erer. Zira ortaklığı oluşturan avukatlar ortaklığın bir organı durumundadır bkz bu konu hakkındaki açıklamalar için yuk. § 3 E, III.

C. Davaya Vekâletin Sona Ermesinin Davaya Vekâlet Ehliyetinin Sona Ermesine Etkisi

Davaya vekâlet davanın sonuçlanması ve hükmün icra edilmesi ile sona bulur. Bu davaya vekâletin normal sona erişidir. Bundan başka, davaya vekâlet, bazı nedenlerle, dava devam ederken de sona erebilir. Zira, davaya vekâletin dava devam ederken sona ermesi ya müvekkilden ya da vekilden kaynaklanır⁹³.

Müvekkil bakımından vekâleti sona erdiren haller şunlardır: Vekâletin kısmen veya tamamen geri alınması, müvekkilin ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflâsı, davaya vekâlet bağlamında vekâlet verenin ilk vekilinin muvafakatını almadan bir başka kimseyi de aynı iş için vekil tayin etmesi ve ilk vekilin buna rıza göstermemesi.

Vekil bakımından vekâleti sona erdiren haller ise şunlardır: Vekilin istifası, ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflâsı.

Yukarıdaki bu hallerin ortaya çıkması ile vekil ile müvekkil arasındaki vekâlet(temsil) ilişkisi sona erer. Daha önceden de vurgulandığı üzere⁹⁴, müvekkil ile vekil arasındaki vekâlet ilişkisi, müvekkilin vekâlet vermesi ile, yani varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı olan hukuki işlemi ile doğar⁹⁵. Müvekkilin tek

⁹³ Kuru-Hmu II s. 1309.

⁹⁴ Bkz yuk. § 1., B,II,2.

⁹⁵ Vekâletin(temsil yetkisinin), genelde, vekâlet sözleşmesi ile birlikte bulunması, her iki kavramın özdeş olduğunu göstermez. Diğer bir deyişle, vekâlet ya da temsil yetkisi verilmesi ile vekâlet sözleşmesi yapılması, tümüyle birbirinden farklı şeylerdir. Her şeyden önce, vekâlet sözleşmesi, adından da anlaşılacağı üzere, bir akittir; iki tarafı karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile vücut bulur ve sonuçlarını vekil ile müvekkil arasında meydana getirir. Borçlar Kanununun 386'ncı maddesine göre, vekâlet akdi ile, vekil, kendisine verilen işi veya hizmeti sözleşmeye uygun olarak görmeyi

tarafli hukuki islemi ile vekile vermiş olduğu bu temsil yetkisi ise, davaya vekâleti sona erdiren hallerin ortaya çıkması ile sona erer. Diğer bir deyişle, davaya vekâleti sona erdiren hallerin varlığı ile vekilin yalnızca müvekkil üzerindeki temsil yetkisi sona erer⁹⁶. Buna karşın, vekilin müvekkil üzerindeki temsil yetkisinin sona ermesi, vekilin davaya vekâlet ehliyetini de sona erdirmez. Zira, davaya vekâletin sona ermesi ile davaya vekâlet ehliyetinin sona ermesi farklıdır. Ayrıca bu iki hukuki kurumun sona ermesinin sonuçları da farklıdır. Şöyle ki vekilin davaya vekâlet ehliyetini kaybetmesi ile, vekil, vekil olabileme sıfatını kaybeder ve bir daha da kimseyi vekil sıfatıyla davada temsil edemez. Halbuki, vekilin vekâletinin yani temsil yetkisinin sona ermesi ile, yalnızca kendisini vekil olarak tutan müvekkili üzerindeki temsil yetkisini kaybeder.

Ancak vekilin davaya devam ederken davaya vekâletini sona erdiren bazı haller, vekilin hem müvekkil üzerindeki vekâletini hem de vekâlet ehliyetini kaybetmesine yol açabilir. Zira, vekilin ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflâsı ile vekil, hem kendisini temsilci olarak tayin eden müvekkili üzerindeki davaya vekâletini hem de davaya vekâlet ehliyetini kaybeder .

taahhüt etmekte; müvekkil de, yapılan işlemin hüküm ve sonuçlarını kabul etmeyi ve vekili borçlarından kurtarmayı üstlenmektedir. Buna karşılık, vekâlet(temsil yetkisi) verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlemidir; varması gerekli ve tek taraflı bir irade beyanı aracılığıyla gerçekleştirilir; kendisinden beklenen etkiyi doğurabilmesi için muhataba yani vekil ya da mümessil tayin edilmek istenen kişiye ulaşması yeterlidir ve ayrıca, onun kabulüne ihtiyaç göstermez. Bir başka ifade ile, vekalet verilmesi, tek taraflı bir hukuki ilişki olduğu için, vekil aleyhine, hiçbir borç ya da ifa edilecek bir edim doğmaz. Bununla birlikte, vekalet, genelde, vekalet sözleşmesi ile birlikte verilir; ancak bu durumda dahi, vekalet yani temsil yetkisi, vekalet sözleşmesinden tümüyle ayrı ve bağımsız bir ilişkidir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinin herhangi bir nedenle geçersizliği, o akit içerisinde verilmiş olan temsil yetkisinin de geçersizliği sonucunu doğurmaz; çünkü, temsil ya da vekalet ilişkisi, vekalet sözleşmesinden müstakil bir hüviyete sahiptir ve tümüyle soyut bir nitelik taşır. Öte yandan, buradan hareketle, temsil yetkisinin, mutlaka bir sözleşme ya da temel işlemle verilmesi gerektiği sonucuna da varılamaz. Diğer bir ifadeyle, ortada vekalet sözleşmesi olmadan da temsil yetkisi bulunabileceği gibi, temsil yetkisini içermeyen bir vekalet sözleşmesinin bulunması da mümkündür bkz Tanrıver-Temsil s. 6,7;Esener s. 63; Oğuzman/Öz s. 170; Tunçomağ s. 255.

⁹⁶ Tanrıver-Temsil s. 6; Oğuzman/Öz s. 184.

Yukarıdaki bu halin dışında davaya vekâletin sona ermesinin davaya vekâlet ehliyetinin sona ermesi üzerinde yalnızca şöyle bir etkisi olduğu düşünülebilir: Vekâletin sona ermesi ile, vekilin, vekâlet ehliyetinin de o dava ile veya müvekkil ile ilişkisi kalmaz, o açıdan da varlığı veya yokluğu önemsiz hale gelir.

§8. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ OLMAYANLARIN DAVA TAKİP ETMESİNİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI

A. Hukuki Sonuçları

I. Genel Olarak

Buraya kadar, kimlerin davada vekil olabileceğini gördük⁹⁷. Bunun dışındaki kişiler, Borçlar Kanunu'na göre vekil tayin edilebilirler; fakat vekâletnamelerinde dava açmak ve takip etmek için açık bir yetki bulunsa bile vekil sıfatıyla dava açamazlar ve takip edemezler.

Davaya vekâlet deruhte etmesine kanunen imkân olmayan kişiler, vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmaz(m.61/I).

Davada vekil olamayacak bu kişilerin davaya vekâlet ehliyeti yoktur. Davaya vekâlet ehliyeti dava şartıdır⁹⁸. Bu nedenle, mahkemenin davayı vekil olarak takip

⁹⁷ Bkz yuk. § 3.

⁹⁸ Bkz yuk. §.2 , G.

eden kişinin davaya vekâlet ehliyetinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden gözetmesi gerekir⁹⁹.

II . Davaya Vekâlet Ehliyeti Olmayan Kimsenin Dava Açması

Davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kimse vekil sıfatıyla dava açarsa, o kimsenin geçerli bir dava vekâletnamesi bulunsa bile, davaya vekâlet ehliyeti olmadığından mahkeme, davayı esasa girmeden dava şartı yokluğundan reddetmekle yükümlüdür¹⁰⁰.

Berkin'e göre, davaya vekâlet ehliyeti, hak ehliyetine benzediğinden, vekâlet ehliyeti olmayanın davada tarafı temsilen yaptığı işlemler geçersidir; bu itibarla, onun tarafından açılan davaya davacının sonradan icazet vermesi, dava ikamesini geçerli kılmaz, dava gene açılmamış sayılır ve davanın açılmasına bağlı olan hukuki sonuçlar doğmaz; vekâlet ehliyeti olmayan kimse, asilin açtığı davaya devam edemez ve muhakemeye kabul olunamaz; bu halde, müvekkile, keyfiyetten bahisle, bir defaya mahsus olmak üzere kendiliğinden davetiye gönderilir¹⁰¹.

Kuru'ya göre ise, mahkemenin, davaya vekâlet ehliyeti olmayanın açmış olduğu davayı reddetmeden önce, davaya vekâlet ehliyeti olmayan kişi tarafından adına dava açılmış olan davacıya, bu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi

⁹⁹ Kuru-Hmu II s. 1245; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 286; “Bir kimse namına icra takibi yapan avukat baroda kayıtlı değilse, bu takip keenlemyekün(yok) sayılır ve bu sebeple bu takibe artık devam olunamaz.”(İİD. 8.1.1940, 3798/48, Olgaç/Köymen s. 996).

¹⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 286;Kuru-Hmu II s.1245.

¹⁰¹ Berkin-Dava Vekaleti s. 374; Berkin-Usul s. 107;Aynı görüşte olan Postacıoğlu- Usul s. 320; Aday-Genel Esaslar s. 43-44.

için uygun bir süre vermesi gerekir¹⁰². Kuru, bu durumda ise iki ihtimal ile karşılaşılacağından bahseder. Buna göre;

1) Davacı davaya icazet verirse, davaya devam edilir. Davacı, davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekilinin açmış olduğu davaya iki şekilde icazet verebilir: a) Davacı mahkemeye gelerek davayı kendisi takip eder; b) Davacı davaya vekâlet ehliyeti olan bir kişiyi vekil tayin ederek davasını vekil ile takip ettirir¹⁰³.

¹⁰² Kuru-Hmu II s.1247; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 286; Aynı görüşte olan; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 245,246; Önen-Yargılama s. 84; Üstündağ- Yargılama s. 400; Yener s. 163 ; Bu görüşün icra hukukunda da geçerli olması gerektiği için bkz Üstündağ-İcra s. 59; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s.109; “Davaya vekâlet ehliyeti bulunmayan kimsenin vekil sıfatıyla işlemlerde bulunması, aslında, avukatlık tekelinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. İsviçre’de söz konusu tekeli ihlal edecek mahiyetteki usuli işlemlerin kesin hükümsüz sayılmasının ehliyetsiz vekil tarafından temsil edilen kimse için çok ağır bir sonuç olacağı ileri sürülmektedir. Özellikle, avukatlık tekelinin sınırlarının pek belirgin olmadığı ve bilgisizliği nedeniyle davaya vekâlet ehliyeti bulunmayan kimseye güvenerek temsil yetkisi veren kimsenin durumu göz önüne alınırsa bu çözümün haklılığı daha da anlaşılır. Eichenberger’e göre, bu durumda işlem geçerli sayılmalı, ancak işlemi, gerçekleştiren ehliyetsiz vekilin tecziyesine gidilmelidir.” Eichenberger, im Aargauisches Beamtenblatt, 40, 1943 , s.38(naklen: Aday-Genel Esaslar s. 44).

¹⁰³ “Uygulamaya ve doktrine göre, bu durumda, mahkemenin izleyeceği iki yol vardır. Birincisi, HGK.’nun 22.3.1972 gün ve 2/806 E.195 K. ve yine 9.9.1964 gün ve 6/244 E.542 K. sayılı içtihatlarından belirtildiği gibi, "yetkisiz temsilcinin açtığı davayı reddetmek" diğeri de, davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kişi (olayda veli durumundaki ana) tarafından açılmış olan bir davaya, dava tarihindeki reşit olan, çocuğu (Muzaffer’i) celbederek icazeti bulunup bulunmadığını sormak, icazeti bulunduğu takdirde davaya Muzaffer’in huzuru ile devam etmek; icazeti olmadığı takdirde de davayı reddetmektir" (B. Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü-Cilt I 1979- Sayfa 676 ve özellikle 806 vd.). Ne var ki, mahkeme bu usul işlemlerine tevessül etmediği gibi, üstelik Muzaffer yararına nafakaya hükmetmiştir. Ancak, davalının bu konuda bir temyizi bulunmaması nedeniyle bu görüşlerin tartışılmasına gerek görülmemiş ve dolayısıyla bu yön bozma nedeni yapılamamıştır. Hal böyle olunca, Muzaffer’e velayeten dava açmış olan davacı Hayriye'nin nafakanın azlığı yolundaki temyiz isteğinin kabulü, başlangıçtan beri mevcut yanlışlığı genişletme sonucu doğuracağından, davacı Hayriye'nin Muzaffer'le ilgili temyiz itirazlarının reddine karar verilmelidir.” HGK. E.1982/2-1160, K. 1983/70(www.kazancı . com. tr); Dava Yeter adına eşi ihsan tarafından açılmıştır. Kural olarak dava hakkı, o hakkın sahibi olan kimseye aittir. HUMK.nun 59. maddesinde dava açmaya ehil olan kişi davasını bizzat yahut atayacağı vekil aracılığıyla ikame ve takip edeceği açıklanmıştır. Anılan hüküm uyarınca hak sahibi davayı bizzat açabileceği gibi vekil aracılığıyla da açabilir. Somut olayda; davayı açan İhsan davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kişidir. Bu nedenle eşi adına dava açma ve yürütme yetkisi bulunmamaktadır. Diğer yönden 3402 sayılı Kadastro Kanununun 31/1. maddesinin de olayda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. HUMK.nun 61. maddesinde,davaya vekâlet etmesine kanunen imkan bulunmayan bir kişi vekil sıfatıyla dava açarsa o kişinin davaya vekâlet ehliyeti olmadığından mahkemece, uyuşmazlığın esasına girmeden dava şartı yokluğundan davayı reddetmekle yükümlü olduğu açıklanmış, ikinci fıkrasında da davayı reddetmeden önce davayı bizzat veya avukat aracılığıyla takip edip etmeyeceğinin davacıya davetiyeyle bildirilmesi gerekir. Mahkemece yukarıdaki açıklamalar gözönünde tutulmaksızın davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir. Davacı Yeter’e avukat marifetiyle davada temsil edilme veya davasını bizzat takip etmek üzere süre ve imkan verilmesi için davetiye ile yargılama oturumuna çağırılması, sonucuna göre yargılamaya devam olunup uyuşmazlığın sona erdirilmesi gerekmektedir. Mahkemece

Bu halde, davacı davanın tümüne icazet vermiş olur ve davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekilin yapmış olduğu usul işlemlerinin tümü geçerli hale gelir. Bu nedenle, böyle bir dava açılması ile zamanaşımı kesilmiş ve hak düşürücü süre korunmuş olur¹⁰⁴.

2) Davacı davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekili tarafından açılmış olan davaya icazet vermezse, mahkeme, davayı esasa girmeden reddeder¹⁰⁵.

Kanaatimizce, usul ekonomisi gereği, Kuru'nun görüşünün benimsenmesi yerinde olur.

III. Davaya Vekâlet Ehliyeti Olmayan Kimsenin Açılmış Bir Davayı Takip Etmesi

Yukarıdaki açıklamalar, davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kimsenin, vekil sıfatıyla dava açmış olması hali içindir. Buna karşılık, davanın davacı veya davaya vekâlet ehliyeti olan vekil tarafından açılmasından sonra, yargılama sırasında taraflardan birinin davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir vekil tarafından temsil edilmesinin müeyyidesi, davanın reddi değildir¹⁰⁶.

HUMK.nun 61. maddesi hükmü gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması yerinde görülmemiştir 8.HD. E. 2003/4044 ,K. 2003/4358(www. Kazancı.com. tr).

¹⁰⁴ İcra hukukunda da, davaya vekâlet ehliyeti bulunmayan bir kimse tarafından vekil sıfatıyla yapılan itirazın kaldırılması dilekçesi üzerine asil, bizzat duruşmaya gelerek vekilin yapmış olduğu usul işlemlerini kabul ederse, yani icazet verirse, bu icazet ile yapılan işlemler geçerlilik kazanır(Üstündağ-İcra s. 59).

¹⁰⁵ Kuru-Hmu II s.1248; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 286; Üstündağ-Yargılama s. 400.

¹⁰⁶ Kuru-Hmu II s. 1248;Aday-Genel Esaslar s. 45.

Bu halde, davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekil mahkemeye kabul olunmaz(m.61). Mahkeme, mahkemeye kabul olunmayan böyle bir vekilin müvekkiline, durumu bildirerek bir defaya mahsus olmak üzere, kendiliğinden davetiye gönderir.

Bunun gibi, davalının vekilinin davaya vekâlet ehliyeti yoksa, mahkeme, bu vekili mahkemeye kabul etmez. Mahkeme, durumu bildirerek davalıya bir defaya mahsus olmak üzere davetiye gönderir(m.61).

Bu davete rağmen gelmeyen veya kendisini usulen davaya vekâlet ehliyeti olan birisi ile temsil ettirmeyen tarafın tahkikat yokluğunda yapılır¹⁰⁷. Yalnız, bunun için, tarafa m. 61' göre gönderilecek davetiyeye, gelmediği takdirde tahkikata ve yargılamaya yokluğunda devam edileceğinin yazılması gerekir(m.213/II; m.377/I)¹⁰⁸.

IV. Davaya Vekâlet Ehliyetine Aykırı Davranılmasının Kanun Yolları Üzerindeki Etkisi

1 . Genel Olarak

Aşağıda davaya vekâlet ehliyetine aykırı davranılmasının kanun yolları üzerindeki etkisi incelenecektir. Ancak, bu etkinin anlatılabilmesi için, öncelikle Türk hukuk yargılamasındaki kanun yolu sisteminin açıklanması gerekir.

Kanun yolu, yanlış olduğu iddia edilen kararların tekrar incelenmesi, değiştirilmesi için davanın taraflarına tanınan bir hukuki imkandır¹⁰⁹. Kanun yolları,

¹⁰⁷ Postacıoğlu-USul s. 32; Kuru/Arslan/Yılmaz-USul s. 287; Yener s. 164.

¹⁰⁸ Müderrisoğlu s. 29; Kuru-Hmu II s. 1249; Aday-Genel Esaslar s. 45.

¹⁰⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz-USul s. 717.

olağan ve olağanüstü kanun yolu olarak ayrıma tabi tutulur. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan ya da normal kanun yoluna başvurulur. Buna karşılık şekli anlamda kesinleşmiş kararlara karşı olağanüstü kanun yoluna başvurulmaktadır. Medenî usûl hukukunda olağansütü kanun yolu olarak ise yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmiştir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun¹¹⁰ İle Bölge Adliye Mahkemeleri Kurulmuştur¹¹¹. Ayrıca, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda da 5236 sayılı Kanunla kanun yollarında önemli değişiklikler yapılmış, yeni hükümler kabul edilmiştir. 5236 sayılı Kanun 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği halde, bölge adliye mahkemeleri hemen kurulup göreve başlamamıştır. 5235 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25. maddede öngörülen bölge adliye mahkemeleri kurulacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra temyiz, ilk derece mahkemelerine karşı, ilk önce bölge adliye mahkemelerine başvurulacak, buradaki istinaf incelemesi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin kurulup göreve başlamasından sonra, karar düzeltme kalkacaktır. Dolayısıyla 55. madde, 5235 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi 1 Nisan 2005 olarak saptanmış ise de, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşuna kadar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun temyiz ve karar

¹¹⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun RG 7.10.2004, S. 25606.

¹¹¹ 5235 sayılı Kanun, sulh, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin de kuruluşunu düzenlediğinden, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, 8.4.1924 tarihli ve 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ahkamı Muadil Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

düzeltilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Bu nedenle, hükümde Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih ibaresi varsa da, bu ibareyi kanunun(hukuken) yürürlüğe gireceği 1.Nisan 2005 olarak değil, bölge adliye mahkemelerinin kurularak fiilen harekete geçtiği tarih olarak anlamak gerekir¹¹².

Aşağıdaki davaya vekâlet ehliyetine aykırı davranılmasının kanun yolları üzerindeki etkisine ilişkin açıklamalarımız, hem yürürlükte olan hem de bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra, yani muhtemelen 2007 yılından itibaren uygulanacak hükümlere ilişkin açıklamalardır.

2. İstinaf Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi

İstinaf, bölge adliye mahkemeleri kurulup göreve başladıktan sonra, olağan kanun yollarından ilki olacaktır. Yani, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmak istendiğinde öncelikle istinaf yoluna başvurulacaktır¹¹³.

Buna göre:

¹¹² Yılmaz-İstinaf s.46; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 547 dpn 4; Pekcanitez/ Atalay /Özkes-Usul s. 537; “5236 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi en geç 1 Nisan 2007 tarihinde gerçekleşecektir.”(Yılmaz-İstinaf s. 72);Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 548.

¹¹³ “İstinaf, sözlükte kelime anlamıyla, yeniden başlama demektir. Teknik ve klasik anlamda istinafta uyuşmazlık, ilk derece mahkemesinin önünde cereyan etmiş yargılamadan tamamen bağımsız olarak, yeni, ortaya çıkan değişiklikler ve bir sınırlamaya tabi olmaksızın ileri sürülebilen yeni delil ve olaylar da göz önünde tutularak, istinaf mahkemesi tarafından aynen yeniden ele alınmakta ve karar verilmektedir. Yani, bu geniş anlamdaki istinaf anlayışında, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirdiği vakıalar, ondan bağımsız olarak ikinci derecede görev yapan istinaf mahkemesinde tekrarlanır. Vakıaların yeniden incelenmesi sebebiyledir ki, istinaf mahkemelerine vakıa(olay) mahkemesi denir. Dar anlamda istinafta ise, ilk derece mahkemesinin yargılama, istinaf mahkemesinin önünde baştan sona aynen tekrarlanmaz ve maddi vakıalar yalnızca gereken hususlarda yeniden incelenerek karara varılır.”(Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 722); “5236 sayılı Kanunla kabul edilen istinaf yolu, klasik istinaf değil, dar(sınırlı) anlamda istinaf yoludur.”(Yılmaz-İstinaf s.50);Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 550.

İlk derece mahkemesinde görülen bir davada, davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kimse tarafından, davanın taraflarının temsil edilmesi durumunda ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilir(m. 426/M). Bu karar teknik anlamda bozma kararı olmasa da, nitelik bakımından bozma kararına benzemektedir¹¹⁴. Yani, vekil veya temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olması halinde, duruşma yapılmasına gerek kalmaksızın dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilecektir(m. 426/M). Dolayısıyla bir davanın davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir vekil tarafından hükme bağlanmış olması önemli usul eksikliği kabul edilmiş ve bölge adliye mahkemesine duruşma yapılmaksızın dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme yetkisi tanınmıştır¹¹⁵.

3. Temyiz Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi

Temyiz, bölge adliye mahkemeleri kurulup göreve başlayıncaya kadar, olağan kanun yollarından ilki ve en önemlisidir. İlk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmak istendiğinde öncelikle temyiz yoluna başvurulur¹¹⁶.

¹¹⁴ Konuralp-İstinaf s. 265.

¹¹⁵ Yılmaz-İstinaf s. 67; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım bu kategorideki istinaf sebebini “maddi anlamda kesin hükmün kaldırılmasını gerektirecek şekilde ağır usul hatalarının varlığıdır” olarak nitelendirmektedir bkz Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Uşûl s. 562.

¹¹⁶“İstinaf mahkemesi, bir vakıa mahkemesidir ve ilk derece mahkemesinin incelediği maddi hususları tekrar inceler; temyiz mahkemesi ise, hukuki denetim mahkemesidir ve maddi hususları değil, hukuki hususları inceler.”(Yılmaz-İstinaf s. 21).

Hukukumuzda, vekil sıfatı olmayan kimseler huzuru ile davaya devam edilip hüküm verilmiş olması bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Fakat, bu husus, bir temyiz sebebi olarak Usul Kanunumuzda yer almamıştır. Söz konusu bu sebebin temyizde var olan usule aykırılık kavramının içinde(m.428/IV) düşünülmesi doğru olacaktır. Türk hukukunda, açıkça kanunda düzenlenmeyen bu usule aykırılığın bir mutlak temyiz sebebi olduğu ancak doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir¹¹⁷. Yargıtay'a göre, vekil ve mümessil olmayan kimseler huzuru ile davanın görülmesi ve hükme bağlanması kamu düzeniyle ilgili olup, temyizde kendiliğinden dikkate alınması gerekir¹¹⁸.

Bu temyiz sebebinde, yargılama sırasında temsil edilmemenin veya eksik temsil edilmiş olmanın, kararı etkileyip etkilemediği önemli değildir. Söz konusu sebebin varlığı ağır bir yargılama hatasıdır. Burada, ihlalin karar üzerinde etkisinin olup olmadığı, karar ile usuli ihlal arasında bir illiyet bağının varlığının bulunup bulunmadığı hususu araştırılmaz¹¹⁹.

¹¹⁷ Ansay-Yargılama s. 352; Bilge/Önen-Yargılama s. 652; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 751 Akcan s. 66; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 498; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 508; Bkz 15.HD 8.3.2000 829/1121(YKD 2000/10, s. 1562); CGK 25.4.1994 1-91/116(YKD 1994/10, s. 1670).

¹¹⁸8.HD 15.3.1976, 2056/2056(YKD 1977/12 s. 1964);8HD 15.12 1976, 4385/9901(ABD 1977/1,s.152,153); “Bu mutlak temyiz nedeni uygulama açısından anlamı , özellikle temsil yetkisine, hakimin özenli bir şekilde dikkat etmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenin varlığında kararın bozulacağını düşünen hakim, yargılama sırasında tarafın usule uygun temsil edilmesi için daha özenli hareket edecektir.”(Akcan s. 70).

¹¹⁹Akcan s. 67; “Mahkeme taraflardan birinin vekilinin davaya vekâlet ehliyeti bulunmadığını fark etmeden hükmü o vekile tebliğ eder ve vekil hükme karşı temyiz yoluna başvurursa, Yargıtay, temyiz incelemesi yapamaz. Çünkü, temyiz yoluna başvuran vekilin davaya vekâlet ehliyeti yoktur. Bu halde Yargıtay hükmün müvekkile tebliğ edilmesi için dava dosyasını mahkemeye geri gönderir. Bunun üzerine müvekkil hükmü temyiz ederse, hüküm bu nedenle bozulur.”(Kuru-Hmu II s. 1250).

Bölge adliye mahkemelerinin kurulup göreve başlamasından sonra, temyiz, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı başvuru bir kanun yolu olacaktır.

Buna göre:

Bölge adliye mahkemesinde, vekil ve mümessil olmayan kişiler huzuruyla davaya bakılmış ve hüküm verilmiş olması hali usul hukukuna dayanan mutlak temyiz(bozma) sebeplerinden olacaktır¹²⁰. Zira, 5236 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, HUMK m. 428/b.2 deki hükmü genişletmiştir. Mutlak bozma sebebi salt mahkemenin görevli olmamasına yönelik değildir, diğer dava şartlarına aykırılık da temyiz nedeni oluşturmaktadır(m.437/II). Dolayısıyla davaya vekâlet ehliyeti de taraflara ilişkin bir dava şartı olduğundan, bölge adliye mahkemesindeki bir davada davaya vekâlet ehliyetine aykırı davranılması hali mutlak bozma sebebi teşkil edecektir¹²¹.

4. Karar Düzeltme Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi

Karar düzeltme yolu , Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verdiği kararlara karşı tanınmış bir kanun yoludur¹²². Bununla birlikte karar düzeltme yolu, kanun yollarının en önemli unsuru olan, kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesi ve denetlenmesi özelliğini taşımamaktadır. Çünkü karar düzeltme incelemesini daha önce temyiz incelemesi yapmış olan Yargıtay ilgili hukuk dairesi ve kurulu

¹²⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 751; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 499.

¹²¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 586; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 499.

¹²² Bilge-Karar düzeltme s.16; Bilge/Önen-Yargılama s. 679;Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 791; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 516; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 535.

yapmaktadır. Eğer direnme kararı temyiz edilmişse, bu temyiz incelemesini de Hukuk Genel Kurulu yapacaktır.

Bölge adliye mahkemelerinin kurulup göreve başlamasından sonra, karar düzeltme kalkacaktır. Ancak, bölge adliye mahkemeleri, 5235 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Nisan 2005 tarihten itibaren en geç iki yıl içinde kurulacağından, bu tarihe kadar karar düzeltme incelemesi devam edecektir¹²³.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda , vekil veya mümessil sıfatı olmayan kimseler huzuru ile davaya devam edilip hüküm verilmiş olması hali bir karar düzeltme sebebi olarak düzenlenmemiştir(m. 444/IV)¹²⁴. Ancak, sözkonusu bu sebep, doktrin ve Yargıtay tarafından usule aykırılık kavramının içerisinde değerlendirilmektedir¹²⁵. Bu sebeple, bir davanın vekil ve mümessil olmayan kimseler huzurunda görülmüş olması usule aykırı olacağından karar düzeltme sebebi olacaktır¹²⁶.

¹²³ “Bugüne kadar istinaf mahkemelerinin kurulamaması nedeniyle iki dereceli yargı sisteminin eksikliğini gidermeye çalışan karar düzeltme yolu istinaf yolunun uygulanmasıyla yürürlükten kalkacaktır.”(Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 517).

¹²⁴ Akcan s. 66.

¹²⁵ Bilge-Karar Düzeltme s. 154; Bilge/Önen-Yargılama s. 679;Akcan s. 66;bkz HGK 14.2.2001 101/155(İKİD 2002/503, s. 1463). ; Bu sebep(m.444/IV) dolayısı ile, karar düzeltme sebeplerinin tahdidi olduğu, kanunda belirtilen sebepler dışında karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı yolunda kabul edilen ilke de büyük ölçüde sözde kalmaktadır bkz Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usûl s. 544;Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 798;Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s. 522.

¹²⁶ Akcan s. 66; Bilge-Karar Düzeltme s. 154.

5. Yargılamanın Yenilenmesi Kanun Yolu Üzerindeki Etkisi

Yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur¹²⁷.

Bir davaya, taraflardan birinin vekili veya temsilcisi olmayan kimsenin huzuru ile bakılmış ve hüküm verilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir(m. 445/I, b.8). Zira, vekil olmayan kimselerin hazır buldukları bir yargılama sonunda hüküm verilmiş olması, bu bend uyarınca yargılamanın yenilenebilmesi için yeterlidir; bu temsil edilmemenin veya eksik temsil edilmiş olmanın hükmü etkilemiş olup olmaması önemli değildir¹²⁸. Bu nedenle HUMK m.445/8’de öngörülen sebep, mutlak yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak adlandırılmaktadır¹²⁹.

Şu halde HUMK m. 445/I b.8 gereğince, davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kimse huzuru ile davaya devam edilip hüküm verilmişse, bu sebebe dayanılarak verilen hüküm iptal edilir(m. 450/II).

¹²⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul s. 839; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul s. 609; Pekcanitez / Atalay/Özekes-Usul s. 525.

¹²⁸ Arslan-Yenilenme s. 111; “...445/8 maddesine göre, yargılamanın iadesini istemek hakkını sadece yargılamada vekil veya kanuni mümessil tarafından temsil edilmemiş tarafa ait olduğunu ayırım yapmadan benimsemiştir.”HGK 29.5.2002, 401/451(İBD 2003/3, s. 676,677).

¹²⁹ Arslan-Yenilenme s. 111, dñn 112; “Dava ehliyetinin, hükmün kesinleşmesinden sonra bile, mutlak olarak değerlendirilip tarafın icazeti olsa bile, yapılan bütün usuli işlemlerini verilen hükmü geçersiz saymak doğru değildir. Bunun gibi, yargılamada bizzat veya temsilci aracılığı ile hazır bulunmuş taraf bu bende dayanarak yargılamanın yenilenmesi sebebi isteyememelidir.”(Arslan-Yenilenme s. 113-114).

HUMK m. 445/I b.8'deki sebebin konuluş amacı, yargılamanın amacına uygun olarak, yalnız kişisel yararı korumak değildir. Davada ne bizzat ne de temsilcisi aracılığıyla bulunmuş olan tarafın yararını korumak ve bu yolla da kamu düzenini sağlamak amaç edinilmiştir¹³⁰.

B. Cezai Sonuçları

Davaya vekâlet ehliyeti olmadığı halde davaya vekâlet ehliyetinin kapsamına dahil işleri yapanlara uygulanacak müeyyide Av.K. m. 63'de gösterilmiştir. Av.K. m.63' e göre, "Baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. Baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık unvanını da taşıyamazlar. Şu kadar ki; baro levhasında ki kaydı 20 yılı dolandıktan, bürosunu kapatarak vergi kaydını sildiren avukatlar durumları hakkında bilgi vermek ve baroya karşı görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek koşuluyla sadece avukat unvanını kullanabilirler.

Birinci fıkra hükmüne aykırı eylemde bulunanlar yüzbin liradan bir milyona kadar ağır para cezasına ve altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilirler.

¹³⁰ Arslan-Yenilenme s. 113; Bu konuda, m. 445/I b.8' de yer alan sebebin konuluş nedeninin dava ehliyeti olmayan kişi huzurunda yargılama yapıp hüküm verilmesi olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikre göre, dava ehliyetinin olup olmaması bir kamu düzeni sorunudur ve re'sen araştırılması gerekir bkzbu konu hakkında Akgüner s. 718-724;Bu görüşten hareketle, yargılamada kanuna uygun olarak temsil edilmemiş tarafın açık veya kapalı icazetin olması halinde, yargılamanın yenilenme isteğinin olamayacağı görüşü için bkz Belgesay-Şerh s. 403; Kuru-Hmu II s. 1250.

Avukatlık yapmak yetkisini taşımadıkları halde muvazaalı yoldan alacak devralarak ve kanunların tanıdığı başka hakları kötüye kullananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş milyon liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.”

Daha önceden de belirtildiği üzere¹³¹, bu maddenin uygulanması bakımından söz konusu işin çekişmeli(ihtilafı) olup olmadığına göre bir sonuca varılması gerekir¹³². Söz konusu iş daha dava konusu yapılmamış ise, yani çekişmeli duruma gelmemiş ise bu maddedeki cezai müeyyidenin de uygulanmaması gerekir.

Ayrıca mahkemeler, icra ve iflas daireleri ve barolar, bu maddenin kapsamına giren bir olayı öğrenince Cumhuriyet savcılığına bildirmek zorundadırlar. Yapılacak kovuşturma sonucu Cumhuriyet savcısı tarafından baroya bildirilir(Av.K. m. 63/4).

¹³¹ Bkz yuk. §. 6 , B.

¹³² Aday-Genel Esaslar s. 51. “Şayet, hukuki mütalaa verilmesinin avukatlara ait diğer yetkilerin kapsamına girdiği görüşü kabul edilirse, bu takdirde avukat olmadığı halde hukuki mütalaa verenlerinde bu hükümden cezalandırılması gerekmektedir.”(Aday-Genel Esaslar s. 51); Adliye önlerindeki dilekçecilerin de bu hükme göre cezalandırılması gerekir(Erdoğan-Kurultay2004 s. 153).

SONUÇ

Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışında üçüncü bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyettir. Türk hukukunda dava açmak ve takip etmek için vekil tutmak zorunlu değildir; taraflar davalarını kendileri açıp takip edebilirler. Ancak, taraflardan biri, davayı vekil aracılığı ile takip etmek isterse, yalnız belirli kişileri vekil tutabilir. Zira, bir kimseyi vekil sıfatıyla, mahkeme önünde temsil etmek ve o kimse adına dava ile ilgili işlemleri yapabilmek, icra takibi yapabilmek özel bir bilgi, uzmanlık gerektirir. Ayrıca vekilin yargılamada ileri sürdüğü hususlar ve yaptığı açıklamalar tarafa ait sayılmakta, yanlışlıklar tarafa maledilmektedir. Böyle bir durumda vekilin hatası nedeniyle taraflar telafisi mümkün olmayan zararlara uğrayabilirler. Bu sebeplerden, usul hukukunda bir kimsenin davada taraf olanların vekili olabilmesi, kurum olarak, maddi hukuktaki(borçlar hukuku) vekillik kurumundan ayrılmıştır. Zira, maddi hukuka göre ayırt etme gücüne sahip olan her kişi vekil tayin edilebilir; fakat vekâletnamelerinde dava açmak ve takip etmek için açık bir yetki bulunsa bile vekil sıfatıyla dava açamazlar ve takip edemezler.

Avukatlık Kanunu'na göre, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler şunlardır: Avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava takipçileri.

Bundan başka, özel bir kanun hükmünde, Avukatlık Kanununu m.35/IV hükmü gereği, belirli kişilerin temsilcisi oldukları kişileri mahkemelerde de temsil edebilecekleri açıkça belirtilmiş ise, o kişiler, avukat, avukatlık ortaklığı, avukat stajyeri, dava vekili veya dava takipçisi olmadıkları halde, temsilci olarak

mahkemelerde usul işlemlerini yapabilirler. Dolayısıyla bu kimseler, belirli alanlarda özel kanun hükümleri ile davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Davayı takip yetkisini, somut usuli talebe ilişkin davayı taraf olarak yürütme ehliyeti olarak tanımlayabiliriz. Kanuni davayı takip yetkisi ise, davayı takip yetkisinin türlerinden biridir. Kanuni davayı takip yetkisi, şekli taraf kavramının bir tamamlayıcısı olarak maddi hukuk ilişkisinin süjesi olmayan bir üçüncü kişiye, kanun koyucu tarafından davada taraf olabilme yetkisi tanındığı durumlarda ortaya çıkar. Dolayısıyla, kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseler, hakkın sahibi olmasalar bile, şekli taraf kuramına göre davada görevi gereği taraf kabul edilmektedirler. Bu nedenle, kanuni davayı takip yetkisini kullanan kimseleri ne iradi, ne de kanuni temsilci olarak düşünemeyiz. Çünkü, davayı takip yetkisi ile temsil kurumları niteliği itibariyle birbirinden farklı özellikler içermektedirler. Nitekim, kanuni davayı takip yetkisine sahip olan kimselerin durumunu, temsil ile açıklamaya çalışmamız halinde, temsil kurumunu haddinden fazla genişletmiş oluruz. Dolayısıyla kanuni davayı takip yetkisine sahip olan üçüncü kimselerin, davaya vekâlet ehliyetlerinin olduğunu söyleyemeyiz.

Davaya vekâlet ehliyetinin kapsamı, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek veya tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimselere aittir.

Davaya vekâlet ehliyetine sahip olmayan kişiler, vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmaz. Zira, davada vekil olamayacak bu kişilerin davaya vekâlet ehliyeti yoktur. Davaya vekâlet ehliyeti dava şartıdır. Bu nedenle, mahkemenin, davayı vekil olarak takip eden kişinin davaya vekâlet ehliyetinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden gözetmesi gerekir.

Davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir kişi vekil sıfatıyla dava açarsa, o kişinin davaya vekâlet ehliyeti olmadığından, mahkeme, davayı esasa girmeden reddetmekle yükümlüdür. Ancak usul ekonomisi gereği, mahkemenin, davaya vekâlet ehliyeti olmayanın açmış olduğu davayı reddetmeden önce, davaya vekâlet ehliyeti olmayan kişi tarafından adına dava açılmış olan davacıya, bu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir süre vermesi yerinde olur. Buna göre, davacı davaya icazet verirse, davaya devam edilir. Davacı davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekili tarafından açılmış olan davaya icazet vermezse, mahkeme, davayı esasa girmeden reddeder. Buna karşılık, davanın davacı veya davaya vekâlet ehliyeti olan vekili tarafından açılmasından sonra, yargılama sırasında taraflardan birinin davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir vekil tarafından temsil edilmesinin müeyyidesi, davanın reddi değildir. Bu halde, davaya vekâlet ehliyeti olmayan vekil mahkemeye kabul olunmaz. Mahkeme, mahkemeye kabul olunmayan böyle bir vekilin müvekkiline, durumu bildirerek bir defaya mahsus olmak üzere, kendiliğinden davetiye gönderir. Bu davete rağmen gelmeyen veya kendisini usulen davaya vekâlet ehliyeti olan birisi ile temsil ettirmeyen tarafın tahkikat yokluğunda yapılır. Yalnız, bunun için, tarafa m.61/I' e göre gönderilecek davetiyeye, gelmediği takdirde tahkikata veya yargılamaya yokluğunda devam edileceğinin yazılması gerekir.

Davaya vekâlet ehliyeti dava şartı olduğu için mahkemece ve Yargıtay'ca kendiliğinden gözetilir; bu nedenle mutlak bozma sebebidir. Yani, dava davaya vekâlet ehliyeti olmayan bir vekil tarafından takip edilmiş ve bu husus fark edilmeden hüküm verilmişse, hüküm yalnız bu nedenle bozular. Ayrıca, bir davaya taraflardan birinin vekili veya temsilcisi olmayan kimsenin huzuru ile bakılmış ve hüküm verilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir.

ÖZET

Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışında üçüncü bir kimsenin vekil sıfatıyla bir davayı yürütebilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyettir. Türk hukukunda dava açmak ve davayı takip etmek için vekil tutmak zorunlu değildir; taraflar davalarını kendileri açıp takip edebilirler. Ancak, taraflardan biri, davayı vekil aracılığı ile takip etmek isterse, yalnız belirli kişileri vekil tayin edebilir.

Avukatlık Kanunu'na göre, davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kimseler şunlardır: Avukatlar, stajyer avukatlar, avukatlık ortaklıkları, dava vekilleri ve dava takipçileri.

Bundan başka, özel bir kanun hükmünde, Avukatlık Kanunu'nun m.35/IV hükmü gereği, belirli kişilerin temsilcisi oldukları kişileri mahkemelerde de temsil edebilecekleri açıkça belirtilmiş ise, o kişiler, avukat, avukatlık ortaklığı, avukat stajyeri, dava vekili veya dava takipçisi olmadıkları halde, temsilci olarak mahkemelerde usul işlemlerini yapabilirler. Dolayısıyla bu kimseler, belirli alanlarda özel kanun hükümleri ile davaya vekâlet ehliyetine sahip olmaktadır.

Davaya vekâlet ehliyetine sahip olmayan kişiler, vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmaz. Zira, davada vekil olamayacak bu kişilerin davaya vekâlet ehliyeti yoktur. Davaya vekâlet ehliyeti dava şartıdır. Bu nedenle, mahkemenin, davayı vekil olarak takip eden kişinin davaya vekâlet ehliyetinin bulunup bulunmadığını kendiliğinden gözetmesi gerekir.

ABSTRACT

This study is related to the analysis of the “Proxy Competence to An Action in the Turkish Civil Procedure Law”. This study consists of an introduction part, followed by three separate body parts and a conclusion part.

Within the scope of the introduction part, the definition of the proxy competence of an action is made and the importance of this legal institution is pointed out in legal systems.

In the first part of our thesis, the definition of the Representation of the Parties in an Action, the Definition, Conditions and the Difference Between Similar Institutions of the Proxy Competence of an Action are studied in details.

In the second part, the persons that have proxy competence are discussed. Attornies, Trainee Attornies, Partnership of Attornies, Action Representative (an attorney who does not possess a law degree) are examined in this part.

Lastly in the third part, the extent of the proxy competence to action, end of proxy competence and juridical and criminal consequences of pursuing of an action by persons that have not proxy competence of an action are studied broadly. In conclusion, consequences are emphasized concerning proxy competence to action legal institution that is our thesis subject.