

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MEDENİ YARGILAMADA TARAF EHLİYETİ

Doktora Tezi

SERDAR KALE

İstanbul, 2009

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MEDENİ YARGILAMADA TARAF EHLİYETİ

Doktora Tezi

SERDAR KALE

Danışman: Prof Dr. M. KAMİL YILDIRIM

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

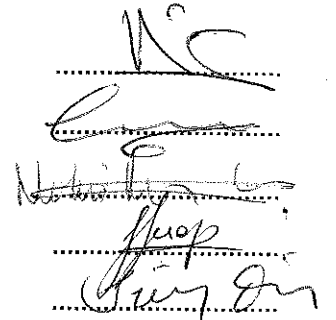
HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi SERDAR KALE'nin MEDENİ YARGILAMADA TARAF EHLİYETİ adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 30.04.2009 tarih ve 2009-8/34 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 25.6.2009

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET KAMİL YILDIRIM
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. SELÇUK ÖZTEK
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. NEVHİS DEREN YILDIRIM
4) Jüri Üyesi : PROF.DR.SERAP HELVACI
5) Jüri Üyesi : PROF.DR.SİBEL ÖZEL



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	V
GİRİŞ.....	IX

BİRİNCİ BÖLÜM (GENEL BÖLÜM)

§ 1. Taraf ve Taraf Ehliyeti.....	1
A. Taraf Teşkilinin Anlamı ve İki Taraflı Sistem.....	1
B. Taraf Kavramı	2
I. Taraf Kavramına İlişkin Teoriler.....	2
1. Maddi Anlamda Taraf Teorisi.....	2
2. Şekli Anlamda Taraf Teorisi.....	3
3. Fonksiyonel Anlamda Taraf Teorisi.....	4
C. Taraf Ehliyeti.....	5
I. Tarihçe.....	5
II. Taraf Ehliyeti Kavramı ve Fonksiyonu.....	7
D. Taraf Ehliyeti ve Hak Ehliyeti İlişkisi.....	10
I. Genel Olarak.....	10
II. Alman Hukukunda.....	12
III. İsviçre Hukukunda.....	14
E. Taraf Ehliyeti İle Usul Hukukundaki Benzer Kurumların İlişkisi.....	15
I. Taraf Ehliyeti ve Dava Ehliyeti.....	15
II. Taraf Ehliyeti ve Sıfat.....	16
III. Taraf Ehliyeti ve Dava Takip Yetkisi.....	18
IV. Taraf Ehliyeti ve Dava Yetkinliği.....	19
V. İrادی Dava Yetkinliği (Gewillkürte Prozessstandschaft).....	20
VI. Taraf Ehliyeti ve Dava Arkadaşlığı.....	22
VII. Taraf Değişimi.....	23
1. İradeye Bağlı Olarak.....	23
2. Kanundan Kaynaklanan Taraf Değişimi.....	29
F. Çekişmesiz Yargıda Taraf Kavramı.....	29

§ 2. Taraf Ehliyetinin İncelemesi.....	34
A. Dava Şartı Olarak Taraf Ehliyeti.....	34
B. Taraf Ehliyetinin İncelenmesinde Hakimin Rolü.....	36
C. Taraf Ehliyetinin Yargılamada Esas Sorun Olarak İncelenmesi.....	39
D. Taraf Ehliyeti Eksikliğinin Düzeltilmesi.....	41
E. Taraf Ehliyeti Eksikliği Durumunda Mahkemenin Vereceği Karar.....	45
F. Kanun yolu Aşamasında Taraf Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti.....	46
G. Taraf Ehliyetsiz ve Mevcut Olmayan Taraf.....	47

İKİNCİ BÖLÜM (ÖZEL BÖLÜM)

§ 3. Gerçek Kişilerin Taraf Ehliyeti.....	50
A.Genel Olarak.....	50
B. Ceninin Taraf Ehliyeti.....	51
C. Gerçek Kişilerin Taraf Ehliyetinin Kaybı ve Sonuçları.....	56
I. Dava Açılmadan Önce Taraf Ehliyetinin Kaybı.....	57
II. Dava Esnasında Taraflardan Birinin Ölümü.....	60
1. Sadece Öleni İlgilendiren Davalar.....	62
2. Dava Konusunun Mirasçıları İlgilendirdiği Haller	
3.Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Tereke Resmi Yöneticisi ve TasfiyeMemurlarının Hukuki Durumu.....	66
4.Boşanma Ve Evliliğin İptali Davalarında Taraflardan Birinin Ölümü.....	68
§4. Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyeti.....	71
A. Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyetini Kazanması.....	71
I. Derneklerin ve Vakıfların Taraf Ehliyeti.....	77
II. Sendikaların Taraf Ehliyeti.....	80
B. Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyetini Kaybetmesi.....	83
§5. Yabancı Şirketlerin Taraf Ehliyeti Sorunu.....	85
A. Türk Hukukunda.....	87
B. Avrupa ve Alman Hukukunda.....	89
C. İsviçre Hukukunda.....	95
§6. Ön Şirketlerin (Vorgesellschaft) Taraf Ehliyeti Sorunu.....	98
§7. Şirketlerin Birleşme ve Nev'i Değiştirmelerinde Taraf Ehliyeti Sorunu..	101
§8. Dernek Davalarında Taraf Ehliyeti Sorunu.....	104

§9. Meslek Birliklerinin Ve Özellikle Avukatlık Ortaklığının	
Taraf Ehliyeti.....	108
§10. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Taraf Ehliyeti.....	112
§11. Hayvanların Taraf Ehliyeti Sorunu.....	116
§ 12.Elbirliği Ve Paylı Mülkiyette Taraf Ehliyeti.....	120
A. Elbirliği Mülkiyetinde Taraf Ehliyeti.....	120
B. Paylı Mülkiyette Taraf Ehliyeti.....	125
§13. Adi Şirketin Taraf Ehliyeti Sorunu.....	127
A.Alman Hukukunda.....	127
I. Genel Olarak.....	127
1.Maddi Hukuk Temelleri.....	128
2.Federal Mahkeme Kararından Önce Adi Şirketin Hukuki Niteliği.....	129
3.Federal Mahkemenin Adi Şirkete İlişkin Kararı ve Etkileri.....	132
4.Ortaklığın Borçlarından Dolayı Ortaklığın ve Ortakların Sorumluluğu.....	138
5.Adi Şirketin Taraf Ehliyeti.....	141
B. İsviçre Hukukunda.....	147
C.Türk Hukukunda.....	148
§14. Miras Ortaklığının Taraf Ehliyeti.....	154
§15. Kat Malikleri Kurulunun Taraf Ehliyeti.....	161
A. Türk Hukukunda.....	161
B. Alman Hukukunda.....	163
C. İsviçre Hukukunda.....	165
§16. Hak Ehliyeti Olmayan Toplulukların Taraf Ehliyeti.....	167
A. Hak Ehliyeti Tanınmasının Sonuçları (Tapu Kütüğü Açısından)..	171
§17. İflasın Taraf Ehliyetine Etkisi.....	173

§18. Tasfiye Sonrası Şirketlerin (Nachgesellschaft) Taraf Ehliyeti.....	178
SONUÇ.....	182
KAYNAKÇA.....	189

KISALTMALAR CETVELİ

AB	:Avrupa Birliği
Abs	:Absatz
AcP	:Archiv für civilistische Praxis
AD	:Adalet Dergisi
Anm.	:Anmerkung
ArGG	:Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	:Artikel
AußStrG	:Außerstreitgesetz (Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu)
Av. Ort. Yön	:Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği
AY	:Anayasa
B.	:Band
b.	:bent
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BayObLG	:Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	:Bundesgerichtshof
BGHZ	:Entscheidungen (Deutschen) des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
CPC	:Code de procédure civile (Nöşatel)
DNotZ	:Deutsche Notar-Zeitschrift
dp	:dipnot
E.	:Esas

EGV	:Avrupa Birliği Kuruluş Anlaşması
EMRK	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
EuGH	:Avrupa Birliği Mahkemesi
EWIV- VO	:Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung-Verordnung
FGG	:Freiwillige Gerichtbarkeitsgesetz
FS	:Festschrift
GBO	:Grundbuchordnung
Gbr	:Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	:Grundgesetz
GmbH	:Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHRR	:GmbH-Rundschau
GWB	:Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HD	:Hukuk Dairesi
HGB	:Handelsgesetzbuch
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
InSO	:Insolvenzordnung
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	:Juristenzeitung
K.	:Karar
Kıs.	:Kısaca
KMK	:Kat Mülkiyeti Kanunu
KWG	:Gesetz über das Kreditwesen
m.	:madde
MDR	:Monatsschrift für Deutsches Recht

MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	:Medeni Kanun
NZG	:Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NJW	:Neue Juristische Wochenschrift
NJW RR	:Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport
OHG	:Offene Handelsgesellschaft
OR	:Bundesgesetz über das Obligationenrecht
PartGG	:Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
Rdn	:Randnummer
PStG	:Personenstandgesetz (Alman Kişisel Duruma İlişkin Kanunun)
RG	:Resmi Gazete
RGZ	:Entscheidungen des Reichsgerichts (Zivilsachen)
Rpfleger	:Der deutsche Rechtspfleger
S.	:Sayı
s.	:sayfa
SchKG	:Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SchlHOLG	:Oberlandesgericht Schleswig
SJK	: Schweizerische Juristische Kartothek
t.	:tarih
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
Urt.	:Urteil
UWG	:Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
vd.	:ve devamı
Vor	:Vorbemerkung
Wbl	:Wirtschaftsrechtliche blätter (Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht)
WEG	:Wohnungseigentümer-Gemeinschaft Wohnungseigentumsgesetz

WM	:Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Y.	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay
YD	:Yargıtay Dergisi
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZGR	:Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	:Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	:Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	:Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	:Zivilprozessordnung
ZZP	:Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Yargılama hukukunda birçok hüküm, taraflar ve tarafların nitelikleri hakkındadır. Taraf kim olacaktır sorusuna verilecek cevap, yargılamanın her aşamasında büyük önem arz eder. Nitekim mahkemeye başvurarak hukuki himaye talebinde bulunabilecek kimse davacı tarafında yer alacak, kendisine karşı hukuki himaye talebinde bulunulacak kimse de davalı tarafında yer alacaktır. Taraflar dava malzemesini getirecekler, davanın yürütülmesinde önemli rol oynayacaklar ve nihayet hakimde kendi menfaatlerine uygun şekilde kanaat oluşturmaya çalışacaklardır. Karar taraflara ilişkin olarak verilecektir. Kanun yollarına yine taraflar başvuracaklar ve yargılamanın sonunda verilen kararın icra edilmesini taraflar isteyeceklerdir. İşte bu sebeplerden dolayı, kimin somut hukuki uyuşmazlığın tarafı olduğunu, mümkün olduğunca doğru tespit etmek gerekecektir.

Taraf ehliyeti konusunda, Kıta Avrupa'sında, özellikle de Almanya'da önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Bu gelişim bilhassa Alman Federal Mahkemesi'nin, adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin 2001 tarihli kararından sonra başlamıştır. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Mahkemesi'nin (EuGH), birlik üyesi ülkelerin tabiiyetinde olan şirketlerin dolaşım özgürlüğüne ilişkin kararı, üye ülkelerdeki şirketlerin taraf ehliyetine ilişkin hukuki gelişimi etkilemiştir. Bu iki karar da doğrudan doğruya taraf ehliyetine ilişkindir.

Taraf ehliyetindeki değişiklikler kadar, 20. yüzyılın başından itibaren taraf kavramında ortaya çıkan değişiklikleri de göz önünde bulundurmak gerekir. Yargılamada tarafın belirlenmesinde maddi hukukun ağırlığı bu tarihten itibaren etkisini kaybetmiş, taraf kavramını açıklamada usuli kriterler ön plana çıkmıştır.

Ortaya çıkan bu gelişmeler ışığında, taraf ehliyeti konusunda önemli sorunlarla karşı karşıya kalınmıştır. Bunlardan ilki, gerçekte hak ehliyetine sahip olmayan süjelerin davadaki konumlarıdır. Gerçek ve tüzel kişiliği olmayan süjeler davada taraf olarak nasıl yer bulacaklar ve davalarını yürütebileceklerdir? Bu kapsamda, sınırlı taraf ehliyetinin mevcut olup olamayacağı da sorulabilecektir. Sınırlı taraf ehliyeti, hak

ehliyeti bulunmayan oluşum veya toplulukların yargılamadaki konumlarına ilişkindir ve değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin hak ehliyeti olmayan bir topluluğun veya oluşumun sadece davalı olabileceği kabul edilebilirken (ZPO § 50/II), davacı olması halinde taraf ehliyeti bulunmayabilir. Yine hak ehliyeti olmayan topluluklardan sadece belirli niteliklere sahip olanlara taraf ehliyeti tanınırken, bu nitelikte olmayanların taraf ehliyeti bulunmayabilir.

Bir diğer mesele de, tüzel kişilerde veya benzeri organizasyonlarda, üyeler/ortaklar arasında veya ye/ortak ile tüzel kişilik arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflarda, yani i ilişkilerde, yaşanabilecek taraf teşkili sorunlarıdır.

Taraf ehliyetinin temel haklar ile insan hakları boyutunu da vurgulamak gerekir. Sübjektif hakların etkili bir şekilde sağlanabilmesi için ilgililerin mahkeme önünde taraf olarak yer alması gerekmektedir. Temel insan hakları ile de doğrudan bağlantılı bulunan taraf ehliyeti kavramı, anayasalarda da açık bir şekilde güvence altına alınmıştır. Her bireyin hak ve taraf ehliyetine sahip olduğu, artık şüphe götürmez bir gerçektir. Bu hususun dikkate alınması ve korunması, devletin temel ödevleri arasındadır. Devlet bu koruma ile bireyin kişisel gelişimine hizmet edecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de, her bireyin mahkeme önünde taleplerini ileri sürebilme hakkından bahsedilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hak ehliyetine sahip bir oluşum olarak teşekkül etmemesine rağmen, Yunanistan'da faaliyet gösteren Katolik bir kilisenin taraf ehliyetini, EMRK' nın 6. maddesinde yer alan etkin hukuki himaye ihtiyaı ve yine EMRK' nın 9. maddesinde belirtilen din özgürlüğü prensiplerine dayanarak kabul etmiřtir¹.

Medeni yargılamada taraf ehliyeti konulu bu çalışmanın genel bölümünde, taraf ehliyetinin usul hukuku bakımından önem taşıyan noktalarına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, taraf teşkilinin anlamı ve taraf kavramına ilişkin teoriler açıklanmış, taraf ehliyetinin hak ehliyeti ile olan ilişkisi belirtilmiş ve taraf ehliyeti ile usul hukukundaki benzer kurumların arasındaki bağlantı ortaya konulmuştur. Çalışmanın genel bölümünde ayrıca, taraf ehliyetinin incelenmesi esasına ilişkin hususlar açıklanmıştır.

¹ Beys, FS für Schütze, s.117.

Tezin özel bölümünde ise, taraf ehliyetinin maddi hukuk hükümleri açısından ortaya çıkardığı sorunlar incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin Alman Hukukundaki gelişmeler etraflı bir şekilde değerlendirilmiş, yine miras ortaklığının ve kat malikleri kurulunun taraf ehliyetine ilişkin hususlar, Alman ve İsviçre Hukukundaki görünümüleriyle birlikte ele alınmıştır.

§ 1. Taraf ve Taraf Ehliyeti

A. Taraf Teşkilinin Anlamı ve İki Taraflı Sistem

Yargılama bir tarafın inisiyatifiyle başlar ve yargılamanın akışına büyük ölçüde taraflar hükmeder. Kimlerin davacı ve davalı olabileceği kanun tarafından belirlenmez ve bu konudaki keyfiyet ilgililere bırakılırsa, mahkemeler gereksiz yere meşgul edilir ve aslında taraf olamayacak kimseler arasında gereksiz davalar açılır. Ortaya çıkabilecek karmaşanın giderilmesi ve esas hakkında bir karar verilebilmesi için taraf ehliyetinin kanun tarafından belirlenmesi gerekir. Böylece yargılama sonunda alınan ilam, kendisinden beklenen fonksiyonunu yerine getirebilir. Aksi takdirde kendisine kanun tarafından taraf ehliyeti tanınmayan bir kimse veya oluşuma karşı alınan karar icra edilemeyecek ve bu karar hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

Yargılama hukukunda bütün kurallar, iki taraflı bir sistem üzerine kurulmuştur. Yargılamada talepte bulunan ve bu talebe muhatap olan bir taraf bulunacaktır. Bu kimselerin de hukuken birbirinden farklı kişiler olması gerekir¹. Dolayısıyla davacının ve davalının aynı kişi olması halinde, taraf teşkilinden bahsedilemeyecektir. Örneğin aynı işletmeye bağlı şubelerin, birbirlerine karşı dava açmaları mümkün olamayacaktır. Bununla birlikte taraflardan birinin yargılama devam ederken diğerine mirasçısı olması durumunda da, iki taraf sistemine aykırılıktan ötürü yargılama sona erecektir. Fakat yargılamada bazı hallerde tek tarafın bulunması mümkündür. Özellikle çekişmesiz yargı hallerinde tam olarak iki taraf sisteminin geçerli olduğu söylenemez. Aynı zamanda bazı durumlarda, sadece savcının taraf olduğu özel hukuk davaları da söz konusu olabilir. İki taraflı yargılama prensibi doğrultusunda, aynı yargılamada taraflardan birinin diğerinin iradi veya kanuni temsilcisi olması da, taraflar bu duruma rıza gösterebilirler dahi mümkün olamayacaktır. Fakat herhangi bir dernek üyesinin, bu derneğe karşı dava açmasında hiçbir engel bulunmamaktadır.

Tarafın yargılamada belirlenebilir olması da gerekir. Tarafın belirlenebilir olmasından anlaşılması gereken, davacının dilekçesinde kendisini ve karşı tarafı açık bir şekilde göstermesinin gerekliliğidir, aksi takdirde taraf teşkili tam olarak sağlanamıyor

¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 124.

demektir. Fakat mirasçılarının tam olarak belirlenemediği hallerde kayyım karşı açılan dava bu durumun bir istisnasıdır.

Yargılama hukukunun iki taraflı sistem üzerine kurulmuş olması, tarafların birbirinden farklı kişiler olmasının yanında, yargılamada birbirinden farklı ikiden fazla tarafın bulunmamasını da gerektirir. Yani dava iki cepheli olarak devam edecektir. Fakat bu durum aynı tarafta birden fazla kişinin bulunmasına engel değildir. Taraf harici üçüncü kişilerin yargılamaya katılımı ferî müdahale yoluyla mümkün olacaktır. Ferî müdahil davada taraf konumuna sahip değildir. İşte yargılama hukuku için büyük önemi olan taraf kavramına, açıklık getirmek gerekir.

Taraf kavramına ilişkin üç teori bulunmaktadır. Bu teorilerin genel hatları kısaca şu şekildedir:

B. Taraf Kavramı

I. Taraf Kavramına İlişkin Teoriler

1. Maddi Anlamda Taraf Teorisi

Taraf kavramına ilişkin en eski teoridir ve kaynağı Roma Hukukuna dayanır². Bu teoriyi savunan yazarlara göre, maddi hukuk anlamında hak sahibi olan, usul ilişkisinde de taraftır ve bu görüşün tabî sonucu olarak maddi hukuk ve şekli hukuk tam bir bütünlük arz eder³. Bu teoride taraf, ihtilaflı maddi hukuk ilişkisinin süjesidir⁴. Hem davacı hem de davalı açısından maddi hukuk bağlantısı gereklidir. Karar bu iki tarafa yönelik olarak verilecektir. Sıfat ve dava takip yetkisi kavramlarında örtüşme söz konusudur. İhtilaflı hukuki ilişkinin tarafı olan, davada sıfata ve takip yetkisine de sahiptir⁵. Bu bağlamda, sıfat dava şartı olarak kabul edilecektir⁶.

Maddi anlamda taraf teorisine yönelik eleştiriler de işte bu çerçevede yoğunlaşmaktadır. Tarafın gerçek anlamda ihtilaflı hukuki ilişkinin süjesi olup

² Wolfgang, s.2.

³ Deren-Yıldırım, FS für Beys, s.251; Petersen, s.1; Henckel, s.451.

⁴ Wach, s.18.

⁵ Habscheid, s.145.

⁶ Alangoya, MHAD,s.131.

olmadığının anlaşılabilmesi için, davanın esasını incelemek gerekir. Hem sıfatın dava şartı olduğunu kabul etmek, hem de davanın esasını incelemek bu noktada çelişkili bir hal ortaya koymaktadır. Maddi anlamda taraf teorisi uyarınca, sıfatın varlığını araştırmak için esastan inceleme yapılmasına rağmen, bu konuda verilecek karar, usule ilişkin olacaktır. Zira sıfat dava şartıdır. Yani tarafın kim olup kim olamayacağı konusunda davanın esasına ilişkin bir inceleme yapılacak, esasa ilişkin bir karar verilmesi gerekirken, dava usuli bir kararla sonuçlandırılacaktır.

2. Şekli Anlamda Taraf Teorisi

Almanya, İsviçre ve Türk Hukukunda, taraf kavramına ilişkin baskın görüştür ve bu görüşe göre taraf; bir davada kendi adına mahkemeden hukuki koruma talebinde bulunan ve kendisine karşı hukuki korunma talebinde bulunulandır⁷. Bu görüşe göre, davacı ve davalının ihtilaflı hukuki ilişki ile maddi bir bağlantısının bulunmasına gerek yoktur, taraf kavramından söz edebilmek için bir hak iddia eden ve kendisine karşı hak iddia edilen kimsenin olması yeterlidir⁸. Yani davacının hak sahibi olup olmadığı, davalının gerçekten bir sorumluluğun bulunup bulunmadığı taraf teşkilinde bir anlam ifade etmeyecektir⁹. Tarafı belirlemede dikkate alınacak kriter, davacının dilekçesi olacaktır. Dilekçede taraf olarak gösterilen kimseler artık o yargılamada taraf olarak kabul edileceklerdir. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında görüleceği gibi, taraf ehliyetine sahip olmasa bile, yargılama içerisinde taraf gibi değerlendirilebilecek süjeler bulunabilir¹⁰. Özellikle de, ilgili tarafın hak ehliyetine sahip olup olmadığının yargılamanın konusunu oluşturduğu davalarda bu durum ön plana çıkabilir. Hakim, taraf olarak kabul edilen kimsenin bu sığata sahip olduğuna karar verdikten sonra ona ilişkin bir hüküm tesis edecektir.

Maddi anlamda taraf kavramının açıklamakta zorluk çektiğı hususlar, şekli anlamda taraf teorisi ile açıklanabilecektir. Maddi anlamda taraf teorisinde, hak sahibi

⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.123; Jauernig, §18II; MünchKomm., Lindacher, Vor §50, Rdn.2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.253; Stein/Jonas/Bork, Vor § 50 Rdn.2.; Thomas/Putzo, Vor § 50, Rdn.2; Zöller/Vollkommer, Vor § 50 Rdn.2.

⁸ Berger, s.41; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.235.

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.235; Wieczorek/Schütze/Hausmann, Vor § 50, Rdn.8.

¹⁰ Bkz. § 2, A.

olmayanların kendi adlarına hukuki koruma istemeleri hali açıklanamamıştır¹¹. Herhangi bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitine ilişkin davalar(menfi tespit davası) bu duruma örnek gösterilebilir. Bu tür davalarda, davacı genellikle maddi hukuk bakımından herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığını hüküm altına aldirmek istemektedir. Maddi anlamda taraf teorisi menfi tespit davalarına açıklık getirememektedir. Oysa şekli anlamda taraf teorisinde, maddi anlamda hak ile dava hakkı birbirlerinden bağımsızdır ve hak sahibi olunmasa da davada taraf olabilmek mümkündür. Şekli anlamda taraf teorisi ile menfi tespit davalarındaki taraf kavramını açıklamak kolaylıkla mümkün olabilecektir¹².

3. Fonksiyonel Anlamda Taraf Teorisi

Alman Hukukunda De Boor tarafından savunulan görüştür. Yazara göre taraf, ihtilaf konusu malvarlığını idareye yetkili olan kimsedir¹³. De Boor, tarafı açıklayabilmek için malvarlığı kavramından yola çıkmış ve bu kavramını ön plana yerleştirmiştir. Yazara göre, süjelerden ziyade ihtilafli olan malvarlığı ön plandadır ve davada taraflar değişse bile ihtilaf konusu malvarlığı aynı kaldığından, ortada bir taraf değişimi yoktur¹⁴. Taraf değişimi halinde dava dilekçelerinde gerekli düzeltmelerin yapılması yeterlidir. Dolayısıyla yazar malvarlığına ilişkin davalarda tarafı, ilgili malvarlığının temsilcisi olarak görmektedir¹⁵. Yazar, teorisini ağırlıklı olarak malvarlığına ilişkin davalara dayandırmakta ve açıklamalarını da bu doğrultuda yapmaktadır. Fonksiyonel anlamda taraf teorisinde “malvarlığını idareye yetki” kavramından hareket edilmesi yanıltıcı sonuçlara sebep olabilir. Örneğin malvarlığının mülkiyeti ile malvarlığının idare edilmesi farklı kimselerde olabilir. Bu durumda yargılamada gerçek anlamda kimin taraf olduğunu tespit etmek güçleşebilir. Ayrıca bu teorinin kabul edilmesi taraf kavramının bütünlüğüne zarar verecektir. Hukuki ihtilafın

¹¹ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s.18.

¹² Alangoya, MHAD, s.133; Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 18.

¹³ De Boor,s. 52.

¹⁴ De Boor, s.52.

¹⁵ De Boor, s.53.

malvarlığına ilişkin olup olmadığı şeklinde yapılacak bir ayırım, taraf kavramının bütünlüğünü bozacaktır¹⁶.

C. Taraf Ehliyeti

I. Tarihçe

Taraf ve dava ehliyeti arasında günümüzde var olan ayırım, Roma Hukukunda ve Ortak Hukukta benimsenmemiştir. Roma Hukukunda, hak ve fiil ehliyetine birlikte sahip olmak, yasal davalar yargılamasında taraf olabilmek için gerekli bir unsurdu¹⁷. Bu durum aslında dava hakkını ihtilaf konusu haktan ayrı tutmayan görüşün bir sonucudur. Roma Hukukunda, günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi her hak ihlali halinde yargı organlarına başvurmak mümkün olmamakta, sadece önceden belirlenmiş ve müeyyideye bağlanmış belirli hak ihlallerinin varlığı, yargı organlarına başvurmayı mümkün kılmaktaydı¹⁸.

Roma Hukukunda taraf ve dava ehliyetine sahip olma, dönemlere göre farklılıklar göstermiştir. Genel olarak hak ehliyetine sahip olabilmek için; hür olmak, Roma vatandaşı olmak ve baba egemenliği¹⁹ altında bulunmamak gerekir²⁰. Legis actio'lar döneminde kölelerin ve yabancıların davada taraf olmaları mümkün değildi. Bu dönemde sadece aile babaları (pater familias) statüsünde olan erkekler (sui iuris) taraf ve dava ehliyetine sahipti, çocukların ve kadınların bu ehliyetleri bulunmamaktaydı²¹. Hür olduğunu iddia eden köle veya köle olduğu iddia edilen hür

¹⁶ Stein/Jonas/Bork, Vor § 50, Rdn.3.

¹⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, s.13; Sungurtekin-Özkan/Türkoğlu-Özdemir, s. 30.

¹⁸ Öztekin, s.336.

¹⁹ Roma vatandaşlarının aile içindeki durumları da hak ehliyeti açısından belirleyici bir unsur olmakta, Sui iuris (kendi kendisinin hakimiyeti altında) denen kişiler, hak ehliyetine sahip olmaktadır. Karadeniz- Çelebican, s.129.

²⁰ Umur, s.232; Tahiroğlu/Erdoğan, s.13; Wesel, s.203. Roma Hukukunda da kişilik doğumla başlamaktaydı. Medeni Kanun'da düzenlendiği gibi Roma Hukukunda da cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak sahibi olmaktadır. Fakat yine kişilik kazanabilmesi için, sağ ve tam doğma şartı gerekli bir şarttı. Bununla birlikte kişiliğin sona ermesi, günümüz hukuklarından farklı olarak fiziki varlığın sona ermesi ile gerçekleşmemekte; hukuki anlamda kişilik, ölüm gerçekleşmeden de kısmen veya tamamen sona erebilmekteydi. Örneğin özgürlüğün kaybı, hak ehliyetini tamamen sona erdirmekteyken, yurttaşlığın kaybedilmesi ve baba egemenliğine girilmesi ise kişiliğin kısmen kaybına sebep olmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Karadeniz- Çelebican, s.129-176.

²¹ Çocuklar, kadınlar, köleler gibi hak ehliyeti bulunmayan kimselere genel olarak "alieni iuris" adı verilmekteydi. Augustus zamanında Roma'da yaşayan bir milyon kişinin sadece yüzde onu, "sui iuris" statüsüne sahipti. Wesel, s. 203.

şahıs bile, bu konuda karar verilecek davada taraf olamaz, onun yerine dava ehliyetine sahip başka bir şahıs (adsertor libertatis: hürriyet savunucusu) bulunurdu²².

Formula usulü ise, sınırları genişleyen Roma İmparatorluğunda, yabancılara ilişkin ihtilafların giderek artması sonucunda ortaya çıkmıştır. Legis actiolar döneminden farklı olarak, bu dönemde Roma vatandaşı haricindeki kimselerin de belirli konularda taraf ve dava ehliyetine sahip olacakları kabul edilmiştir²³. Bu kimselerin yanında aile evlatlarının da sınırlı konularda, özellikle de borçlarından ötürü pasif dava ehliyetine sahip olacakları, legis actiolar usulünden farklı olarak kabul görmüştür²⁴. Egemenlik altındaki kızların ve manus²⁵ altındaki kadınların dava ehliyetleri bulunmamaktaydı²⁶. Formula usulünde dikkat çeken başka bir nokta da, bir ferдин kendi şahsını ilgilendirmeyen fakat toplumun genelini ilgilendiren bir menfaat dolayısıyla dava açma hakkına sahip olabilmesiydi (actiones populares)²⁷.

Roma Hukukunda tüzel kişilik kavramı çok geç doğmuş ve bir sistem olarak gelişmemiştir²⁸. Bu hukukta tüzel kişilik kavramı ve tüzel kişilere ilişkin kuramlar Ortaçağ'dan itibaren oluşturulmuş ve çeşitli tüzel kişi sınıflandırmaları yapılmıştır²⁹. Her ne kadar bugün anladığımız şekilde bir tüzel kişilik kavramı Roma Hukukunda bulunmasa da, Roma'da ilk kuruluş yıllarından itibaren tüzel kişilik benzeri birliktelikler mevcuttu. Bunlardan ilki, Roma devletidir (Populus Romanus)³⁰. Roma devletinin, kendisini oluşturan yurttaşlardan farklı bir kişiliği bulunmaktaydı³¹. Roma devletinin yanında, özel hukuk alanında faaliyet gösteren, kendilerine hukuki bakımdan şahsiyet tanınmış bir takım şahıs topluluklarına rastlanmıştır. Bunlardan ilki, esnaf ve zanaatkarlarla, tüccarların kurdukları Collegium adı verilen birlikteliklerdi³². Diğer ise, Sodalitas adı verilen dini derneklerdi. Dikkat çeken bir diğer husus da Iustinianus

²² Umur, s.232; Tahiroğlu/Erdoğan, s.13.

²³ Tahiroğlu/Erdoğan, s.19.

²⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, s.19; Karadeniz-Çelebican, s.294.

²⁵ Roma Hukukunda, kadının evlenmesi ile kendi babasının egemenliğinden çıkarak kocasının veya kocasının babasının egemenliği altına girmesi haline "manus" adı verilmekteydi. "Manus" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz-Çelebican, s. 159-160.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker/Ayter, s. 309 vd.

²⁷ Umur, s. 248.

²⁸ Leonhard, s.19.

²⁹ Karadeniz-Çelebican, s. 172.

³⁰ Umur, s.179.

³¹ Karadeniz-Çelebican, s. 173.

³² Karadeniz-Çelebican, s. 174.

zamanında, terekenin mirasçılara tam olarak geçmediği zaman diliminde, terekeye hukuki bakımdan bir çeşit kişilik tanınmış olmasıydı³³.

Mecelle’de taraf ehliyeti, hak ehliyetine paralel bir şekilde düzenlenmiş ve herkesin taraf ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir³⁴. İslam Hukuku temeline dayalı Mecelle’de hak ehliyeti, doğumla başlamaktadır. Cenin de sağ ve tam doğmak şartıyla, sınırlı da olsa hak ehliyetine sahiptir³⁵. İslam Hukukunda tüzel kişilik kavramı açık bir şekilde düzenlenmese de, belirli mal ve şahıs topluluklarının, onları oluşturan kişilerden ayrı bir şahsiyetleri olduğu kabul edilmiştir³⁶. Bu kurumlara örnek olarak, devlet, devlet hazinesi ve vakıflar gösterilebilir³⁷.

1877 tarihli Alman Usul Kanunu’nda da, taraf ehliyeti ayrıca düzenlenen bir kurum değildi. Alman Usul Kanunu’nun taraf ehliyetine ilişkin 50. maddesinin bugünkü hali, 1900 yılında kanunda yapılan değişiklik ile düzenlenmiştir.

II. Taraf Ehliyeti Kavramı ve Fonksiyonu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun üçüncü fasıl birinci kısmını kapsayan kanun maddelerinin başlığı tarafların ehliyetidir. Bu hükümlerde açıkça taraf ehliyeti kavramı tanımlanmamış, 38. maddede “*davaya ehliyet Kanunu Medeni ile tayin olunmuştur*” ibaresine yer verilmiştir³⁸. Bu maddedeki davaya ehliyet ibaresi ile taraf ehliyetinden ziyade dava ehliyeti ön plana çıkarılmış ve dava ehliyeti konusunda Medeni Kanuna atıf yapılmıştır. Taraf ehliyetinin belirlenmesinde Alman Medeni Usul Kanunu ve mehzaz Nöşatel Medeni Usul Kanunu da Medeni Kanunlarına gönderme yapmıştır³⁹. Taraf ehliyetinin hak ehliyeti ile olan ilişkisi aşağıda incelenecektir⁴⁰.

³³ Karadeniz-Çelebican, s. 174.

³⁴ Kaşıkçı, s.297.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s.227 vd.

³⁶ Aydın, s.244.

³⁷ Kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s.244-247.

³⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın 56. maddesi, taraf ehliyeti başlığını taşımakta ve medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların, davada taraf ehliyetine de sahip olduğu belirtilmektedir.

³⁹ § 50 ZPO; CPC, 32.

⁴⁰ Bkz. §1,D.

Burada hak ehliyeti ile olan bağlantısı incelenmeden, taraf ehliyeti kavramı açıklanacaktır.

Taraf ehliyeti, usul ilişkisinin süjesi olma ehliyetidir⁴¹. Yargılamanın başlamasıyla kurulan usul ilişkisinde gerekli işlemleri gerçekleştirmeye yetkili kimseler, taraf ehliyetine sahip olanlardır⁴². Daha uygun bir şekilde söylemek gerekirse taraf ehliyeti, yargılamanın aktif ve pasif tarafı olabilecek niteliklere sahip olabilmektir⁴³. Hukuk düzeninin, kendisine davacı ve davalı olabilme yetkinliği tanıdığı kimselerin taraf ehliyeti vardır. Taraf ehliyetinin varlığı usul hukuku ilişkisinin kurulmasıyla başladığından, usul hukuku ilişkisi kavramına kısaca açıklık getirmek gerekir.

Usul hukuku ilişkisi, davanın açılması ile başlar ve nihai kararlar sona erer⁴⁴. Usul hukuku ilişkisinin süjeleri taraflar ve mahkemedir. Usul hukuku ilişkisinin kurulmasıyla mahkeme, davacı ve davalı arasında üçlü bir ilişki oluşur⁴⁵. Usul ilişkisi kavramı ile çok sayıda ve birbirini takip ve tamamlayan işlemlerden oluşan davayı, bir bütün olarak anlayabilme kolaylığı sağlanmıştır⁴⁶.

Alman Hukukunda taraf ehliyeti kavramının kapsamı konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Genel bir taraf ehliyeti tanımının yeterli olduğunu savunan bir görüş bulunduğu gibi, her somut olay için farklı taraf ehliyeti kavramının tarif edilebileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu bağlamda taraf ehliyetinin nispileştirilmesi ve mutlak olarak kabul edilmesi konusunda iki görüş bulunmaktadır. Taraf ehliyetinin nispileliği görüşü bu kavramın usuli bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Hak ehliyeti bulunmasa da herhangi bir topluluğa taraf ehliyeti tanımak, maddi hukukla usul hukukun birbirinden farklılığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla hak ehliyetine sahip olanların her halükarda taraf ehliyetine sahip olduğu söylenemeyecektir⁴⁷. Nispileştirme görüşünün temeli, Alman Usul Kanunu'nun 50.

⁴¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.125; Rosenberg/Schwab/Gottwald s.252.

⁴² Guldener,s.125.

⁴³ Münch.Kom. Lindacher § 50, Rdn. 1.

⁴⁴ Üstündağ,Usul,s.287.

⁴⁵ Habscheid, §2 IV.

⁴⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.40.

⁴⁷ Furtak, s.32.

maddesinin ikinci fıkrasına dayanır⁴⁸. Hak ehliyeti olmayan toplulukların davacı veya davalı olmalarına göre taraf ehliyetinin varlığı değişmektedir. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; hak ehliyeti olmayan toplulukların pasif taraf ehliyeti vardır. Aktif dava ehliyeti tanınmamasına rağmen, bu topluluklar davalı olabilecektir. Davacı olamamalarına rağmen, kanun tarafından pasif taraf ehliyeti tanınması, üçüncü kişilerin haklarını koruma amaçlıdır⁴⁹. Böylece, hak ehliyeti olmayan topluluklardan alacağı olan veya bu toplulukların bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteyen kimse, bu topluluğa karşı dava açabilecek ve aldığı ilamı icraya koyabilecektir.

Taraf ehliyetinin nispileştirilmesi, hukuk güvenliği açısından sorunları beraberinde getirebilir. Her şart ve koşula göre değişen bir taraf ehliyeti, hukuk güvenliğini tehlikeye atabilir. Bu açıdan taraf ehliyeti kavramının tipikleştirilmesi ve standartlaştırılması gerekir. Böylece kimlerin hak ve taraf ehliyetine sahip olacakları açıkça belirlenebilecektir.

Taraf ehliyetinin fonksiyonunu taraf kavramından bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir⁵⁰. Eğer maddi anlamda taraf kavramı kabul edilirse, ihtilaflı hak ile usul hukukunun süjesi aynı kimse olacak; bu durum ise, taraf ehliyetinin fonksiyonunu daraltacaktır. Fakat şekli anlamda taraf ehliyetinin kabulü halinde maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimse dahi taraf ehliyetine sahip olabilecek ve taraf ehliyetinin fonksiyonu genişleyecektir. Genel olarak taraf ehliyetine sahip olan kimse, dava ehliyetine de sahip olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, taraf ehliyetinin davayı yürütmeyi sağlayan dolaylı bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bununla birlikte, taraf ehliyetinin, sınırlandırma ve koordinasyon sağlama fonksiyonları da bulunmaktadır⁵¹. Taraf ehliyetinin koordinasyon fonksiyonu, yargılama ve icra safhasında ortaya çıkmaktadır. Yargılama sonunda alınan kararın icra edilebilir olması için yargılamaya katılan kimselerin hukukun taraf olarak tanıdığı, yani taraf ehliyetine sahip kimseler olması gerekir⁵². Ancak bu sayede yargılama ve icra safhası arasında eşgüdüm sağlanacaktır. Taraf ehliyetinin sınırlandırıcı fonksiyonu ise, taraf ehliyetinin davanın

⁴⁸ Habscheid, AcP 155 (1956),s. 412.

⁴⁹ Furtak, s.32.

⁵⁰ Hess, s.277.

⁵¹ Hess, s.282.

⁵² Hess, s.284.

esasına girme şartlarından biri olarak kabul edilmesinden ötürü ortaya çıkmaktadır. Taraf ehliyetinin eksikliği halinde davanın esasına girilemeyecek ve dava esasa girmeden usuli bir kararla sona erecektir. Böylelikle mahkeme, davanın esasına ilişkin etraflı bir inceleme yapmadan, sınırlı bir inceleme ile davayı sonlandıracaktır.

Düzeltilmesi mümkün olmayan taraf ehliyeti eksikliği halinde, esas hakkında incelemeye ihtiyaç kalmadan usuli bir kararla yargılamanın sona ermesi, hakimin davadan elini çekmesini gerektirecektir. Böylelikle hakim, işin esasını incelemeyi yargılamayı sonlandıracak, esasa ilişkin incelemenin yaratacağı sıkıntıları bertaraf ederek, gereksiz usuli işlemlere engel olabilecektir (Entlastungsfunktion)⁵³. Bu halde, taraf ehliyetsizin açtığı bir davaya muhatap olan taraf da esasa ilişkin bir savunma yapmaktan kurtulacaktır. Taraf ehliyeti eksikliğinin dava şartı olarak incelenmesi çalışmanın ilerideki bölümünde yapılacaktır⁵⁴.

D. Taraf Ehliyeti ve Hak Ehliyeti İlişkisi

I. Genel Olarak

Hak ehliyetinin tanımı Medeni Kanunumuzda açıkça yapılmamış, her insanın hak ehliyetine sahip olduğu 8. maddede belirtilmek suretiyle, hak ehliyetinin kapsamı ortaya konulmuştur. Aslında hak ehliyeti, gerçek ve tüzel kişilere hukuk kuralları tarafından tanınan bir haktır⁵⁵. Bu kurallar iç hukuk normları olabileceği gibi milletlerarası hukuk normları da olabilir. Hak ehliyetine ilişkin milletlerarası hukuk

⁵³ Pilger, s. 718; Münch.Kom. Lindacher, § 50, Rdn.2.

⁵⁴ Bkz. §2,C.

⁵⁵ Bazı toplumlarda objelere de kişilik kazandırılarak taraf ehliyeti bahşedilmektedir. Özellikle kültür varlıklarına hatta bu nitelikte olmayan objelere dahi hukuki kişilik tanınmakta ve dava açma hakkı verilmektedir. Örneğin Batı Afrika'da (Gana, Nijerya) ağaç kökü ve deri, teamül hukukuna göre hukuk süjesi olarak dava hakkına sahiptir. Yine İngiliz mahkemeleri önünde görülen bir olayda, bir seri bronz Hindu ikonunun (Parthur bronzları) parçası olan ve Siva Nataraja olarak bilinen ikon, gömüldüğü tapınak alanından çıkarılarak, yurt dışına götürülmüş ve bir İngiliz vatandaşı tarafından satın alınmıştır. Daha sonra bu ikona İngiliz polisi tarafından el konulması üzerine, ikonu alan İngiliz vatandaşı polis aleyhine dava açmış ve bu davaya beş kişi daha davacı olarak katılmıştır. Bu davacılardan birisi de ikonun kendisidir. Diğer örnekler için bkz. Özel, Kültür Varlıkları, s. 269- 272. Doktrinde, kültür varlıklarının ait oldukları toplumda büründükleri kutsallık ve hukuk süjesi olma özelliği dolayısıyla diğer hukuk sistemlerinde de hukuk süjesi olma niteliklerini devam ettirmeleri gerektiği ve bu tür objelerin taraf ehliyetinin lex fori değerlendirmeye tabi tutulmadan kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Özel, Kültür Varlıkları, s.271.

kuralların en önemlisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde; herkesin hak ehliyetine sahip olduğu belirtilmiş, yine benzer hükümler Sivil ve Politik Haklar Hakkında Uluslararası Pakt'ın 16. maddesinde yer bulmuştur. Bununla birlikte gerçek kişilerin hak ehliyetine sahip olabileceği kuralı, her dönemde mutlak olarak kabul edilen bir ilke olmamıştır. Örneğin, 19.yüzyılın ortalarına kadar Fransa'da müebbet hapis cezası alanlar “hukuki ölü” olarak kabul edilmekteydi⁵⁶. Nasyonal sosyalizm döneminde de Almanya'da Yahudi kökenli vatandaşların hak ehliyeti bulunmamaktaydı ve Yahudi Alman vatandaşlarının “vatandaşlık ölümü”⁵⁷ (bürgerlicher Tod) adı verilen hukuki statüleri mevcuttu. Zaman içerisinde ortaya çıkan olumsuz örneklerle engel olmak amacıyla, uluslararası düzenlemelerle gerçek kişilerin hak ehliyetleri güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte hukuk düzeni tarafından zorunlu olarak, kişilerin hak ehliyetine bazı kısıtlamalar getirilebilir. Fakat hak ehliyetine getirilecek kısıtlamaların din, dil, ırk gibi konularda ayrımcılığa sebep olmayacak şekilde, objektif nedenlere dayanması gerekir⁵⁸.

Bu noktada değinilmesi gereken başka bir husus, hak ehliyeti kavramının soyut bir kavram olması, gerçek ve tüzel kişiler gibi farklı sùjeleri tek bir dogmatik kategoride birleştirebilmesidir⁵⁹. Böylece gerçek ve tüzel kişiler arasında, hak ehliyetinin kapsamı bakımından, insani özellikler hariç, bir farklılık bulunmamaktadır.

Taraf ehliyetinin, hak ehliyeti ile olan bağlantısı, hukukumuzda ve mukayeseli hukukta, usul kanunlarının medeni kanunlara yaptığı atıfla başlar. Usul kanunlarının genel eğilimi, hak ehliyeti olan sùjelerin, taraf ehliyetine de sahip olduğu yönündedir. Fakat bu sıkı bağlantı, Alman Hukukunda, hak ehliyeti olmayan adi şirkete sınırlı taraf ehliyeti tanıyan Federal Mahkeme kararı ile sorgulanmaya başlanmıştır. Bundan sonraki kısımda bu ilişkinin mukayeseli hukuktaki görünümü üzerinde durulacaktır.

⁵⁶ Lehmann, AcP 207 (2007), s. 228.

⁵⁷ “Vatandaşlık ölümü”, ölüm cezasını gerektirecek nitelikte suç işleyen kimsenin, cezasını ağırlaştırmak için Avrupa'da 19.yüzyılın başına kadar kullanılan hukuki durumu ifade etmekteydi. Bu hukuki statüdeki kimseler, fiziki olarak yaşamalarına rağmen, hukuken hiçbir şekilde varlıkları kabul edilmemekteydi. Kısaca “vatandaşlık ölümü” gerçekleşen bir kimsenin, hak ehliyeti bulunmamakta, mevcut evliğı ve akrabalık ilişkisi ortadan kaldırılmakta, tanık olabilme ve hukuki ilişkilerde bulunma hakkı da sona ermekteydi. <http://de.wikipedia.org/wiki/>

⁵⁸ Hak ehliyetine getirilecek bu sınırlamalar yaş, cinsiyet, evlilik, yabancılık gibi sebeplere bağılı olabilir. Helvacı,s.21; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,Kişiler Hukuku,s.35.

⁵⁹ Lehmann, AcP 207 (2007), s. 236.

II. Alman Hukukunda

Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 50. maddesinin ilk fıkrasına göre; hak ehliyeti sahibi, taraf ehliyetine de sahiptir. Yapılan bu atfa dayanarak, hak ehliyeti ile taraf ehliyetinin büyük benzerlik gösterdiği ve paralel gittiği⁶⁰; taraf ehliyetinin, hak ehliyetinin usul hukukundaki görünümü olduğu⁶¹; hak ehliyeti sahibinin, taraf ehliyetine de sahip olmasının eşyanın tabiatına uygun olduğu, zira maddi hukuk anlamında hakkı zedelenen kimsenin, bu hakkını korumak için gerekli savunma vasıtalarına başvurabileceği⁶² şeklindeki görüşler, Alman Hukukunda genel eğilim olarak ortaya konulmuştur. Bu görüşlerin doğal sonucu olarak, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen hukuk sùjeleri sadece gerçek ve tüzel kişilerdir ve dolayısıyla sadece bu kişiler taraf ehliyetine sahiptir.

Genel görüşün aksine, hak ve taraf ehliyeti arasındaki ilişkiyi bu yoğunlukta görmeyen farklı bir görüşe göre; § 50/1 ZPO'da, hak ehliyetine sahip olanların taraf ehliyetine de sahip olacağı belirtilmiş, fakat bu maddede "sadece" ibaresi kullanılmadığı için, hak ehliyetine sahip olmayanların da, taraf ehliyetine sahip olabilmeleri mümkün görülmüştür⁶³. Aynı zamanda bu hükmün mefhumu muhalifinden, taraf ehliyetine sahip olabilmek için zorunlu olarak hak ehliyetine sahip olunması gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır⁶⁴. Bu bağlamda kısmi hak ehliyetine sahip olan hukuk sùjelerinin de taraf ehliyeti olduğu kabul edilerek, bunlara davacı ve davalı olabilme imkanı sağlanmalı ve böylelikle bu tür sùjelerin hukuki menfaatleri teminat altına alınmalıdır⁶⁵.

Hak ehliyeti ile taraf ehliyeti arasındaki bağlantının çok sıkı olmadığını savunan başka bir görüş ise, taraf ehliyetini hak ehliyetinden ayırmak gerektiği, zira kanun koyucunun başlı başına taraf ehliyetini düzenlediğini ve taraf ehliyeti konusunda hak ehliyetine yapılan atfın sadece teknik bir husus olduğunu belirtmiştir⁶⁶. Bu görüş gereğince, hak ehliyetine yapılan atf, pratik sebeplere dayanır ve taraf ehliyetinin

⁶⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.252.

⁶¹ Schellhammer,s.563.

⁶² MünchKomm.,Lindacher, § 50, Rdn. 3;Thomas/Putzo, § 50,Rdn. 1.

⁶³ Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 50, Rdn. 3.

⁶⁴ Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 50, Rdn. 3.

⁶⁵ MünchKomm.,Lindacher, § 50, Rdn.4.

⁶⁶ Pagenstecher, ZZP 64 (1951) s.253.

belirlenmesi şartlarını kolaylaştırır⁶⁷. Genel olarak benzer veya aynı nitelikteki hukuki kavramlara yapılan bu tür atıflar, karışık tekrarların önüne geçilmesinde yardımcı olmaktadır.

Alman Hukukunda genellikle taraf ehliyeti, usuli hak ehliyeti olarak görülür, fakat bu görüş yanıltıcıdır. Çünkü paralellik, sadece yargılamada süjeliğin kabulü için söz konusu olabilecek, fakat hak sahibi olmak açısından bir paralellikten bahsedilemeyecektir⁶⁸. Buradan anlaşılması gereken, hak ehliyetine sahip olmanın taraf ehliyetine sahip olmak için yeterli olduğu, fakat hak ehliyeti olmayan süjelerin de taraf ehliyetinden bahsedilebileceğidir.

Genel görüşü savunan yazarlar bile, hak ehliyeti ve taraf ehliyeti arasındaki sıkı bağın şekli anlamda taraf teorisiyle birlikte sorgulanmaya başlandığını belirtmişlerdir. Buna göre, hak ehliyetine sahip olan kimselerin taraf ehliyeti olmakla birlikte, taraf ehliyetinin sadece hak ehliyetinden ibaret olmayacağının kabulü gerekir⁶⁹.

Alman Hukukunda, hak ehliyeti ve taraf ehliyeti kavramları arasındaki farklılığın en fazla ön plana çıktığı nokta, hak ehliyeti olmayan toplulukların taraf ehliyetine ilişkin sorunlardır. ZPO § 50/II'de bu tür oluşumların, pasif taraf ehliyetlerinin varlığı kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, taraf ehliyeti “usuli” bir kavramdır, fakat içeriği maddi hukukça doldurulur⁷⁰. Taraf ehliyeti, usul hukukunun ihtiyaçları bakımından kendi yolunu çizer. Somut olayda, maddi hukuka ilişkin belirsizlikler, taraf ehliyetinin usuli bir kavram olmasından yola çıkarak çözümlenmelidir⁷¹. Bu bağlamda maddi hukuktaki değişiklikler usuli bakış açısı dikkate alınarak değerlendirilir.

⁶⁷ Pagenstecher, ZZP 64 (1951) s.253.

⁶⁸ Furtak, s.23 – 24.

⁶⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.252.

⁷⁰ Furtak, s.25.

⁷¹ Furtak, s.25-26.

III. İsviçre Hukukunda

Alman Hukukunda olduğu gibi İsviçre Hukukunda da genel görüş, taraf ehliyetinin, hak ehliyetinin usuli açıdan benzeri veya kopyası olduğu yönündedir⁷². Fakat bu hukuk düzeninde de, taraf ehliyetinin hak ehliyetinden daha kapsamlı olduğu, hak ehliyeti olmayan bazı hukuki süjelere de taraf ehliyeti tanınması gerektiği belirtilmiştir. Sıfatın yani maddi hukuktaki hak sahipliğinin, bir davada taraf ehliyetine sahip olabilmek için gerekli bir unsur olarak arandığı hallerde, hak ehliyetine sahip olmayan süjeler taraf ehliyetine de sahip olamayacaktır.

Hak ehliyeti ile taraf ehliyeti arasında var olan sıkı bağ zamanla zayıflamış ve İsviçre Hukukunda taraf ehliyeti kavramı, hak ehliyeti olmayanları da kapsayacak şekilde genişlemiştir. Böylelikle hak ehliyeti olmayan süjelere de taraf ehliyeti tanınması görüşü ön plana çıkmaya başlamıştır⁷³. Bu kapsamda değerlendirmek gerekirse, Türk Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda kollektif ve komandit şirketin hak ehliyeti bulunmamasına rağmen taraf ehliyetinin varlığı kabul edilmektedir. Kollektif ve komandit şirket, kendi adına dava açabilecek veya onlara karşı da dava açılabilir⁷⁴.

Hak ehliyeti olmayan süjelerin de, usul ilişkisinde taraf olarak yer alabileceği, genellikle pratik sebeplerden dolayı kabul edilen bir görüştür⁷⁵. Bu görüş savunucularına göre, usul hukukunda, medeni hukukta olduğu gibi, kavramlara sıkı bir bağlılıktan söz edilmeyebilir⁷⁶. Dolayısıyla sadece gerçek ve tüzel kişilere taraf ehliyeti tanınmak yeterli olmayacaktır.

Hak ehliyeti olmamasına rağmen, taraf ehliyetinin varlığı kabul edilen hukuk süjeleri için İsviçre doktrininde “sınırlı taraf ehliyetli” kavramı kullanılmaktadır⁷⁷. Bu

⁷² Bucher, Art. 11, Rdn. 3; Bühler/Eselmann/Killer, § 47, Rdn. 1; Kellerhals/Güngerlich/Beger, s. 63; Vogel/Spühler, s. 135; Walder/Richli, s. 129.

⁷³ Bucher, Art. 11, Rdn. 25; Häfliger, s. 10.

⁷⁴ Walder/Richli, s. 130.

⁷⁵ Häfliger, s. 10.

⁷⁶ Häfliger, s. 10.

⁷⁷ Studer/Rüegg/Eiholzer, § 44 Rdn. 3.

tür süjeler, diğer usuli şartları sağlamak şartıyla, esasa ilişkin bir karar elde edebilme hakkına sahip olabilirler⁷⁸.

E. Taraf Ehliyeti İle Usul Hukukundaki Benzer Kurumların İlişkisi

I. Taraf Ehliyeti ve Dava Ehliyeti

Davanın açılması ile başlayan usul hukuku ilişkisinin yürütülebilmesi için, dava ehliyeti gerekli bir şarttır. Dava ehliyeti, bir hukuk süjesinin, kendisi tarafından veya kendisince belirlenen bir usuli temsilci tarafından yargılamayı yürütebilmesidir⁷⁹. Bunun anlamı, tarafın bütün usuli işlemlerini, kendisi veya belirlediği bir temsilcisi vasıtasıyla yerine getirmesi, usuli işlemlerini yürütebilmesi için kanuni bir temsilciye ihtiyacının olmamasıdır⁸⁰. Bu şekilde tanımlanan dava ehliyetinin iki önemli fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, davada esasa ilişkin bir karar verilebilmesi için dava ehliyetinin gerekliliğidir. Esas hakkında bir karar verilebilmesi için hem davacının hem de davalının dava ehliyetine sahip olması gereklidir⁸¹. Dava ehliyeti, usul hukuku ilişkisi süresince var olmalıdır. Aslında, tarafların yargılama ile ulaşmak istedikleri nokta, esasa ilişkin bir karar alabilmektir. Taraflar bu karara ulaşabilmek için, usuli işlemler yaparlar. İşte dava ehliyetinin diğer bir fonksiyonu da, dava ehliyetinin usuli işlem yapabilmenin şartlarından biri olmasıdır. Bütün usuli işlemler, dava ehliyetine sahip olan taraflarca gerçekleştirilebilir⁸². Taraflar, her usuli işlemin gerçekleştirilmesi anında dava ehliyetine sahip olmalıdır.

Dava ehliyeti, Medeni Usul Kanunumuzun 38. maddesinde düzenlenmiş ve bu madde gereğince dava ehliyetinin Medeni Kanun hükümlerine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Dava ehliyeti, Medeni Kanun'da düzenlenen fiil ehliyetinin

⁷⁸ Häfliger, s.5.

⁷⁹ MünchKomm.,Lindacher,§§51,52,Rdn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.262; Stein/Jonas/Bork, § 51 Rdn.1;Thomas/Putzo, § 51,Rdn.2; Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 52, Rdn.1.

⁸⁰ MünchKomm/Lindacher,§ 51,52 Rdn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald s.262;Stein/Jonas/Bork, § 51, Rdn.1; Thomas/Putzo, § 51, Rdn. 2;

⁸¹ Oda, s.1.

⁸² Oda, s.2.

karşılığıdır⁸³. Dava ehliyetini, “usuli fiil ehliyeti” olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır⁸⁴. Doktrinde farklı bir görüş olarak, dava ehliyeti ile fiil ehliyetinin örtüşmeyeceği de savunulmuştur⁸⁵. Bu görüş gereğince, dava ehliyeti, fiil ehliyetinden daha geniş bir anlam ifade edebilir yani fiil ehliyeti olmayan bir kimse de dava ehliyetine sahip olabilir.

Alman Usul Kanunu’nun 52. maddesine göre dava ehliyetine sahip olabilecek kimseler, sözleşme ile yükümlülük altına girebilecek olan kimselerdir. Tam ehliyetliler, dava ehliyetine sahipken, sınırlı ehliyetliler ve tam ehliyetsizler, dava ehliyetine sahip değildirler. Bu kimseler, davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler. Kanun koyucu, tarafların yargılamada dava ehliyetine sahip olması koşulunu getirerek, usuli işlemleri güvence altına almak istemiş ve ayrıca dava ehliyeti bulunmayan kimselerin yargılamada karşılaşılabileceği olumsuzlukları bertaraf etmeyi amaçlamıştır⁸⁶. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, usul hukukunda “sınırlı dava ehliyetinden” söz edilemez⁸⁷.

II. Taraf Ehliyeti ve Sıfat

Sıfat, tarafın, subjektif hakla olan ilişkisini ortaya koymaktadır⁸⁸. Davanın esas bakımından neticelendirilebilmesi için, dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen kişilerin, o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarını haiz olması gerekir⁸⁹.

Sıfat, medeni hukuktaki tasarruf ehliyeti kavramına denk düşer⁹⁰. Tasarruf ehliyeti, bir şahıs ile bir hak, özellikle de bir mamelek arasındaki ilişkiyi ifade eder⁹¹. Bu bağlamda sıfat kavramı doğrudan doğruya maddi hukuka ilişkindir⁹². Başka bir ifade

⁸³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.127;Kuru, Usul,C. 1,s.1027;Üstündağ,Usul,s.291.

⁸⁴ Reich, s.32;Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.262.

⁸⁵ Reich, s.32; Yenice, Dava Yeterliliği, s.1183.

⁸⁶ Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 52, Rdn. 5.

⁸⁷ MünchKomm.,Lindacher,§ 51,52 Rdn.4;Stein/Jonas/Bork, § 51, Rdn.2; Zöller/Vollkommer, §52, Rdn.8.

⁸⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.133.

⁸⁹ Kuru, Dava Şartları, s. 168.

⁹⁰ Üstündağ, Usul, s.301.

⁹¹ Üstündağ, Usul, s.301.

⁹² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.133.

ile, davacı ve davalı olabilmek için dava konusu ile taraflar arasında bir ilişkinin varlığı gereklidir⁹³.

Tarafların sıfatını araştırmak için davanın esasını incelemek gerekeceğinden, sıfat bir dava şartı olarak kabul edilemeyecektir⁹⁴. Bu sebeple, yargılamada taraflardan birinin sıfatının bulunmaması halinde verilecek karar da, usuli bir karar olmayıp davanın esasına ilişkin bir karar olacaktır⁹⁵. Taraf ehliyeti ve sıfatın birbirinden ayrıldığı nokta da burada kendini göstermektedir. Taraf ehliyeti, bir dava şartıdır oysa sıfat davanın esasına ilişkindir. Sıfat itiraz sebebidir. Taraf ehliyeti usuli bir kavram olmasına rağmen, sıfat, hakkın özü ile ilgilendiğinden, maddi hukuka ilişkin bir kavramdır.

Sıfatın taraf ehliyeti ile karıştırıldığı, bu iki kavramın birbiri ile aynı anlamda kullanıldığı Yargıtay kararları bulunmaktadır⁹⁶. Yargıtay genellikle “husumet” genel başlığı altında, dava takip yetkisini, dava ehliyetini, taraf ehliyetini ve sıfatı iç içe geçmiş bir şekilde kullanmaktadır.

İsviçre Hukukunda, taraf ehliyeti ve sıfat kavramlarının birbirinden tamamıyla bağımsız kavramlar olmadığı ve sıfatın, taraf ehliyetinin soyut özelliklerini somutlaştıran bir niteliği olduğunu ileri sürülmüştür⁹⁷. Bu görüşe göre, somut olaydaki tüm ilgililer yani ihtilaf konusu hukuki ilişkinin yanları, yargılamada taraf ehliyeti sahibi kimselerdir. Häfliger’e göre, sıfat usuli bir kavram olarak değerlendirilebilir, zira maddi hukuktaki hak sahipliğinin usul hukukundaki görünümü sıfattır, fakat bu düşünceden sıfatın asla bir dava şartı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır; yazar sıfatı sadece esasa ilişkin karar vermek için cevaplandırılması gereken bir soru olarak görmektedir⁹⁸.

⁹³ Üstündağ, Usul, s.301.

⁹⁴ Doktrinde Postacıoğlu ve Bilge/Önen tarafından sıfatın dava şartı olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Postacıoğlu, Usul, s.219; Bilge/Önen, s.411.

⁹⁵ Kuru, Dava Şartları, s.170; Üstündağ, Usul, s.306.

⁹⁶ Yarg.18.HD E.4688 K.5394, t.28.06.2004, YKD 2004, S.12, s.1857; 10. HD. E.2003-10175, K. 2004-605, t. 29.01.2004, YKD 2004, S.10, s.1539.

⁹⁷ Häfliger, s. 33, dp.106’da anılan Holenstein, Pillichody.

⁹⁸ s.35.

III. Taraf Ehliyeti ve Dava Takip Yetkisi

Dava takip yetkisinin tarihi gelişimi, taraf kavramı hakkındaki teorilerin gelişimi ile yakından ilgilidir⁹⁹. Dava takip yetkisi, şekli anlamda taraf kavramının ortaya çıkması ve bu kavramın egemen bir nitelik kazanması ile gündeme gelmiştir. Subjektif bir hakkın sahibi, her zaman, bu hakkın konu edildiği bir uyuşmazlıkta yargılamanın tarafı olamayabilir. Yani sıfatla, dava takip yetkisi örtüşmeyebilir¹⁰⁰. Bazen subjektif bir hak sahibi olunmamasına rağmen davada taraf olunabilmekte ve usuli işlemler yapılabilir. İşte şekli anlamda taraf kavramının kabulü ile sıfatla dava takip yetkisi arasındaki farklılık daha kolay açıklanabilmektedir.

Dava takip yetkisi, somut usuli talebe ilişkin davayı taraf olarak yürütme ehliyetidir¹⁰¹. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, dava takip yetkisi, davada taraf olan kişinin o davayı kendi adına yürütebilme ve kendi adına esas hakkında hüküm alabilme yetkisidir¹⁰². Burada altı çizilmesi gereken nokta, “esas hakkında hüküm alabilme” yetkisidir. Dava takip yetkisine sahip olan kimse, esas hakkındaki hükme ulaşabilmesi için gerekli bütün usuli işlemleri yapabilecektir.

Taraf ve dava ehliyetinin dava takip yetkisi ile olan ilişkisi, hak ve fiil ehliyetinin tasarruf yetkisi ile olan ilişkisi gibidir¹⁰³. Tasarruf yetkisi, hakka doğrudan doğruya etki yapabilme gücüdür¹⁰⁴. Genel olarak tasarruf yetkisi, hakkın sahibine aittir. Fakat her zaman hak sahipliği ve tasarruf yetkisi kavramları üst üste gelmeyebilir¹⁰⁵. Bu durumda hak sahibi ile hakkın konusu olan şey arasındaki hukuki bağ zayıftır¹⁰⁶. Böyle durumlarda hakkın konusunu oluşturan şey dava konusu olursa, davayı hak sahibi değil, dava takip yetkisine sahip olan kimseler yürütebilecektir. Bu duruma örnek olarak, iflas idaresinin ve vasiyeti tenfiz memurlarının davadaki durumları gösterilebilir.

⁹⁹ MünchKomm.,Lindacher, Vor § 50, Rdn.41.

¹⁰⁰ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 23, dp.63’de anılan Hellwig.

¹⁰¹ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s. 24. Dava takip yetkisinin türleri için bkz. Deren-Yıldırım,s.23-24.

¹⁰² Alongoya, MHAD 1969, s.138;Alongoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.129.

¹⁰³ Alongoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.129.

¹⁰⁴ Oğuzman/Barlas,s.138.

¹⁰⁵ Üstündağ, Usul, s.306.

¹⁰⁶ Fabricius,s.43.

İflas idaresinin, vasiyeti tenfiz memurunun, maddi hukuk anlamında hakkı olmamasına rağmen, davada taraf olarak yer almaları mümkündür. Bu halde hakka yabancı üçüncü kimseler, davada taraf olarak yer almaktadırlar.

Dava takip yetkisi, taraf ehliyeti gibi dava şartıdır, fakat taraf ehliyeti ile bir usul ilişkisinde yer alabilme; dava takip yetkisi ile bu usul ilişkisini yürütebilme, esas hakkında karar alabilme yetkisi anlaşılmalıdır.

IV. Taraf Ehliyeti ve Dava Yetkinliği

Dava yetkinliği (Prozessstandschaft), üçüncü bir kimsenin, kendisine yabancı bir hakkı, bir davada kendi adına yürütebilmesidir¹⁰⁷. Dava yetkini, maddi hukuk anlamında bir hakka sahip olmamasına rağmen, davada usuli işlemleri yapabilmektedir. İhtilaf konusu hak üzerinde dava yetkini maddi hukuk anlamında bir hakka sahip değildir. Burada iradi dava yetkinliği ve kanuni dava yetkinliği ayrımı yapılır. Yani dava yetkinliği kanundan kaynaklanabileceği gibi, sözleşme ile de belirlenebilir. Dava yetkinliği sadece davacı değil davalı tarafında da meydana gelebilir. Üçüncü kişi kendisine yabancı bir hakkı yargılamada savunmak durumunda kalabilir. Dava sonucunda alınan karar dava yetkini olmayan ve fakat gerçek hak sahibi olan tarafı etkileyecektir. Kesin hüküm bu kimseye sirayet edecektir.

Dava takip yetkinin yargılamada bulunması halinde, ihtilaflı şeyle ilgili hak sahibi olan kimse bu yargılamada üçüncü kişi konumundadır ve bu sebepten ötürü yargılamada tanık olarak dinlenmesi mümkün olabilir. Maddi hukukta sayısız durumda, hak sahipliği ile dava takip yetkisinin birbirinden ayrıldığı durumlar karşımıza çıkabilir. Örneğin mirasçılardan sadece birinin kendi adına dava açabileceği haller, şirketler hukukunda actio pro socio adı verilen davaların açılabilmesi için tek ortağın harekete geçmesi, elbirliği ve paylı mülkiyette mülkiyet hakkının korunması için ortak ve paydaşlardan biri tarafından açılan davalarda kanuni dava yetkinliği kurumu söz konusu olmaktadır.

¹⁰⁷ MünchKomm.,Lindacher, Vor § 50, Rdn.42; Schilken, Rdn.273;Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.20.

V. İradi Dava Yetkinliği (Gewillkürte Prozessstandschaft)

İradi dava yetkinliği, bir kimsenin başkasının subjektif hakkına ilişkin talebi, hak sahibini yetkilendirmesi neticesinde mahkemede ileri sürebilmesidir¹⁰⁸. Dava takip yetkisinin kanunda belirtilen haller dışında iradi olarak devrinin mümkün olup olamayacağı tartışmalı bir husustur. Yargılamada asıl olan, herkesin kendi hakkını mahkeme önünde kendisinin ileri sürmesidir. Bu açıdan iradi dava yetkinliği usul hukukunda istisnai bir müessesedir.

İradi dava yetkinliği sadece davacı tarafında gerçekleşebilir ve davacı, iradi dava yetkinliği şartlarının oluştuğunu da ispat etmelidir¹⁰⁹.

İradi dava yetkinliğinin geniş uygulama alanı, özellikle üçüncü bir kişiyi yargılamada hasım olarak karşısında gören taraf açısından sıkıntılara sebep olabilir¹¹⁰. Oluşabilecek sıkıntıların önüne geçebilmek için Alman ve Türk doktrininde, iradi dava yetkinliğinin, bir takım şartların varlığı halinde kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır¹¹¹. Buna göre, hak sahibinin davayı yürütecek olan kimseye açık ve sonuç doğurmaya yönelik bir şekilde hakkını veya talebini mahkeme önünde ileri sürme yetkisi vermesi gereklidir. Verilecek bu yetkinin belirli bir hukuki ilişkiden doğacak belirli bir hakka ilişkin olması gerekir¹¹². Ayrıca, kendisine yabancı bir hakkı kendi adına ileri sürebilecek olan kimsenin bu husus da bir menfaatinin bulunması gerekir¹¹³. Yani dava sonucunda alınacak kararın, iradi dava yetkininin menfaatini etkilemesi

¹⁰⁸ MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 55; Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.41.

¹⁰⁹ Schilken,s.153.

¹¹⁰ Örneğin, iradi dava yetkininin yürüttüğü bir davada doğruyu söyleme ödevi, dava yetkininin üzerinde gerçekleşecek ve doğruyu söyleme ödevinin kapsamını da dava yetkinin kendi eylemleri ve etki alanındaki hususlar oluşturacaktır. Bu halde, dava yetkinine iradi temsil yetkisini veren maddi anlamda hak sahibinin uhdesinde doğan hususlar açısından dava yetkinin doğruyu söyleme ödevinin bulunmaması hasım açısından olumsuz sonuçlara sebep olacaktır. Bu yönde bir karar için BGHZ 109 (209), Schumann, s.480. Bununla birlikte iradi dava yetkinliği kurumunun başka bir sakıncası da, iradi dava yetkininin yürüttüğü bir davada, maddi anlamda hak sahibinin tanık olarak dinlenebilmesinin mümkün olmasıdır. Ayrıca maddi anlamda hak sahibinin elinde bulunan ve dava için önem taşıyan belgelerin dosyaya ibrazı konusunda da hak sahibi, üçüncü kişi olarak değerlendirilecektir. Schumann, s.480-481.

¹¹¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.132; Deren-Yıldırım,s. 36; MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 55; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.276; Schilken,s.152; Schumann, s.491- 492; Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.41.

¹¹² MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 55.

¹¹³ Alman doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre, iradi dava yetkinliğinin gerçekleşebilmesi için hak sahibinin iradi dava yetkinini yetkilendirmesi yeterli olacak, ayrıca iradi dava yetkininin davayı yürütmekte menfaatinin varlığını aramaya gerek bulunmayacaktır. MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 55'den naklen,Heintzmann Prozeßführungsbefugnis s.92.

gerekir¹¹⁴. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, bu dava sonucunda alınacak kesin hüküm, iradi dava yetkinini de etkilemelidir.

İradi dava yetkinliğinin gerçekleşebilmesi için gerekli olan diğer bir koşul, hasmın iradi dava yetkinliği halinde menfaatinin zarara uğramamasıdır¹¹⁵. Bazı yazarlara göre, bu sorun iradi dava yetkinliği müessesesinin en merkezi problemidir¹¹⁶. Tarafların karşılıklı menfaatleri her somut olayda değerlendirilerek, dava takip yetkisinin iradi olarak devrinin mümkün olup olamayacağına karar verilmelidir¹¹⁷. İradi dava yetkinliğinin kabul edilmesi için gerekli diğer bir şart ise, devrin konusunu oluşturacak olan hakkın devredilebilir nitelikte olmasıdır. Kişiyi sıkı suretle bağlı hakların, sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilme özelliğinden dolayı, bu haklara ilişkin dava takip yetkisinin iradi olarak devredilmesi mümkün olmayacaktır¹¹⁸. Dava takip yetkisinin devrinin mümkün olabilmesi için gerekli olan son koşul ise, takip yetkisini devreden tarafça davayı takip edecek kimseye yapılacak yetkilendirmenin açık bir şekilde mahkemeye sunulmasıdır¹¹⁹.

Türk Hukukunda iradi dava yetkinliği kurumu, kat malikleri kurulunun yönetiminde ve Sendikalar Kanunu'nda karşımıza çıkmaktadır. Apartman yöneticisinin genel yönetim harici işlerde dava takip yetkisine sahip olabilmesi, sadece kat malikleri kurulunun temsil yetkisini yöneticiye vermesi halinde mümkün olacaktır ve bu durumda yöneticinin davadaki konumu iradi dava yetkini olacaktır¹²⁰. Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sendikalar, üyelerinin yazılı başvurusu üzerine, üyelerinin nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ile yine üyelerinin ve mirasçılarının sigorta ilişkisinden doğan haklarından doğan davalarda dava takip yetkisine sahip olabilirler. Sendikaların, üyelerinin nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan haklarına ilişkin davalarda veya

¹¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.276.

¹¹⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.276; Schumann, s.478.

¹¹⁶ Schumann, s.478; Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.44.

¹¹⁷ Schumann, s.478.

¹¹⁸ MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 68; Wiczorek/Schütze/Hausmann, Vor § 50, Rdn.78.

¹¹⁹ Wiczorek/Schütze/Hausmann, Vor § 50, Rdn.79. Yetki devrinin zımni de yapılabileceği hakkında bkz. MünchKomm.Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 56.

¹²⁰ Bkz.§ 15, A.

üyelerinin veya mirasçılarının sigorta hakkından doğan davalardaki hukuki konumu iradi dava yetkinliğidir¹²¹.

VI. Taraf Ehliyeti ve Dava Arkadaşlığı

Medeni usul hukukunda dava iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur. Yani yargılama, davacı ve davalının bulunduğu iki taraf sistemine göre cereyan eder. Bu durumun bir sonucu olarak, ikiden fazla tarafın davada yer alması mümkün olamayacağı gibi, bir kimsenin hem davacı tarafında hem de davalı tarafında yer alması da mümkün değildir. Fakat bu açıklananlar, davacı veya davalı yanında birden fazla kişinin bulunmayacağı anlamına gelmez. Davacı veya davalı tarafında birden fazla kimsenin bulunması halinde, dava arkadaşlığı, dava ortaklığı mevcuttur. Dava ortaklığı, tarafa bağlı olarak ortaya çıktığı için bu kuruma “subjektif dava yığılması” da denilmektedir¹²².

Maddi hukuk kuralları gereğince, birden fazla kişinin davacı veya davalı tarafında birlikte hareket etmesini gerektiren hallerde, mecburi dava arkadaşlığı kurumu söz konusu olacaktır. Birden fazla kimsenin birlikte hareket etme zorunluluğu, elbirliği mülkiyeti kurallarının geçerli olduğu birlikteliklerde kendini gösterecektir. Temelinde elbirliği mülkiyeti olan birlikteliklerdeki taraf ehliyeti sorunu, her bir birliktelik için ayrı ayrı incelenecektir.

Mecburi dava arkadaşlığının varlığı halinde, dava arkadaşları yalnızca kendi adlarına davada yer alacaklar ve her bir dava arkadaşı usul hukuku anlamında taraf olacaktır¹²³. Bu bağlamda da dava şartları her bir dava arkadaşı açısından ayrı ayrı dikkate alınacaktır¹²⁴. Dava arkadaşlarından biri için dava şartlarının eksik olması halinde, tek bir hüküm verilmesi zorunluluğu dolayısıyla sadece o dava arkadaşı için dava reddedilmeyecek, bütün ortaklar için davanın reddedilmesi gerekecektir¹²⁵. Doktrinde var olan bir görüşe göre, mecburi dava arkadaşları yargılamada bir birlik

¹²¹ Bkz. § 4, A, 2.

¹²² Alangoya, Dava Ortaklığı, s.37; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.142.

¹²³ Alangoya, Dava Ortaklığı, s.96; Guldener, s.299.

¹²⁴ Alangoya, Dava Ortaklığı, s.97; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.157.

¹²⁵ Alangoya, Dava Ortaklığı, s.133.

teşkil etmeli ve bu birlik tek bir taraf olarak değerlendirilmelidir¹²⁶. Fabricius’a göre bu durumda “kollektif taraf ehliyeti” mevcuttur¹²⁷.

İhtiyari dava arkadaşlığında, her dava arkadaşının davası birbirinden bağımsız olduğu için dava arkadaşı kadar dava vardır. Birbirinden bağımsız davalar, bir takım usuli kolaylıklardan dolayı birlikte görülür. Dava şartları, her dava arkadaşı için ayrı ayrı incelenir¹²⁸. Dava şartlarını taşımayan dava arkadaşının davası mahkemece dava şartlarının bulunmaması sebebiyle reddedilecek, diğer dava arkadaşları açısından ise davaya devam edilecektir¹²⁹.

Federal Mahkeme’nin adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin kararından sonra, Alman Hukukunda mecburi dava arkadaşlığının uygulama alanının özellikle (dış) adi şirket şeklindeki birliktelikler açısından daraldığı ve hatta uygulanamayacak durumda olduğu söylenebilir¹³⁰. Mecburi dava arkadaşlığının uygulandığı çoğu halde maddi hukuktan kaynaklanan sıkı bir birliktelik söz konusudur. Kendi başına hukuki bir kişilik oluşturamayan birlikteliklerde taraf teşkili, bütün üyelerinin/ortaklarının bir araya gelmeleri ile gerçekleşir. Hukukumuzda temelinde elbirliği mülkiyeti yatan oluşumların taraf teşkili de bu şekilde cereyan eder. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından Alman Hukukunda olduğu gibi mecburi dava arkadaşlığının uygulama alanının daralması anlamına gelecek bir sınırlamadan söz edilemez¹³¹.

VII. Taraf Değişimi

1. İradeye Bağlı Olarak

Yargılama sırasında taraf değişimi iki şekilde gerçekleşebilir. İlk hal mevcut taraf yerine başka bir tarafın davaya devam etmesi, diğer hal ise, tarafın yanına başka kimsenin veya kimselerin katılmasıdır. Taraf değişimi, kanundan kaynaklanabileceği

¹²⁶ Häfliger, s.51.

¹²⁷ s.146.

¹²⁸ Alangoya, Dava Ortaklığı, s.119; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.151;Ulukapı, s.208;Üstündağ,Usul, s.363

¹²⁹ Ulukapı,s.208.

¹³⁰ Bkz.§ 13,B, I, 5.

¹³¹ Bkz.§ 13,A.

gibi iradeye bağılı olarak da gerçekleşebilir. Mevcut Usul Kanunumuzda iradi taraf değişikliğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bu konuda doktrinde farklı görüşler olduğu gibi, Yargıtay'ın da istikrar kazanmış bir görüşü bulunmaktadır.

Gerek mukayeseli hukukta gerekse hukukumuzda yoğun tartışmaların yaşandığı iradi taraf değişimine örnek olarak gösterilebilecek hususlar şunlardır: Tüzel kişinin herhangi bir üyesinin açtığı davaya tüzel kişilik tarafından devam edilmesi; hak ehliyeti olmayan bir topluluğa karşı açılan davaya, topluluğun üyelerine karşı devam edilmesi; bir babanın kendi adına açtığı davaya, velayeti altındaki çocuğu adına devam etmesi; sadece bir üyenin açtığı davaya diğer dernek üyelerinin de katılması gibi¹³².

Türk doktrinde ağırlıklı görüş, taraf değiştirmenin dava değiştirme olduğu yönündedir¹³³. Alman Yüksek Mahkemesi de iradi taraf değişikliğini dava değiştirme olarak değerlendirmekte, fakat istinaf mahkemesinde davalı taraf bakımından dava değiştirme ilkesine sınırlama getirmektedir¹³⁴. Bu görüş, tarafın davanın önemli bir unsuru olduğu hususundan hareket etmektedir. Bu bağlamda, dava dilekçesinin zaruri içeriği arasında yer alan tarafın değişimi, dava konusu ve sebebi gibi diğer zaruri unsurların değişmesinde olduğu üzere, dava değiştirme hükümlerine tabi olacaktır¹³⁵. Taraf değişimini dava değiştirme olarak nitelemek, aslında taraf kavramı ile maddi hukuk arasındaki sıkı bir ilişkinin var olduğunun kabul edilmesinden kaynaklanır¹³⁶. Taraf değişimini dava değiştirme olarak kabul etmekle önceki davadaki bazı işlemlerden yararlanmak mümkün olabilecek ve böylece yargılamada olası tekrarların önüne geçilebilecektir¹³⁷.

Hukukumuzda taraf değişikliğinin dava değiştirme kurallarına tabi olacağının savunan yazarların çıkış noktası, HUMK m.185/II b.2' dir. Buna göre, HUMK m.186'da düzenlenen dava konusunun devri hali dışında bütün dava değişiklikleri dava

¹³² Arens/Lüke, s.109; Başka örnekler için bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.248.

¹³³ Kuru, Usul, C.IV, s.4040; Üstündağ, Yasak, s.197; Yılmaz, Islah, s.204.

¹³⁴ BGHZ 65, 264,268, NJW 1976, s.239; BGHZ 123,132,136, NJW 1993, s.3072 naklen, Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.248, dp.9; Thomas/Putzo, Vor § 50, Rdn.15.

¹³⁵ Schwab ZZP 73 s. 478, naklen Alangoya, Taraf Değişimi, s.143.

¹³⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.249.

¹³⁷ Arens/Lüke, s.109.

değiştirme olarak nitelendirilecek, dolayısıyla taraf değişikliği de dava değiştirme kabul edilecektir¹³⁸.

Bu görüşün kabulü Alman Hukukunda şu sonuçları doğuracaktır: Davacının değişmesi halinde, hem eski davacı hem de davalının bu değişime rıza göstermesi gerekecektir¹³⁹. Davalının bu rızayı göstermemesi halinde, mahkeme ZPO § 263'den hareketle, bu değişimi “amaca ve işin esasına uygun (sachdienlich)” görürse, davalının rızası yerine geçen bir karar verebilir¹⁴⁰. Davalının değişmesi halinde de benzer prensipler, ilk derece yargılamasında geçerli olacaktır. İlk olarak davanın kendisine yöneltildiği (eski) davalının, davadan ayrılmaya rıza göstermesi gerekir. Eğer bu rıza gerçekleşmezse, yukarıda olduğu gibi mahkeme, “işin esası gereği” taraf değişimini kendisi gerçekleştirecektir¹⁴¹. Bununla birlikte davaya çekilmek istenen yeni davalının da rızası aranmayacaktır.

Hukukumuz açısından bakıldığında da, taraf değişikliği dava değişikliği sayıldığından, bu durum ancak hasmın muvafakati ve ıslah yoluyla mümkün olabilecektir¹⁴².

Taraf değişiminin dava değiştirme olduğunu söyleyen görüşe karşı, dava değiştirme hükümlerinin objektif dava değiştirme hallerinde uygulanacağını, taraf değişimi halinde bu hususların uygulanmayacağını kabul eden bir görüş de mevcuttur¹⁴³. Taraf değişikliğinin, dava değiştirme olarak kabul edilmesi halinde davacının değişiminin nasıl olacağı ve kim tarafından gerçekleştirileceği de bir sorun teşkil etmektedir. Bu halde zorunlu olarak, dava değişimini eski davacının yapması gerekecektir, fakat böylece yeni davacı, rızası olmadan davaya çekilmiş olacaktır¹⁴⁴. Dolayısıyla bu husus, hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamayacağı prensibine(tasarruf ilkesi) aykırı olacaktır (HUMK m.79). Buradan şöyle bir sonuç çıkarılabilir:Dava değiştirme hükümleri, sadece mevcut taraflar arasındaki

¹³⁸ Üstündağ,Yasak, s.193-194;Yılmaz,İslah,s.204.

¹³⁹ Arens/Lüke, s.111.

¹⁴⁰ Arens/Lüke, s.111.

¹⁴¹ BGH NJW 1981,s.989 naklen, Arens/Lüke, s.111.

¹⁴² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.266-267.

¹⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.249.

¹⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.249.

değişikliklerde uygulanabilecektir¹⁴⁵. Davalının değişmesi durumunda sadece eski davalının rızasının yeterli olacaktır¹⁴⁶. Bu durumda yeni davalı, eski davalının usuli işlemleri ile bağlı olacaktır. Eski davalı tarafından ıslah yapılmışsa, yeni davalı bir daha ıslah yapamayacak ve eski davalının ikrarıyla da bağlı kalacaktır¹⁴⁷. Bu durumun haksız sonuçlara yol açacağı ise aşıkardır¹⁴⁸.

Alman Hukukunda taraf değişimi konusunda Kisch in ortaya attığı görüşlere de değinmek gerekir. Yazara göre, taraf değişimi halinde, ilk dava geri alınmalıdır ve yeni bir dava açılmalıdır¹⁴⁹. Bu görüşe karşı olarak da şu hususlar ileri sürülmüştür¹⁵⁰: Yeni dava açılması, sadece ilk derece mahkemesinde mümkün olabilecek, istinaf yargılamasında ise böyle imkan söz konusu olamayacaktır. Ayrıca yeni bir dava açılacağını kabul etmek, o zamana kadar yapılan usuli sonuçları değersiz hale getirecektir. Bununla birlikte, taraf değişimini, davanın geri alınması ve yeni dava açılması olarak iki parçalı kabul etmek, yargılamada olması gereken bütünlüğü de bozmak anlamına gelecektir.

Taraf değişiminin usul hukukunun kendine özgü bir (sui generis) kurumu olduğu ve taraf değişikliği halinde yargılamanın daha önceki sonuçlarından yararlanılması gerektiği görüşü ise, De Boor tarafından savunulmuştur¹⁵¹. De Boor, yargılamanın daha önceki sonuçlarından yararlanılması gerektiği düşüncesi ile Kisch' in görüşlerinden ayrılır. Oysa Kisch'e göre taraf değişimi halinde yeni bir dava açılmaktadır.

Türk doktrininde de Alangoya, taraf değişimi halinde dava değiştirme kurallarının uygulanmayacağını belirtmektedir. Alangoya' ya göre, davada taraflardan birinin yanına yeni bir taraf katılacaksa bu takdirde, dava ortaklığı söz konusu olacaktır ve bunun için de HUMK m. 43'de belirtilen irtibatın bulunması gerekecektir¹⁵². Birden fazla davacının dava ortağı olabilmesi için hepsinin bunu istemesi gerekir, yani yeni

¹⁴⁵ Alangoya, Taraf Değişikliği, s.152.

¹⁴⁶ Üstündağ, Yasak, s.192.

¹⁴⁷ Alangoya, Taraf Değişikliği, s.152.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. Alangoya, Taraf Değişikliği, s.152.

¹⁴⁹ Kisch,naklen, Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.249.

¹⁵⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.249'de anılan Pohle, FS Fragistas, s.137.

¹⁵¹ de Boor, s.25 vd.

¹⁵² Alangoya, Taraf Değişikliği, s.177.

davacının katılmayı istemesi (HUMK m.79) ve eski davacının da bu katılmaya rıza göstermesi gerekir¹⁵³. Davacı tarafından yeni bir davalının davaya katılmasını sağlamak için, yeni ve eski davalının rızasına ihtiyaç yoktur¹⁵⁴. Burada sadece davalılar tarafından irtibat bulunmadığı iddiasında bulunulabilir.

Alangoya'nın görüşüne göre, mevcut tarafın yerine yeni bir tarafın çekilmesinde de, davalar arasında maddi bir ilişkinin, irtibatın bulunması gerekir¹⁵⁵. Açılan ilk dava ile ikinci dava tamamen birbirinden farklı davalardır. Fakat yazara göre, eski ve yeni dava birbirinden farklı davalar olsa bile, usul ekonomisi gereği eski yargılamanın bir takım sonuçlarını ayakta tutmak gerekmektedir¹⁵⁶. Taraf değişiminin tamamlanabilmesi için davacı değişiyorsa, yeni davacının (HUMK m.79) ve davalının (HUMK m.185/1) rızası gerekir¹⁵⁷. Davalı değişiyor ise, eski davalının rızası yine HUMK m.185/I uyarınca gerekli olacaktır. Yeni davalının rızasına ihtiyaç yoktur, çünkü o mevcut yargılama ile bağlı olmayarak bütün savunmalarını ileri sürebilecektir¹⁵⁸.

Yargılamada taraf değişiminin, dava değiştirme hükümlerine tabi olmayacağı Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşüdür¹⁵⁹. Bu kararlarında Yargıtay, ıslahın mevcut taraflar arasında usuli işlemlerin düzeltilmesine yönelik usuli bir müessese olduğunu, ıslahla taraf değişimine cevaz verilmesi halinde, değişen tarafa karşı bir davanın varlığından söz edilemeyeceğinden, taraf değişiminin ıslahla mümkün olamayacağını belirtmiştir. Yargıtay, ıslah yoluyla taraf değişikliğinin mümkün olamayacağı görüşüne gerekçe olarak şu ifadeyi de kullanmaktadır¹⁶⁰: “...*Hak aramak durumunda bulunan davacının, davasını açarken davalı olarak gösterdiği kişinin hayatta olup olmadığını özenle araştırma ödevi bulunmaktadır.*”

¹⁵³ Alangoya, Taraf Değişikliği, s.179-180.

¹⁵⁴ Alangoya, Taraf Değişikliği, s.180.

¹⁵⁵ Alangoya, Taraf Değişikliği, s.183.

¹⁵⁶ Örneğin ilk dava sırasındaki şahit ifadeleri, keşif, isticvap sonuçları ve bilirkişi raporları yargılamanın devamlılığı dolayısıyla ikinci davada değerlendirilecektir, Alangoya, Taraf Değişikliği, s.188.

¹⁵⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.139.

¹⁵⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.139.

¹⁵⁹ 1.HD E.2004/6786, K.2004/7798 t.24.06.2004;3.HD E.2003/8891, K.2003/8841,t.7.7.2003; 20.HD E.1998/3767 K.1998/4695,t.13.5.1998; 11.HD E.2004/12096 K.2005/9589,t.11.10.2005. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹⁶⁰ HGK 21.11.1980, 14/2347-2472, Kuru, Usul, C.IV,s.4041.

Yargıtay'ın bu görüşü öğretide eleştirilere uğramıştır. Buna göre, davacının dilekçesinde davalıyı göstermesi usuli bir işlemdir ve taraf gösterilmesinde hata yapılması halinde diğer usuli hataların düzeltilmesinde olduğu gibi, ıslah yoluna başvurulabilecektir¹⁶¹. Bunun dışında HUMK m.185/2 de ıslah, davayı değiştirme yasağının bir istisnası kabul edilmiştir. Böylece davacı, davasını tamamen ıslah ederek, davanın üç unsurundan biri olan tarafı da değiştirebilir¹⁶².

Yargıtay'ın, ıslah yoluyla taraf değiştirilemeyeceği yönündeki kararlarına bazı açılardan istisnalar getirdiği görülmektedir¹⁶³. Bu kararlarında Yargıtay, temsilcinin varlığında yanılma halinde, bu hatanın düzeltilebileceğine cevaz vermekte ve taraf değişiminde ıslah yoluna başvurulmayacağı kuralına bir ölçüde esneklik getirmektedir¹⁶⁴.

Bununla birlikte Yargıtay, ıslahla davaya başka kimselerin çekilmesini de kabul etmemektedir. Yargıtay'a göre, davanın teşmilini caiz kılan bir hüküm yoktur ve usul hükümleri de buna elverişli değildir, taraflar izin verseler dahi ıslahla davanın diğer davalılara teşmili olanağı yoktur.

Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nda, Yargıtay'ın ve Alangoya'nın görüşlerine paralel olarak iradi taraf değişimine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme ile taraf değişimin dava değişimine ilişkin hükümlere tabi olmayacağı açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. Tasarı'nın 129. maddesinde, tarafta iradi değişiklik başlığı altında düzenlenen bu hükme göre, bir davada taraf değişikliği ancak, karşı tarafın açık rızası ile mümkün olacaktır. Bununla birlikte maddenin gerekçesi incelendiğinde, davacının sadece davalının rızasının varlığı halinde yeni bir kimseyi eski davalının yerine yargılamaya dahil edebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir. Davacının iradi olarak değişimine ilişkin bir husus gerekçede

¹⁶¹ Bilge/Önen,s.364-365;Kuru, Usul, C.IV,s.4040; Üstündağ,Yasak,s.196-197.

¹⁶² Kuru, Usul, C.IV,s.4040.

¹⁶³ Yargıtay 11. HD'nin E.1989/696 K. 1990/595 no lu ve 5.2.1990 tarihli kararında bu husus şu şekilde ortaya konulmuştur: "...Davacı önce (Hasfleks Karoları Fabrikası) aleyhine dava ikame etmiş, davalı gösterilen firma hükmü şahsiyeti haiz olmadığından ve davalı olarak bir gerçek kişinin veya tüzel kişinin hasım gösterilmesi gerektiğinden sonraki bir dilekçe ile bu firmanın sahibi olan davalı Hatice ile kocası Turan'a dava yöneltmiştir. Bu işlem bir ıslah işlemi ve hasım değiştirme şeklinde müatalaa edilemeyip gerçek hasımın belirtilmesi işlemi sayılır...". Bu yönde benzer bir karar, Y.21. HD. E.2003/1724 K.2003/2771 t.1.4.2003, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁶⁴ Kuru, Usul, C.IV,s.4043; Yılmaz, Tarafta Islah, s.225.

yoktur. Ayrıca gerekçede, taraf değişiminin maddî hukuk esasları çerçevesinde mümkün olabileceği öngörülmüş ve kanunda açık rızadan söz edilmesinin, hâkimin davalı tarafa taraf değişikliği konusunda, rızasının bulunup bulunmadığı hususunu açıkça sorması gerektiğinin de altı çizilmiştir.

2. Kanundan Kaynaklanan Taraf Değişimi

Kanunda açıkça yargılamanın devamı esnasında taraf değişikliğinin mümkün olabileceği haller gösterilmiştir (HUMK m.41, m.186, MK m.181/II). Bu hallerde, iradi taraf değişiminde ortaya çıkan tartışmalara gerek kalmadan yargılamada taraf değişimi mümkün olacaktır.

Davaya katılan taraf, katıldığı andan itibaren, yerine katıldığı tarafın usul ilişkisindeki durumunu devam ettirecektir¹⁶⁵. Davadan ayrılan tarafın yaptığı usuli işlemler ve verdiği kararlar, yeni yargılamada da etkisini gösterir. Buradan da anlaşılacağı gibi yeni katılan taraf, davadan ayrılan tarafın kanuni halefidir¹⁶⁶.

F. Çekişmesiz Yargıda Taraf Kavramı

Çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıdan farklı olarak, davacı ve davalı kavramlarının varlığından söz edilemez. Çekişmeli yargıda, iki taraf arasında bir ihtilaf vardır ve ilgililer mahkemeden alacakları bir ilamla bu ihtilafı gidermeye çalışırlar. Fakat çekişmesiz yargıda genel anlamıyla, iki taraf arasında mevcut bir ihtilaf yoktur. Dolayısıyla davacı ve davalıdan bahsedilemeyecektir. Bu durumda genellikle çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargılamada kullanılan taraf kavramı yerine, “ilgililerden” bahsetmek daha uygun olacaktır¹⁶⁷. Alman Hukukunda, çekişmesiz yargılamanın sujesini oluşturan “ilgili” kavramının, çekişmeli yargılamada taraf kavramını açıklayan şekli anlamda taraf teorisi ile başlı başına açıklanamayacağı, ilgili kavramının, hem maddi anlamda ilgili hem de şekli anlamda ilgili olmak üzere ikili bir yanının bulunduğu belirtilmiştir¹⁶⁸. Dolayısıyla Alman Hukuku açısından, çekişmesiz

¹⁶⁵ Thomas/Putzo, Vor.§50, Rdn.18.

¹⁶⁶ Thomas/Putzo, Vor.§50, Rdn.18.

¹⁶⁷ Budak,s.155;Brehm,§ 7, Rdn.178.

¹⁶⁸ Brehm,§ 7, Rdn.178; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s.92. Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu’nda da, şekli ve maddi taraf kavramına birlikte yer verilmiştir (AußStrG § 2/I).

yargılamada, şekli anlamda ilgili ve maddi anlamda ilgili olmak üzere ikili bir ilgili kavramından bahsetmek zorunluluk arz eder¹⁶⁹. Çekişmesiz yargı işlerinde hakim resen hareket edebilir ve bu hallerde dava dilekçesinin varlığından söz edilemez. Hakimin resen harekete geçip çekişmesiz yargılamayı başlattığı hallerde, gerekli gördüğü ilgililerin yargılamaya katılımını sağlayabilir. Maddi anlamda ilgili, hakkı ve sorumluluğu doğrudan doğruya çekişmesiz yargılama sonucunda verilecek karardan etkilenecek kimselerdir¹⁷⁰. Maddi anlamda ilgili kavramından bahsedebilmek için, bu kimselerin çekişmesi yargılama prosedüründe yer alıp almamaları önem taşımaz¹⁷¹. Bazı hallerde, korunmaya değer bireysel hakları çekişmesiz yargılamadan etkilenebilecek olan kimseler, kanun hükümlerince belirlenmiştir. Kimlerin korunmaya değer hakkının olduğu noktasında açıklık bulunmaması halinde, İdari Yargılama Usulünde geçerli olan hükümler, çekişmesiz yargılama usulünde de dikkate alınacaktır¹⁷². Bu bağlamda Alman İdari Yargılama Kanunu'nun (VwGO) 42. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, idari işlemler sebebiyle hakkı ihlal edilen kimselerin dava açma hakkına ilişkin düzenleme, çekişmesiz yargılama hukukunda da geçerli olabilecektir. Hukuki durumları, çekişmesiz yargı faaliyetinden etkilenecek olan kimselerin doğrudan ilgili olarak çekişmesiz yargılamaya katılmalarının mümkün olması ile birlikte çekişmesiz yargılamada, çekişmeli yargıdan farklı olarak iki taraflı yargılama sisteminden söz edilemeyecektir. Çekişmesiz yargılamada tek ilgili, iki ilgili ve hatta ikiden fazla ilgilinin varlığından söz edilebilir.

Hakimin görevinden ötürü başlatıp yürüttüğü (re'sen harekete geçme ilkesi) çekişmesiz yargı işlerinde, normal yargılamada olduğu gibi taraf varlığından söz edilemeyecekse de; hakim, nizasız yargılama sonucunda vereceği karar ile bazı kimselerin hukuki alanlarına müdahale edebilecektir. İşte hakimin vereceği karar neticesinde subektif hakları etkilenecek olan kimseler, çekişmesiz yargılamada maddi anlamda ilgili olarak nitelendirileceklerdir. Örneğin velayetin kaldırılması veya

¹⁶⁹ Alman doktrininde Kollhossler, çekişmesiz yargılamada maddi ve şekli anlamda ilgili kavramlarının birlikte geçerli olmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre, çekişmesiz yargıda ilgili kavramının belirlenmesinde, çekişmeli yargıda olduğu gibi sadece şekli anlamda taraf teorisi geçerli olmalıdır. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s.96'den naklen.

¹⁷⁰ Brehm, § 7, Rdn.184; Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s.93.

¹⁷¹ Brehm, § 7, Rdn.184; Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s.93.

¹⁷² Brehm, § 7, Rdn.185.

kısıtlanması, vasi tayini, vasiyeti tenfiz memuru atanması gibi inşai etki doğuracak çekişmesiz yargı kararları sonucunda, anne babanın, çocuğun veya miras ortaklığının hukuki durumları etkilenecektir¹⁷³. Çekişmesiz yargı kararı sonucunda hukuki durumları etkilenecek olan bu gibi kimselerin yargılamaya katılmaları sağlanarak, onların hukuki dinlenilme hakları güvence altına alınmalıdır¹⁷⁴.

Şekli anlamda ilgililerin, şekli anlamda taraf teorisinde olduğu gibi çekişmesiz yargı konusunu oluşturan işin esası ile bağlantısının bulunmasına gerek yoktur. Tanık veya bilirkişi haricinde, gerçek anlamda çekişmesiz yargılama sujesi olarak yargılamaya katılan kişiler, şekli anlamda ilgilidirler¹⁷⁵. Şekli anlamda taraf teorisinde olduğu gibi, çekişmesiz yargılamada da, şekli anlamda ilgili, dilekçeyi veren ve aleyhine dilekçe verilen kimseler olacaktır. Dilekçenin kabul edilebilir veya gerekçeli olması, şekli anlamda ilgilinin belirlenmesinde önem taşımaz. Ayrıca şekli anlamda ilgili kavramının belirlenmesinde, dilekçede ilgili oldukları tespit edilen sujelerin maddi anlamda çekişmesiz yargılama konusu ile bağlantılarının olması da gerekli değildir. Bununla birlikte, resen harekete geçme ilkesinin uygulanacağı çekişmesiz yargılama prosedürünü verdiği dilekçe ile hareket geçiren ve bu çekişmesiz yargılama prosedürüyle maddi bir bağlantısı olmayan bir kimsenin, şekli anlamda ilgili olmayacak, o kimse sadece mahkemeyi harekete geçiren, teşvik eden kimse olacaktır¹⁷⁶.

Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda (FGG), Usul Kanunu'nun 50. maddesinde olduğu gibi, taraf ehliyetine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Fakat ZPO § 50 ye dayanarak, hak ehliyetine uyarınca, gerçek ve tüzel kişilerin "ilgili olabilme" ehliyetinden bahsedebilmek mümkündür¹⁷⁷. Aynı prensipler hukukumuzda da geçerli olacaktır¹⁷⁸. Alman Hukukunda, hak ehliyeti olmasa da bazı yetkili mercilerin (örneğin gençlik dairesi) çekişmesiz yargılamada ilgili olma ehliyetleri bulunmaktadır.

¹⁷³ Habscheid, Freiwilige Gerichtsbarkeit, s.93-94.

¹⁷⁴ Habscheid, Freiwilige Gerichtsbarkeit, s.94.

¹⁷⁵ Brehm, § 7, Rdn.187.

¹⁷⁶ Brehm, § 7, Rdn.188. Aynı şekilde Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun ikinci maddesinin ikinci fıkrasında da mahkemeyi çekişmesiz yargı işlevi ile ilgili olarak harekete geçiren kimsenin, taraf olmadığı açıkça hüküm altına alınmıştır.

¹⁷⁷ Furtak, s.52.

¹⁷⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s.146.

Bu tür kurumlar, kanundan ötürü taraf ehliyetine sahiptirler¹⁷⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, çekişmesiz yargıya katılma ehliyeti, esasa ilişkin karar verebilme şartıdır. Hukukumuzda ayrı bir çekişmesiz yargı kanunu mevcut değildir. Çeşitli kanunlarda, çekişmesiz yargı ile ilgili hükümler vardır. Gerek bu hükümlerde gerekse Yargıtay kararlarında, çekişmesiz yargıya katılanlar için, davacı ve davalı ibareleri kullanılmıştır¹⁸⁰. Fakat bu ibareler yanıltıcıdır. Zira iki taraf sisteminin geçerli olduğu yargılama sisteminden farklı olarak, çekişmesiz yargıda talepte bulunanın karşısında, zorunlu olarak başka bir kimsenin bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, Yargıtay çekişmesiz yargıda da, hasmın bulunmasının gerekli olduğu sonucuna varmıştır¹⁸¹. Nüfus kaydının düzeltilmesi amacını taşıyan nüfus davaları, çekişmesiz yargı alanı içine giren ihtilaflardır. Bununla birlikte Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası a bendi gereğince, *“Kayıt düzeltme davaları Cumhuriyet savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.”*. Bu hükme göre, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarda nüfus memurlarının ve Cumhuriyet savcılarının davada bulunması zorunludur. Nüfus memurlarının ve Cumhuriyet savcılarının bu davalardaki konumlarının ne olacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamakta, sadece kayıt düzeltme davalarının bu kimselerin huzurunda görüleceğinden bahsedilmektedir. Kanaatimizce bu tür davalarda nüfus memurları ve Cumhuriyet savcıları görevlerinden ötürü ve kanundan kaynaklanan dava takip yetkisine sahiptirler¹⁸².

¹⁷⁹ Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s.104.

¹⁸⁰ *“Davalı annenin mahkeme kararına uymayıp, velayet görevini yerine getirmediği, çocuğuna yeterli ilgiyi ve şefkati göstermediği ve ona karşı yükümlülüklerini ihmal ettiği sabittir. Davalı annenin bu tavrı, boşanmayı müteakkip okul çağına kadar çocuğun Türkiye’de babaanne ve dedesinin yanında kalması konusunda davacı ile ortaklaşa aldıkları karara dayanıyor olsa bile, bu durum, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun manen terk edildiği gerçeğini bertaraf etmez...”* 2.HD. E.2004/1970, K.2004/2973, t. 10.3.2004; 20.HD. E.2001/4903,K.2001/4924, t.11.9.2001 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹⁸¹ *“Dosyada bulunan nüfus kayıtları örneğinden, mükerrer kaydın iptaline karar verilen davacının sağ anne baba ve kardeşlerinin olduğu anlaşılmalı olup, verilen karar bunların hak ve hukuklarını yakından ilgilendirdiğinden; davanın yönteminde bu kişilere de yöneltilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bu hususa uyulmadan davanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırıdır”* 18. HD. E. 2003/3907,K.2003/6411, t. 15.9.2003. Yargıtay’ın çekişmesiz yargıda da hasmın bulunması gerektiğine ilişkin benzer yönde kararları için bkz. 2.HD.E. 2004/12980,2004/15923 t.13.7.2004;2.HD. E.2003/2475,K.2003/5287,t.10.4.2003;20.HD E.2001/4903,K.2001/4924 t.11.9.2001. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹⁸² Benzer görüş için bkz. Saldırım, s.140-141.

Türk Hukukunda da Alman Hukukunda olduğu gibi çekişmesiz yargıda şekli ve maddi anlamda ilgili olmak üzere ikili bir ilgili kavramlarından bahsetmek mümkündür. Buna göre, çekişmesiz yargılama sonucunda verilecek karar ile, hukuki durumları herhangi bir şekilde etkilenecek olan kimse, o çekişmesiz yargı işinin “maddi anlamda ilgilisi” sayılır¹⁸³. Bunun yanında bazı çekişmesiz yargı işleri, ilgilinin talebi ile meydana gelecektir. İşte böyle bir talepte bulunan kimseler de, çekişmesiz yargılamada, “şekli anlamda ilgili” olacaklardır¹⁸⁴. Resen hareket edilen çekişmesiz yargı işlerinde, ilgili kimselerden bahsedebilmek için bunların maddi anlamdaki ilgilerinin varlığı gereklidir. Yani resen takip edilen işlerde, şekli anlamda ilgili kavramı, maddi anlamdaki ilgili kavramına göre belirlenecektir¹⁸⁵.

¹⁸³ Kuru,Nizasız Kaza, s.141.

¹⁸⁴ Kuru,Nizasız Kaza, s.142.

¹⁸⁵ Kuru,Nizasız Kaza, s.143.

§ 2. TARAF EHLİYETİNİN İNCELEMESİ

A. Dava Şartı Olarak Taraf Ehliyeti

Taraf ehliyeti, taraflara ilişkin bir dava şartıdır. Taraflardan birinin bu ehliyete sahip olmaması halinde, mahkemece, ihtilafın esasına ilişkin bir karar verilemeyecektir¹. Yani taraf ehliyetsiz kimse davada taraf olarak yer alabilecek, fakat ona karşı esasa ilişkin bir karar alınamayacaktır. Taraf ehliyetinin eksikliği, genellikle usuli bir ön sorun olarak görülür². Böylece davanın başında mahkemece, taraf ehliyetinin varlığı araştırılarak bir sonuca varılmaya çalışılır, taraflardan birinin bu ehliyete sahip olmaması halinde ise, yargılamanın diğer safhalarına geçmek mümkün olamayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, taraf ehliyetinin “filtre fonksiyonu” olduğu da söylenebilir³.

Taraflar, yargılamanın her aşamasında taraf ehliyetinin eksikliğini ileri sürebilirler. Hakim tarafından da yargılamanın her safhasında resen göz önünde bulundurulması gereken bu husus, kanunyolları aşamasında da talep üzerine veya resen incelenecektir.

Dava şartlarının, kural olarak davanın açılmasından, esas hakkındaki hükmün verilmesi anına kadar, yani tarafların usuli işlem yapmalarının mümkün olduğu usul kesiti içerisinde, mevcut olması gerekir⁴. Hükmün verilmesinden sonra dava şartlarında bir eksiklik meydana gelmesi halinde, kanun yolu aşamasında bu dava şartı eksikliği dikkate alınacak ve bu eksiklik çerçevesinde hüküm tesis edilecektir.

Dava şartlarının incelenme sırası konusunda kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sıra, genel olarak bütün dava şartları dikkate alınarak değerlendirilmeli ve dava şartları bünyelerine göre bir inceleme sırasına tabi tutulmalıdır. Eğer bir dava şartının yokluğu, diğerlerinin incelenmesini gereksiz hale

¹ Guldener,s.220; Reich,s.38.

² Häfliger,s.56.

³ Häfliger,s.57.

⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.218;Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.222.

getiriyorsa ilk olarak o dava şartının incelenmesi gerekir. İhtilaflı dava şartları arasında, en basit ve en çabuk tespit edilenin öncelikli olarak incelenmesi gerekir⁵.

Dava şartlarının ve bu kapsamda taraf ehliyetinin varlığı veya yokluğunun hangi sırada inceleneceği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş uyarınca; kural olarak, ilk önce mahkemeye ilişkin dava şartları, sonra taraflara ilişkin ve son olarak da dava konusuna ilişkin dava şartlarının incelenmesi gerekir⁶. Bu görüş, bir dava şartının yokluğu diğer dava şartlarının incelenmesini gereksiz kılacaksa, ilk olarak bu dava şartının incelenmesi gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir⁷. Dolayısıyla ilk olarak mahkemeye ilişkin şartlar incelenecektir.

Bu konuda var olan diğer bir görüş uyarınca, ilk olarak davanın zorunlu unsurlarını ihtiva eden bir dilekçenin mevcut olup olmadığı incelenecek, daha sonra taraflara ilişkin dava şartları, bunu takiben mahkemeye ilişkin dava şartları ve son olarak da dava konusuna ilişkin dava şartları araştırılacaktır⁸. Bu görüşe göre, eğer mahkemeye ilişkin dava şartları ilk sırada incelenirse, tarafların iddia ve savunmalarına imkan tanımadan, tabii hakim ilkesi ile ilgili olan mahkemeye ilişkin dava şartları konusunda bir karar verilecektir⁹. Bu durumda ise, HUMK m.73' de belirlenen ve anayasal bir hak olan iddia ve savunma hakkının ihlali söz konusu olacaktır¹⁰.

Bu iki görüşü daha iyi açıklamak için şöyle bir örnek verilebilir: Görevli olmayan bir mahkemede, taraf ehliyeti olmayan bir kimse tarafından açılan davada ilk görüş uyarınca, mahkemece öncelikle görev sorunu ele alınacak ve görevsizlik kararı verilecek, dava usuli bir kararla sonlandırılacaktır. Görevli mahkemede davanın açılmasıyla birlikte görevli mahkeme de dava şartlarını inceleyecek ve bu defa taraf ehliyeti eksikliğinden ötürü usule ilişkin bir kararla davayı reddedecektir. Oysa ikinci görüş kabul edilirse, ilk olarak taraflara ilişkin dava şartları inceleneceğinden, görevsiz mahkeme de taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usule ilişkin bir ret kararı verecektir. Bu durumda, dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine gerek kalmayacak, görevsiz

⁵ Kuru, Dava Şartları, s.145.

⁶ Kuru, Dava Şartları, s.145; Bilge/Önen, s.413; Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s.286-287.

⁷ Kuru, Dava Şartları, s.145; Bilge/Önen, s.413; Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s. 286-287.

⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.219; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.623.

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.624.

¹⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.220.

mahkemece, görevli mahkemenin verebileceği nitelikte usuli bir kararla yargılama sonlandırılabilir.

B. Taraf Ehliyetinin İncelenmesinde Hakimin Rolü

Hakim, dava şartlarını görevinden ötürü resen dikkate alıp, değerlendirir. Dava şartlarının incelenmesi aşamasında tarafların tasarrufları önem taşımaz. Örneğin taraflar, eksik olan bir dava şartının dikkate alınmaması konusunda anlaşmış olsalar bile hakim taraflarca yapılan bu anlaşmayı dikkate almayacak ve dava şartlarını inceleyecektir¹¹. Kısaca tarafların dava şartlarına yönelik tasarrufları, hakimi dava şartlarını incelemekten mahrum bırakmamalıdır¹². Hakim, kanunyolları da dahil olmak üzere yargılamanın her aşamasında dava şartlarını inceleyebilmelidir.

Dava şartlarının incelenmesinde hakimin rolünü, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ve tasarruf ilkesi ile bağlantılı olarak değerlendirmek gerekir. Hakim, dava şartları hakkında yapacağı incelemeyi dava malzemesi üzerinden yapacaktır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi mümkün olabileceği gibi, aslında mevcut dava ile bağlantılı ve özellikle de dava şartları açısından önem taşıyan bazı hususların taraflarca yargılamaya dahil edilmemesi de söz konusu olabilir. Dava şartları açısından hakimin rolünü tespit ederken taraflarca getirilen malzeme kadar, onlar tarafından yargılamaya getirilmeyen vakılarda önem taşıyabilir. Taraflarca yargılamaya getirilmeyen hususların dava şartları açısından önem arz etmesi halinde, hakimin bu olguları resen dikkate alıp alamayacağı tartışılabilir. Bu bağlamda, dava şartları açısından, hakimin resen araştırma yetkisinin sınırı araştırmak gerekmektedir. Hakimin resen araştırma yetkisinin sınırını bir anlamda tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi belirleyecektir. Doktrindeki hakim görüşe göre, hakime resen araştırma yetkisi tanınmasından, dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesinin bertaraf edileceği ve araştırma ilkesinin geçerli olacağı anlamı çıkarılmamalıdır¹³.

¹¹ MünchKomm,Lindacher § 56, Rdn. 2; Zöller/Vollkommer, § 56,Rdn. 5; Stein/Jonas/Bork, § 56, Rdn. 6; Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 56, Rdn. 6.

¹² MünchKomm,Lindacher,§56,Rdn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.622; Schilken, Hakimin Rolü,s.43;Üstündağ, Usul,s.313.

¹³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.217; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.622; Musielak, § 56, Rdn. 2; Schilken, Hakimin Rolü,s.43. Yargıtay bu konudaki kararını, şu şekilde ortaya koymuştur: “...davanın taraflarından birinin taraf ehliyetine sahip olmadığı mahkemece, dosyaya giren dava malzemesinden

Hakim sadece tarafların getirdiği vakıalarla ve dosyadan açıkça anlaşılan durumlarla sınırlı olarak taraf ehliyetine ilişkin inceleme yapacaktır. Aslında hakimın bu ödevi, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ve araştırma ilkesi arasında bir yerde bulunmaktadır¹⁴.

Hakimin dava şartlarının incelenmesindeki rolü konusunda, doktrinde mevcut diğer bir görüş uyarınca, mahkeme, dava şartlarının varlığını araştırırken sadece tarafların getirdikleri vakıalar ile sınırlı değildir, mahkemece tarafların ileri sürmediği vakıalar da dikkate alınabilecektir¹⁵. Bu görüşün doğal sonucu olarak, mahkeme, dava şartlarının incelenmesi kapsamında, herhangi bir delili taraflar ileri sürmese de dikkate alabilir¹⁶. Tarafların dava şartları üzerinde anlaşmaları hakimın dava şartlarını incelemesi açısından herhangi bir önem arz etmez, zira tarafların dava şartları üzerinde tasarruf ehliyetleri yoktur¹⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakimın dava kapsamını açıkça belirleyebilmesi için taraflarla hukuki görüş alışverişinde bulunması gerekir¹⁸. Esas hakkında karar verilmeden önce hukuki açıklama yapılmamış olması, tarafların hukuki dinlenme hakkını ve ispat hakkını ihlal edecektir¹⁹.

Hakim, dava şartlarının varlığı konusunda şüpheye düşerse, dava şartlarının varlığının ispatı lehine sonuçlar doğuracak taraftan, ki bu tarafta kural olarak davacıdır, dava şartının varlığını ispata yarayacak delillerini getirmesini isteyecektir²⁰. Bu durum, hakimın aydınlatma ödevi ve maddi anlamda yargılamayı sevk yetkisi kapsamında

anlaşıldığı takdirde kendiliğinden gözetileceğini....bu kapsamda hakimın kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmemiş, dava dosyasından anlaşılmayan vakıaları kendiliğinden inceleyemeyeceği ve onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamayacağını, bu bağlamda da dava dosyasından taraf sıfatı (taraf ehliyeti olması gerekir) eksikliğin anlaşılabilmesi veya taraflardan birinin bu konuda bir itiraz ileri sürmemesi halinde, o tarafın gerçekten taraf sıfatına sahip olup olmadığı hakkında kendiliğinden araştırma yapılmayarak, taraf sıfatının varlığını kabul etmek gerekecektir...”. HGK t.17.4.2002,E. 2002/3,K.163, Çelik,s.24. Bu kararında Yargıtay, oldukça sert bir şekilde, hakimın taraf ehliyetine ilişkin resen araştırma görevinin kapsamını belirlemiştir. Kanaatimizce, hakimın dava şartlarına ilişkin resen araştırma yetkisini bu kadar sert anlamamak, en azından taraf ehliyetinin varlığı konusunda şüpheye düşülmesi durumunda, kendiliğinden araştırma yapma yetkisinin kapsamını geniş tutmak mümkün olmalıdır.

¹⁴ Jauernig, § 25, Rdn.10.

¹⁵ Avusturya Hukuku açısından, Rechberger, Yargılamanın Hızlandırılması, s.6;Stein/Jonas/Leipold, vor § 128 Rdn.95; Üstündağ, Usul, s. 313.

¹⁶ Üstündağ, Usul, s.313.

¹⁷ Musielak, § 56, Rdn. 2.

¹⁸ Yıldırım,Kamil,s.801.

¹⁹ Yıldırım,Kamil,s.802.

²⁰ Alangoya,İlkeler, s.133; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.217; MünchKomm,Lindacher,§56,Rdn.2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.622. Schilken,Hakimin Rolü, s.44.

değerlendirilebilir²¹. Dava şartları tamam olduktan sonra, davacının isteği doğrultusunda esasa ilişkin inceleme yapılacaktır. Bu yüzden davacı dava şartlarının varlığını ispatlamalıdır, aksi takdirde ispat yükünü yerine getirmemenin sonuçlarına katlanacaktır. Fakat bazı durumlarda, özellikle de davalının taraf ehliyetinin mevcut olup olmadığının şüpheli olduğu hallerde, davacının, karşı tarafın ehliyetini tam olarak ispatlayacak delilleri sunması güçlük arz edebilir. Örneğin davalı yabancı menşeli bir şirketin gerçekten tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı konusunda gerekli ispatı davacıdan beklemek mümkün olmayabilir. Zira bu halde davalının etki alanında bulunan bir husus söz konusudur. Bu gibi durumlarda davalı yabancı şirketten, kendi tüzel kişiliğini ispat etmesini beklemek daha uygun olabilecektir. Sonuç olarak dava şartlarının incelenmesinde, resen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, hakimin etkinliği, davanın esasına ilişkin durumlardan daha fazladır²².

Yargılamada bir tarafın taraf ehliyetini haiz olup olmadığı noktasındaki şüpheler, özellikle taraflardan birinin tüzel kişi olması halinde, daha fazla gündeme gelebilir. Dava dosyası kapsamında tüzel kişiliğin var olup olmadığı noktasında ciddi şüphelerin bulunması halinde hakim tarafından bu şüphelerin giderilmesi gerekir. Alman Federal Mahkemesi'nin dava ehliyetine ilişkin olarak verdiği bir karara göre, taraflardan birinin dava ehliyetinin şüpheli olduğu bir durumda, hakimin dava ehliyetine ilişkin sorunu çözebilmesi için dikkate alınabilecek bütün bilgi kaynaklarını tüketmesi gerekir²³. Federal Mahkeme'nin bu kararı uyarınca, taraf ve dava ehliyetinin incelenmesi bakımından hakimin geniş kapsamlı bir araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Alman Hukukunda, hakimin dava şartlarına ilişkin olarak yapacağı incelemede, Usul Kanunu'nda sayılan deliller haricinde başka ispat araçlarını kullanıp kullanamayacağı doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca, hakimin dava şartlarını incelerken kanunda

²¹ "Hakimin maddi anlamda sevk yetkisi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rechberger, Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, s.5; Schilken, Hakimin Rolü, s.45.

²² Schilken, Hakimin Rolü, s.44.

²³ BGH, VI ZR 94/95, NJW 1996, 1059.

sayılan deliller haricince başka delilleri kullanması mümkün olmalıdır²⁴. Bu noktada daha serbest bir ispat rejimi söz konusu olacaktır. Yani hakim, doğru karara ulaşmak bakımından dava şartlarının incelenmesinde sıkı ispat rejimi ile bağlı değildir, delilleri seçerken ve değerlendirirken bir serbestliğe sahiptir²⁵. Bu görüşün aksini savunan yazarlara göre, dava şartlarının incelenmesi açısından mahkeme, kanunda sayılan delillere bağlı kalmalı ve sıkı ispat rejimi dava şartlarının incelenmesinde geçerli olmalıdır²⁶.

C. Taraf Ehliyetinin Yargılamada Esas Sorun Olarak İncelenmesi

Dava konusunun doğrudan doğruya hasmın taraf ehliyeti hakkında bir ihtilaf olması halinde, taraf ehliyetine sahip olmadığı iddia edilen tarafın yargılama süresince durumsal taraf ehliyetinin (situative Parteifähigkeit) bulunduğu, Alman Hukukunda kabul edilen bir görüştür²⁷. İsviçre Hukukunda da Alman Hukukundakine benzer şekilde, taraf ehliyetinin incelendiği yargılamada, taraf ehliyeti eksikliği bulunduğu iddia edilen tarafın, “minimal veya geçici taraf ehliyetinin” varlığından bahsedilir²⁸. Yani bu durumda taraf ehliyeti olmadığı iddia edilen taraf, taraf ehliyeti varmış gibi yargılamada yer bulacaktır²⁹. Bu hallerde taraf ehliyeti sorunu, aslında çoğunlukla olduğu gibi davanın esasına girmek için incelenmesi gerekli bir ön şart olmaktan ziyade, yargılamanın ana tartışma noktasını oluşturmaktadır³⁰. Taraf ehliyetinin bir davanın ana tartışma konusu olabileceğine ilişkin örnekler genellikle toplulukların kişiliklerinin varlığı hakkındaki ihtilaflardan kaynaklanmaktadır. Örneğin, geçersiz bir vakıf kurma iradesinden dolayı, vakfın tüzel kişilik kazanmadığına ilişkin bir tespit talebi, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin kararına konu olmuştur³¹.

²⁴ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 56, Rdn. 6; Musielak, § 56, Rdn.5; Thomas/Putzo, Vor § 253, Rdn. 12; Zöller/Vollkommer, § 56, Rdn. 8.

²⁵ BGH, VI ZR 94/95, NJW 1996, 1059; Schilken, Hakimin Rolü, s.45; Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 56, Rdn. 15.

²⁶ MünchKomm, Lindacher, § 50, Rdn.58.

²⁷ MünchKomm., Lindacher, § 50 Rdn.59; Schemmann, s.61; Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn.58.

²⁸ Häfliger, s.61.

²⁹ Bucher, Art.11, Rdn.84.

³⁰ Häfliger, s.70.

³¹ Furtak, s.50 dp.253’de anılan RG, Urt.9.9.1942, RGZ 170, 22-28.

Yargılamada ihtilafın hem usuli hem de maddi hukuk boyutunun önem arz ettiği durumlarda, “çift etkili vakıanın³²” varlığından bahsedilir. Bu tür uyuşmazlıklarda, ihtilafın hukuki boyutu hem usuli hem de maddi açısından anlam ifade eder³³. Alman doktrinde savunulan bir görüş uyarınca, “çift etkili vakıanın” kabul edilebilmesi için usule ilişkin olduğu ileri sürülen bir vakıanın zorunlu olarak esasa ilişkin kontrolünün de yapılması gerekir³⁴. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi vakfın tüzel kişiliği taraf ehliyetini kazanması için gerekli bir unsurdur. Uyuşmazlığın esası da bu vakfın tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı açtığı menfi tespit davası ile bu vakfın mevcut olmadığını iddia etmektedir. Tüzel kişiliğin kuruluş şartları oluşmamış olsa bile yargılamada taraf olarak gösterilmesi halinde taraf teşkilini gerçekleştirdiği kabul edilecektir. Bu bağlamda yargılama hukuku bakımından, taraf ehliyetinin aslında ikiyüzlü bir etkiye sahip olduğu da söylenmektedir³⁵. Yani bir süjenin taraf ehliyeti kazanıp kazanmadığı noktasında yapılacak bir incelemenin hem usuli bakımdan, davanın dinlenebilip dinlenemeyeceği noktasında, hem de kararın esası açısından bir önemi söz konusu olabilecektir. Mahkeme bu noktada hukuki durumun tespitini yapacak ve bu tespit sonucuna göre bir karar verecektir. Menfi tespit davası sonucunda, taraf ehliyeti ihtilaf konusu yapılan tarafın kişiliği bulunmadığı tespit edilirse, dava nihai bir kararla sonuçlandırılacaktır. Oluşan bu nihai kararın usule mi yoksa esasa mı ilişkin olacağı tartışmalı bir husustur. Kararın esasa ilişkin olduğu kabul edilirse, ihtilafli süjenin taraf ehliyeti olmadığı kesin bir şekilde tespit edilerek aynı konu tekrar yargılama konusu yapılamayacaktır. Bununla birlikte, yargılamadan sonra yeni vakıaların oluşması halinde yeniden dava açılabilecektir. Verilen kararın usule ilişkin nihai bir karar olduğu kabul edilirse, mahkemece tespiti yapılan eksiklikler giderilerek yeniden dava açılabilecektir.

³² Doppelrelevante Tatsachen.

³³ “Çift etkili vakıalar”, genellikle mahkemelerin yetkisi konusunda özellikle de haksız fiiller ve ifa yeri ile ilgili yetki ihtilaflarda ortaya çıkmaktadır. Taraf ehliyeti ve dava ehliyeti gibi maddi hukuk bağlantılı müesseselerde de çift etkili vakıalar olarak yargılama hukukun içersindedir. Furtak, s.48. Doktrinde, “çift etkili vakıaların” istisna teşkil ettiği ve sıklıkla rastlanılan bir husus olmadığı belirtilmiştir. Schumann,s.417.

³⁴ Schumann,s.420.

³⁵ Furtak, s.48. Häfliger’de taraf ehliyetinin ikiyüzlü etkisini vurgulamak için ikiyüzlü Roma tanrısı Janus’u örnek göstermektedir. S.72.

Kararın hukuki niteliğini tespit, mahkemenin yaptığı incelemenin sınırı önem taşıyacaktır. Eğer mahkeme, süjenin taraf ehliyetini araştırırken maddi hukuk anlamında bir inceleme yapmışsa ve bu kapsamda bir karar tesis etmişse, verilen karar esasa ilişkin nitelikte olacaktır³⁶. Mahkemenin yaptığı inceleme esasa değil de usule yönelikse bu takdirde karar usuli nitelikte olacaktır. Her ne kadar taraf ehliyeti usuli bir kavram olsa da, maddi hukukla sıkı bir ilişkisi vardır. Özellikle taraf ehliyetinin kazanılıp kazanılmadığının tespiti için maddi hukuk kurallarının incelenmesi gerekmektedir³⁷. Dolayısıyla böyle bir durumda mahkemenin vereceği karar, esasa ilişkin nitelikte olmalıdır³⁸. Sonuç olarak toparlamak gerekirse, davanın konusunu bir kimsenin veya oluşumun taraf ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti oluşturursa, mahkemenin bu dava neticesinde vereceği karar, esasa ilişkin nitelikte olacaktır.

D. Taraf Ehliyeti Eksikliğinin Düzeltilmesi

Şekli anlamda taraf teorisi gereğince, dava dilekçesi taraf teşkilinin gerçekleşmesinde önemli bir yer tutar. Davacının dilekçesinde taraf olarak gösterdiği kimse, davada taraftır³⁹. Yani taraf teşkili açısından önemli olan, dava dilekçesinde kimin taraf olarak gösterildiğidir⁴⁰. Dilekçede taraf olarak gösterilen kimsenin, ihtilaf konusu şey ile maddi hukuk anlamında bir bağlantısının varlığı taraf teşkili açısından önem arz etmeyecektir. Dava dilekçesinin verilmesiyle, usul hukuku ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Maddi hukuk anlamında ihtilafli şeyle bir bağlantısı olmasa bile, tarafın dilekçede gösterilmesiyle yargılamada taraf teşkili gerçekleşmiş olacak, dava konusu şey ile bağlantılı olmama hali taraf teşkiline engel teşkil etmeyecektir⁴¹.

³⁶ Furtak, s.51.

³⁷ Taraf ve hak ehliyeti arasındaki ilişki için bkz. §1, D.

³⁸ Furtak, s.51; Häfliger, s.68-69; Schumann, s.426.

³⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.241.

⁴⁰ İsviçre’de bir görüşe göre, dava dilekçesinde tarafın açık bir şekilde ismi gösterilmese bile belirlenebilir nitelikte olması, taraf teşkili için yeterli bir husustur. Örneğin, Zürich Belediye Başkanı gibi. Reich, s.40.

⁴¹ MünchKomm., Lindacher, §50, Rdn.52; Wiczorek/Schütze/Hausmann, § 50, Rdn.83; Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.6.

Dava dilekçesinde davalı olarak yanlış bir kimse gösterilmiş olsa bile, dilekçede gösterilen kimse yargılamada taraftır⁴². Aslında bu durum şekli anlamda taraf teorisinin bir sonucudur. Tarafın belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçü, davalı ve mahkeme tarafından davacının iradesine verilecek objektif anlamdır⁴³. Açık bir şekilde yargılamanın tarafında hata yapıldığı anlaşılıyorsa, bu hata çok fazla öneme sahip olmayacak ve düzeltilebilecektir. Bu tür düzeltmeler, davacının kendisine ilişkin hatalarında da mümkün olacaktır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, davacının dava dilekçesinde gösterdiği kimseden farklı bir kimseyi davaya dahil etmek istemesi ve bu hususu da dilekçede yaptığı basit bir hatanın düzeltilmesi olarak göstermesi, mümkün olmayacaktır. Davacı sadece taraf değiştirme şartları çerçevesinde yeni tarafı davaya sevk edebilir. Ayrıca yargılamada taraf teşkilinden bahsedebilmek için dava dilekçesinin davalıya tebliği gerekir. Bununla birlikte taraf teşkili için tebliğin gerekli olmadığı, tebligatın sadece tarafı bulmak için gerekli bir usuli işlem olduğu da savunulmuştur⁴⁴.

Daha önce de belirtildiği gibi, yargılamanın her aşamasında taraf ehliyetinin mevcudiyeti hakim tarafından, görevinden ötürü resen araştırılır. Yaptığı inceleme sonucunda taraf ehliyeti eksikliğini tespit eden hakimin, bu hususun düzeltilebilir olup olmadığını da araştırması gerekir⁴⁵. Taraf ehliyeti eksikliğı düzeltilebilir nitelikte bir eksiklik olarak tespit edilirse hakim, aydınlatma ödevi çerçevesinde bu eksikliğı giderebilmek için faaliyette bulunacaktır. Hakim aydınlatma ödevini yargılamanın her safhasında gerçekleştirebilir⁴⁶. Taraf ehliyetinin eksikliğı genellikle davacının kendisinin veya davalının ismini dilekçesinde yanlış göstermesi şeklinde gerçekleşir. Objektif olarak, dava dilekçelerinden hatalı taraf teşkili anlaşılabiliriyorsa, bu durumun düzeltilmeye muhtaç olduğu aşıkardır. Taraf ehliyetine ilişkin düzeltilebilir bir eksikliğı varlığı halinde hakim, bu eksikliğı giderilmesi için ilgiliye süre vermeli ve bu süre içersinde eksiklikler düzeltilmezse, davanın açılmamış sayılmasına

⁴² Musielak, § 50, Rdn.8.

⁴³ Musielak, § 50, Rdn.7; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.241; Rechberger, ZPO, § 75, Rdn. 2; Stein/Jonas/Bork, Vor § 50 Rdn. 7.

⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.242.

⁴⁵ Rechberger,s.391;Wieczorek/Schütze/Hausman, § 56, Rdn. 23.

⁴⁶ MünchKomm., Lindacher, Vor§ 50, Rdn. 21; Thomas/Putzo, Vor§ 50, Rdn.7; Zöller/Vollkommer, Vor§ 50, Rdn.7.

hükmetmelidir. Verilen bu süre makul ve hasım açısından katlanılabilir nitelikte olmalıdır⁴⁷. Ayrıca sürenin tayininde eksikliğin giderilmesi için gerekli olan zaman dilimi de dikkate alınmalıdır. Böylece esasa ilişkin bir karara ulaşmanın önündeki abartılı, sıkı şekil şartlarının önüne geçilmiş olacaktır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta, düzeltmenin yapılabilmesi için, kimin tarafından veya kime karşı hukuki korunma istendiğinin, açık bir şekilde dava dilekçesinin içeriğinden anlaşılmasının gerekliliğidir⁴⁸. Bu halde dava dilekçenin bütün olarak içeriğinin incelenmesi neticesinde, tarafın objektif olarak tespiti mümkün olmalıdır⁴⁹. Yoksa davacının dava dilekçesine yansımayan asıl düşüncesi önem arz etmeyecektir. Sonuç olarak burada yasaklanan husus, yapılan hatanın düzeltilmesi adı altında yeni bir tarafın davaya katılımının sağlanmasıdır⁵⁰.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 56. maddesi gereğince, taraflara ilişkin dava şartlarının eksikliği halinde; bu eksikliklerin giderilebilir olması ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, dava şartı eksikliği taşıyan tarafa yargılamaya devam etmesi konusunda geçici bir izin verilebilmektedir. Mahkeme tarafından böyle bir iznin verilebilmesi için öncelikle taraflara ilişkin dava şartı eksikliğin tespit edilmesi veya bu yönde bir şüphenin bulunması gerekir⁵¹. Daha sonra, taraf ehliyeti eksikliği bulunan tarafın yargılamayı başlatamaması veya devam edememesi halinde, özellikle maddi hukuk anlamında hak kaybına uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalması gerekir⁵². Taraf ehliyeti eksikliği bulunan ve fakat geçici izinle yargılamaya devam eden taraf, geçici izin süresince bütün usuli işlemleri gerçekleştirebilecek ve hasmı da hiçbir eksiklik yokmuş gibi yargılamaya devam edecektir⁵³. Mahkemece verilen sürenin sonunda taraf ehliyetine ilişkin eksiklik giderilmişse, geçici izin süresince yapılan işlemlerin kesin olarak geçerli olabilmesi için taraf ehliyeti eksikliği giderilen tarafın yapılan bu

⁴⁷ Musielak, § 56, Rdn. 12; MünchKomm.Lindacher, § 56, Rdn. 5; Wiczorek/Schütze/Hausmann, § 56, Rdn.26.

⁴⁸ Schneider, s.555.

⁴⁹ Rechberger,ZPO, § 75, Rdn.2.

⁵⁰ Musielak, § 50, Rdn. 9;Reich,s.39; Rechberger,ZPO, § 75, Rdn.2; Schneider, s.556.

⁵¹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 56, Rdn.22;MünchKomm,Lindacher, § 56, Rdn. 5; Thomas/Putzo, § 56, Rdn.2; Wiczorek/Schütze/Hausmann,§ 56, Rdn.24.

⁵² Örneğin taraf ehliyetsiz bir tarafın yargılamayı başlatmaması halinde hak düşürücü sürenin tamamlanacak olması veya zamanaşımı süresinin dolacak olması gibi. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 56, Rdn.22; Thomas/Putzo, § 56, Rdn.2.

⁵³ Wiczorek/Schütze/Hausmann,§ 56, Rdn.27.

işlemlere icazet vermesi gerekir⁵⁴. Sürenin sonunda taraf ehliyetine ilişkin eksikliğin giderilmemesi halinde o ana kadar yapılan bütün işlemler geçersiz olacak ve dava usuli bir kararla sona erecektir. Dava şartına ilişkin eksikliğin verilen süre içerisinde tamamlanması halinde mahkeme artık davanın esasını inceleyecek ve davanın esasına ilişkin bir karar verecektir.

Şekli anlamda taraf teorisinin çok dar anlaşılması halinde, sadece davacının dilekçesinde gösterdiği kimseler taraf olarak kabul edilecek ve bu sıkı anlayışın neticesinde de, taraf olarak gösterilen kimse veya kimselerin aslında taraf olmadıkları, yanlışlıkla dilekçede gösterildikleri iddia edilirse, bu durumun düzeltilmesi güçlük yaratabilecektir. Davanın doğru taraflara teşmili için yukarıda belirtildiği gibi davanın içeriğini araştırmak gerekir.

Dava dilekçesinin içeriğinden, davalı olarak gösterilmek istenen kişi tespit edilebiliyorsa, gerçek taraf olarak o kimse gösterilecektir. Gerçek tarafın tespitinde dilekçenin içeriği kadar tarafın talebi de önemli rol oynayacaktır. İşte bu hususlar, şekli taraf kavramının dar yorumlanmasını kabul etmeyi engelleyecektir. Özetle söylemek gerekirse, taraf teşkili eksiliğinin tamamlanabilmesi için, derinlemesine olmasa bile, davanın esasına girilmesi gerekecektir. Bu işlemi yerine getirmek de hakimın görevidir. Eğer hakim, dava dilekçesinden asıl tarafı tespit edebiliyorsa, taraf teşkilinin sağlanması için gerekli süreyi ilgili tarafa verecektir.

Dava açıldığı sırada taraf ehliyeti olmayan bir kimse veya topluluk sonradan taraf ehliyetini kazanmışsa, yargılama dava açılma anında taraf ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle son bulmayacaktır. Yargılamanın hangi aşamasına kadar taraf ehliyeti eksikliği tamamlanırsa davaya devam edilebilecektir? Burada ilk akla gelen, esas hakkında hüküm verilmesi anına kadar taraf ehliyeti eksikliğinin giderilmesinin gerekli olduğudur⁵⁵. Bunu, tarafların usuli işlem yapmalarının mümkün olabileceği ana kadarki zaman dilimi şeklinde anlamak gerekir⁵⁶. Dolayısıyla kanunyolu aşamasında taraf ehliyeti eksikliğinin giderilmesi mümkün olmayacaktır. Alman Hukukunda, taraf

⁵⁴Stein/Jonas/Bork, § 56 Rdn. 12; MünchKomm.Lindacher, § 56, Rdn. 7; Thomas/Putzo, § 56, Rdn.5; Zöller/Vollkommer, § 56, Rdn.18.

⁵⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.218.

⁵⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.218.

ehliyeti konusundaki eksiklik, en geç sözlü yargılamanın sonuna kadar giderilebilir⁵⁷(§231 ZPO).

Yargılamadaki taraf usuli işlemlerinden önce tarafların dava ve taraf ehliyetine sahip olması gerekir, aksi halde yapılan usuli işlemler geçerli olmayacaktır. Taraf ehliyetinin sonradan kazanılması halinde, taraf ehliyetini kazanan kimsenin icazeti ile geçmişe dönük olarak bu işlemler de geçerli olabilecektir⁵⁸. Taraf ehliyetini sonradan kazanan kimsenin, açık bir icazet vermemesine rağmen, sessiz kalması ve yargılamaya devam etmesi hali de, daha önceki işlemlerin geçerliliği konusunda zımni bir icazet anlamına gelecektir⁵⁹. İcazetin bütün usuli işlemler konusunda gerçekleşmesi gerekir, sadece bir veya birkaç usuli işleme ilişkin icazet geçerli olmayacaktır⁶⁰. İcazet, davayı uzatmak veya sürüncemede bırakmak amacıyla bilinçli olarak geç yerine getirilirse dikkate alınmayabilecektir⁶¹.

E. Taraf Ehliyeti Eksikliği Durumunda Mahkemenin Vereceği Karar

Mahkeme, taraf ehliyetini görevinden ötürü resen araştırarak ve bu noktada bir eksiklik tespit etmesi halinde, esasa girmeden, usuli bir kararla davayı reddedecektir⁶². Taraf ehliyeti eksikliğinin yargılama sürecince düzeltilmesi söz konusu olacaksa, mahkeme öncelikle bu eksikliğin giderilmesi yönünde bir süre tayin edecek ve bu sürenin sonunda eksiklik giderilmezse, davayı usuli bir kararla reddedecektir.

Mahkemenin taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı verdiği ret kararı nihai bir karardır. Bu karardan sonra mahkeme davadan el çeker. Usuli nitelikteki bu nihai kararın temyizi mümkündür (HUMK m.427). Esasa ilişkin kesin hüküm niteliğindeki kararlardan farklı olarak, burada usuli eksikliğin tamamlanması halinde dava yeniden açılabilir. Bu anlamda, eksiklik tamamlanarak açılan dava kesin hüküm itirazıyla karşılaşmayacaktır.

⁵⁷ Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 56, Rdn.19.

⁵⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.259; Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn. 58

⁵⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.259; Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn. 58.

⁶⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.259.

⁶¹ Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 56, Rdn.22.

⁶² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.220; Kuru, Dava Şartları, s.187.

Yargılamada taraflardan birince, hasmın taraf ehliyetine sahip olmadığı ileri sürülür ve bu iddia mahkeme tarafından incelenerek reddedilirse, mahkeme vereceği ara karar ile davaya devam edecektir. Kazanılmış hak teşkil etmediği sürece mahkemenin ara kararından dönebileceği kabul edilmektedir⁶³.

F. Kanunyolu Aşamasında Taraf Ehliyeti Eksikliğinin Tespiti

Dava şartları, istinaf ve temyiz aşamasında da, hakim tarafından resen kontrol edilir. Taraf ehliyeti eksikliği, ilk derece mahkemesi tarafından dikkate alınmamış ve ilk olarak kanun yolu aşamasında tespit edilmişse, verilecek karar, kanun yoluna başvuru hakkının mümkün olmadığına yönelik değil, davanın usuli bir eksiklikten dolayı reddedilmesine ilişkin olmalıdır⁶⁴.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen, taraflardan birinin taraf ehliyetinin bulunmadığına ilişkin usuli bir karara karşı, taraf ehliyeti olmayan kimse veya oluşum kanun yoluna gidilebilir. Taraf ehliyeti olmayan kimsenin taraf ehliyetinin varlığı kanunyolu aşamasında kabul edilecek olursa, ilk derece mahkemesinin kararı bozularak, dosya yeniden incelenmek üzere mahkemeye gönderilecektir. İlk derece mahkemesi bozma kararına uyarsa, artık işin esasına girerek tarafların iddia ve savunmalarını çerçevesinde yargılama yapacaktır.

Taraf ehliyeti eksikliğine rağmen yargılama sonuçlanmış ve karar kesin hüküm etkisi kazanmışsa, bu karar, yok hükmünde nitelendirilebilecek bir karar değildir. Neticede hatalı da olsa bir kararın varlığından söz edilir. Taraf ehliyeti eksikliğine rağmen kesin hüküm etkisini haiz karar, “etkisiz karar” niteliğindedir⁶⁵. Etkisiz kararlar, ne yargılama hukuku ne de icra hukuku açısından doğurması gereken etkiyi doğurmazlar. Çünkü kararın etkilerini ortaya koyabilmesine hukuki veya fiili bir sebep engel olmaktadır. Taraf ehliyeti bulunmayan hakkında verilen kararın icrası fiili olarak mümkün olmayacaktır. Her nasılsa yargılama sujesi olamayacak bir şey hakkında karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olsa da, verilen kararın icra edileceği bir suje bulunmayacağı için kesinleşmiş karar hiçbir etki doğurmayacaktır.

⁶³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.470.

⁶⁴ MünchKomm.Lindacher, § 56, Rdn. 62; Zöller/Vollkommer, § 56 Rdn.14.

⁶⁵ Schemmann, s.9. Etkisiz kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, Hüküm, s.661-669.

Etkisiz kararlarda, kararın unsur etkisi ve maddi anlamda kesin hüküm etkisi yoktur⁶⁶. Taraf yokluğuna rağmen verilen etkisiz karara karşı, temyiz veya yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmeye gerek olmadığı, bu kararların, etkisiz olduklarının tespitinin istenebileceği doktrinde savunulmuştur⁶⁷.

Fakat yargılama içerisinde etkisiz kararlara bir takım sonuçlar bağlanabilir. Özellikle taraf ehliyeti tartışmalı olan bir kimse veya oluşuma karşı verilen bir kararın, kanun yoluna taşınması yukarıda belirtildiği gibi bu kimse veya oluşumlar açısından mümkün olabilir. Bununla birlikte, olmayan tarafa karşı verilen bir karar hiçbir açıdan etki doğurmayacağı gibi yargılama masrafları açısından da etki yaratmayacaktır.

G. Taraf Ehliyetsiz ve Mevcut Olmayan Taraf

Gerçekte olmadığı halde yaratılmış, uydurulmuş bir isme veya ölüye karşı dava açılması halinde, “tarafın mevcut olmamasından⁶⁸” bahsedilir. Bu bağlamda ticaret sicilinden terkin edilmiş bir şirket de mevcut olmayan taraf olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde ölmüş bir kimse de mevcut olmayan bir taraftır. “Taraf ehliyetsiz⁶⁹” halinde ise, gerçekte bir oluşum, kişi vardır, fakat bu kişi veya oluşum davada taraf olabilmek yeterliliğine sahip değildir. “Taraf ehliyetsizliği” kavramı, doktrinde Reich tarafından şöyle tanımlanmaktadır⁷⁰: Taraf ehliyetsiz, kanun tarafından, kendi adına hukuki himaye talep edebilmesi veya kendisine karşı hukuki himaye talep edilebilmesi mümkün kılınmayan herhangi bir kimse, kişi veya mal topluluğudur.

Taraf ehliyetsizin varlığı halinde, ehliyetsiz kimse davada fiili olarak yer alabilecek ve talebini ileri sürebilecek, buna rağmen mevcut olmayan tarafın, taraf

⁶⁶ Schemmann, s.10.

⁶⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.486. Bu konuda farklı bir görüşe göre, buradaki etkisiz kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Özekes, Hüküm,s.692; Alman Hukukunda, taraf ehliyeti eksikliğine rağmen kesinleşmiş bir kararın varlığı halinde bu kararı hükümden düşürebilmek amacıyla § 579/4 ZPO’da düzenlenen yokluk davası (Nichtigkeitsklage) açılabilir. Yokluk davası sırasında ehliyetleri tartışmalı olan süjelerin durumsal taraf ehliyetleri bulunmaktadır. MünchKomm.,Lindacher,Vor § 50, Rdn.26;Thomas/Putzo, § 50, Rdn. 12; Zöller/Vollkommer, § 50 Rdn.7.

⁶⁸ Nicht existierende Partei.

⁶⁹ Parteiunfähigkeit.

⁷⁰ s.38.

olarak da davada yer alması mümkün olamayacaktır⁷¹. Bu şekilde belirtilen ayırıma rağmen, yargılamada ortaya çıkaracağı sonuçlar açısından taraf ehliyetsiz ve mevcut olmayan taraf arasında bir fark bulunmamaktadır⁷².

Mevcut olmayan tarafın veya taraf ehliyeti bulunmayan bir sujenin davada taraf olması halinde, yargılama usuli bir kararla reddedilecektir⁷³. Bu hallerde mevcut olmayan tarafı ve taraf ehliyetsizi, yargılamada tarafmış gibi değerlendirmek gerekir⁷⁴.

Mahkemece taraf ehliyeti eksikliği gözden kaçırılarak esasa ilişkin bir hüküm tesis edilmiş olabilir. Bu durumda mevcut olmayan tarafa karşı verilen kararın, kesin hüküm gücünü sorgulamak gerekir. Mevcut olmayan tarafın bu niteliği gözden kaçırılarak bir hüküm tesis edilmişse, bu halde “yok” bir karardan değil, “etkisiz” bir karardan bahsetmek gerekecektir. Kısaca, taraf yokluğu halinde verilen karar, “etkisiz karardır”⁷⁵. Çünkü bu halde fiili sebeplerden dolayı etkisini gösteremeyen bir hüküm söz konusudur⁷⁶. Örneğin etkisiz kararın icra kabiliyeti bulunmamaktadır, zira karara muhatap olabilecek bir kişilik söz konusu değildir. Etkisiz kararlar da, yargılamayı sona erdiren ve şekli anlamda kesin hüküm etkisini gösteren kararlardır.

Yargılama giderlerine de davaya sebep olan kimse katlanmalıdır⁷⁷. Yani davacı bakımından düşünüldüğünde yargılamayı harekete geçiren kimsenin, örneğin mevcut olmayan bir davacı adına davayı açan temsilcinin, bu yargılama giderlerine katlanması gerekir. Mevcut olmayan veya taraf ehliyetsize karşı açılan bir davada yargılama masraflarına davayı açan kimse katlanacaktır. Taraf ehliyetsizi veya mevcut olmayan tarafı yargılamada temsil eden kimse lehine yargılama masraflarına hükmedilecektir⁷⁸. Mevcut olmayan bir kimse veya oluşum adına davalı tarafında yer alıp usuli işlemler yapan kimsenin de kötü niyetli olması halinde yargılama giderlerine katlanabilmesi mümkündür. Örneğin, ölmüş müvekkili adına yargılamaya katılan bir avukatın, davanın taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı reddedilmesi durumunda yargılama

⁷¹ Reich, s.39.

⁷² Schemmann, s.9.

⁷³ Stein/Jonas/Bork, § 50,Rdn.42; Zöller/Vollkommer, vor § 50, Rdn.11.

⁷⁴ Rechberger, ZPO, Vor § 1, Rdn.5.

⁷⁵ Abel, s. 81;Schemmann,s.8; Stein/Jonas/Bork,§ 50, Rdn.59; Zöller/Vollkommer, vor § 50, Rdn.11.

⁷⁶ Schemmann,s.9; Zöller/Vollkommer, vor § 300, Rdn.17.

⁷⁷ Stein/Jonas/Bork,§ 50, Rdn.59.

⁷⁸ Schemmann, s.9.

masraflarından sorumlu tutulabilmesi için, temsil ettiği tarafın öldüğünü bilmesine rağmen yargılamayı devam ettirmesi gerekir.

İKİNCİ BÖLÜM (ÖZEL BÖLÜM)

§ 3. Gerçek Kişilerin Taraf Ehliyeti

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanun m. 28' e göre, kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Bu husus Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1. maddesinde de benzer bir şekilde düzenlenmiş ve BGB § 1'e göre hak ehliyetinin doğumun tamamlanmasıyla başlayacağı hükme bağlanmıştır. Kişiliğin kesin bir şekilde ne zaman başladığı sorusu hukuki açıdan büyük önem taşımaktadır. Kişiliğin kazanılması için, doğumun sağ ve tam olarak gerçekleşmesinin aranmasıyla, hak ehliyetine kavuşma zamanının tespiti kolaylaştırmakta ve birey olabildiğince erken hak ehliyetine kavuşabilmektedir¹. Doğumun tamamlanmasından anlaşılması gereken, çocuğun anne karnından doğal veya yapay yollarla eksiksiz olarak ayrılması ve annesinden bağımsız olarak yaşamaya başlamasıdır². Bunun için, çocuğun anne rahminden ayrılması yeterli sayılacak ve göbek bağının kesilmesine de gerek olmayacaktır³. Çocuğun, doğumdan sonra çok kısa süre de olsa yaşaması hak ehliyetini kazanması için yeterlidir⁴. Ancak çocuğun kati bir hayat fonksiyonu gösterdiğinin kesin olarak ispatı gerekir. Çocuğun doğumdan hemen sonra kısa süre de olsa yaşayıp yaşamadığı tıbbi veriler kullanılarak tespit edilecektir⁵. Anne rahminden çıktıktan sonra çocuğun kalbi atıyorsa ve nefes alıyorsa bu durum çocuğun yaşadığının bir kanıtıdır. Kaslardaki açık refleksler de bu konuda bir ispat aracı olabilir⁶. Yeni doğan çocuk, kendi gücüyle yaşama kabiliyetine sahip olmayıp, herhangi bir tıbbi cihaza bağlı olarak yaşasa bile taraf ehliyetine sahiptir⁷. Alman Kişisel Duruma İlişkin Kanunun (PStG) 60. maddesi gereğince doğumun sicile kaydı, sağlıklı bir doğum konusunda karine teşkil eder. Fakat bu karinenin aksi ispat edilebilir.

¹ MünchKomm.BGB, Schmidt, § 1, Rdn. 2.

² Dural/Öğüz, s.15; Hatemi, s. 12; Helvacı, s. 5.

³ Akipek/Akıntürk, s.254; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.10; MünchKomm.BGB, Schmidt, § 1, Rdn.13.

⁴ Dural/Öğüz, s.15; Helvacı, s.6; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.10.

⁵ Dural/Öğüz, s.16; Helvacı, s.6.

⁶ Erman/Westermann, §1, Rdn. 1.

⁷ Soergel/Fahse, §1, Rdn.1.

B. Ceninin Taraf Ehliyeti

Çocuğun sağ ve tam doğmasıyla başlayacak hak ehliyeti, etkilerini geçmişe yönelik olarak gösterecektir. Bunun anlamı çocuğun sağ ve tam doğması şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanmasıdır (MK m.28/II).

Ceninin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların yoğunluğu, Alman Hukukunda dikkat çekici boyuttadır. Alman Hukukunda, anne rahmindeki şeyin ismi konusunda bile birden fazla terim kullanılmaktadır. “Nasciturus”, “Leibesfrucht”, “ungeborenes Kind” terimleri, cenini tanımlamak için genel olarak ve eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Embriyo ve Fetus ise tıbbi olarak farklı anlamlara sahiptir.

Ceninin hak ehliyeti konusunda ortaya çıkan meselelerden ilki, hangi andan itibaren ceninin varlığından söz edilebileceğidir. Bir görüşe göre, dişi ve erkek yumurtaların birleşme anından itibaren cenin hukuksal olarak vardır⁸. Diğer görüş göre, döllenmiş yumurtanın anne rahmine yerleşmesi anı, ceninin var olduğu andır⁹.

Alman Anayasası’nda açık bir şekilde, ceninin anayasal haklara sahip olacağı düzenlenmemişse de, özel olarak korunan bir obje olduğu belirtilmiştir (GG § 1 I, § 2 II 1). Cenin, devletçe sunulan korumadan yararlanacak ve devlet de ceninin haklarını sağlama yükümlülüğü altına girecektir¹⁰. Ceninin, anayasal hakları iki alanda özellik gösterir. Bunlardan ilki yaşam hakkı (GG § 1 I, § 2 II 1) , diğeri ise, miras hakkıdır (GG § 14 I).

Alman Medeni Kanunu’nun birçok maddesinde ceninin hak ehliyetine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, üçüncü kişi yararına yapılacak sözleşmelerde, cenin, lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi olabilir (BGB § 331/II). Zira bu sözleşmelerde önemli olan husus, üçüncü kişinin belirlenebilir olmasıdır ve ceninin de

⁸ Erman/Westermann, § 1 Rdn.2.

⁹ Palandt/Heinrichs, § 1 Rdn.8. Tüp bebek ile hamilelik halinde, ana rahmine düşme anını, embriyonun oluştuğu an olarak kabul etmek gerektiği, böylelikle henüz ana rahmine yerleştirilmemiş embriyonun korunabileceği belirtilmiş, fakat embriyonun oluşması anına önem verilmesinin anne karnına yerleştirilmeden önce embriyonun bir hukuki varlık kazanması anlamına gelmeyeceği, normal çocuk için aranan tam ve sağ doğum şartının bu durumda da aranması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.13;Serozan, Ansay’a Armağan,s.314.

¹⁰ Zeising, s.7.

belirlenebilir olduğu açıktır¹¹. Bunun dışında cenin, yaşamına ve sağlığına karşı yapılan kasti veya ihmali tecavüzlere karşı korunur ve ayrıca cenin lehine tazminat talebi de söz konusu olabilecektir. Cenine bakmakla yükümlü kimselerin ölümü halinde, bu ölüme sebebiyet veren kimseler, ceninin tazminat talebine maruz kalabileceklerdir (BGB § 844 II). Tazminat talebi, çocuğun doğumu ile mevcut hale gelecektir. Ayrıca Alman Medeni Kanunu’nun 844/II maddesi gereğince, cenine, anne ve babasının ölümü halinde tazminat isteme hakkı da tanımıştır(BGB § 844/II). Alman Hukukunda cenin hakkında açık kanuni düzenlemeler bulunmasa bile, mevcut kanun hükümleri kıyasen cenin yararına uygulanabilecektir¹². Bu duruma örnek olarak şunlar gösterilebilir: Doğumu durumunda sözleşme ile ceninin yararına ipotek tesis edilebilir. Cenin cebri artırmaya girebilir ve haklarını korumak için dava(drittwiderspruchsklage) açabilir. Cenin zilyetliğin korunması davasından da yararlanabilecektir.

Alman Hukukunda, ceninin mirasçılığı ile ilgili temel hüküm BGB § 1923 II’ dir. Bu hüküm uyarınca, “*mirasın açılması anında henüz hayatta olmayan, fakat belirlenebilir durumda (erzeugt) olanlar, mirasın açılmasından önce doğmuş gibi değerlendirilir.*” Gebe kadının, terekeye karşı, nafaka talebinde bulunma hakkı vardır (BGB § 1963). Bu talep, tipik bir tereke borcudur¹³. Alman Medeni Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin dördüncü kitabında, ceninle ilgili birden çok hüküm bulunmaktadır. Örneğin, babalığın tanınması davası, doğumdan önce mümkün olabilecektir (BGB § 1594 IV). Bu şekilde çocuğun doğumundan önce, çocuğun durumu (statüsü) ile ilgili sorunlar çözülmeye çalışılacaktır. Çocuk, doğumdan başlamak üzere babaya karşı nafaka talebinde bulunma hakkına sahiptir (BGB § 1601). İsviçre Medeni Kanunu’nun 309. maddesine göre de, doğumdan önce bir kayyım vasıtasıyla babalığın tanınması davası açılabilir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu’nda açık bir şekilde, doğumdan önce cenin adına atanacak bir kayyımla babalığın tanınması davasının açılabilmesine düzenlenmemiştir. Doktrinde, Türk Medeni Kanunu’nun 303/II hükmünün eski Medeni Kanunu’nun 298. maddesi gibi yorumlanıp, doğumdan önce

¹¹ Zeising, s.10.

¹² MünchKomm.BGB, Schmidt, § 1, Rdn. 33.

¹³ Zeising, s.12.

ananın talebi ile hakim tarafından cenine bir kayyım atanarak, evlilik dışı ana rahmine düşen çocuk adına babalık davası açılabilceğı kabul edilmektedir¹⁴.

Medeni Kanunumuzda da cenine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle miras hukuku açısından, ceninin durumu farklılık arz eder. Ceninin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağı, ölü doğan çocuğun mirasçı olamayacağı, Medeni Kanunumuzun 582. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca mirasın paylaşılması sırasında henüz sağ olarak doğmamış cenin varsa, paylaşırma doğum anına kadar beklenecektir (MK m.643). Ceninin vasiyetname veya miras sözleşmesi ile iradi mirasçı olarak atanması mümkündür. Türk Hukuku açısından doğumundan önce çocuğa kayyım tayin edilerek hak kazanmasının sağlanması veya hakların kullanılması sadece mirasçılar arasında ceninin bulunması ve ceninin menfaatlerinin bunu gerektirmesi halinde geçerli olabilecektir(MK m.427/ b.3)¹⁵. Hukukumuzda kişiliğın başlaması çocuğun tam ve sağ doğması geciktirici şartının gerçekleşmesine bağılı olduğundan, doğumdan önce çocuğun haklarının kayyım vasıtasıyla kullanılması istisnai bir durum arz eder.

Bu açıklamalardan sonra, ceninin sahip olduğu hakkın hukuki niteliğini belirlemek gerekir. Bu hususta birçok soru gündeme gelmiştir: Ceninin hak ehliyeti var mıdır? Yoksa cenin hak ehliyetine aday mıdır? Cenin tam hak ehliyetine sahip midir? Ya da sınırlı hak ehliyeti mi vardır? Bu konuda Alman ve İsviçre Hukukunda farklı görüşler mevcuttur. Alman Hukukundaki görüşler, cenine tanınan hak ehliyetinin, tam veya kısmi olması noktasındadır. Doktrinde büyük çoğunluk, cenine tanınan hak ehliyetinin kısmi hak ehliyeti olduğu görüşündedir¹⁶.

Azınlıkta kalan görüşe göre ise, ceninin tam hak ehliyeti mevcuttur¹⁷. Bu görüş temel dayanağını tabii hukuk teorisinden almaktadır. Buna göre her insan hak ehliyetine sahip olmalıdır. Daha dölleme anından itibaren, yeni bir insan söz konusudur. Gerek medeni kanunda gerekse diğerk kanunlarda gösterildiğı gibi, ceninin de hak ehliyeti

¹⁴ Akipek/Akıntürk, s.258; Dural/Öğüz, s.19;Gümüş,s.161;Helvacı,s.7,dp.26.

¹⁵ Helvacı, s.7,dp.26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.15.

¹⁶ Hefe, s.18; Palandt/Heinrichs, § 1 Rdn. 6; Soergel/Fahse, § 1 Rdn. 16; Staudinger/Bienwald, § 1912 Rdn. 1; Fabricus, s.116.

¹⁷ Zeising, s.14, dp.97'de anılan Wolf/Naujokas, s.144. Hatemi'ye göre de yaşama hakkı açısından ceninin tam hak ehliyeti bulunmaktadır. Hatemi,s.10.

vardır. Halen mevcut bir canlı, geleceğe ilişkin haklara sahip olabiliyorsa, dünyaya gelmesi muhtemel cenin de bu haklara sahip olabilmelidir¹⁸. Bu görüşe göre, cenin, biyolojik olarak insandır.

Çoğunluk görüşü ise, ceninle ilgili kanun hükümlerinin, BGB § 1 in lafzına aykırı olmadığını belirterek, ki bu hükme göre kişiliğin başlangıcı için doğum gereklidir, ceninin sınırlı veya kısmi hak ehliyeti (beschränkte Rechtsfähigkeit, Teilrechtsfähigkeit) olduğunu savunmuştur¹⁹. Bu görüşe göre, cenine tam hak ehliyeti tanınmaz. Ceninin tam hak ehliyeti olduğunu ifade eden tabii hukuk değişime uğramalıdır. Pozitif hukukun genel bir bağlayıcılığı vardır. Bu bağlamda, cenine tam hak ehliyeti tanınması konusunda esneklik, miras hukukunun temel kaidelerine ve özellikle de BGB § 1923 II'ye aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, hak ehliyetinin başlangıç anının “olabildiğince açık” bir şekilde belirlenmesinde büyük fayda vardır. Cenine tam hak ehliyetinin tanınması durumunda bu belirlilik net olarak ortaya konamayacaktır.

Hak ehliyetine pozitif hukuktan kaynaklanan sınırlamalar getirilebilir. Burada sorun yine hak ehliyetinin nispiyeti konusuna dayanmaktadır ve Fabricus’a göre hak ehliyeti daima nispidir²⁰. Hak ehliyetinin nispiyeti kavramından anlaşılması gereken, bütün herkes için geçerli olan, genel bir hak ehliyeti kavramının yanında (örneğin tacir, mirasçı, kiracı olabilme), tek tek fertler için de hak ehliyeti kavramının tanımlanmasıdır²¹. Yani hak ehliyeti kavramını açıklarken, tümden gelim (deduktif) metodundan ziyade, tüme varım (induktif) metodunu kullanmak gerekir. Başka bir anlatımla, münferit süjelerin hak ehliyetinin içeriği ve çerçevesi, tek tek hukuk normları vasıtasıyla doldurulabilir²². Sonuç olarak, genel ve özel (bireysel) bir şekilde hak ehliyeti kazanılır²³. Cenin, özel kanun hükümlerinde, yer yer hukuki bir pozisyona sahiptir. Bu durum, BGB § 1 de yer alan, doğumun tamamlanmasıyla hak ehliyetinin kazanılacağına dair hükme aykırılık teşkil etmez. Bu hükmün mefhumu muhalifinden,

¹⁸ Zeising, s.14.

¹⁹ Palandt/Heinrichs, § 1 Rdn. 7; Soergel/Fahse, § 1 Rdn. 16; Staudinger/Bienwald, § 1912 Rdn. 1; MünchKomm.BGB,Leipold, § 1923 Rdn. 20

²⁰ s.25.

²¹ Fabricus, s.51.

²² Fabricus, s.51.

²³ Fabricus, s.51.

cenine kısmi hak ehliyeti tanınamayacağına dair bir düşünce çıkartılamaz²⁴. Cenin özel düzenlemelerle korunur ve bu husus onun kısmi hak ehliyetinin önüne geçmez. Bu kurallar özel nitelik taşısalar bile, benzetme yoluyla kullanılmaya kapalı değildir. Ceninin haklarını korumak için, yasal boşluklar, benzer durumlardaki mevcut hükümlerin kıyasen kullanılmasıyla doldurulacaktır. Burada istisnai hükümler, genel kurala aykırı olarak kullanılmamakta, sadece kıyas yoluyla, ceninin özel hukuktaki haklarını korumak amacıyla var olmaktadır²⁵. Somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, ceninin haklarının etkili bir şekilde kullanılması sağlanmalıdır.

Sonuçta bütün görüşler, ceninin hak ehliyetinin, geciktirici mi yoksa bozucu mu şarta bağlı olduğu noktasında düğümlenmektedir. Türk Hukukunda genel eğilim, tam ve sağ doğum şartı ile hak ehliyeti tanınan ceninin, bu ehliyete geciktirici şartla sahip olduğu yönündedir²⁶. Alman Hukukunda kabul edilen, ceninin hak ehliyetinin, bozucu şarta bağlı bir ehliyet olduğudur²⁷. İsviçre Hukukunda savunulan görüş ise, kişisel hakların korunması açısından ceninin sahip olduğu hakkın bozucu şarta bağlı olduğu, sözleşmesel ilişkiler ve malvarlığı hakkında doğabilecek hak ve yükümlülükler kapsamında ise ceninin geciktirici şarta bağlı bir hakka sahip olduğu yönündedir²⁸. Ceninin, malvarlığı ve sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanan durumlarda geciktirici şarta bağlı bir hakka sahip olduğu düşüncesi, onu koruma amacıyla kabul edilmiştir²⁹.

Cenin taraf ehliyetini hak ehliyetinden farklı düşünmemek gerekir. Alman Hukukuna göre, ceninin bozucu şarta bağlı ve sınırlı taraf ehliyeti vardır³⁰. Türk Hukukuna göre, ceninin sahip olduğu taraf ehliyeti, geciktirici şarta bağlı bir ehliyettir. Mirasçılar arasında yer alan ve menfaatleri gereği kayyım tayin edilen ceninin dava açması veya ona karşı açılması durumunda davayı, ceninin menfaatlerini korumak için tayin edilen kayyım yürütülecektir³¹.

²⁴ Zeising, s.18.

²⁵ MünchKomm.BGB, Schmidt, § 1 Rdn.31.

²⁶ Dural/Öğüz, s.19; Helvacı, s.7; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.14; Tekinay, s.209.

²⁷ Fabricius, s.116; Larenz/Wolf, § 50 Rdn.8; Zeising, s.45-46.

²⁸ Dieter, s.60; Heinz/Regina, s.16.

²⁹ Häfliger, s.82 dp 296'dan naklen, Bucher, N.210 S.68.

³⁰ MünchKomm., Lindacher, §50 Rdn 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.253; Stein/Jonas/Bork, § 50, Rdn.5; Zöller/Vollkommer, § 50, Rdn. 11.

³¹ BGH ZZP 71 (1958), Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.253.

Dava dilekçesinde tarafların ad ve soyadlarının açık şekilde belirtilmesi ve böylece yargılamada taraf teşkilinin sağlanması gerekir. Bu bağlamda, tarafların ad ve soyadları, dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan birisidir (HUMK m. 179/I b.1,ZPO § 253 II 1). Tarafların ad ve soyadlarının dava dilekçesinde açıkça belirtilmesi kuralına ceninin davada taraf olması halinde, bir istisna getirilebilir çünkü doğacak çocuğun ismi, tam olarak belli olmayabilir. İşte böyle hallerde Alman uygulamasında, çocuğun muhtemel doğum tarihi ve annesinin ismi dilekçeye yazılarak taraf teşkili gerçekleştirilmektedir³².

Yargılamanın yürütülmesi esnasında, cenin ölü doğarsa, bu durumun yargılamaya etkisi nasıl olacaktır? Ceninin taraf ehliyetini bozucu şarta bağlı bir işlem olarak kabul eden görüşe göre, burada bir yokluk söz konusudur. Bu halde mahkemenin usuli nitelikte dahi olsa bir karar vermesine gerek kalmadan yargılama sona ermelidir, çünkü mahkeme işten elini çekmektedir³³. Bu konuda var olan başka bir görüşe göre, bu hallerde dava usuli bir kararla reddedilmelidir, zira artık yargılama sırasında ceninin ölmesi ile, mevcut olmayan bir taraf varmış gibi işlemler gerçekleştirilmelidir³⁴. Walder ise bu durumda dava konusuz kaldığını ve yargılamanın da davanın konusuz kaldığına dair usuli bir kararla sona ermesi gerektiğini belirtmektedir³⁵.

C. Gerçek Kişilerin Taraf Ehliyetinin Kaybı ve Sonuçları

Ana rahmine düştüğü andan itibaren sağ ve tam doğmak şartıyla hukuki süjelik vasfını kazanan gerçek kişiler, yaşam süreleri boyunca bu özelliklerini devam ettirirler. Hak ehliyeti ile taraf ehliyeti arasındaki sıkı ilişkiden dolayı (HUMK m.38), hak ehliyetini kaybeden kişiler davada taraf olabilme ehliyetini de kaybedecek, yani ölümle kişilik sona erecektir (MK m.28/I). Ölünün dava açabilmesi düşünülemeyeceği gibi, ona karşı da dava açılması mümkün olamayacaktır. Bu bağlamda, ölüm anının tespiti taraf ehliyetinin kaybedildiği anın tam olarak tespit edilmesi açısından önem kazanmaktadır.

³² Zeising, s.22 dp.169'da anılan SchlHOLG kararı.

³³ Holzhammer,s. 62.

³⁴ Schemmann,s.8; Zöller/Vollkommer, vor § 50, Rdn. 11.

³⁵ s.136.

Kişinin ölümünün saptanması tıp biliminin konusunu oluşturur ve bu bilim dalında ölümün tespiti açısından, “biyolojik ölüm” ve “beyinsel ölüm” olmak üzere iki farklı görüşün ön plana çıktığı görülmektedir³⁶.

Ayrıca gaiplik ve ölüm karinesi halleri de, ölüm gibi taraf ehliyetini sona erdiren durumlardır³⁷.

Kişiliğin son bulmasının taraf ehliyeti üzerindeki etkilerini, davanın açılmasından önce ve sonra taraf ehliyetinin kaybı şeklinde ayrı ayrı incelemek gerekir.

I. Dava Açılmadan Önce Taraf Ehliyetinin Kaybı

Dava açılmadan önce taraf ehliyetinin kaybedilmesi halinde, taraf ehliyetini kaybeden kimse adına veya ona karşı açılan bir dava, dava şartı eksikliğinden dolayı usulden reddedilecektir. Ölümle kişiliğin ve taraf ehliyetinin sona ermesine rağmen, bazı durumlarda bu kimselere karşı veya onların adına dava açıldığı görülmektedir. Ölü adına açılan davalar genellikle bu kimselerin temsilcileri vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Örneğin, dava açılmadan önce ölen kimse kendisini temsil etmesi için avukatına vekalet verebilir ve avukat da bu kimsenin öldüğünü bilmeden onun adına dava açabilir. Genel olarak, müvekkilin ölümü ile davaya vekalet son bulacaktır. Bu husus, temsil yetkisinin ölüm ile sona ereceğini düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 397. maddesinde belirtilmiştir. Ancak, yine aynı maddenin ikinci fıkrasında işin niteliği gereği ve tarafların aksini kararlaştırmaları durumunda temsil yetkisi devam edecektir. Bu bağlamda, ölmüş müvekkili adına dava açan vekil, bu dava ile dolmak üzere olan zamanaşımı süresini kesmeyi veya hak düşürücü süreyi korumayı amaçlamışsa, bu davaya mirasçılarının devam etmesini kabul etmek gerekir³⁸. Aksi halde mirasçılarının menfaatleri olumsuz yönde etkilenecektir. Bu durumda, işin niteliği gereği temsil yetkisinin devam ettiği bir hal söz konusudur.

³⁶Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz, s.21-23; Helvacı, s.9-10; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.17-19.

³⁷ Ölüm karinesinde, MK m. 31 gösterilen koşulların gerçekleşmesi durumunda kişi ölmüş sayılır ve o kimsenin kütüğüne ölüm kaydı düşülür. Ölüm kaydının düşülmesi üzerine, cesedi bulunamayan kişi, olayın meydana geldiği andan itibaren ölmüş sayılacağı için bu an itibarıyla de taraf ehliyetini kaybedecektir. Gaiplik durumunda ise, gaiplik kararı, geçmişe etkili olarak, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağı için (MK m.35/II), gaip durumundaki kişinin taraf ehliyeti de bu andan itibaren sona ermiş olacaktır.

³⁸ Aynı yönde, Kuru, Usul, C. I, s.904.

Yargıtay, dava açılmadan önce ölen kimse adına vekili tarafından açılan davanın, taraf ehliyeti eksikliği nedeniyle reddedilmesi gerektiğine, mirasçılarının bu davaya devam edemeyeceklerine hükmetmiştir³⁹.

Dava açılmadan önce ölmüş bir kişiye karşı dava açılması halinde, bu davaya davalının mirasçılarının karşı devam edilip edilemeyeceği sorununa çözüm aramak gerekir. Daha öncede belirtildiği gibi, davada taraf teşkilinin gerçekleştirilmesi için taraf ehliyetinin bulunmasına gerek yoktur⁴⁰. Davacının dilekçesinde davacı ve davalı tarafın gösterilmesiyle usulüne uygun olarak bir dava açılmıştır. Ölüye karşı açılan davada bu husus mahkeme tarafından tespit edilince, mahkemenin önünde iki imkan bulunmaktadır. Bunlardan ilki, davayı taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usulden reddetmek, diğeri ise davayı reddetmeyerek ölenin mirasçılarının karşı devam etmektir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, dava tarihinden önce ölmüş bir kimseye karşı açılmış dava, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usulden reddedilmelidir⁴¹. Yargıtay bu kararlarında ayrıca açılan davanın tebligat yapılarak davalının mirasçılarının karşı devam edilemeyeceğini ve davacının ıslah yoluyla da davasını mirasçılara karşı devam ettiremeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde, çoğunluk tarafından desteklenmektedir⁴². Bu görüşün sonucu olarak, ölüye karşı davası reddedilen davacı, ölünün mirasçılarının karşı yeni bir dava açmak zorundadır⁴³. Dolayısıyla ilk davanın açılmasına bağlanan sonuçlar da geçersiz hale gelecektir.

³⁹ 2.HD E.2004/2243 K.2004/3324, t.17.03.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); “...Dava açıldıktan sonra müvekkilinin ölmesi halinde bütün mirasçılarının duruşmaya çağrılarak yargılamanın devam ettirileceği kuralının bu olayda uygulama kabiliyeti yoktur. İhtiyaç nedenine dayalı tahliye davalarında süre koşulunun re'sen nazara alınması gerekmekte ise de sürenin bir dönemde kaçırılmış olması daha sonraki dönemlerde süresinde dava açılmasına engel olamayacağından müvekkilin menfaatlerinin tehlikeye düşmesi olasılığı bulunmadığından olayda BK.nun 397/2. maddesinin uygulanması da mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle davacı vekilinin müvekkilinin ölümünden sonra vekaleti son bulduğu halde dava açması mümkün olmadığından davanın reddine karar vermek gerekirken usulen açılmış dava mevcut gibi işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir....” Yargıtay'ın bu kararından, müvekkilin menfaatlerinin tehlikeye düşme tehlikesi halinde vekilin dava açabileceği anlamı çıkarılabilir. 6.HD E.1989/18208 K.1990/988 t. 1.02.1990,(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁴⁰ Bkz.yukarıda § 2,D.

⁴¹ İçtihadı Birleştirme Kararı, E.1978/4 K. 1978/5 t.04.05.1978,YKD 1978/6 s.866; 14. HD E.2002/511 K.2002/1332 t.28.02.2002, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); 1.HD 12387/13465 t.31.10.1997 YKD 1998/2,s.191-192; 10 HD 9388/4159 t.28.05.1976, YKD 1977/6 s.810-811; 3 HD 414/337 t.26.01.2004 İBD 2004/2 s.749.

⁴² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.125; Bilge/Önen, s.226; Üstündağ, Usul, s.289.

⁴³ Üstündağ, Usul, s.289.

Mesela ölüye karşı açılmış olan dava ile zamanaşımı kesilmiş olmayacak, hak düşürücü süreler de korunmayacaktır. Kuru, bu durumda, ölüye karşı açmış olduğu davası reddedilen davacının, BK m.137'deki altmış günlük ek süreden yararlanması gerektiğini savunmuştur⁴⁴. Yani, davacı, ölü kişiye karşı açmış olduğu davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde murisin mirasçılarına karşı dava açarsa, dava zamanaşımının geçmesinden veya hak düşürücü sürenin geçmesinden ötürü reddedilmemelidir⁴⁵.

Ölüye karşı açılan davaya, o kişinin mirasçılarına tebligat yapılmak suretiyle onlara karşı devam edilemeyeceği kuralına, Kamulaştırma Kanunu'nda (m. 14/V) ve Kadastro Kanunu'nda (m.29/II) istisnalar getirilmiştir. Kamulaştırma Kanunu'na göre, davaların görülmesi sırasında tapu malikinin daha önce öldüğü sabit olursa, dava hemen reddedilmeyip, davaya ölen kişinin mirasçıları dahil edilmek suretiyle devam olunur (m.14/V). Kadastro Kanunu'na göre ise, dava sırasında, davalının davadan önce öldüğünün anlaşılması halinde, davaya mirasçıları aleyhine devam edilir (m.29/II).

Ölüye karşı açılan davaların mirasçılara karşı devam edilebilmesi imkanı Alman Hukukunda öngörülmüş ve bunun içinde hatalı kararın düzeltilmesine ilişkin ZPO § 319 un hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁶. ZPO § 319 a göre, kararda mevcut yazı, hesap ve bunlara benzer açık hatalar mahkeme tarafından her zaman görevinden ötürü düzeltilebilecektir. Bu bağlamda ölüye karşı açılmış davalar Alman Hukukunda hemen reddedilmeyecek, dilekçede bulunan hatanın düzeltilmesiyle davaya devam edilecektir. Ayrıca Alman Usul Kanunu'nun 86. maddesine göre, davaya vekalet ne ölümle ne de müvekkilin dava ehliyetinde meydana gelen bir değişiklik ile sona erer, vekil temsil ettiği tarafın taraf ve dava ehliyetini kaybetmesine rağmen yargılamaya devam eder. Ayrıca murisin vekili, mirasçılar tarafından gerekli yetkilerin verilmesi ile davaya devam edebilecektir⁴⁷. İsviçre Hukukunda da, ölü kişiye karşı açılan davalara mirasçılara karşı devam edilebilecektir⁴⁸.

⁴⁴ Usul,C.I s.895.

⁴⁵ Kuru,Usul,C.I s.895.

⁴⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.257.

⁴⁷ Stöber, s.758.

⁴⁸ Schuhmacher, s.39.

Türk Hukuku açısından da bu görüşün savunulabileceğini söyleyen Kuru'ya göre, ölmüş bir kişinin taraf ehliyeti olmadığı için, hiç kimse öldüğünü bildiği bir kişiye karşı dava açmaz, açılmışsa da bu dava yanlışlıkla açılan bir davadır⁴⁹. Dolayısıyla ölüye karşı açılan davayı, mirasçılara karşı açılmış bir dava olarak kabul etmek, yani davacıya yaptığı bu yanlışlığı düzeltme yetkisini tanımak, menfaatler dengesine ve usul ekonomisine uygun düşer. Yazar ayrıca, davacının davalının ölmüş olduğunu dava açıldıktan sonra öğrenmiş olması halinde, en azından bu durumda, ıslah yoluyla davanın mirasçılara karşı devam edilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür⁵⁰. Kanaatimizce ölüye karşı açılan davanın mirasçılara karşı devam edilebileceğine yönelik açık bir düzenlemenin hukukumuzda bulunmamasından ötürü, Yargıtay'ın ve doktrinin genel görüşünden ayrılmaya gerek yoktur. Ölüye karşı açılan davanın her zaman yanlışlıkla açılmış bir dava olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Davacı çeşitli amaçlarla, öldüğünü bildiği kimseye karşı dava açabilir. Bu halde artık mevcut olmayan bir tarafın varlığından söz edilecek ve dava, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usuli bir kararla reddedilecektir. Mevcut olmayan bir tarafa karşı açılan davanın ıslah yoluyla düzeltilerek devam edilmesi de, ıslah yoluyla yargılamada taraf değişikliğine müsaade etmeyen Yargıtay uygulamasına ve bu konuda doktrinde ileri sürülen haklı görüşlere aykırılık teşkil edecektir⁵¹.

II. Dava Esnasında Taraflardan Birinin Ölümü

Yargılama sırasında taraflardan birinin ölmesi halinde, ölen tarafın taraf ehliyeti sona erecektir. Bu sebeple, ölen kişinin veya kural olarak vekilinin, davaya devam etmesi mümkün değildir, sadece bu kimsenin mirasçıları davaya devam edebilirler. Fakat ölen tarafın mirasçılarının davaya devam edebilmesi için dava konusunun sadece murisi ilgilendirmemesi gerekir. Eğer dava konusu mirasçılarının menfaatlerini etkiliyorsa, onlar davaya devam edebileceklerdir.

Yargılama esnasında taraflardan birisi ölür ve karşı tarafında ölen tarafın tek mirasçısı olduğu tespit edilirse, artık yargılamaya devam edilemeyecektir. Çünkü bu durumda miras bırakanın bütün hak ve yükümlülükleri külli halefiyet prensibi uyarınca

⁴⁹ Kuru, Usul, C.I s.893–894.

⁵⁰ Kuru, Usul, C.I s.894.

⁵¹ Bu konuda bkz. §1,E,VII,1.

bu kimseye geçecektir. Külli halefiyet ilkesinin kapsamına, miras bırakan tarafından davada ileri sürülen talepler de girmektedir. Bu faraziyede eğer, taraflar arasında bir alacak davası söz konusu olursa, artık alacaklının ve borçlunun aynı kişi olmasından kaynaklanan borcun sona ermesi sebebi meydana gelecek ve yargılama başka hiçbir işleme gerek kalmadan kendiliğinden sona erecektir. Burada aslında taraflar arasında “usuli bir birleşmeden” (prozessualer Konfusion) bahsedilir⁵². Bu halde yargılamanın sona ermesi için murisin ölümünün mahkemeye bildirilmesi yeterlidir⁵³. Miras bırakanın davacı veya davalı olması bu sonucun oluşmasında herhangi bir öneme sahip değildir⁵⁴. Çünkü her durumda davalı ve davacının aynı kimse olamayacağı (insichprozess) prensibi gündeme gelecektir.

Yargılama esnasında ölen tarafın karşında yer alan taraf yine onun mirasçısı olabilir ve fakat bir önceki paragrafta belirtilen durumdan farklı olarak, miras bırakanın genel anlamda sadece bir değil, birden fazla da mirasçısı olabilir. Bu durumda, yargılamanın davacının ve davalının ayniyetinden dolayı sona ermesi söz konusu olmayacaktır. Gerekli şartların sağlanması şartıyla, ölen tarafın karşı tarafında yer alan mirasçı dışındaki diğer mirasçılar yargılamaya devam edeceklerdir. Bütün mirasçıların bu mirasçıya karşı birlikte hareket etmeleri gerekir. Örneğin; A, B’ ye karşı bir alacak davası açmıştır. Yargılama devam A ölmüş ve geride mirasçısı olarak B, C ve D’ yi bırakmıştır. A’ nın B’ ye karşı açtığı alacak davasını, A’ nın B dışında kalan diğer mirasçıları C ve D, B’ ye karşı devam ettirebileceklerdir.

Taraflardan birinin ölümünün yargılamanın gidişatı üzerindeki etkisi, dava konusunun niteliğine göre değişmektedir. Dava konusunun sadece öleni ilgilendirdiği davalarda tarafın ölümü ile yargılama sona ererken, dava konusunun mirasçıların malvarlığını etkilediği hallerde mirasçılar yargılamaya devam edebileceklerdir.

⁵² Stöber, s.758.

⁵³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 50 Rdn.16.

⁵⁴ Stöber, s.758.

1. Sadece Öleni İlgilendiren Davalar

Sadece öleni ilgilendiren ve mirasçılara devri mümkün olmayan davalar, mirasçılar tarafından devam ettirilemezler⁵⁵. Dava konusunun malvarlığı hakkına ilişkin olduğu durumda dava, mirasçılar tarafından devam ettirilecektir. Genellikle münhasıran şahsa bağlı hakların dava konusunu oluşturduğu durumlarda mirasçılar davayı kaldığı yerden yürütemezler. Bu hallerde ölenin kişilik hakları ön plandadır ve mirasçıların davayı devam ettirmede menfaatleri olduğu düşünülemez.

Dava konusunun mirasçıları ilgilendirmediği hallerde, tarafın ölümü ile dava konusuz kalacak ve mirasçıların davaya devam etmeleri mümkün olmayacaktır⁵⁶. Böyle bir durumda mahkeme, “dava konusuz kaldığından, hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmadığı” şeklinde bir karar verecektir⁵⁷.

Mahkemenin, verdiği bu karar ile birlikte, davanın açıldığı tarihte haksız olan tarafı yargılama giderlerine mahkum etmesi gerekecektir (HUMK m.425). Mahkemenin yargılama giderlerine hükmedebilmesi için, yargılamaya devam ederek davanın açıldığı tarihte haksız olan tarafı tespit etmesi gerekir⁵⁸. Kararın sadece masraflarla ilgili kısmı, mirasçıların menfaatlerini etkileyebileceği için bu yargılama sürecine onlar da katılabileceklerdir.

2. Dava Konusunun Mirasçıları İlgilendirdiği Haller

Taraflardan birinin ölümü üzerine, ölen tarafın mirasçılarının davaya devam edebilmesi için, dava konusunun ölenin malvarlığına ilişkin olması ve dava sonucunda alınacak hükmün olumlu veya olumsuz bir şekilde mirasçıların haklarını etkilemesi gerekir. Mirasçıların malvarlığını ilgilendiren bu tür davalarda, taraflardan birinin

⁵⁵ Ansay, s.117; Bilge/Önen, s.233.

⁵⁶ Ansay, s.117; Bilge/Önen, s.233; Kuru, Usul, C.I s.904.

⁵⁷ Kuru, Usul, C.I s.906.

⁵⁸ Kuru, Usul, C.III s.3030.

ölümü davayı konusuz bırakmamakta, yargılamada kanundan kaynaklanan taraf değişikliği söz konusu olmaktadır⁵⁹.

HUMK m. 41 uyarınca, iki taraftan birisinin ölümü halinde, diğer tarafın talebiyle davanın takibi için hakim tarafından bir kayyım tayin edilebilecektir. Bu hükümde açık bir şekilde mirasçılarının davaya devam edeceği öngörülmemesine rağmen, davaya kayyım tarafından da olsa devam edilmesi mirasçılarının taraf olduğu anlamına gelmektedir. Aslında bu hüküm mevcut şekliyle karışıklara yol açabilecektir. Hüküm sadece, bir tarafın talebiyle kayyımın tayin edilebileceğini belirtmekte, mirasçılarının davaya katılımı konusunda ise herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Mehaz Nöşatel Usul Kanunu'nun 24. maddesine göre, dava devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde, mirasçılarının mirası reddetme hakkı bulunduğu sürece, acil durumlar haricinde yargılama duracaktır. Yargılamanın durduğu bu süreç içerisinde ihtiyaca göre hakim, bir kayyım atanmasına karar vererek davayı devam ettirebilecektir⁶⁰.

HUMK m. 41'in miras hukuku sistemine uygun olmadığı, hükmün mevcut halinin yetersiz olduğu ve tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Buna göre, kayyım tayini yoluna zorunlu hallerde, gecikmesinde tehlike bulunan ve mirasçılarının belli olmadığı durumlarda gidilmek gerekir⁶². Mirasçılık sıfatının ihtilafı olduğu, mirasçılarının tespit edilemediği hallerde karşı tarafın isteği ile yargılamanın bir an önce sonuçlanması düşüncesinden hareketle mahkemece kayyım atanacaktır⁶³. HUMK m. 41'in lafzı, davayı gören mahkemenin kayyımı atayacağı intiba yaratsa da, kayyım sulh mahkemesi tarafından atanacaktır⁶⁴.

Doktrinde farklı bir görüş olarak, HUMK m. 41'in lafzı gereğince, tarafın ölümü üzerine diğer tarafın talebiyle mahkemece derhal kayyım atanmasının gerekli olduğunu belirtilmiş, kayyım tayini için mirasçılık sıfatında ihtilafın bulunmasına veya

⁵⁹ Bilge/Önen, s.233; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.136.

⁶⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın 60. maddesinde de bu husus şu şekilde kaleme alınmıştır; *“Taraflardan birinin ölümü hâlinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir”*.

⁶¹ Bilge/Önen, s.233; Kuru,Usul,C.I.s.917.

⁶² Alangoya,Ortaklık, s.60 dn. 28; Berkin, s.352;Bilge/Önen, s.233;Umar,s.595;Yenice,s.952.

⁶³ HUMK m. 41 gereğince atanacak kayyımın hukuki niteliği, MK. m. 426'da hüküm altına alınan “temsil kayyımlığıdır”. Temsil kayyımlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s.13-60.

⁶⁴ Aynı yönde, Erişir,s.164.

mirasçılarının belirsiz olması koşuluna ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir⁶⁵. Bu görüşe gerekçe olarak da, tarafın ölümü üzerine davanın diğer tarafının yargılamayı bir an önce sonuçlandırmaya yönelik menfaatinin, mirasçılarının menfaatinden üstün olduğu ve mirasçılarının davadaki teşkillerinin zorluğu düşünceleri ileri sürülmüştür⁶⁶. Yargılamada diğer tarafın talep ettiği her durumda kayyım tayin edilerek, yargılamaya kayyım tarafından devam edileceğini söylemek, davayı yürütmekte büyük ölçüde menfaati olan mirasçıları geri plana atacaktır. Özellikle mirasçı sayısının az olduğu ve mirasçılarının rahat belirlenebileceği durumlarda dahi karşı tarafın isteğiyle yargılamanın yürütülmesini kayyım marifetiyle gerçekleştirmek, menfaatler dengesini bozabilecektir.

Taraflardan birinin ölümü üzerine öncelikle yargılamanın ertelenmesi⁶⁷, daha sonra mirasçılarının belirlenmesi gerekir. Hukukumuz açısından mirasçılarının tam olarak belirlenebilmesi amacıyla, mirasın resmi olarak reddedilmesi için gerekli olan sürenin geçmesi gerekir⁶⁸. Fakat bu süre geçmeden de mirasçılarının gelip, davaya devam etmeleri mümkündür. Davaya gelip, devam eden mirasçılar, mirası kabul etmiş sayılır⁶⁹. Bu bağlamda MK m.610/II gereğince, tereke işlerine gereğinden fazla karışma nedeniyle ret hakkının düşmesinden söz edilebilir. Bu maddeye göre, “ *Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan..... mirasçı mirası reddedemez*”. Doktrinde bu durumda “örtülü” bir kabulden bahsedilmiştir⁷⁰. Dolayısıyla miras bırakan tarafından açılan bir davaya devam etmek isteyen mirasçının durumu, zamanaşımını kesmek için dava açan bir mirasçı ile benzer değildir. Zamanaşımını kesmek için dava açan mirasçının, olağan bir işlem yaptığını ve tereke işlerine karışmak gibi bir niyetinin olmadığını söylemek mümkün iken, daha önce miras bırakan tarafından açılan davaya devam eden mirasçı açısından tereke işlerine karışmak gibi bir niyetinin olmadığını söylemek, mümkün değildir.

⁶⁵ Erişir, s.163.

⁶⁶ Erişir, s.163-164.

⁶⁷ Erişir, s.146. Dava ehliyetinin eksikliği halinde mahkemenin erteleme kararı vermesi gerektiği hakkında bkz. Kuru, Dava Şartları, s.126.

⁶⁸ 3 aylık ret süresinin başlangıcı, yasal mirasçılar için, ölüm ve kendi mirasçılığını öğrendiği andır (MK m.606/II). Koruma önlemi olarak, terekenin yazımının söz konusu olduğu hallerde, mirası ret süresi, yasal ve atanmış mirasçılar için yazım işleminin sona erdiğinin sulh mahkemesi tarafından kendilerine bildirimiyle başlar (MK m. 607).

⁶⁹ Ansay, s. 117; Bilge/Önen, s.233; Kuru,Usul,C.I,s.917; Umar, Ehliyet, s.595; Aksi görüş, Erişir, s.148.

⁷⁰ Dural/Öz, s. 403.

Mirasçılarının davaya devam etmeleri için bütün hepsine tebligat yapılması gerekir. Bu tebligattan sonra mirasçılar gelip, davaya devam edebilir. Çağrılmasına rağmen mirasçılar duruşmaya gelmezse, mahkemenin mirasın reddi süresinin geçmesini beklemesi gerekir⁷¹. Mirasın reddedilmesi için gerekli olan sürenin dolmasından önce mirasçılardan bir kaçının gelip yargılamaya devam etmek istemesi mümkün değildir. Çünkü bu dönemde kimlerin gerçek anlamda mirasçı olduğu bilinmemektedir ve bütün mirasçılarının yargılamaya katılmasını gerektiren mecburi dava arkadaşlığı prensipleri gerçekleşmemiştir. Mirasın reddi için kanun tarafından belirlenen sürenin sonunda mirasçılarının tamamı davaya devam edebilir veya temsilci atayabilirler.

Alman Hukukunda, yargılama esnasında taraflardan birinin ölümü üzerine, mirasçılarının davaya devam edecekleri ana kadar oluşacak geçici belirsizlik döneminde yargılamanın akıbetinin ne olacağı, ZPO § 239, § 246 ve § 86'da hüküm altına alınmıştır⁷². Ölen kimse yargılamada bir avukat tarafından temsil edilmişse, yargılamaya bu vekil tarafından devam edilecektir (§ 86 ZPO). Bu durumda yargılamanın durmasından veya sona ermesinden bahsedilmez. Muris tarafından verilen vekalet, mirasçılar için de devam edecektir. Fakat vekil vereceği bir dilekçe ile yargılamadan ayrılabilir. Vekilin ayrılmasıyla duran yargılamaya mirasçılar tarafından devam edilebilir. Bu halde, kanuni haleflerin davayı kabul etmesine kadar dava duracaktır (§ 239 ZPO). Eğer mirasçılarının kabul etmeleri gecikirse, davanın diğer tarafı, mirasçıları, davaya belli bir süre içerisinde devam etmeleri için davet edecektir. Bu süre mahkeme başkanı tarafından belirlenecektir. Bu süre içerisinde kanuni halefler duruşmada bulunmazlarsa, onlar varmış gibi kabul edilip yargılamaya devam edilecektir. Fakat mirasçılar, mirası kabul etmeden önce davaya devam etmekle yükümlü değildirler. Mirasçılarının yargılamada şekli taraf olarak teşkilleri, mirasçı oldukları andan itibaren değil, hasım tarafından yapılan daveti kabul ettikleri andan itibaren mümkün olacaktır⁷³. Dolayısıyla her mirasçı değil, sadece yargılamayı kabul eden mirasçılar davada taraf olabilecektir.

⁷¹ Ansay, s. 117; Bilge/Önen, s.233; Umar, Ehliyet, s.595.

⁷² Stöber, s.758.

⁷³ Stöber, s.758.

3. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Tereke Resmi Yöneticisi ve Tasfiye Memurlarının Hukuki Durumu

Miras bırakanın bir ölüme bağlı tasarrufu ile açıkladığı son arzularını yerine getirmek amacıyla ile atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin (MK m.550 – 556); şartların gerçekleşmesi durumunda, her bir mirasçı veya miras bırakanın alacaklıların talebi sonucu oluşacak resmi tasfiye işlemi gereğince atanan resmi tasfiye memurlarının (MK m.632- 636) ve MK m.592'deki şartların bulunması halinde, terekeyi paylaştırmaya kadar resmen yönetmekle görevli kişilerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi, bu kimselerin yargılamada taraf olmaları hasebiyle önem arz etmektedir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, tereke resmi yöneticisi ve tasfiye memurlarının hukuki niteliği konusunda genel olarak ortaya çıkan, önemli teoriler şunlardır⁷⁴: Bunlardan ilki, bu görevlileri, mirasçılarının temsilcisi olarak kabul ederken; diğeri terekenin temsilcisi olarak kabul etmiş; başka bir görüş ise, miras bırakanın temsilcisi olduğunu ileri sürmüş ve son olarak bu kimselerin özel hukuk anlamında bir makam (privatrechtlicher Amt) olduğu ileri sürülmüştür.

Temsil teorilerinden hareket eden görüşlerden bir kısmına göre, bu görevliler “mirasçılarının temsilcisidir”⁷⁵. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının temsilcisi olduğu görüşü şu açılardan eleştiriye uğramıştır: Vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının lehine hareket etmek gibi bir zorunluluğu yoktur, hatta bazı işlemleri mirasçılarının menfaatleriyle çatışabilecektir⁷⁶. Bununla birlikte mirasçılarının temsil kurumundan farklı olarak, vasiyeti yerine getirme görevlisine talimat verme ve onu azletme yetkisi de yoktur⁷⁷.

⁷⁴ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s.81.

⁷⁵ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s.82, dp.11’de anılan yazarlar.

⁷⁶ Saymen, s.495.

⁷⁷ Deren- Yıldırım, Kesin Hüküm, s.82-83; Dural/Öz, s.183. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar tarafından görevinden uzaklaştırılması veya mirasçılarının vasiyeti yerine getirme görevlisine talimat verme hakları bulunmasa da, mirasçılar tarafsızlığından şüpheye düştükleri vasiyeti yerine getirme görevlisini hakime şikayet edebilirler, vasiyeti yerine getirme görevlisi ancak hakim tarafından görevinden alınabilir. Serozan/Engin,s.267.

Bir diğ er teori ise, bu görevlilerin “terekenin” temsilcisi olduğu yönündedir. Bu kimseler terekenin bir organı gibi hareket ederler⁷⁸. Fakat bu noktada da, hukuki bir kişiliği olmayan bir topluluğun temsil edilmesi söz konusu olacaktır. Bu teori, terekeyi “bağımsızlaşmış özel mamelek” konumuna getireceği için kabul edilemeyecektir⁷⁹.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, tereke resmi yöneticisinin ve tasfiye memurlarının, miras bırakanın temsilcisi olduğu görüşleri ise, ölmüş bir kimsenin temsilcisi olamayacağı için kabul edilemeyecektir⁸⁰.

Bu görevlileri, özel hukuk anlamında bir makam olarak kabul eden görüş ise, bu kimselerin iki niteliğinden hareket etmektir⁸¹. Bunlardan ilki, bu görevlilerin kendilerine ait idare yetkisine sahip olması, diğeri ise, bu yetkilerini kendi menfaatleri doğrultusunda kullanamayacak olmalarıdır. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, tereke resmi yöneticisinin ve tasfiye memurlarının göreve başlaması ile davaları takip etme yetkisi, onlara geçecektir. Bu durumda mirasçıların, tereke üzerinde maddi hukuk anlamında hakları devam etmesine rağmen, bu konuyla ilgili ihtilaflarda davayı takip ehliyetleri bulunmamaktadır. Dava takip yetkisi, görevlerinden ötürü, bu kimselerin  zerindedir⁸². Bu kimseler davayı kendi adlarına açacaklar ve fakat hüküm etkilerini mirasçılar üzerinde gösterecektir.

Medeni Kanun’un 640. maddesi gereğince, miras ortaklığına paylaştırmaya kadar bir temsilci atanabilir. Miras ortaklığı temsilcisinin hukuki niteliği konusunda da yukarıda açıklanan görüşler tekrarlanabilir. Burada da miras ortaklığı temsilcisini, “idare yetkilisi” olarak kabul etmek doğru olacaktır⁸³. Zira bu temsilci, mirasçıların talimatı ile bağlı değildir ve kendi adına hareket eder⁸⁴.

⁷⁸ H fliger, s.123.

⁷⁹ Deren- Yıldırım, Kesin Hüküm, s.82.

⁸⁰ Vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında bkz. Saymen, s.492.

⁸¹ Deren- Yıldırım, Kesin Hüküm, s.83.

⁸² Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.246; MünchKomm., Lindacher, Vor   50, Rdn.30; Zöller/Vollkommer,   51 Rdn.7.

⁸³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,   50 Rdn.9; Stein/Jonas/Bork, Vor   50 Rdn.28.

⁸⁴ Deren- Yıldırım, Kesin Hüküm, s.90.

4. Boşanma Ve Evliliğin İptali Davalarında Taraflardan Birinin Ölümü

Medeni Kanunumuzun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davasında davacının ölümü halinde, onun mirasçısının veya mirasçılarının davaya devam ederek, davalının kusurunu tespit ettirme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Davalının kusuru tespit edilirse, davacıya mirasçı olma hakkı ortadan kalkacaktır. Medeni Kanunumuza göre, eşlerin birbirlerine karşı mirasçılık halleri, boşanma davası sırasında taraflardan birinin ölümü halinde dahi devam edecektir. Evlilik ölümle sona erecektir, fakat sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı olabilecektir⁸⁵.

MK m.181/II gereğince, davaya devam edip, karşı tarafın kusurunu tespit edebilme imkanı, sadece boşanma davasını açanın mirasçılara tanınmış, davalının mirasçılara böyle bir hak sağlanmamıştır. Bu imkanın sadece davacıya tanınmış olması, gerekçeden anlaşıldığı üzere, çoğu zaman davalının kusurlu olabileceği düşüncesinden hareket edilmesidir⁸⁶. Oysa boşanma davasında davacı da kusurlu olabilir ve bu durum davalı tarafından ileri sürülebilir. Davalının ölümü halinde onun mirasçıları, davacı eşin mirastan yoksun kalmasını sağlamak amacıyla, davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek davaya devam edebilirler. Doktrinde sadece davacının mirasçılara bu hakkın tanınması hem tehlikeli hem de eşitlik kuralına aykırı görülmüştür⁸⁷. Özellikle de MK m.166/II' nin davalıya davacının kusurlu olduğunu ileri sürme hakkını vermiş olması da bu görüşü destekler niteliktedir⁸⁸.

Bu hükümde dikkati çeken bir özellik de, her bir mirasçın kendi başına bu davayı devam ettirebilme imkanının bulunmasıdır. Miras hukukundaki genel prensiplerin aksine, bu hükme göre, bütün mirasçılar birlikte hareket etmek zorunda kalmayacak, tek bir mirasçı da kendi adına davacının kusurunun varlığını tespit ettirebilecektir.

⁸⁵ Oysa BGB § 1933 uyarınca, boşanmanın şartlarının gerçekleşmesi ve davanın açılması ile eşler, başka hiçbir şeye gerek kalmaksızın, birbirlerine karşı olan yasal mirasçılık haklarını (nafaka talepleri hariç) kaybederler.

⁸⁶ Gerekçe, www.tbmm.gov.tr

⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümü, s.140.

⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümü, s.140.

Mirasçılarının devam ettiği bu davanın konusu hakkında gerekçede şu ifadeler yer almaktadır : “... mirasçılardan birinin devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmalarına yönelik olmayacak, devam edilen davada boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır. Başka bir ifade ile bu durumda devam edilen dava, boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik olacaktır...”.

Medeni kanunun bu düzenlemesi, usul hukuku açısından önemli birkaç sorunu gündeme getirmektedir. Kural olarak, açılmış olan bir davada taraflardan birinin ölümü üzerine ölen tarafın mirasçılarının davaya devam edebilmesi için, dava konusunun malvarlığına ilişkin olması ve mirasçıları ilgilendirmesi gerekir. Bu sebepten dolayı, açılmış olan boşanma davasına mirasçıların devam edip, boşanma ile ilgili bir karar aldıkları mümkün değildir. Bu husus gerekçede de belirtilmiş ve devam edecek olan davanın boşanma davası olmadığına altı çizilmiştir.

Burada öncelikle taraf konusunda ki değişikliğe değinmek gerekir. Bilindiği gibi devam eden bir yargılamada taraf değişikliği kanundan kaynaklanabileceği gibi taraf iradesinden de kaynaklanabilir. Yukarıda açıklandığı gibi mirasçıların davaya devam etmeleri kanundan kaynaklanan bir taraf değişimi halidir⁸⁹. Burada da mirasçı veya mirasçıların davaya devam etmeleri, kanuni taraf değişikliği halinin bir türüdür. Mirasçıların devam ettirdikleri diğer davalardan farklı olarak bu dava, mirasçılardan birisi tarafından da devam ettirilebilir. Mirasçı bu davayı kendi adına açabilecek, fakat dava sonunda aldığı karardan, dolaylı olarak diğer mirasçılar da olumlu yönde etkilenecektir. Zira davalı kusurlu bulunursa mirastan mahrum olacak ve bunun sonucunda da diğer mirasçıların payları artacaktır.

MK 181/II gereğince, boşanma davası olarak açılan davaya mirasçılar, davalının kusurunun tespit edilmesi amacıyla devam edebileceklerdir. Bu şekilde dava konusunda bir değişiklik meydana gelmektedir. Kural olarak dava konusunda yapılan bir değişiklik dava değişikliği olarak kabul edilir ve bu husus da ancak ıslah ve hasmın muvafakati ile mümkün olabilir. Fakat MK m.185’de ıslah ve hasmın muvafakatine gerek olmadan kanundan kaynaklanan bir dava değişimi söz konusu olacaktır.

⁸⁹ Bkz. §1,E,VII, 2.

Burada önemli bir hususta, devam edilen davanın hukuki niteliğine yöneliktir. Eğer mirasçının devam edeceği yargılama sadece davalının kusurunun tespitine yönelik ise, bu davada alınan karar tespit edici bir niteliğe sahiptir. Fakat aynı davada, davalının kusuru tespit edilip, mirastan mahrum bırakılması yönünde bir talep de ileri sürülebilir. Bu talep üzerine, boşanma davasının inceleyen mahkeme, davalının kusurlu olduğunu tespit ederse, davalının mirastan mahrumiyetine ilişkin bir hüküm tesis edecektir. Böyle bir kararın “inşai” bir niteliği olacağı açıktır. Zira alınan karar ile var olan hukuki bir durum sona erdirilmiştir.

§ 4. TÜZEL KİŞİLERİN TARAF EHLİYETİ

A. Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyetini Kazanması

Hukuk düzeninin hak ehliyeti tanıdığı, teşkilatlanmış bir topluluk olan tüzel kişiliği alelade mal ve kişi topluluklarından ayıran temel özellik, tüzel kişilik kazanmış topluluğun belli bir amaca hizmet edecek olmasıdır. Bu temel unsurla birlikte, tüzel kişilikten bahsedebilmek için, mal veya kişi topluluğunun teşkilatlanması, yani bu birliğin kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapıya kavuşması gereklidir¹. Bununla birlikte her teşkilatlanmış topluluğun hukuk düzeninde kişiliği bulunmamaktadır. Sadece kanunda sınırlı sayıda gösterilen niteliklere sahip kişi veya mal birlikteliklerinin kişilikleri bulunmaktadır. Kanunkoyucu açıkça tüzel kişilik çeşitlerini belirlemiş, kanunda gösterilenlerin haricinde tüzel kişiliğin var olmasını mümkün görmemiştir. Dolayısıyla tüzel kişilik türlerinin sınırlı sayıda olduğu kabul edilir.

Tüzel kişiler, kuruldukları andan itibaren kişilik kazanırlar ve hak ehliyetine sahip olurlar. Hukukumuzda tüzel kişilerin tümü için geçerli bir sistem mevcut değildir, her tüzel kişi için farklı kuruluş sistemi mevcuttur. Bu bağlamda, tüzel kişilerin hak ehliyetlerini hangi andan itibaren kazandıklarını tespit edebilmek için, her tüzel kişi türü için geçerli olan kuruluş sistemini ayrı ayrı incelemek gerekir.

Özel hukuk tüzel kişisi olan dernekler hakkında serbest kuruluş sistemi geçerlidir. Gerek Anayasa'nın 33. maddesinde, gerekse Medeni Kanun'un 57. ve Dernekler Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan, "*Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir*" hükmü, serbest kuruluş sistemini ortaya koymaktadır. Medeni Kanun'un 59. maddesi uyarınca da dernekler, kuruluş bildiriminin ve gerekli belgelerin, yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine verildiği anda kişilik kazanırlar.

¹ Tüzel kişi kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Akünel, s.10-12; Özsunay, s.3-4.

Vakıfların tüzel kişilik kazanması açısından geçerli olan yöntem tescil sistemidir. Medeni Kanun'un 102. maddesi uyarınca vakıflar, vakfedenin yerleşim yeri asliye mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır.

Sendikaların kuruluşu açısından serbest kuruluş sistemi geçerlidir (AY m.51/I, Sendikalar K. m. 6). Kuruluşu önceden izin almaksızın gerçekleşen sendikaların tüzel kişilik kazanabilmesi için sendika tüzüğüne ve gerekli belgelerin ilgili valiliğe verilmesi yeterlidir (Sendikalar K. m.6).

Ticaret ortaklıklarının kuruluşu için tüzel kişilik sözleşmesinin yapılması ve ortaklığın ticaret siciline kaydı gereklidir. Kollektif ve komandit şirketin kuruluşu için tescilin gerekli olduğu TTK m. 174'de belirtilmiştir. TTK m.273 gereğince, anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişiklikleri izne bağlı değildir. Kuruluş, anonim şirket esas sözleşmesinin yazılı olarak yapılıp, kurucular tarafından imzalanması ve imzaların noter tarafından tasdiki ile başlar ve şirketin ticaret siciline tescil ile sona erer, tüzel kişilik bu tescil ile kazanılır (TTK m. 301). Fakat bazı anonim ortaklık türlerinin kurulması için Sanayi Bakanlığının iznine gerek vardır (TTK m. 280/I, m.273). Sanayi Bakanlığının yayınladığı 2003/3 sayılı Tebliğ'de izne tabi anonim ortaklıklar gösterilmiştir. TTK m. 280/II de yer alan “ *İktisat ve Ticaret Vekaleti esas mukavelelerin kanunun müfessir hükümlerinden ayrıldığı ileri sürerek izinden imtina edemez*” hükmü karşısında Bakanlığının incelemesinin kapsamının ne olacağı tartışmalı hale gelmiştir. Bu hükümden hareket edilerek, Bakanlığın kuruluş aşamasında ortaklık ana sözleşmesini sadece emredici hükümlere uygun olup olmadığı noktasından inceleyebileceği, bunun dışında ortaklığın tüzel kişilik kazanması için izin verip vermeme hususunda takdir yetkisi olmadığı kabul edilmektedir². Anonim ortaklığa ilişkin bu hüküm, kıyasen limitet şirketler (TTK m. 509) ve kooperatifler (Koop. K. m.3) için de uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak anonim ve limitet şirketler ile kooperatiflerin tüzel kişilik kazanabilmesi için tescil gerekli ve yeterlidir. Sözleşme ile kayıt arasındaki zamanda tam anlamıyla bir tüzel kişilik değil, bir ön şirketten (Vorgesellschaft), ön topluluktan bahsedilir³.

² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 278; Dural/Öğüz, s.220.

³ Bkz. § 6.

Tüzel kişiliğin kazanılmasından sonra tespit edilmesi gereken başka bir husus ise, tüzel kişiliğin sahip olduğu hak ehliyetinin sınırlarının bulunup bulunmadığıdır. Tüzel kişilerin sözleşmelerinde veya tüzüklerinde belirlenen konular dışında hak ehliyetinin bulunamayacağı kuralına “ultra-vires” adı verilmektedir⁴. Tüzel kişinin hak ehliyetinin kapsamını belirlemede, amacının önem taşıyıp taşımadığı, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde değerlendirilmektedir⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin tamamı bir amaca sahip olmalıdır ve amaç, tüzel kişilik kavramının esaslı unsurudur⁶. İsviçre Hukukunda, tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin kapsamı konusunda, Common Law hukuk sisteminde görülen “ultra-vires” teorisinden farklı olarak, daha geniş bir standartlaştırma ve tipleştirme söz konusudur⁷. Dolayısıyla tüzel kişilerle ticari ilişkiye girecek olan kimseler, tüzel kişinin bu konuda gerçekten yetkisinin olup olmadığını incelemek, gözden geçirmek zorunda kalmayacaklardır⁸. İsviçre Hukukunda genel eğilim, tüzel kişilerin hak ehliyetleri konusunda nispi bir anlayışın söz konusu olabileceği yönündedir⁹. Tüzel kişilerin hak ehliyetlerini düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu’nun 53. maddesi de bu nispileşme konusunda yol gösterici niteliktedir. Bu hüküm uyarınca, gerçek kişilerin sahip olabileceği haklara tüzel kişiler, bünyeleri elverdiği ölçüde sahip olabileceklerdir. Avrupa Birliği Hukukunda şirketler hukukuna ilişkin 68/151 sayılı Yönerge’nin 9. maddesinde, şirketler hukukunda ultra-vires

⁴ Bu teori uyarınca, esas sözleşmede belirtilen sınırların dışında kalan işlemler, aynı zamanda şirketin hak ehliyeti dışında da kalmakta; bu sebeple de yok hükmünde sayılmaktadır. Söz konusu işlemlere icazet verilmesi mümkün olmadığı gibi; sonradan esas sözleşmenin bu işlemleri içerecek şekilde genişletilmesi durumunda dahi, anılan işlemler geçerlilik kazanmamaktadır. Yıldız, s.186.

⁵ Bu kuralın ortaya çıkış sebebi şirket malvarlığının yalnızca esas sözleşmede belirtilen konu ve amaca tahsis edilme düşüncesidir. Ultra-vires teorisinin olumlu ve olumsuz yanları şu şekilde ortaya konulabilir: Şirket malvarlığının sözleşmede belirtilen konu ve amaca tahsis edilmesiyle pay sahipleri korunmuş olacaktır. Bununla birlikte şirkette pay sahibi olacak kimseler de, şirketin sözleşmede gösterilen konularda faaliyette bulunacağı güvencesinden hareket etmektedirler. Ayrıca, ticari hayatın önemli aktörleri olan şirketlerin faaliyetlerinin sözleşmelerinde belirlenen konularla sınırlandırılması, şirketlerin denetimini kolaylaştırarak ekonomik hayatın güvence altına alınmasını sağlayacaktır. Ultra-vires teorisine getirilen en önemli eleştiri, bu teorinin şirketle hukuki ilişki içersine giren alacaklıların haklarını ihlal edebileceği yönündedir. Şirketin sözleşmesinde gösterilen alan dışında faaliyette bulunarak borç altına girmesi ve daha sonra ultra-vires teorisine dayanarak, bu borcun ehliyetsizlik sebebiyle ifa edilemeyeceğini bildirmesi, şirketle hukuki ilişkiye giren alacaklıların haklarını olumsuz yönde etkileyecektir. Bu teori bir açıdan bakıldığında şirket hissedarlarının aleyhine olabilecek sonuçlara da neden olabilir. Şirketin sadece sözleşmesinde gösterilen alanlarda faaliyette bulunması, sözleşme dışındaki sektörlerde çalışma yapmaması, şirket karını azaltan bir durumdur. Bu halde bütün hissedarların menfaatleri olumsuz yönde etkilenecektir. Aygül, s.217-218.

⁶ Hall, s.3.

⁷ Hall, s. 3; Häfliger, s.95.

⁸ Häfliger, s.95.

⁹ Häfliger, s.97.

ilkesinin kaldırılmasını düzenleyen bir ilke kabul edilmiş, bu kapsamda, şirket organlarının yaptığı tüm işlemlerin şirketi bağlayacağı ifade edilerek, yapılan işlemlerin şirket konusu dışında kalması durumunda dahi geçerli bir sonuç doğuracağı hükme bağlanmıştır. Fakat bu kurala yine aynı madde içinde bir istisna getirilmiş ve iç hukuk düzenlemelerinde, üçüncü kişilerin kötüniyetli olması halinde, ultra vires işlemlerin geçerliliğinin tartışılabileceği ifade edilmiştir. Alman Hukukunda ise, ultra-vires teorisi genel olarak reddedilmiştir¹⁰. Bu durumun genel sonucu olarak Alman Hukukunda hak ehliyeti açısından bir sınırlama olmadığı gibi, fiil ehliyeti açısından da böyle bir sınırlama bulunmamaktadır¹¹. Ultra-vires ilkesinin kaynağını oluşturan İngiliz Hukukunda ise, 1985 tarihli Şirketler Kanunu'nda değişiklik yapan 1989 tarihli Kanun ile, esas sözleşmede belirtilmeyen alanlarda yapılan işlemlerin üçüncü kişilere karşı geçersiz olacağı prensibi kaldırılmıştır. İngiliz Hukukunda, ultra-vires ilkesi kaldırılmasına rağmen, şirket yöneticilerinin, şirket sözleşmesi dışında kalan işlemlerinden dolayı şirkete verdikleri zararlardan ötürü sorumlulukları devam etmiştir¹².

Hukumumuzda ise bir görüşe göre, tüzel kişilerin hak ehliyetleri, amaçlarıyla sınırlıdır¹³. Yani tüzel kişiliğin amacı dışında yaptığı işlemler geçersizdir. Bu görüşü (ultra-vires) savunan yazarlar düşüncelerine gerekçe olarak, TTK m.137 ve 2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu m. 37/I (güncel 5253 sayılı Dernekler Kanunu m.30/a) hükümlerini göstermektedirler¹⁴. TTK m.137'ye göre, ticari şirketler, şirket

¹⁰ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s.214; Flume, s.370. Buna karşılık Federal Mahkeme'nin bir kararında, kamu tüzel kişileri açısından ultra-vires teorisinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Lehmann, AcP 207(2007) s.237.

¹¹ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s.214. Yazar ayrıca “ön şirket” ve “tasfiye halindeki şirketin” temsilcilerinin şirket amacını aşan işlemlerinden dolayı şirketin sorumlu tutulabilmesi için, temsilcilerle hukuki işlemlerde bulunan kimselerin korunmaya değer hukuki menfaatlerinin bulunmasının gerektiği, bu durumlarda, olmayan bir temsil yetkisinden değil, kötüye kullanılan bir yetkiden bahsetmenin mümkün olabileceğinden bahsetmiştir. K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 216.

¹² Aygöl, s.218-219.İngiliz Hukukunda ultra-vires ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Yıldız, s. 196-202.

¹³ Özsunay,s.61-62;Serozan,s.33-34.

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.196; Serozan, s.33-34. Ticari ortaklıklar açısından ultra vires teorisinin kabulü, ortaklığın hak ehliyetini sözleşmedeki konu ile sınırlandırılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla konu kapsamı dışında yapılan işlemler yok hükmünde olacaktır. Fakat konu kapsamını dar yorumlamak, hem üçüncü kişiler hem de tüzel kişilik için olumsuz neticelere sebep olabilecektir. Oluşabilecek olumsuzlukların önüne geçebilmek için, işletme konusunu olabildiğince geniş yorumlamak, esas sözleşmede gösterilen alanda faaliyette bulunarak kazanç sağlamak ve paylaşmak amacıyla ulaşabilmesi için gerekli bütün işlemleri konu içinde telakki etmek gerekir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.308.

sözleşmelerinde yazılı, işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak kaydıyla hak sahibi olabilecek ve borç altına girebileceklerdir¹⁵. Aynı şekilde, Dernekler Kanunu m. 30/a'ya göre, dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları ve biçimleri dışında, herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Tüzel kişilerin hak ehliyetinin kapsamını daha geniş olarak kabul eden diğer görüşe göre, İsviçre Hukukunda olduğu gibi, gerçek kişilere özgü haklar dışında kalan bütün haklara, tüzel kişiler sahip olabileceklerdir¹⁶. Bu görüşe dayanak olan MK m.48'de tüzel kişilerin, insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında kalan bütün haklara ve borçlara sahip olabileceği belirtilmiştir. Hak ehliyetinin sınırlanması yalnızca kanun hükmüyle mümkün olabileceğinden, böyle bir sınırlama olmadığı sürece derneklerin ve vakıfların, amaçlarıyla sınırlı olarak hak ehliyetine sahip oldukları söylenemeyecektir¹⁷.

Hak ehliyeti konusunda kabul edilen bu düşünceler, taraf ehliyeti açısından da benzer sonuçlar doğuracaktır. Bu noktada tüzel kişilerin hak ehliyetleri sadece amaçları ile sınırlı olarak kabul edilecekse, taraf ehliyetleri de bu kapsamda kalacaktır. Yani tüzel kişinin tüzüğünde, senedinde, esas sözleşmesinde belirtilen amaç çerçevesinde taraf ehliyetinin varlığı kabul edilecektir. “Ultra-vires” görüşünden farklı olarak, gerçek kişilere özgü haklar dışında kalan bütün haklara tüzel kişiliğin sahip olacağı kabul edilirse, tüzel kişilerin taraf ehliyetinin kapsamı daha geniş olarak çizilecektir.

Tüzel kişiliğe sahip birlik, kişiliği olmayan diğer kişi ve mal topluluklarından, organizasyon yapılarının farklı olması sebebiyle ayrılırlar. Diğer topluluklardan farklı olarak, tüzel kişilerde üyelerin değişimi tüzel kişiliğin yapısını değiştirmez¹⁸. Tüzel kişiliğin, üyelerin menfaatleri koruma doğrultusunda kurumsal bir amacı vardır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tüzel kişilik yalnız kendi tüzel kişiliğinin veya üyelerinin genel nitelikteki haklarını korumak için davada taraf olabilecektir, üyelerinin kişisel nitelikteki hakları için davada taraf olamaz¹⁹. Ayrıca tüzel kişiler, Medeni Kanun'a

¹⁵ TTK Tasarı m.125/II' de, mevcut Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinde yer alan işletme mevzuu çerçevesi ile sınırları çizilmiş olan “ultra-vires” kısıtlaması kaldırılmakta, tüzel kişilerin kanunda belirtilen istisnalar dışında, MK m. 48 çerçevesinde, bütün haklardan yararlanabilecekleri ve bütün borçları üstlenebilecekleri belirtilmektedir.

¹⁶ Aküna, s.26; Dural/Öğüz, s.229.

¹⁷ Dural/Öğüz, s.229.

¹⁸ Schwab, s.66.

¹⁹ Aküna, s.31.

göre, hak ehliyetine sahiptirler fakat bunlara ait şubelerin ayrı kişilikleri, dolayısıyla taraf ehliyetleri yoktur²⁰. Yabancı tüzel kişilerin Türkiye'deki şubelerinin faaliyetlerinden dolayı açılacak davalarda, yabancı tüzel kişinin pasif taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir²¹. Alman Hukukunda yurt içinde faaliyet gösteren yabancı kredi kuruluşlarının şubelerinin taraf ehliyeti bulunmaktadır (§53 KWG).

Tüzel kişilik tasfiye amacıyla varlığını sürdürdüğü müddetçe de taraf ehliyetine sahiptir. Tüzel kişilerin yaptığı bütün işlemlerinden doğrudan doğruya, bütün sonuçlarıyla tüzel kişilik etkilenmektedir, üyeler bu usuli işlemlerinden etkilenmemekte, yine aynı şekilde üyelerin değişimi yargılama sürecini değiştirmemektedir. Üyeler tüzel kişinin taraf olduğu bir davada yönetim kurulu üyesi olmadıkları müddetçe, asli müdahil, dava arkadaşı ve tanık olabilirler, derdestlik ve kesin hüküm onlar için sonuç doğurmaz, üyeler tüzel kişinin taraf olduğu davalarda masraflardan sorumlu olmazlar ve tüzel kişiye karşı alınan bir kararın icra edilmesinden etkilenmezler²².

Tüzel kişinin yükümlülüklerinden dolayı, ortaklarından veya üyelerinden birinin şahsi sorumluluğu oluşmaz. Dolayısıyla bu durumda ortağın taraf ehliyetinden söz edilemez. Sadece hakkın kötüye kullanılması ve üçüncü kişilere zarar verilmesi durumunda, ortak ve tüzel kişilik ayırımını göz önünde bulundurulmadan, ortağın da sorumluluğu gündeme gelecektir²³. “Tüzel kişilik perdesinin aralanması” olarak adlandırılan bu hallerde, kaynağını MK m.2’de bulan hakkın kötüye kullanılması ilkesinden hareket edilerek, herhangi bir ortağın aslında yapamayacağı bir işlemi, tüzel kişiliğin arkasına sığınarak gerçekleştirilmesinin önüne geçilmektedir²⁴. Böyle bir

²⁰ “...Banka şubeleri tüzel kişiliğe bağlı ve onun adına işlem yapan temsilciler olup, bağımsız tüzel kişilikleri mevcut değildir. Sadece, kendi yaptıkları işlemler sebebi ile onların bulundukları yerde, HUMK’un 17. maddesi hükmü uyarınca tüzel kişilik aleyhine dava açılabilir. Uygulamada, şubeler aleyhine ancak, tüzel kişilik adına ve onun temsilcisi sıfatı ile dava açılabilceği de kabul edilmektedir...” Y.11.HD. 14.01.2002 t. ve E.7825,K.91 sayılı kararı, Eriş, C.I, s.871; “Sendika şubesinin tüzel kişiliği yoktur. Bu nedenle, sendika şubesi davada taraf olma ehliyetine sahip değildir. Nitekim, mahkemece de böyle kabul edilerek sendika şubesince aynı istekle açılmış olan dava husumet yönünden reddedilmiştir. Bu durumda sendika şubesi yönetim kurulu başkan ve üyelerinin sendika şubesi adına dava açmaya hakları olmadığı gibi, kendi adlarına da böyle bir dava açmaya hakları yoktur. O halde, adı geçen davacıların da davasının reddi gerekir.” Y.9.HD. 27.3.1990 t. ve E.1990/595,K.1990/4071 sayılı kararı (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²¹ Nomer/Şanlı,s.432.

²² Rosenberg/Schwab/Gottwald,s.253.

²³ Häfliger,s.97.

²⁴ Geniş bilgi için bkz. Aküna,s.16; Dural/Öğüz, s.197-199; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,Kişiler Hukuku,s.189-190; Serozan,s. 18;

durumun mahkeme önüne gelmesi halinde hakim, tüzel kişilik ve üye veya ortak ayırımını ortadan kaldırarak, davayı maddi anlamada kesin hüküm teşkil edecek bir kararla, üye veya ortak adına sonuçlandırmalı, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usuli bir kararla yetinmemelidir²⁵.

I. Derneklerin ve Vakıfların Taraf Ehliyeti

Kendisini oluşturan kişilerden bağımsız, izlediği amaca yönelik süreklilik arz eden bir örgütlenmeye sahip dernekler, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Örgütlenme ve tüzel kişilik unsurları sayesinde dernek, üyelerinden ve onların değişiminden bağımsız olarak hukuk sujesi olur ve hukuki ilişkilerde bulunur. Daha öncede belirtildiği gibi, hukukumuzda dernekler bakımından, esas olarak serbest kuruluş sistemi geçerlidir. AY. m. 33 ve MK m.59 birlikte incelendiğinde, derneklerin tüzel kişilik kazanması için kuruluş bildirisi, dernek tüzüğü ve gerekli belgelerin yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirliğine verilmesi gerekmektedir.

Derneklerin hak ve taraf ehliyetine ilişkin olarak akla gelebilecek ilk sorun kuruluş aşamasındaki derneğin hukuki durumudur. Bu soruya cevap bulabilmek için, dernek kurma işleminin hukuki niteliğini incelemek gerekir. Bu konuda Türk Hukukunda genel görüş, kurucuların iradesinin belli bir amaca yönelmiş olmasından hareket ederek, dernek kurma işlemini toplu hukuki işlem (Gesamtakt) olarak kabul etmektedir²⁶. Bu görüşün karşısında yer alan bir görüşe ise, dernek kurma işlemi, örgütlenme ortak amacına yönelik, dayanışma güdüsüne dayalı, kişisel ve sosyal karakterde kendine özgü bir organizasyon sözleşmesidir²⁷. Bu bağlamda, kuruluş aşamasındaki derneğin yani henüz tüzel kişilik kazanamamış bir derneğin adi ortaklık niteliğinde sayılacağına dair bir düzenleme, eski Medeni Kanun'un 55. maddesinde yer almaktaydı²⁸. Yeni Medeni Kanun'da buna benzer bir düzenleme bulunmamasına rağmen, kuruluş aşamasındaki derneklerin hukuki statülerini adi şirket benzeri bir topluluk olarak kabul etmek yine de mümkün olmalıdır²⁹. Kurucuların dernek kurma

²⁵ Häfliger, s.97.

²⁶ Aküal, s.64;Dural/Öğüz, s.258;Özsunay s.140;Zevkliler/Acabey/Gökyayla,s.648.

²⁷ Serozan,s.51.

²⁸ Benzer bir düzenleme, BGB § 54 de yer almaktadır.

²⁹ Aynı yönde, Dural/Öğüz, s.258,dp.207.

iradelerini ortaya koymalarıyla adi ortaklık sözleşmesi de meydana gelmektedir. Derneğin tüzel kişiliğini kazanması ile adi ortaklık sona erecektir. Tüzel kişilik kazanılmadan önce ortaya çıkacak ihtilaflar, adi şirket hükümlerine göre çözümlenecek yani kurucuların dernek adına kurdukları hukuki işlemlerden ötürü kural olarak kişisel ve müteselsil sorumlulukları bulunacaktır (BK m.533,534).

Derneğin kuruluşundan yani tüzel kişilik kazanmasından sonra kuruluş aşamasındaki eksikliklerden dolayı ortaya çıkabilecek sorunların, örneğin kuruculardan bir veya birkaçının dernek kurma ehliyetine sahip olmadığının sonradan anlaşılması gibi, kural olarak tüzel kişiliği etkilememesi gerekir³⁰. Bu hallerde önemli olan derneğin tüzel kişiliğinin devamıdır. Bu bağlamda, dernek tüzüğüne yorumlanmasında sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin kuralların değil, bir kanun hükmünün yorumuna ilişkin hususların dikkate alınacağı belirtilmiştir³¹. Dolayısıyla dernek tüzüğüne yorumunda, kurucuların tüzüğü hazırlarken düşündükleri değil, üyelerin ve üçüncü kişilerin menfaatleri dikkate alınarak objektif yorum yöntemi dikkate alınacaktır³². Kuruluş aşamasındaki eksiklikleri geçmişe etkili kabul edip, derneği kurulmamış saymak sadece kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırılık halinde mümkün olmalıdır. Kamu düzeni ve genel ahlak kuralları dışında kalan eksikliklerin varlığı halinde, örneğin irade bozukluğuna ya da işlem ehliyetsizliğine dayanan bir kurucunun varlığı halinde, dernek sözleşmesinin tümüyle herkes için geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz kılmak yerine, bu aksaklıkları bulunan kurucuya dernekten çıkma olanağı tanınabilir³³.

Vakıflar, vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır (MK m.102). Tescil kurucu bir etkiye sahiptir ve tescil ile birlikte, vakıf taraf ehliyetine kavuşur. Vakfın kurulmasında iki yol izlenebilir: Bunlarda ilki, vakfedenin, vakıf kurma iradesini noter huzurunda açıklaması, diğeri ise, vakfedenin vasiyetname düzenleyerek, ölümünden sonra hüküm ifade etmesi amacıyla vakıf kurmasıdır. Vakfın tescili için, resmi senetle kurulan vakıflarda vakfeden tarafından, vakfedenin ölmesi halinde mirasçılardan biri veya vasiyeti tenfiz memuru

³⁰ Dural/Öğüz, s.259.

³¹ Akünel, s. 65 dp.11; Dural/Öğüz,s.259; Özsunay, s.141; Serozan,s.60.

³² Dural/Öğüz,s.259.

³³ Serozan,s.52.

tarafından başvuru yapılabilir (MK m.102/III). Vasiyetname ile kurulan vakıflarda, mirasçılarının ve vasiyeti tenfiz memurunun başvuruda bulunmaması halinde, Vakıflar Genel Müdürlüğünün de mahkemeye tescil başvurusunda bulunma imkanı bulunmaktadır (MK m.102/III). Vakıflar Genel Müdürlüğünün vakıf kurma işleminden haberdar olabilmesi için vasiyetname yolu ile kurulan vakıflarda vasiyetnameyi açan sulh hakiminin, resmi senetle kurulan vakıflarda ise, resmi senedi düzenleyen noterin vasiyetnamenin veya resmi senedin bir örneğini yedi gün içerisinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne göndermesi öngörülmüştür (Vakıflar Hakkında Tüzük m.5/I).

Vasiyetname ile vakıf kurulmak istendiği ve vasiyeti tenfiz memurunun da atandığı bir durumda, bu vasiyetnamenin geçersizliği için dava açılması halinde, hem vasiyeti tenfiz memurunun hem de vakıf kurulduğu için Vakıflar Genel Müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi gerekir³⁴. Bu durumda, vasiyeti tenfiz memuru ile Vakıflar Genel Müdürlüğü arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır.

Yine vasiyetname ile kurulan vakfın tescili davasına vakfedenin mirasçıları taraf ya da müdahil olarak katılamayacaklardır. Tescil davası çekişmesiz yargıya tabi bir davadır³⁵. Bu davada mahkeme, evrak üzerinde inceleme yapacak ve gerekirse ilgilileri dinlemek suretiyle vakıf kurma işleminin geçerlilik şartlarına uygun olup olmayacağını araştırarak, geçerlilik şartlarının uygun olduğu sonucuna varırsa, vakfın tesciline karar verecektir. Burada ilgililerin (mirasçıların) dinlenmesi, vakfın tesciline ilişkin işlemin mahkemece değerlendirilmesine yönelik olup, çekişmesiz yargı niteliğindeki tescil davasında bu kimselerin taraf olmasını gerektirmez³⁶. Taraf ehliyeti

³⁴ Kuru, Usul, C.I,s.1189.

³⁵ Özsunay,s.408.

³⁶ "...4721 sayılı Medeni Kanunun 102 ve 103 ile Türk Medeni Kanunu Hüükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzüğün 5. maddeleri dikkate alındığında, tescil istemini içeren başvuru bir dava niteliğinde olmadığı gibi, üçüncü kişilerin böyle bir yargılamada davaya müdahil olarak katılmaları da söz konusu değildir. Gerçekten Medeni Kanunun 103. maddesi hükmü incelendiğinde, sadece Vakıflar Genel Müdürlüğü mahkemece verilen tescil kararının tebliği üzerine bir ay içerisinde ancak temyiz yoluna başvurabilecek iken, kendilerini ilgili olarak gören kişilerin dava niteliğinde olmayan böyle bir ihtilafsız kazai işleme müdahil olarak katılmaları da mümkün değildir. Sözü edilen Tüzüğün 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, mahkeme esas itibarıyla evrak üzerinde karar vermek durumunda olup, gereken hallerde vakfedeni ve diğer ilgilileri bu inceleme sırasında dinleyebilir ise de, mahkemenin böyle bir yola girmesi, ""ilgililer"" deyimini kapsamında olan kişilerin menfaatleri haleldar olduğu gerekçesi ile vakıf senedi değişikliğinin tesciline karşı gelmeleri ve davanın kabulüne karar verilmesi halinde de temyize başvurmaları hakkını vermez, ilgililerin mahkemece dinlenmeleri tescile ilişkin işlemin mahkemece değerlendirilmesine yönelik olup, çekişmesiz kaza işlemi niteliğindeki bu davada bu kişilerin taraf olmalarını gerektirmez. Hal böyle olunca, mahkemenin bu kişilerin müdahale ve temyize ilişkin

olmayan bu ilgililerin (mirasçılar), tescil kararını kanun yoluna taşıması da mümkün olmayacaktır. Vakıflar Genel Müdürlüğünün ise, mahkeme kararının kanun yoluna taşınması açısından taraf ehliyeti bulunmaktadır (Vakıflar Hakkında Tüzük m.9).

Vakfın sicile kayıt edilmesinden sonra, vakfa tahsis edilen malların vakıf adına tescili için ilgili sicile, mahkeme kararının bir örneği tebliğ edilecektir. Yapılan bu bildirim açıklayıcı bir niteliğe sahiptir. Vakıf, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bu malların sahibi olacağından, ilgili konularda özellikle vakıf malvarlığına ilişkin davalarda taraf ehliyetine de bu sicile kayıtlı sahip olacaktır. Vasiyetname ile vakıf kurulduğu hallerde, miras bırakanın ölümüyle mahkeme siciline tescil arasındaki dönemde vakfın hukuki durumu ceninin hukuki durumuna benzemektedir³⁷. Yani burada vakfın taraf ehliyeti, mahkeme siciline tescil geciktirici şartına bağlanmış durumdadır. Tescille kişilik kazanan vakıf, geçmişe etkili olacak şekilde yani mirasçının ölümü anından itibaren hak sahibi sayılacaktır³⁸. Derdest bir davanın konusunu, vakfın sonradan sahip olduğu bir malvarlığı oluşturuyorsa, artık davada taraf olarak mevcut vakfın yer alması gerekir. Bu durumda kanundan kaynaklanan bir taraf değişikliği söz konusu olacaktır.

II. Sendikaların Taraf Ehliyeti

İşçi ve işveren sendikaları, işçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için serbestçe, Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara uygun olarak kurulan ve faaliyette bulunan, bağımsız özel hukuk tüzel kişileridir³⁹. Burada dikkati çeken husus, sendikaların özel hukuk tüzel kişisi olmalarıdır (Sendikalar K. m.2,6). Sendikalar, kanunun gösterdiği şekil, şart ve usullere uyularak, önceden izin alınmaksızın kurulabileceklerdir (AY. m.51, Sendikalar K. m.6). Sendika tüzüğünün idari makama

taleplerinin reddi doğrudur..."Y.18.HD.E.2004/3164,K.2004/4142,t.18.5.2004,(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Benzer yönde bir karar için bkz.18 HD.E.1997/343, K. 1997/890, t.04.02.1997,Ballar, s.64.

³⁷ Özsunay,s.412; Serozan,s.95.

³⁸ Serozan, Ansay'a Armağan, s.314,dp.1.

³⁹ Çelik,Nuri,s.359.

tevdi edilmesi ile birlikte, sendikanın varlığının üçüncü kişilerce bilinmesine yönelik bir aleniyet unsuru gerçekleşecektir⁴⁰.

Sendikaların kuruluş amaçlarına uygun olarak toplu sözleşme ve grev haklarını kullanabilmeleri veya lokavta başvurabilmeleri için, tüzel kişiliğin önemli unsurlarından olan devamlılık ve varlığı üyelerinin değişmesinden etkilenmeyen bir yapıya sahip olması gerekir. Bütün tüzel kişilere olduğu gibi, sendikalara da amaçları çerçevesinde ve amaçlarını gerçekleştirecek şekilde ehliyet tanınmalıdır. Tüzel kişiliği bulunan sendikaların hak ve taraf ehliyetleri konusunda hukukumuzda bir sorun bulunmamaktadır. Alman Hukukunda ise sendikalar, hak ehliyeti olmayan topluluklardır⁴¹. Dolayısıyla Alman Usul Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sadece davalı olabilme ehliyetleri bulunmaktaydı. Fakat Federal Mahkeme, 1968 tarihli kararıyla, sendikaların Anayasadaki özel durumlarını ve İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki (ArGG) statülerini dikkate alarak, onların tam aktif taraf ehliyetini (volle aktive Parteifähigkeit) tanımıştır⁴². Sendikaların taraf ehliyetine ilişkin bu karar, Alman Hukukunda bir örf adet hukuku halini almıştır⁴³.

Sendikaların davadaki taraf durumları çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki sendikanın, çalışma hayatından, mevzuattan toplu iş sözleşmelerinden ya da örf ve adetten doğan bir uyuşmazlıkta üyelerini temsilen davada taraf konumunda bulunması halidir. Diğer durum ise, üyelerinin yazılı başvurusu üzerine, davacı veya davalı olarak yargılamada yer almaları halidir. Son olarak sendikalar, bizzat kendi tüzel kişiliklerini ilgilendiren durumlarda, davada taraf olarak yer alabilirler.

İlk durumda sendikalar, üyelerinin toplu nitelik taşıyan haklarını korumak için davada taraf olmaktadırlar. Sendikalar K. m. 32/I b.3'e göre, "*çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten kaynaklanan durumlarda işçileri ve*

⁴⁰ Bölge Çalışma Müdürlüklerinin sendika ve konfederasyonlar için bir sicil tutarlar. Bu sicilin, sendika ve konfederasyonların tüzel kişilik kazanmasında kurucu bir etkisi yoktur, sadece açıklayıcı bir fonksiyona sahiptir. Narmanlıoğlu, s.97, dp.202.

⁴¹ Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn.20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.255.

⁴² BGHZ 73, 325, NJW 1968 s.1830. Alman doktrininde, Federal Mahkemenin bu kararı, hukuk yaratmanın sakıncalı noktalara götürülebileceği, hukuk dogmatikliği ve uygulama içindeki hukuk güvenliği açısından sorunlara sebep olabileceği, yasa koyma ile karar verme mekanizmaları arasındaki görev ayırımının azalacağı düşünceleriyle eleştirilmiş, sendikaların BGB § 21 e istinaden hak ve taraf ehliyetine sahip olabileceği belirtilmiştir. Schulz, s.116-117.

⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.255.

işverenleri temsilen” sendikalar davada taraf olabileceklerdir. Kollektif nitelik taşıyan bu davaların sendikalar tarafından açılabilmesi veya sendikaların davalı olabilmeleri, onlara kanun tarafından tanınan bir yetki ve görevdir. Dolayısıyla herhangi başka bir işlemin yapılmasına gerek kalmadan özellikle üyelerinin başvurmasına ya da onların muvafakatlerinin alınmasına ihtiyaç kalmadan, davada taraf ehliyetine sahip olabileceklerdir. Örneğin, grev hakkını kanuna aykırı olarak sınırlayan tüzük veya yönetmeliğin iptali için işçi sendikası dava açabilecektir. Yine toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı bir durumun varlığı halinde de, sendikaların bu hususta dava açma hakları bulunmaktadır⁴⁴. Bütün bu durumlarda üyelerin tamamını ilgilendiren bir husus söz konudur ve sendika da bu uyuşmazlıklarda taraf ehliyetini haizdir.

Sendikaların, kollektif nitelikteki davalarının yanında, Sendikalar K. m. 32/I b.3’de öngörülen hallerde, üyelerinin ferdi nitelikteki uyuşmazlıkları dolayısıyla dava takip yetkisine sahip olduğu durumlar bulunmaktadır. Sendikalar Kanunu 32/I b.3’e göre, “ *sendikalar, üyelerinin nakliye, yayın, adi şirket, hizmet ve sigorta akdinden doğan haklarından dolayı, üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehildirler*”. Üyelerin ve mirasçılarının, bu davayı açabilmesi için sendikaya yazılı olarak başvurmaları gerekir. Kanunda kullanılan temsil kelimesi ile kastedilen hakkında doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Buradaki temsilin, “kanuni temsil” olduğunu savunan yazarlar⁴⁵ bulunduğu gibi, ‘iradi temsil’ olduğunu söyleyen bir görüş de⁴⁶ mevcuttur. Bununla beraber, burada sendikaya ikinci derece tanınan davacılık sıfatından bahseden bir görüş de bulunmaktadır⁴⁷. Sendikalar K. m.32/I b.3 deki temsil ile kastedilen aslında “dava takip yetkisidir”⁴⁸. Hak ve taraf ehliyetine sahip olan kimse, sendikanın üyesidir. Sendika üyesi yazılı bir belge ile dava takip yetkisini sendikaya devretmektedir. Yani burada sendikanın hukuki durumu, “iradi dava yetkinliğidir”⁴⁹.

⁴⁴ Harmanlıoğlu,s.234.

⁴⁵ Esener,s.310; Şahlanan,s.224.

⁴⁶ Tuncay,s.892.

⁴⁷ Hatemi,K.,s.45.

⁴⁸ Deren-Yıldırım,Kesin Hüküm,s.35.

⁴⁹ Deren-Yıldırım,s.35. Dava yetkinliği kurumu için bkz. yukarıda §1,E,IV.

B. Tüzel Kişilerin Taraf Ehliyetini Kaybetmesi

Tüzel kişilerin sona ermesini ilişkin hükümler Medeni Kanunumuzda genel olarak düzenlenmemiş, derneklerin ve vakıfların sona ermesine ilişkin düzenlemeler ilgili bölümlerinde hükme bağlanmıştır⁵⁰. Derneklerin ve vakıfların sona erme hükümleri dikkate alındığında, tüzel kişilerin sona ermesine ilişkin üç farklı durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kanunda gösterilen sebeplerin gerçekleşmesi halinde kişiliğin kendiliğinden son bulması (infisah) hali; diğer durum, şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme tarafından tüzel kişiliğin sona erdirilmesi; son hal de, tüzel kişiliğin yetkili organların alacağı kararla kendini feshetmesidir⁵¹.

Tasfiye sürecinin başlamasıyla tüzel kişilik sona doğru yaklaşmaktadır. Gerçek kişilerden farklı olarak, tüzel kişiliğin son bulması bir anda gerçekleşecek bir husus değildir. Tüzel kişiler, tasfiye süreci boyunca taraf ehliyetlerini kaybetmezler (MK m.52, TTK m.439/II, BGB § 52 ve 53). Yani tasfiye amacıyla sınırlı olarak varlıkları devam eder. [Bu durum bütün tasfiye sebepleri (kendi yetkili organlarının kararı, mahkeme kararı, kanun gereğince kendiliğinden sona ermesi) için geçerli olduğu gibi, ticari şirketlerin malvarlığının bulunmaması sebebine dayanan tasfiye halinde de geçerlidir.] Tasfiye süresince, tasfiye amacına bağlı olarak varlığını sürdüren tüzel kişilik, bu süreç içerisinde herhangi bir alacaklının tüzel kişiliğin malvarlığına yönelik bir talepte bulunması durumunda da taraf ehliyetini devam ettirecektir⁵².

Alman Hukukunda, tüzel kişiliğin tam olarak ne zaman son bulacağı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, tüzel kişilik, sicildeki kayıttan bağımsız olarak, malvarlığının tamamıyla sona ermesiyle (vollbeendigung) ortadan kalkar⁵³. Bu görüşe göre tüzel kişiliğin sona ermesinde malvarlığı ön plana çıkmaktadır. Malvarlığının tamamen sona ermesiyle tüzel kişilik son bulacağından, tüzel kişiliğin sicilden silinmesi sadece açıklayıcı bir nitelik arz edecektir. Bunun karşında yer alan

⁵⁰ Derneklerin sona ermesi ile ilgili hükümler MK m.87-89; vakıfların sona ermesi ile ilgili hükümler MK m. 116 da düzenlenmiştir.

⁵¹ Dural/Öğüz, s.244; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku,s.208; Özsunay,s.89-90; Serozan,s.41.

⁵² Stein/Jonas/Bork, § 50, Rdn.46.

⁵³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.258; Schemman,s. 71.

görüŖe göre tüzel kişilik, sicilden silinmekle son bulacaktır⁵⁴. Tüzel kişiliğin sicilden silinmekle son bulacağının kabul edilmesi, tasfiyeden sonra tüzel kişiliğe ait malvarlığının ortaya çıkması halinde tasfiye edilmiş tüzel kişiliğin hak ve taraf ehliyetinin nasıl gerçekleşeceği konusunda sorunlara yol açabilecektir. Orta yolu savunan genel görüşe göre ise hem sicilden silinme hem de malvarlığının sona ermesi ile tüzel kişilik sona erecektir⁵⁵. Bu halde maddi anlamda haksız bir silinme anlam ifade etmeyecek ve tasfiye devam edilecektir.

⁵⁴ Blomeyer, §7 III 2.

⁵⁵ Karsten Schmidt, GmbHG, s.211; Stein/Jonas/Bork, §50 Rdn.47.

§ 5. Yabancı Şirketlerin Taraf Ehliyeti Sorunu

Uluslararası ticaretin önemli aktörlerinden olan şirketler, pazar paylarını artırmak, ticari ve sınai avantajlardan yararlanmak veya vergi kolaylıklarından faydalanmak amacıyla, kuruluşlarını gerçekleştirdikleri ülkelerin sınırları dışında da faaliyette bulunabilirler. Şirketlerin uluslararası faaliyetleri, idare merkezlerini yabancı bir ülkeye nakletmek suretiyle gerçekleştirebileceği gibi yabancı ülkede yeni bir şirket kurmak, bu ülkelerde şube veya acente açmak şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi vatandaşlıkları bulunmamakta ancak hak ve taraf ehliyetleri tabi oldukları hukuka göre belirlenmektedir¹. Çalışma konumuz açısından önem taşıyan husus, uluslararası alanda faaliyet gösteren şirketlerin hak ve taraf ehliyetlerinin hangi kriterlere göre belirlenebileceği noktasındadır.

Yabancılık unsuru taşıyan bir şirketin hangi hukuk sistemine göre hak ve taraf ehliyetinin belirleneceği konusunda iki temel kriter bulunmaktadır. “Kuruluş yeri teorisi (Gründungstheori)” ve “idare merkezi teorisi (Sitztheori)” olarak ortaya çıkan bu kriterler, tüzel kişiliğin tabiiyetinin belirlenmesinde faydalanan teorilerdir². Kuruluş yeri teorisinde, şirket hangi hukuka göre kurulmuş ise, o ülke hukukunun şirketin ehliyetinin belirlenmesinde uygulanması gerekir³. Bu sistemde kuruluş yeri, şirketlerin kuruluş formalitelerini tamamladığı ve şirketin tüzel kişilik kazandığı yer olarak kabul edilmektedir⁴. İdare merkezi teorisinde ise, şirketin idare merkezi nerede bulunuyorsa, şirketin ehliyeti o yer hukuk sistemine göre belirlenecektir⁵. Şirketin etkin bir şekilde işlemlerini gerçekleştirdiği yer şirketin idare merkezidir. Kıta Avrupa’sı hukuk sisteminde tercih edilen bu sistemde, şirketin idare merkezi, şirket organlarının, genel kurulun, yönetim kurulunun ve denetim kurulunun bulunduğu ve kararların alındığı ve uygulandığı yer olarak kabul edilmektedir⁶. İdare merkezi sisteminin kabulü ile bir şirketle en sıkı ilişki içinde olan ülkenin somut hukuki, ekonomik ve sosyal değerlerine işlerlik kazandırılarak, tarafların irade muhtariyeti ilkesiyle şirket sorunlarını bir başka

¹ Çelikel/Erdem,s.206; Nomer/Şanlı, s.228.

² Bechtel, s.22; Çelikel/Erdem,s.207; Furtak,s.91;MünchKomm.,Lindacher, § 50, Rdn.67; Nomer/Şanlı, s.228; Özel,Teziç’e Armağan, s.906; Schemmann,s.125; Tekinalp,Gülören, s.72.

³ Aygül,s.22; Nomer/Şanlı, s.228; Olano,s.26; Özel,Teziç’e Armağan, s.907;Tekinalp,Gülören, s.73.

⁴ Aygül,s.22;Tekinalp,Gülören,Ortaklıkların Vatandaşlığı,s.559.

⁵ Olano, s.25; Özel,Teziç’e Armağan, s.907;Tekinalp,Gülören, s.72.

⁶ Aygül,s.25; Bechtel, s.22; Nomer/Şanlı, s.228;Özel,Teziç’e Armağan, s.907.

ülke hukukuna tabi kılmaları engellenmektedir⁷. Bu kriterde, topluluğun iç ilişkilerinden ziyade, dışa yansıyan ve üçüncü kişilerle olan ilişkiler önemlidir. Şüpheli olan durumlarda uygulama açısından yardımcı olacak husus, aksi kanıtlanan bir karine olarak, yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin kurallarının tüzel kişilerde uygulanabilirliğidir.

Şirketler için uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakim olan görüş, şirketin idari faaliyetlerini yürüttüğü, ana idare merkezi teorisidir⁸. Bu teorinin gereğince bir şirketin fiili idare merkezleri nerede bulunuyorsa, şirket o ülkenin yasaları çerçevesinde faaliyetlerini yürütür. Uluslararası bağlantı kuralları açısından bakıldığında, bu teorinin iç hukuk yanlısı olduğu ve objektifliğini kaybettiği ileri sürülebilir⁹. Özellikle uluslararası sermaye şirketlerinin iç piyasada, diğer aktörler karşısında güç kazanmasına idare merkezi teorisi engel olmaktadır. Çünkü idare merkezi teorisi gereğince, ana idare merkezi, kuruluşunu gerçekleştirdiği ülkeden farklı bir ülke olan ve idari faaliyetlerini yürüttüğü ülke yasalarına göre kuruluşunu gerçekleştirmeyerek sicile de kaydını yaptırmayan yabancı şirketler, idare merkezindeki ülke hukukuna göre hukuki kişilikleri bulunmayacağı için bu ülke sınırları içinde faaliyet gösteremeyecekler ve statülerini yitireceklerdir¹⁰.

Yabancı bir şirketin taraf ehliyetine ilişkin ihtilafların hangi ülke kurallarına göre çözümleneceği bir vasıflandırma sorunudur. Taraf ehliyetine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde öncelikli olarak vasıflandırma sorununun giderilmesi gerekmektedir. Kural olarak yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilafın bulunması halinde uygulanacak usul hukuku hükümleri “lex fori” ye göre belirlenecektir. Daha genel bir ifade ile özel hukuka ait davalarda takip edilecek usul, kural olarak kendisine başvuru mahkemenin tabi bulunduğu hukuka, yani “lex fori” ye göre yürüyecek olmasıdır¹¹.

⁷ Özel,Teziç’e Armağan, s.907. Uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan en sıkı ilişkili hukuk kavramının bir şirketin tabiiyetini belirlemede uygun bir düşünce olmadığı yönünde bkz. Tekinalp, Gülören, Ortaklıkların Vatandaşlığı, s.561 .

⁸ Furtak,s.90; Schütze, s.111;Stein/Jonas/Bork,§50 Rdn 51; Wagner,s.364.

⁹ Wagner,s.364.

¹⁰ BGHZ 97,269 272.

¹¹ Nomer/Şanlı, s.368.

Taraf ehliyetine ilişkin hükümler de usul kanunlarında düzenlenmiştir ve taraf ehliyeti usuli bir kavramdır. Yargılamada taraflardan birinin yabancı bir şirket olması ve bu şirketin de taraf ehliyetinin bulunmadığının tespit edilmesi halinde dava usuli bir kararla reddedilir. Fakat gerek Medeni Usul Kanunumuz gerekse Alman Medeni Usul Kanunu, taraf ehliyetinin şartlarının belirlenmesini medeni hukuka atıf yaparak tespit etmiştir¹². Bu durumda yabancı şirketlerin taraf ehliyetinin belirlenmesinde, şirketin hak ehliyetine ilişkin maddi kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanılır¹³. Kısaca, yabancı bir şirketin taraf olduğu bir davada bu şirketin taraf ehliyetini tespit edebilmek için o şirketin ehliyetinde kabul edilen kritere göre tespit edilen hukuk, ehliyetin kapsamını da belirleyecektir¹⁴.

Lex fori prensibi uyarınca taraf ehliyeti kavramı belirlenmesi halinde ise, tüzel kişilik, belki de tabiiyeti altında bulunduğu ülkenin hukuk sistemine göre taraf ehliyetine sahip olamamasına rağmen, yabancı ülke hukukuna göre taraf ehliyetini kazanacaktır. Bu durumun doğal sonucu olarak, yabancı ülkede alınan kararlar, şirket aleyhine kendi ülkesinde icra edilemeyecektir. Dolayısıyla bütün bu kavramlar arasındaki bağlantı bozulacaktır.

A. Türk Hukukunda

MÖHUK m. 9/4' de, tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olduğu, ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁵. Tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin bu hüküm, eski MÖHUK m. 8/4'de de aynı şekilde düzenlenmişti. MÖHUK m. 9/4 lafzı, şirketlerin tabiiyetini belirlemede açık bir düzenleme ortaya koymamaktadır. Yani bu hükümde, şirketlerin tabiiyetini belirlemede kullanılacak sistemlerden birine açıkça bir yollama yapılmamıştır. Madde metninde geçen "statüdeki idare merkezi" kriteri ne kuruluş yeri kriterini ne de idare merkezi

¹² Alman milletlerarası özel hukuk kuralları taraf ehliyeti konusunda, tabiiyet hukukunun hak ehliyetine ilişkin maddi hukuk hükümlerine değil, taraf ehliyetine ilişkin usul normlarına atıf yapmaktadır. Geimer,s.683;Nagel/Gottwald, § 4 Rdn.14.

¹³ Çelikel/Erdem, s.431; Nomer/Şanlı, s.371.

¹⁴ Tekinalp, Gülören, s.77.

¹⁵ Maddenin bu şekilde düzenlenmesinde, tüzel kişilerin statülerinde yazılı olan idare merkezi ile yakın bağlantısı olduğu düşüncesi rol oynamıştır. Çelikel/Erdem,s.207.

kriterini tam olarak karşılayabilmektedir¹⁶. Bununla birlikte, idare merkezi kriterinin, şirket tabiiyetinin belirlenmesi konusunda kabul edilebilir bir sistem olduğu, Türk doktrininde genel görüş olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷.

Yabancı hukuka göre kurulmuş bir şirketin hak ve taraf ehliyetinin belirlenmesinde bir problem ortaya çıkmışsa, bu problemin çözümünde esas olarak şirketin statüsünde idare merkezi olarak gösterilen ülke hükümlerinin dikkate alınması gerekir (MÖHUK m. 9/IV). Şirketin fiili idare merkezinin statüsünde gösterilen yer haricinde başka bir ülkede olduğu iddia edilirse, bu iddiayı ileri süren, şirketin statüsünde gösterilen ülkeden farklı bir ülkede fiilen idare edildiğini ispat etmek zorundadır¹⁸. Ayrıca fiili idare merkezi Türkiye’de bulunan bir şirketin hak ve taraf ehliyetine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıkması durumunda, Türk Hukukunda şirketlerin hak ve taraf ehliyeti kazanmasına ilişkin hükümlerin bu ihtilafın çözümünde uygulama alanı bulması gerekir.

Uluslararası bir şirketin birden fazla idare merkezinin bulunması mümkündür. Bu halde şirketin hak ve taraf ehliyetinin hangi hukuk sistemine göre belirleneceği sorunu gündeme gelebilir. Bu halde şirketin, idare merkezinin bulunduğu merkezlerden birini tercih ederek o merkezdeki hukuk kurallarına tabi olması gerekmektedir. Şirketlerin genellikle esas idare merkezlerinden en önemlisinin bulunduğu devlet hukukuna tabi olacağı söylenebilir¹⁹. Fiili idare merkezlerinden birisinin Türkiye’de bulunması halinde uluslararası şirketin hak ve taraf ehliyetine ilişkin sorunun Türk Hukukuna göre çözülebilmesi mümkündür, çünkü Türk Hukuku fiili idare merkezinin Türkiye’de bulunması halinde, diğer merkezin önemli olup olmaması üzerinde durmayarak, Türk Hukukunun şirkete ilişkin ihtilaflarda uygulama alanı bulacağı hükmünü MÖHUK m. 9/IV’ de düzenlemiştir²⁰.

¹⁶ Tekinalp, Gülören, s.76.

¹⁷ Türk Hukuku açısından bu görüşün kabul edilmesinde Türk Ticaret Kanunu ve 30 Kasım 1330 tarihli, Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat’ın ilgili hükümleri de etkili olmuştur. Aygöl, s.33-37; Tekinalp, Gülören, Ortaklıkların Vatandaşlığı, s.573.Nomer/Şanlı, s.229.

¹⁸ Çelikel/Erdem,s.207; Nomer/Şanlı, s.229.

¹⁹ Nomer/Şanlı, s.231.

²⁰ Nomer/Şanlı, s.231.

B. Avrupa ve Alman Hukukunda

Alman Medeni Usul Kanunu'nda yabancıların taraf ehliyetinin nasıl belirleneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hukuk sisteminde, taraf ehliyetinin maddi hukuk ile olan ilişkisi dikkate alınarak yabancı sujerlerin taraf ehliyetine ilişkin sorunların çözülebileceği ifade edilmektedir²¹.

Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 50'de taraf ehliyeti konusunda, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) hak ehliyetine ilişkin düzenlemelerine atıfta bulunmaktadır. Bu atıf gereği taraf ehliyeti, tarafın kişisel durumuna göre belirlenecek ve her defasında da tabii olduğu hukuka göre tayin edilecektir²². Yabancılık unsuru bulunan taraf ehliyetleriyle ilgili problemlerin çözümünde, tüzel kişilerde gerçek kişilere oranla daha fazla sorunla karşılaşılır. Zira gerçek kişilerin hak ve taraf ehliyeti, bütün medeni hukuk sistemlerinde benzerlik gösterirken, tüzel kişilerin hak ve taraf ehliyetini kazanmaları konusunda hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunabilir²³. Örneğin ülkelere göre tüzel kişilerin kuruluşuna ilişkin sistemler değişebilir (serbest kuruluş sistemi veya izne, ruhsata bağlı kuruluş sistemi gibi) veya ticari şirketlerin kuruluşu için gerekli olan asgari sermaye miktarları farklı olabilir.

Yabancılık unsuru taşıyan tüzel kişilerin taraf ehliyetleriyle ilgili ihtilafların çözümünde uygulanacak çatışma kuralları (kollisionsregel), Alman Usul Kanunu'nun 50. maddesinden hareketle bulunacaktır²⁴. Bu durumda şu olasılıklar akla gelebilir: İlk olarak, kendi hukukuna göre hak ehliyetine sahip tüzel kişilik, Alman mahkemeleri önünde taraf ehliyetine sahip olabilecektir. İkinci halde, kendi hukukuna göre taraf ehliyetine sahip olan tüzel kişilik, hak ehliyeti olmasa dahi aynı şekilde Almanya'da da taraf ehliyetine sahiptir. Son olarak da kendi ülkesine göre hak ve taraf ehliyetine sahip olmasa dahi Alman Hukukuna göre gerekli niteliklere sahip tüzel kişilik Alman mahkemeleri önünde taraf ehliyetine sahip olabilecektir.

²¹ Furtak,s.54; Nagel/Gottwald, § 4 Rdn. 14.

²² MünchKomm.,Lindacher,§50 Rdn.66.

²³ Wagner,s.363.

²⁴ Stein/Jonas/Bork,§50 Rdn 51.

Tüzel kişiliğin oluşumu bu kişiliğin tabii olduğu ülkenin kanunlarına göre belirlenebileceği gibi, milletlerarası sözleşmeler gereğince belirlenen hükümler çerçevesince de tespit edilebilir.

Uluslararası alanda faaliyet gösteren şahıs derneklerinin hukuki statülerini belirlemede, sermaye şirketlerinde olduğu gibi derneğin kurulduğu veya fiili idare merkezi kriteri dikkate alınacaktır²⁵.

Avrupa Birliği Hukukunda, tüzel kişilerin merkezleri konusunda dikkate alınacak düzenlemeler “Lugano Anlaşması” (LugÜ) ve “Medeni ve Ticari Hukuk Uyuşmazlıklarında Mahkemelerin Yetkisine ve Kararların İcrasına Yönelik Avrupa Yönergesi (EuGVO)” dir. Lugano Anlaşması’nın 53. maddesinde ve Yönerge’nin 60. maddesinde, şirket merkezinin tespiti benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümler gereğince şirketin merkezi; şirketin ana idare merkezi, şirket sözleşmesinde belirlenen yer veya merkez şubenin bulunduğu yerdir. Avrupa Birliği Anlaşması’nın 48. maddesi gereğince de şirketlerin, birlik üyesi ülkeler arasında serbestçe faaliyette bulunabilmesi için, şirketin üye bir ülke hukukuna göre kurulması ve ortaklık esas sözleşmesindeki merkezinin (statüdeki merkezinin), idare merkezinin veya esas faaliyetinin Birlik üyesi devletler içinde gerçekleşmesi gerekir. Üye devletler arasında şirketlerin serbestçe faaliyette bulunabilmeleri için şirketin esas sözleşmedeki merkezinin veya şirket idare merkezinin ya da esas faaliyetinin üye devletlerden birinde bulunması yeterlidir. Bu noktada önemli olan üye devlet hukuklarından birine göre şirketin kurulmuş olmasıdır²⁶.

EuGH’nin²⁷ 1999 tarihli “Centros” kararından sonra Almanya’da, yerleşim yeri (sitz) teorisinin, Avrupa Birliği Anlaşması’nın (EGV) 43. ve 48. maddelerinde yer alan, tüzel kişilerin şube özgürlüğü ile ilgili hükümleriyle uyum sağlayıp sağlamadığı konusunda şüpheler oluşmaya başlamıştır. Bununla birlikte, kurulduğu ülkede sadece sicile tescil edilmiş olduğu halde yabancı bir ülkede şube açmış ve bütün ticari faaliyetlerini, yabancı ülkede açtığı bu şubede gerçekleştiren şirketler ortaya çıkabilir²⁸.

²⁵ Wagner,s.364.

²⁶ Özel,Teziç’e Armağan,s.905.

²⁷ EuGH, Urteil vom 9.3.1999- Rs. C-212/97 (Centros),ZIP 1999, 438. Mahkemenin bu kararına göre, bir şirket kurulduğu ülkede hiçbir ekonomik faaliyet göstermese bile yerleşim serbestisinden yararlanarak bir başka üye ülkede şube açabilecektir.

²⁸ Wagner,s. 365.

Bu hallerde üye ülkeler, bu tip şirketlerin şube açarak ülkelerinde faaliyette bulunmasına izin vermemek yönünde bir eğilim sergilemeye başlamışlardır. Bu bağlamda, Federal Mahkeme (BGH 7. dairesi (Zivilsenat)) şirketlerin serbest dolaşımı ile ilgili bir meseleyi, Avrupa Birliği Mahkemesi'ne (EuGH) ön sorun olarak sormuştur²⁹. Federal Mahkeme'nin ön sorun olarak Avrupa Birliği Mahkemesi'ne sorduğu mesele hakkında ilk derece mahkemesinin ve istinaf mahkemesinin kararı şu şekildeydi: “*eğer bir şirket üye bir ülkenin egemenlik alanına göre kurulmuş ve şirket tüzüğüne göre bu ülkede bir yerleşim yeri gösterilmiş fakat daha sonra başka bir ülkeye fiili idare merkezini taşımışsa bu ülkede hak ve taraf ehliyeti reddedilir*”. Federal Mahkeme Avrupa Birliği Mahkemesi'ne; üye ülkelerden birinde kurulan ve idare merkezini başka bir üye devlete nakleden şirketin hak ve taraf ehliyetinin, idare merkezini naklettiği ülke mevzuatına göre belirlenmesinde, Avrupa Birliği Anlaşması'nın şirketlerin serbest dolaşımına ilişkin 43. ve 48. maddelerinin engel olup olmayacağı, serbest dolaşıma ilişkin Anlaşma hükümlerinin, şirketin hak ve taraf ehliyetinin belirlenmesinde idare merkezinin nakledildiği üye devlet mevzuatının uygulanmasına engel olması durumunda, hak ve taraf ehliyetinin şirketin kurulduğu üye devlet mevzuatına göre mi belirleneceğini sormuştur³⁰. Avrupa Birliği Mahkemesi(EuGH), üye devletlerden birinde kurulan şirketin hak ve taraf ehliyetinin Alman Mahkemeleri tarafından tanınmamasının, şirketlerin serbest dolaşım özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırma olarak kabul etmiştir³¹. Kararda ayrıca, birlik üyesi ülke mahkemelerinin şirketlerin hak ve taraf ehliyetine dikkat etmesi gerektiği, zira bu şirketlerin kurulduğu ülke hukuklarına göre hakları olduğu belirtilmiştir³². Bu kararında Avrupa Birliği Mahkemesi açık bir şekilde, üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulan şirketin, Almanya'da serbestçe faaliyette bulunma özgürlüğüne sahip

²⁹ EuGH, Urteil von 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering), ZIP 2002,2037. Özel, Teziç'e Armağan, s.911.

³⁰ Özel, Ansay'a Armağan,s.911.

³¹ Avrupa Birliği Kuruluş Anlaşması'nın 48. maddesi gereğince, üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulup, ortaklık esas sözleşmesindeki merkezi de kurulduğu ülkede bulunan ortaklığın, gerçek merkezinin başka bir üye devlette bulunmasının ortaklığın varlığı; hukuki geçerliliğinin kabulü, tanınması ve dolaşım serbestisinin kullanılması bakımından bir sakınca teşkil etmeyecektir. Tekinalp, Gülören, Çelikel'e Armağan, s.912.

³² EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering), ZIP 2002,2037

olduğu ve bu özgürlüğü de kullanabileceğini belirtmiştir³³. Böylece idare merkezini Almanya'ya taşıyan şirketin, Alman yasalarına göre yeniden kuruluş şartlarını yerine getirmesine veya ek şartlara tabi olmasına gerek bulunmadan, kurulduğu üye ülke hukukuna göre kazandığı taraf ehliyeti Almanya'da da devam edecektir.

Şirketlerin serbest dolaşımıyla ilgili başka bir soru Hollanda Mahkemesi tarafından önsorun olarak Avrupa Birliği Mahkemesi'ne sorulmuştur. Buna göre, İngiltere'de kurulan ve tüm ticari faaliyetlerini Hollanda'da yürütecek olan ve İngiliz Hukukuyla gerçek bir bağlantısı olmayan bir şirketin Hollanda'da şube açması halinde, Hollanda Hukukunun şirket kuruluşu için aradığı ve İngiliz Hukukuna nazaran daha katı hükümler içeren düzenlemelerinin Avrupa Birliği Anlaşmasının 43. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil edip etmediği sorulmuştur³⁴. Avrupa Birliği Mahkemesi ise, daha önceki benzer nitelikteki kararlarına atıf yaparak, üye bir ülkenin elverişli kanun hükümlerinden yararlanılmak amacıyla o üye ülkede şirket kurulmasını, fakat şirketin ticari faaliyetlerinin tamamının da başka bir üye ülkede yürütülecek olmasını, serbest dolaşım ilkesinin bir suistimali olmadığını ifade etmiştir³⁵. Mahkeme ayrıca, yabancı menşeli bir şirketin ülke içinde şube açmasını 11. Yönetmelikte gösterilen şube açılma şartlarına göre daha geniş ve zor şartlara bağlamanın şube açma özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir³⁶. Bütün bu gelişmeler ışığında söylenebilecek olan husus, üye devletlerarasında şube açma özgürlüğünün giderek yaygınlaşmaya başladığıdır.

Alman hukukunda adi şirketin ve yabancılık unsuru taşıyan şirketlerin hak ve taraf ehliyetleri sorunu, aynı zamanda gündeme gelmiş ve bu sorunların çözümünde Federal Mahkeme'nin kararları etkili olmuştur. Yukarıda da belirtildiği gibi, 2000 yılında Federal Mahkeme'nin, yabancı bir Hollanda şirketinin Almanya'da hak ve taraf ehliyetine sahip olup olmadığına ilişkin sorusu, Avrupa Birliği Mahkemesi'nce cevaplandırılmış ve şirketlerin serbest dolaşım özgürlüğü prensibi çerçevesinde Alman Hukukuna göre hak ve taraf ehliyetine sahip olduğu belirtilmiştir³⁷. Federal Mahkeme

³³ Şirketlerin şube açma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar için bkz. Tekinalp Gülören, Çelikel'e Armağan, s.915-918.

³⁴ EuGH, Urteil vom 30.9.2003- Rs.C-167/01 (Inspire Art), ZIP 2003, 1885. Avrupa Birliği Mahkemesi'nin bu kararı üzerine yapılan bir inceleme için bkz.Özel,Ansay'a Armağan, s.461-476.

³⁵ EuGH, Urteil vom 30.9.2003- Rs.C-167/01 (Inspire Art), ZIP 2003, 1885.

³⁶ EuGH, Urteil vom 30.9.2003- Rs.C-167/01 (Inspire Art), ZIP 2003, 1885.

³⁷ EuGH, Urteil von 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering), ZIP 2002,2037.

bu kararından hemen dokuz ay sonra, bu sefer örnek niteliğinde bir karar ile adi şirketin hak ve taraf ehliyetini tanımıştır³⁸. Daha sonra 2002 yılında başka bir kararında Federal Mahkeme, fiili idare merkezini Almanya'ya taşıyan yabancı bir adi şirkete, fazla miktarlarda masraf ödemesine gerek kalmadan, adi şirket olarak hak ve taraf ehliyeti tanımıştır³⁹. Böylece Almanya da uzun zamandır geçerli olan fiili idare merkezi teorisinin (sitztheori) uygulama alanı, büyük ölçüde sınırlandırılmıştır⁴⁰. Böylece AB üyesi yabancı sermaye şirketleri, tüzüklerindeki yerleşim yerlerini değiştirmeden, yeni bir kuruluş gerçekleştirmeden, Almanya'da serbestçe faaliyetlerde bulunabileceklerdir.

Yabancı şirketlerin ayrı bir kuruluş sistemine tabi olmadan Almanya'da faaliyet göstermeleri, bu ülkede sicile kayıt yaptırmayacakları anlamına gelmemektedir. Yabancı şirketlerin sicile kaydı ise, şu şartların bulunması halinde mümkün olacaktır⁴¹: İlk olarak kurulduğu ülkenin siciline kayıt yaptırmış olmalı, ayrıca şirket şeklinde bir hukuki kişiliği teşekkül etmeli ve son olarak da temsille yetkili organları bulunmalıdır.

Yabancı şirketlerin ticaret siciline kayıt yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde, HGB § 14 uyarınca para cezasıyla cezalandırılmaları gündeme gelecektir. Burada ortaya çıkan önemli bir sorun da, Alman ticaret siciline kayıt yapılana kadar, kendi ülkesindeki sicile kayıtlı bir şirketin taraf ve hak ehliyetine sahip olup olamayacağıdır. Böyle bir durumda Alman Hukukuna göre, Almanya içindeki bir şirketin yer değiştirmesi halinde uygulanacak hükümler, yabancı şirketler için de uygulanacaktır. Sicile kayıt yaptırmayan tüzel kişilerin hak ve taraf ehliyetleri söz konusu olmayacaktır. Fakat Alman Hukukuna göre, sermaye şirketlerine kuruluşlarından önce, ön şirket sıfatıyla (vorgesellschaft) bir takım haklar tanınmakta ve

³⁸ BGHZ 146, 341, 347, ZZZ 115 (2002), s.93.

³⁹ BGHZ 151, 204, 206.

⁴⁰ Bechtel, s. 23; Schütze, s.111. Özel ise, Avrupa Birliği Mahkemesi'nin şirketlerin hukuk sujesi olarak tanınması ve bunun doğal sonucu olarak taraf ehliyetine sahip olmaları dışında kalan diğer meselelerde, şirketin tabi olduğu hukukun (lex societatis), ulusal hukukların kanunlar ihtilafında tercih edilen bağlanma noktalarına göre belirleneceğini, dolayısıyla Almanya'da geçerli olan idare merkezi kriterinin (sitztheori) varlığını sürdürdüğünü ifade etmiştir. Özel, Teziç'e Armağan, s.914.

⁴¹ Wagner, s.366.

bu haklar daha sonra kurulacak şirketin sahip olacağı haklar ile paralellik teşkil etmektedir⁴².

Yabancı menşeli tüzel kişilerin hukuki varlıkları, kendi ülke kanunlarına göre sona erse bile Almanya’da şubeleri bulunması halinde, bu ülkedeki varlıkları devam edecektir⁴³. Özellikle taraf ehliyeti olmayan yabancı şirketlerin, davalı konumunda olması halinde ZPO § 50/II uygulanması suretiyle pasif taraf ehliyeti şirkete tanınacak ve ülke içindeki alacaklıların menfaatleri korunabilecektir⁴⁴. Bu şekilde hukuki ilişkilerdeki güven de korunmuş olacaktır. Bu durumun bir sonucu olarak bir Alman şirketi veya vatandaşı, davalı şirket kendi ülkesinin hukukuna göre hak ehliyetine sahip olmasa dahi, bu şirkete karşı mahkeme önünde hakkını koruyabilecektir. Eğer uluslararası bir şirket yaptığı işlemlerle üçüncü kişilerde tüzel kişiliği varmışçasına hareket ediyorsa, tüzel kişiliğe sahip bir şirket gibi davalı tarafta yer alabilirler⁴⁵.

Tekrar etmek gerekirse, Alman Hukukunda yabancı şirketlerin taraf ehliyetleri araştırılırken öncelikle bu şirketin Avrupa Birliği üyesi ülkelerden birinin hukukuna tabii olup olmadığı incelenecektir. Eğer birlik üyesi bir ülkenin hukukuna tabii uluslararası bir şirket söz konusu ise, bu şirket taraf ehliyetini, doğrudan doğruya kuruluşunun gerçekleştiği ülkenin hukukundan almaktadır⁴⁶. Ayrıca ortak hukuktaki şube özgürlüğü, tüzel kişiliği olan ve kendi ülkesine göre taraf ehliyeti taşıyan bütün piyasa aktörlerini kapsar⁴⁷. Şube özgürlüğü, kuruluş halindeki şirketler için geçerli olduğu gibi, ideal amaçla kurulan fakat bunun yanında yan amaçları olan birliklere de tanınmıştır. Fakat bu özellik hak ehliyeti olmayan derneklere tanınmamıştır⁴⁸.

Ticari şirketlerin taraf ehliyetlerinin belirlenmesinde, Avrupa Ticaret Anlaşması’nın gereği olarak kurulan ortak sicilinden faydalanılabilir. Üye ülkelerin ticari şirketleri, bu sicile kayıt yaptırmak zorundadırlar (RL 68/151/EWG). Ayrıca

⁴² HGB §124’ün kıyasen uygulanması sonucu kuruluş aşamasından sicile kayıt yapılana kadar olan safhada limitet ve anonim şirketler, ticari işletme işletmeleri halinde aktif ve pasif taraf ehliyetine sahiptirler. Aksi halde sadece ZPO § 50 II uyarınca sadece pasif taraf ehliyetine sahip olacaklardır. Sicile kayıtla ön şirket sona erecektir.

⁴³ Stein/Jonas/Bork, §50 Rdn 54.

⁴⁴ Geimer, s.684; Wieczorek/Schütze/Hausmann, §50 Rdn 79.

⁴⁵ Wieczorek/Schütze/Hausmann, §50 Rdn 80.

⁴⁶ Schack, Rdn.530.

⁴⁷ Hess, s.297; Schack, Rdn.530.

⁴⁸ Hess, s.297.

online kataloglardan da bu sicile ulaşmak mümkündür. Bu sicillerde ticari şirketin yavru şirketleri gibi diğer müessesleri de gösterilmektedir.

Birlik üyesi olmayan ülkelerin şirketleri, Avrupa Birliği Mahkemesi'nin birlik üyesi ülkelerin şirketlerine tanıdığı serbest dolaşım özgürlüğünden yararlanamayacaktır. Avrupa Birliği üyesi olmayan bir ülkede kurulan şirket, Almanya'da faaliyet göstermek isterse, Alman Hukukuna göre yabancı şirket olarak değerlendirilecek ve sonuçta tabiiyeti altında bulunduğu ülke hukukuna göre kazandığı kişilik Almanya'da bir anlam ifade etmeyecektir. Avrupa Birliği üyesi olmayan bir ülkenin tabiiyetinde bulunan bir şirketin Almanya'da faaliyet göstermek istemesi halinde, Alman Hukukuna göre tüzel kişiliği bulunmamasından ötürü de bu ülkede faaliyeti mümkün olmayacaktır. Bu halde şirketin kişiliğe sahip olmamasından kaynaklanabilecek sorunları gidermek amacıyla, bu gibi şirketlere Alman Hukukunda dış adi şirketlere tanınan hukuki statü tanınabilecektir. Kısaca Avrupa Birliği üyesi olmayan bir ülkenin tabiiyetine bağlı bir şirketin, Alman Hukukuna göre gerekli kuruluş şartlarını taşıyamaması halinde hukuki statüsü, adi şirket olarak kabul edilecektir⁴⁹.

C. İsviçre Hukukunda

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (IPGR) 21. maddesi gereğince, şirketlerin yerleşim yeri, asıl olarak statülerinde ve sözleşmelerinde gösterilen yerdir. Şirketlerin yerleşim yerini belirlemede yardımcı olacak tali kural ise, şirketin fiili idare merkezlerinin bulunduğu yerdir. Bu hüküm gereğince İsviçre Hukukunda, kuruluş yeri teorisinin asıl uygulanan teori olduğu, fakat bu teori ile birlikte özel bağlantı kuralı olan idare merkezi teorisinin kombine edildiği ifade edilmektedir⁵⁰. Yani İsviçre uygulamasında ne idare merkezi teorisi (sitztheori) ne de kuruluş yeri teorisi (gründungstheori) sınırsız olarak uygulanmaktadır⁵¹. Bu iki teori birbirlerini tamamlar şekilde İsviçre Hukukunda uygulama alanı bulmaktadır⁵². Bununla birlikte, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun, şirketlerin kuruluşu ve hak ehliyeti hakkındaki ihtilafların şirketin kurulduğu ülke hukukuna göre çözümleneceği, bunun dışında kalan

⁴⁹ Hess, s.297.

⁵⁰ ZürcherKomm.IPRG, Vischer, Art.154, Rdn.15.

⁵¹ Olano, s.27.

⁵² Olano, s.27.

diğer uyuşmazlıklarda şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke kurallarının geçerli olacağını savunan “aktarma teorisine” (Überlagerungstheori) yakınlığı, doktrinde ifade edilmektedir⁵³.

Avrupa Birliği üyesi bir ülkede kurulan şirketin İsviçre’de serbest dolaşım özgürlüğünün bulunup bulunmadığı, İsviçre ve Avrupa Birliği arasında yapılan anlaşmalar incelenerek çözümlenecektir. Avrupa Birliği’ne üye ülkeler ve İsviçre arasındaki serbest dolaşım hürriyetine ilişkin anlaşma⁵⁴ bu açıdan önem arz edecek ve bu anlaşmanın şirketler için de geçerli olup olmayacağı araştırılacaktır. AB üyesi ülkelerin tabiiyetindeki şirketlerin İsviçre’de şube açma ve burada faaliyetlerini sürdürebilmeleri, anlaşma uyarınca açık bir şekilde düzenlenmemişse de hizmetlerin yerine getirilmesi bağlamında AB üyesi ülkelerin şirketleri, hizmetleri yerine getiren olarak tanınabilecektir (m.5). IPRG Art 154 hükmü de dikkate alındığında AB üyesi bir ülkede kurulmuş ve tescil olunmuş bir şirket, idare merkezini İsviçre’ye taşıması halinde hak ve taraf ehliyetini kaybetmeyecek İsviçre’de de bu ehliyetlere sahip olacaktır⁵⁵. Yine bu hüküm uyarınca gerekli şartları taşımadığı için herhangi bir ülkeye bağlı olmayan şirketler için fiili idare merkezlerinin bulunduğu yer hükümleri geçerli olacaktır. Bu hükümler genel olarak değerlendirildiğinde, Avrupa Birliği’ne üye devletlerin vatandaşlarıyla birlikte Birlik üyesi devletlerin tabiiyetindeki şirketlerin de İsviçre sınırları içinde faaliyette bulunma özgürlükleri bulunmaktadır⁵⁶. Ayrıca Anlaşmanın 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre İsviçre, Serbest Dolaşıma İlişkin Anlaşma’nın uygulanmasında Avrupa Birliği Mahkemesi Kararlarını dikkate almak zorundadır. Dolayısıyla yukarıda anılan Avrupa Birliği Mahkemesi kararları fiili olarak İsviçre Hukuku açısından da geçerli olacaktır⁵⁷.

⁵³ ZürcherKomm.IPRG,Vischer, Art.154,Rdn.15; Olano, s.27. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 161. maddesi uyarınca, yabancı bir şirket, kuruluşunu gerçekleştirdiği ülke kanunları çerçevesinde kuruluşunu tamamlamış ve bu kuruluş İsviçre Hukuk sistemine de uygunluk sağlamışsa, şirket, İsviçre’de yeni bir kuruluş gerçekleştirmeden ve tasfiyeye tabi olmadan İsviçre Hukuk sistemine tabi olacaktır.

⁵⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit,21 Haziran 1999, SR 0.142.112.681.

⁵⁵ Vischer, FS für Kramer, s.992.

⁵⁶ Vischer, FS für Kramer, s.992.

⁵⁷ Bkz. § 5, B.

İsviçre de faaliyet göstermek isteyen bir şirketin AB üyesi bir ülke hukukuna tabi olup olmadığı da tartışmalı olabilir. Şirket tüzüğünde şirketin merkezi olarak gösterilen yerin, gerçekten şirketin merkezi olup olmadığı noktasında tereddütlerin ortaya çıkması halinde şirketin gerçek merkezinin tespiti gereklidir. Bu halde, kanuna karşı hilenin önüne geçmek için şirketin ana faaliyet yeri tespit edilmelidir. Avrupa Birliği Mahkemesi'nin sadece daha avantajlı olduğu kabul edilerek üye ülkelerden birinde kurulan bir şirketin, yalnızca bu sebepten dolayı serbest dolaşım özgürlüğüne kısıtlama getirilemeyeceğine ilişkin kararı⁵⁸, Serbest Dolaşıma İlişkin Anlaşma gereğince İsviçre Hukuku açısından da geçerlilik taşıyacaktır.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 30.9.2003- Rs.C-167/01 (Inspire Art), ZIP 2003, s.1885.

§ 6. Ön Şirketlerin (Vorgesellschaft) Taraf Ehliyeti Sorunu

Kuruluş aşamasındaki şirketlerin hukuki durumu konusunda, mevcut düzenlemelerimizde bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 335. maddesinde ise, dolaylı bir şekilde ön şirkete atıf yapıldığı görülmektedir. Bu maddenin gerekçesinde ise, ön anonim şirketin varlığına ve oluşum anına işaret edildiği, bunların tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklı olduğu ve ön anonim şirketlerin niteliğinin ve hukuki durumunun öğreti ve mahkeme kararlarıyla açıklığa kavuşacağı belirtilmiştir. Mevcut kanuni düzenlemesi bulunmamakla birlikte, kuruluş aşamasındaki tüzel kişilerin karşı karşıya kalabileceği hukuki ihtilaflar söz konusu olabilir. Örneğin, sermaye getirme borcuna aykırı davranan bir ortağa karşı, borcunu yerine getirmesi amacıyla dava açılabilir. Kuruluş işlemlerini gerçekleştiren ortaklardan birisinin, ön şirkete uğratabileceği zararların önüne geçmek için ona karşı dava açılabilir. İşte bu gibi hallerde, yani hem kurucuların kendi aralarındaki ihtilaflarda hem de oluşumun dışı karşı olan sorumluluğunda, kuruluş aşamasındaki şirketlerin hukuki niteliklerine verilecek anlam önem kazanacaktır.

Maddi hukuka ait bir ihtilafta ön şirkete ilişkin taraf teşkilinin nasıl gerçekleşeceği konusunda üç farklı ihtimal söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, kuruluş aşamasındaki şirkete, kurulacak şirketin hukuki niteliğine yakın haklar sağlamak ve şirket kurulmuş olsaydı nasıl bir taraf ehliyetine sahip olabilecek ise, aynı hususları kuruluş öncesinde de tanımaktır¹. Bu ihtimalin gerçekleşebilmesi için şirketin ticari faaliyetlerde bulunuyor olması gerekir². Diğer bir yol ise, kuruluş aşamasındaki şirketin, adi şirket niteliğinde olduğunu kabul etmek ve taraf ehliyetini adi şirkete ilişkin hususlar çerçevesinde düzenlemektir. Son ihtimalde ise, taraf ehliyetinin sağlanabilmesi için bütün kurucuların birlikte hareket etmelerinin gerekliliğidir (elbirliği mülkiyet prensipleri)³. Federal Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin 2001 yılındaki kararından önce Alman doktrininde çoğunluk görüşü, ticari hayattaki güven prensibinden dolayı, ön şirkete ZPO § 50/ II hükmüne dayanarak sadece pasif taraf ehliyeti tanınması

¹ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht,s.1018; Wasserman, § 50, Rdn.12; Zöller/Vollkommer,§50,Rdn.19.

² K.Schmidt, Gesellschaftsrecht,s.1018.

³ Jürgen, s.95.

yönündeydi⁴. Bu görüşün temel gerekçesi, tüzel kişilerin kurulmuş sayılabilmeleri için gerekli olan sicile kaydın gerçekleşmediği, yani “aleniyet” prensibinin ön şirketlerde bulunmamasıdır. Fakat aksi görüş ise, kollektif şirketin taraf ehliyetini kazanması için ticaret siciline kaydın kanun koyucu tarafından aranmadığını, sadece ticari işlemlere başlamasının yeterli olduğunu(HGB § 124), buradan hareketle, taraf ehliyetinin varlığı için aleniyet ilkesinin gerekli olmadığını belirtmiştir⁵. Bu görüş uyarınca ön şirket, ticari şirket olarak işlemlerde bulunmuşsa, bu takdirde taraf ehliyetine sahip olacaktır, eğer adi bir şirket olarak işlemlere katılırsa bu durumda taraf ehliyetine sahip olamayacaktır⁶. Kuruluş aşamasındaki şirketin tek ortaklıktan oluştuğu hallerde, ön şirketin taraf ehliyeti kabul edilirse, bu şirket tek kurucudan farklılaşan bir hukuk süjesidir ve onun da taraf ehliyetinin olduğu kabul edilecektir.

Kuruluş aşamasındaki sermaye şirketlerinin kurucu ortakları arasında, ortaklık sözleşmesinin imzalanmasından ortaklığın tesciline kadar geçecek süre içerisinde, ortaklık kurma amaçlı adi şirket ilişkisinin bulunduğu, hukukumuzda ortaya konan bir görüştür⁷. Dolayısıyla kurulacak ortaklığın bu aşamadaki parasal borçlarından bütün ortaklar müteselsilen sorumludurlar. Para borcundan dolayı dava, bir ortağa karşı açılabilirdiği gibi, ortakların tümüne karşı da açılabilir. Bölünemeyen bir talebin davacı tarafından ortaklara yöneltilmesi halinde, bütün kurucu ortakların birlikte taraf olarak davada yer almaları gerekir. Kuruluş öncesinde bir şirketin davacı olabileceği hallerde, bütün kurucu ortakların birlikte hareket ederek davayı açmaları ve yürütmeleri gerekir. Bu görüşle birlikte ortaya konulan başka bir görüş ise, ön şirketin dış ilişki bakımından atipik bir adi şirket niteliğinde olduğu, iç ilişkide ise, taraflarca kurulmak istenen şirket sözleşmesi için kanunda öngörülen özel hükümlerin uygulanacağı yönündedir⁸.

Federal Mahkeme'nin yeni tarihli bir kararında ön anonim şirketlere uygulanacak hükümlerle ilgili olarak ortaya koyduğu görüşler, hukukumuzda doktrinde belirtilen görüşlerden farklıdır⁹. Buna göre, ön anonim şirket, tüzel kişiliği haiz bir

⁴ Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn.30; Zimmermann, § 50 Rdn. 21; ZöllerKomm.,Vollkommer, § 50 Rdn.39; Thomas/Putzo, § 50 Anm. 2.

⁵ Jürgen s. 124.

⁶ Jürgen s. 124.

⁷ Ansay,Tuğrul,s.70;Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 273.

⁸ Arslanlı/Domaniç, s.158; Barlas,s.113.

⁹ Pulaşlı, s.485.

anonim şirketin aksine, bir işletmenin sahibi olarak devamlılık gösteren bir varlığı ortaya koymamakta, tüzel kişiliğin zorunlu bir ön basamağı olarak, asgari nakdi sermaye pay tutarlarının ödenmesini sağlayarak, ticaret siciline bildirimle ve tescille, tüzel kişiliğin kazanılmasına vesile olmaktadır¹⁰. Bu bağlamda ön plana çıkan husus, ön şirketin devamlılığının bulunmaması, zira varlığını şirketin tescil edilmesine kadar sürdürebileceğidir. Dolayısıyla aslında ön şirket, kurulmak istenen şirkete giden yolda bir basamaktır ve asıl şirketten ayrı bir yapı arz etmeyecektir. Yani kurulmak istenen şirket ile ön şirket aynı ve tek şirkettir. Bu durumun bir sonucu olarak, şirketin kuruluş sürecinde tescil öncesi zorunlu meydana gelen ön şirkete, Borçlar Kanunu'ndaki adi şirkete ilişkin hükümlerin değil, Ticaret Kanunu'ndaki ve kurulmak istenen şirkete ait esas sözleşmedeki özel hükümlerin uygulanmasının gerekliliğidir¹¹.

¹⁰ Pulaşlı, s.485.

¹¹ Pulaşlı, s.486.

§ 7. Şirketlerin Birleşme ve Nev’i Değişikliklerinde Taraf Ehliyeti Sorunu

Şirketlerin nev’i değişikliğinde, kişi ortaklıklarının sermaye ortaklığına dönüştürülebileceği gibi, sermaye ortaklıkları arasında da değişim söz konusu olabilecektir. Uygulamada en fazla limitet şirketlerin anonim şirkete, anonim şirketlerin de limitet şirkete dönüştüğü gözlemlenmektedir. Konumuz açısından önem arz eden nokta, ticari şirketlerin nev’i değişikliğinin hukuki sonuçları, özellikle de mevcut yargılamadaki taraf durumuna olan etkileridir. Bu gibi hallerde yargılamaya devam mı edilecektir, yoksa davanın sona ermesi mi gerekecektir? Şirket dönüşümü hukukumuzda Ticaret Kanunu’nun 152. maddesinde düzenlemiştir. Bütün şirket değişimlerinde geçerli olacak bu hüküm gereğince; nev’i değiştiren ortaklığın hukuki kişiliğinde bir değişim meydana gelmeyecek, kendisine dönüştürülen ortaklık, nev’i değiştiren ortaklığın devamı olacaktır¹. Yargıtay’ın bir kararında belirtildiği gibi, *“...nev’i değiştirme hali, şirketin hak ve borçlarında bir değişiklik husule getirmez; alacaklı ve borçlu olarak yine aynı tüzel kişilik ortada kalır, hak ve borçların hamili değişmiş olmadığı için, esasen şirket mamelekinin devri veya nakli yahut intikali de söz konusu değildir...”*². Görülmekte olan davada taraflardan biri olan şirket nev’ini değiştirirse, davaya bu yeni şirket devam edecektir. Bu durumda davada, bir taraf değişikliğinden söz edilemez. Çünkü devam eden yargılama esnasında gerçekleşen nev’i değişikliğinde, tarafın yani şirketin sadece türü ve ismi değişmektedir. Nev’i değiştiren şirketin tüzel kişiliğinde bir ayniyet mevcuttur. Buradaki ayniyet hukuki ve ekonomik ayniyetin bir benzeridir. Bu halde, tarafın isminde meydana gelen değişiklikler dava dilekçelerinde de düzeltilmelidir (HUMK m.80). Yeni kurulan şirketin temsil organların da bir değişiklik meydana gelmişse, davaya bu yeni temsilciler tarafından devam edilecektir. Mahkeme eğer kanuni temsil konusunda bir eksiklik görürse, bu hususu hemen tamamlatmalıdır.

Alman Hukukuna göre, şirketlerin nev’i değişikliğinde, gerçek kişilerin taraf ehliyetinin kaybı halinde yargılamanın sona ermesini düzenleyen ZPO § 239 hükmü, ne doğrudan doğruya ne de kıyasen uygulama alanı bulacaktır³. Çünkü bu durumda, ne

¹ Karayalçın,s.153; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu,s.126.

² 4.HD.,E. 9965,K.5152 sayılı,t.16.4.1979 YKD 1979/9,s.1277-1279.

³ K.Schmidt,Prozessrechtsverhältnis,s.762-763.

önceki şirketin sicilden silinmesi, ne külli halefiyet ne de hukuki bir belirsizlik söz konusudur⁴.

Şirket birleşmesinde iki veya daha fazla şirketin tasfiye gerçekleşmeden bir araya gelmeleri ve yeni bir şirket oluşturmaları söz konusudur. Birleşmenin gerçekleşmesi ile şirketin aktif ve pasifleri bir bütün olarak başka bir şirkete devredilecek, tasfiye olmaksızın infisah yoluyla önceki şirket sona ererek, yeni bir şirket çatısı altında varlığını devam ettirecektir⁵. Bu durumda pay sahiplerinin birleşmeden önceki hakları muhafaza edilir. Birleşme, ya birden fazla şirketin bir araya gelerek yeni bir şirket kurması (der Verschmelzung durch Neubildung) ya da var olan bir şirketin başka bir şirkete katılması (der Verschmelzung durch Aufnahme) şeklinde olabilir (TTK m. 146/I). Şirket birleşmelerinde devralan veya yeni kurulan şirket, önceki şirketlerin külli halefi konumundadır⁶. Hukukumuzda birleşmenin sonuçlarını doğurabilmesi için, birleşme kararının ilanından sonra, üç aylık sürenin itirazsız geçirilmesi veya itirazın reddedilmesinin kesinleşmesi gerekir (TTK m.150/III). Kabul yoluyla birleşmede eğer devir alan şirket yargılamada taraf konumunda ise, birleşme onun usul hukuku ilişkisinde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Devreden şirket açısından durum incelendiğinde, bu şirket yargılama esnasında taraf ehliyetini kaybedecektir. Fakat bu durumda dava, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı reddedilemeyecektir. Çünkü devralan şirket, devreden şirketin külli halefi olacağından onun sahip olduğu bütün hak ve yetkilere de sahip olacaktır (TTK m.151/I). Dolayısıyla devam eden bir yargılamada devralan şirket, devreden şirketin yerine yargılamaya devam edecektir. Bununla birlikte, birleşmeden sonra devreden şirket adına açılan davanın, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usulden reddedilmesi gerekir. Bu halde davanın devralan şirkete karşı devam ettirilmesi mümkün olmamalıdır. Açılan bu dava ölüye karşı açılmış dava gibi değerlendirilecektir⁷.Yeni bir ortaklık kurmak şeklinde

⁴ K.Schmidt,Prozessrechtsverhältnis,s.763.

⁵ Esin/Lokmanhekim, s.5.

⁶ K.Schmidt,Gesellschaftsrecht, s.385.

⁷ Bu yönde bir karar için bkz. Y.12.HD' nin 28.3.2005 tarih ve E.2005/2492,K.2005/6435 sayılı kararı: "...TTK'nın 451 ve 452. maddelerinde düzenlenen birleşme ve devralma suretiyle tasfiyesiz infisah hükümlerinde; bir ticaret şirketi başka bir şirket tarafından devralınırsa (TTK m. 451) eski şirketin tüzel kişiliği sona erer. Keza, bir ticari şirketin diğer bir ticari şirketle birleşmesi halinde de birleşen şirketin hükmi şahsiyeti sona erer. Tüzel kişiliğin son bulması ile, artık eski tüzel kişinin (ölü bir şahıs gibi)taraf ehliyetinin de son bulduğunun kabulü gerekir. Ölü kişiye karşı veya ölü kişi adına dava açılması

ortaya çıkan birleşmede ise, birden fazla ortaklığın tüzel kişiliği sona erecek ve yeni bir ortaklık kurulacaktır⁸. Bu durumda kuruluştan önceki şirketlerin taraf olduğu davalara yeni kurulan şirket devam edecektir. Bütün bu hallerde kanundan kaynaklanan bir taraf değişikliği söz konusudur.

hakkındaki uygulamaların kıyasen burada da uygulanması gerekir. Takip tarihinde hükmi şahsiyeti olmayan (ölü bir kişi gibi) şirket hakkında yapılan takipte, ortada taraf ehliyetini haiz bir borçlu olmadığına göre ona iltihak da mümkün bulunmadığından, takibin birleşen şirket adına sürdürülmesi de bu durumda mümkün değildir...”(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸ Karayalçın, s.147-148.

§ 8. Dernek Davalarında Taraf Ehliyeti Sorunu

Dernekler hukuk davalarını açarken aslında kendilerinin ve üyelerinin menfaatlerini korumaktan ziyade, kamu yararına tevcih edilen bir kontrol fonksiyonunu yerine getirirler. Kanun koyucular da esasında dernek davaları ile objektif kurumsal korumayı sağlamayı amaçlamışlardır¹. Özellikle ticari amaç taşıyan derneklere veya tüketici derneklerine dava açma ve ihbarname çekme yetkisinin bahşedilmesiyle, rekabet ve sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş ve böylelikle de özel hukuk hükümleri temeline dayalı özel mülkiyet, özel otonomi, rekabet unsurları güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte, dernek davası açma hakkı, her türlü oluşuma değil sadece belirli nitelikleri olan birliklere tanınmıştır. Böylelikle ciddi bir organizasyona sahip olmayan birliklerin, dernek davası açma hakkını kötüye kullanmalarının önüne geçilmek istenmiştir².

Hukukumuzda kolektif hukuki korunmanın kavramsal çerçevesi, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın 118. maddesinde düzenlenen topluluk davaları ile düzenlenmiştir³. Bununla birlikte mevzuatımızda kolektif hukuki korunmaya örnek gösterilebilecek hükümler bulunmaktadır. TTK m.58'de mesleki ve iktisadi birliklere, haksız rekabet eylemlerine karşı daha etkili mücadele sağlamak amacıyla dava açma imkanı sağlanmıştır. Kanun koyucu, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumakla yükümlü derneklere, haksız rekabet hukuku kapsamında tespit, müdahalenin men'i ve eski hale getirme davası açma imkanı vermekte, tazminat davası açma imkanı ise vermemektedir. Ticaret ve sanayi odaları⁴, esnaf dernekleri⁵ ve borsalar⁶ ancak kendi mensuplarının dava açma hakkını haiz

¹ Bu husus, Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda da (UWG § 13) ön plana çıkmaktadır.

² Greger, s.2458.

³ Tasarı'nın 118. maddesi gereğince; *"Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."*

⁴ 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu hükümlerine göre kurulan Ticaret ve Sanayi Odaları, üyelerinin tamamının veya bir kesiminin mesleki menfaati olduğu takdirde meclis kararı ile bu üyeleri adına veya kendi adına dava açma hakkına sahiptirler (5174 sayılı Kanun m.12/b.e).

⁵ 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu hükümlerine göre kurulan Esnaf Odalarının yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında, üyelerinin çalışma konularına giren hususlarda haklarını korumak için resmi ve özel kuruluşlar nezdinde girişimlerde bulunmak, üyelerinin mesleki

olduğu hallerde haksız rekabet dolayısıyla dava açabilirler (TTK m.58/3). Tüzüklerine göre, üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler de üyelerinin dava açma hakkı bulunduğu hallerde haksız rekabete ilişkin davaları açabileceklerdir (TTK m.58/3). 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 24. maddesinde tüketici örgütlerinin, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Böylelikle dernek davası açma imkanı, tüketici dernekleri açısından da mümkün olabilmektedir.

İktisat ve tüketici derneklerinin kanun gereğince dernek davası açmaları, Alman Hukukunda özellikle haksız rekabet ve tüketici hukukunda ön plana çıkmaktadır (§ 8 III UWG, § 33 II GWB, § 3 I UKlag). Alman Hukukuna göre, kanunen düzenlenen durumların haricinde derneklerin veya toplulukların dava açma hakları bulunmamakta ve dernek davası açabilme hakkı, her türlü derneğe değil sadece belirli niteliklere sahip derneklere tanınmaktadır. Haksız Rekabete İlişkin Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında kimlerin davacı olabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde gereğince, tüketici derneklerinin yanında sanayi ve ticaret odalarının da, dernek davası açabilme hakları bulunmaktadır. Tüketici derneklerinin, dernek davasını açabilmeleri için "nitelikli kuruluş" olarak gerekli sicile kayıtlarını yaptırmaları gerekir (§ 4 IV UKlag). Bu husus dava şartıdır⁷. Alman Hukukunda toplu dava imkanlarından sadece dernek davaları (Verbandsklage) yasal olarak düzenlenmiştir. Dernek davalarının en önemli konusunu müdahalenin menı davası oluşturur. Tüketici dernekleri genellikle ticari menfaatler için; mesleki birlikler de geçersiz genel çalışma koşullarının iptali için, müdahalenin men edilmesini veya iptalini isterler. Tüketicilerin menfaatlerine aykırı bir durum oluştuğunda bu dava uygulama alanı bulacaktır. Tüketici derneklerinin bu davaları açabilmesi için tüzüksel bir aydınlatma ve danışmanlık hedefiyle donatılmış olmaları ve bu hedefleri fiili olarak yerine getirmiş bulunmaları gerekir. Tüketici

menfaatlerini ilgilendiren konularda, adli ve idari yargı mercileri önünde oda başkanı marifetiyle odayı temsil etmek bulunmaktadır(5326 sayılı Kanun m.11/b.f).

⁶ 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu hükümlerine göre kurulan borsalar, üyelerinin tamamı veya bir kesiminin menfaati olduğu takdirde bu üyeleri adına veya kendi adına dava açma hakkına sahiptirler (5174 sayılı Kanun m.34/h).

⁷ Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.59.

dernekleri, ayrıca mal veya hizmetlerin pazar konumları, kaliteleri ve fiyatları hakkında tüketicileri bilgilendirici ve seçimlerini kolaylaştırıcı çalışmalarda bulunmaları gerekir.

Tüketici derneklerinin yanı sıra diğer dernekler de dernek davası açabilirler. Bu tür derneklerin dernek davası açabilmeleri, üyelerinin mesleki ve ticari menfaatlerini etkileyen bir vakıanın söz konusu olması ve böyle bir vakıanın gerçekleşmesi halinde dava açabilme hakkının derneğe tüzüksel olarak tanınmış olması halinde mümkündür. Alman Hukukunda özel hukuk tüzel kişiliği bulunan ve dernek davası açabilecek nitelikte olan derneklere örnek olarak; Kiralayan Dernekleri (Vermieterverbände), Radyo Ortaklıkları Derneği, Esnaf Odaları (Innungen), Diş Hekimleri Derneği, Müzik Yayıncıları Derneği, Pratisyen Hekimler Menfaatlerini Koruma Derneği ve Barolar gösterilebilir⁸. Bu sayılan derneklerin yanında sanayi ve ticaret odalarının da dernek davası açabilmesi mümkündür. Dava takip yetkisi bulunmayan derneklere örnek olarak da Alman Ton Balığı Avcıları Derneği gösterilebilir. Bu derneğin dernek davası açma hakkının bulunmaması, üyelerinin ticari menfaatlerini korumak amacının bulunmamasıyla açıklanmaktadır⁹.

Dernek davalarının hukuki niteliği hakkında, Alman doktrininde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu tartışmalar temelde iki teori üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki, dernek davalarında, derneğin kendi maddi hukukuna ilişkin bir hakkı ileri sürdüğüne ilişkin görüş, diğeri ise bu davalarda derneğin kanuni dava yetkini olduğu yönündeki görüştür¹⁰.

İlk görüş gereğince, bu birliktelikler, dernek davası açma hakkını kendi maddi hukuk alanından almaktadırlar¹¹. Başka bir ifade ile dernek davası açabilecek olan topluluklar, kendi üyelerinin dava haklarını değil, kanun tarafından kendilerine bahşedilen hak ve yetkileri kullanmaktadırlar¹². Haksız Rekabet Hakkındaki Kanun'dan (§ 8 UWG) hareketle, dava açma hakkının derneklere ait olduğu ve kanun koyucunun bu hükümleri derneklerin kendi maddi hukuk yapılarına uygun olarak düzenlediği,

⁸ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 13 UWG Rdn.30a.

⁹ Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 13 UWG Rdn.30a.

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.284; Stein/Jonas/Bork, Vor § 50, Rdn.48; Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.58. Bu konudaki diğer görüşler için bkz. Deren-Yıldırım, Kollektif Hukuki Himaye, s.309 – 314.

¹¹ Greger, s.2462; Schilken, s.153; Stein/Jonas/Bork, Vor § 50, Rdn.48.

¹² Wieczorek/Schütze/Hausmann, Vor § 50, Rdn.99.

doktrinde ileri sürülmüştür¹³. Derneklerin bu tür davaları açabilmeleri için, tüzüklerinde açık bir şekilde dernek davası açmak hususunda yetkilendirilmiş olmaları gerekir¹⁴. Yani dernekler, dernek davalarında, üyelerin veya üçüncü kimselerin değil, bizzat kendi talep haklarını kullanmaktadırlar ve bu çerçevede derneklerin iradi ve kanuni bir dava yetkinliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Kamusal nitelik taşımayan bazı derneklerin dernek davalarını açabilmeleri için üyelerinin, derneğin faaliyet alanı ile ilgili olarak dava takip yetkisini devretmeleri gerekir. Böylece dernek dava açmak konusunda yetkilendirilmektedir¹⁵. Derneğin bu davaları açabilmesi için ayrıca tüzüğünde de üyelerinin haklarını korumak için dava açma yetkisinin bulunması gerekir¹⁶.

Dernek davalarında derneğin kanuni dava yetkini olduğunu savunan diğer görüşe göre; dernek, mahkeme önünde kendine yabancı bir hakkı kendi adına ileri sürmekte, yani kanuni dava yetkini kabul edilmektedir¹⁷.

Kanaatimizce, derneğin dernek davası açma hakkını, kendi maddi hukuk alanından aldığını kabul etmek daha uygun olacaktır. Gerek dernek davalarında ön plana çıkan kamusal yarar, gerekse kanun tarafından açıkça bu konuda derneklerin yetkilendirilmesi, dernek davası açma hakkının doğrudan doğruya derneklere ait bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim Deren-Yıldırım da dernek davalarının hukuki niteliğinin kanuni dava yetkinliği kurumu ile açıklanamayacağını, kanunkoyucunun dernek davasının açılması imkanını tanımakla birlikte hak sahiplerinin de bu konuya ilişkin dava takip yetkilerinin devam ettiğini ortaya koyarak, dernek davalarının hukuki niteliğinin kanuni dava yetkinliği kurumu ile açıklanması halinde kesin hüküm açısından da sakıncaların oluşabileceğini belirtmiştir¹⁸.

¹³ Greger,s.2462;Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.284;Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.58.

¹⁴ Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.60.

¹⁵ Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.60.

¹⁶ Zöller/Vollkommer, Vor § 50, Rdn.60.

¹⁷ Wasserman, vor § 50, Rdn. 12; Urbanczyk, s. 141.

¹⁸ Deren-Yıldırım, Kollektif Hukuki Himaye, s. 311.

§ 9. Meslek Birliklerinin Ve Özellikle Avukatlık Ortaklığının Taraf Ehliyeti

İsviçre Hukukunda meslek birlikleri, dernek şeklinde ve İsviçre Medeni Kanunu'nun 60. maddesine göre kurulurlar. Bunların kuruluşunda ticari bir amaç yoktur. Bu sebepten ticaret siciline kayıt yapılmaksızın, kuruluşlarına dair iradenin açıkça yazılı bir şekilde ortaya konması ile hukuki kişilik kazanırlar (İMK m.60)¹. İsviçre Medeni Kanunu uyarınca, kurumsal bir nitelik kazanabilmesi için derneğin devam eden bir amaç ve görevi olmalıdır (İMK m. 52,59,60,62). Eğer meslek topluluğu herhangi bir şekilde hukuki kişiliğe sahip değilse, bu takdirde adi şirket hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir². Bu şekilde kurumsal bir yapıya kavuşacak ve üye değişiminden etkilenmeyecektir.

Türk Hukukunda meslek birliklerinin taraf ehliyeti konusunda önemli bir gelişme, 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la karşımıza çıkmaktadır. Bu kanunla Avukatlık Kanunu'nun 44.maddesi değiştirilmiş ve avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın, Avukatlık Kanunu uyarınca mesleklerini yürütmek üzere oluşturdukları bir tüzel kişilik olarak kabul edilmiştir³. Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinin b bendi gereğince, bu ortaklık, birden çok avukatın mesleklerini yürütmek üzere oluşturdukları bir tüzel kişilik olarak, “meslek çalışması” niteliğinde bir iştir ve bu iş ticari nitelikte sayılmaz. Dolayısıyla avukat ortaklığı, ticari işletme sayılmamaktadır⁴. Ticari işletme sayılamayan avukat ortaklığının, tüzel kişilik kazanabilmesi için Baro Yönetim Kurulu tarafından Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili'ne kayıt edilmesi gerekir. Baro yönetim kurulunun tescil için yapılan başvuruyu inceleme yetkisi bulunmaktadır. Yönetim kurulu, tescil başvurusunu kanuna, ilgili yönetmeliklere ve tip ana sözleşmeye aykırı bulduğu takdirde reddedecektir (Av. Ort. Yön. m.10). Bu hususu tüzel kişiliğin kazanılmasını izine bağlayan bir kurumdan farklı olarak, TTK m.34 çerçevesinde ticaret sicili memuru

¹ Gysin, s.3.

² Gysin, s.3.

³ Avukatlık ortaklığı, ortaklığın şahıs şirketi gibi vergilendirmeye tabi tutulması sebebiyle sermaye şirketlerine sağlanan vergisel kolaylıklardan yararlanamaması ve baro kayıt ücretinin ve yıllık kesenek miktarının fazla olması gibi sebeplerle, uygulamada tercih edilen bir kurum olamamıştır.

⁴ Ansay,Avukatlık Ortaklığı,s.137.Benzer bir düzenleme için bkz. Part GG,§1.

tarafından yapılan değerlendirmeye benzer görmek daha yerinde olacaktır⁵. Bu kayıt ile birlikte, avukatlık ortaklığı tüzel kişilik kazanacaktır (Avukatlık K.m.44/b.2). Almanya’da 1995 yılında yürürlüğe giren, “Ticari Bir Mesleği İcra Etmeyen Kişilerin Ortaklık Kurarak Mesleklerini Yapmalarına Dair Kanun’a göre, (Partnerschaftgesellschaftsgesetz)” bu ortaklıklar için özel olarak tutulan sicile, ortaklık tescil olunur (Part GG §4, §5). Ticaret siciline kayıt için geçerli olan kurallar, bu sicil için de geçerli olacaktır (Part GG §5). Ortaklığın nc kişilerle yaptığı işlemlerin geçerliliği, sicile kayıt ile geçerli hale gelecektir (Part GG § 7).

Avukatlık ortaklığının hukuki niteliği konusunda çeşitli sorunlar ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, bu ortaklık türüne tüzel kişilik tanınmasının, ortaklıklar hukukunda geçerli olan numerus clausus ilkesi ile ne ölçüde bağdaşacağıdır. Numerus clausus ilkesi, ortaklık tiplerinin kanunla sınırlanmış olması, bu tipler dışında sözleşme ile yeni ortaklık tiplerinin yaratılmaması demektir⁶. Bu bağlamda, avukatlık ortaklığına tüzel kişilik kanunkoyucu tarafından yasayla tanınmıştır ve bu hususta ortaklıklar hukukunda geçerli olan sınırlı sayı prensibine aykırılık bulunmamaktadır. Bu tespitten sonra, bu ortaklık türünün diğer ortaklık türleri arasındaki yerini incelemek gerekir. Bilindiği gibi Ticaret Kanunu uyarınca ortaklıklar şahıs ortaklıkları ve sermaye ortaklıkları olarak ikiye ayrılmaktadır. şahıs ortaklığı olan kollektif ve komandit şirketler, ticari işleme işletmek üzere kurulurlar(TTK m.153-154) ve sadece ortaklık tacirdir, şirketin işletmesi ise ticari bir işletmedir. Oysa sermaye şirketi olan limitet, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar, her türlü iktisadi konuyu gerçekleştirmek için kurulurlar. Avukatlık ortaklığı, avukatların mesleklerini yürütebilmeleri amacıyla kurulur (Av.K.m.44,B,1). Avukatlık mesleğinin amacı, Avukatlık Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Avukatlık ortaklığı bu amaç çerçevesinde faaliyetlerine devam edecektir. Dolayısıyla Avukatlık ortaklığı, sermaye ve şahıs şirketlerinden farklı olarak, ticari bir amaç gdemez.

Avukatlık ortaklığının davada taraf olması halinde, taraf ehliyetinin kapsamını bu amaç belirleyecektir. Mesleki bir faaliyeti yürütürken ortaya çıkan bir uyurşmazlık halinde, ortaklık davacı veya davalı tarafında yer alabilecektir. Ortaklığın yönetim ve

⁵ Benzer görüş için bkz.,Ansay,Avukatlık Ortaklığı,s.137.

⁶ Poroy/Tekinalp/amoğlu, s.14.

temsili konusunda ortaklık tip ana sözleşmesinde bir hüküm bulunabileceği gibi, Ortaklar Kurulunca alınacak kararlar da ortaklığın yönetiminin ve temsiline nasıl olacağı belirlenebilir(Av.K.m.44,B,c; Av.Ort.Yön.m.19). Sözleşme veya Ortaklar Kurulunca alınmış kararlarla yönetim ve temsil ile ilgili olarak bir veya birden ziyade ortağın yetkili kılınmamış olması halinde, ortaklığın yönetim ve temsiline tüm ortaklar yetkilidir. Bu kapsamda temsil yetkisi bulunması halinde bu ortağın, bulunmaması halinde bütün ortakların, avukat ortaklığı adına davayı açması ve devam ettirmesi gerekir. Açılan davalarda ortaklık, kanun ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde belirlenen unvanını kullanmak zorundadır. Bu unvan, en az bir ortağın adı ve/veya soyadından ve “avukatlık ortaklığı” ibaresinden oluşur (Av.K.m.44,B,1; Av.Ort.Yön.m.13).

Avukatlık ortaklığında sorumluluk konusunda diğer ortaklık türlerinden farklı bir düzenleme ile karşılaşılmaktadır. Avukatlık Kanunu’na göre, avukatlık ortaklığı, ortakların ortaklık ile ilgili her türlü işlem, eylem ve borçlarından dolayı, ortaklarla birlikte müşterek ve müteselsilen sınırsız olarak sorumludur (Av.K.m.44,B,a,4)⁷. Bu hüküm gereğince, ayrı bir kişiliği olan Avukatlık ortaklığı ile birlikte ortaklar, yükümlülüklerden aynı derecede ve sınırsız olarak sorumludurlar. Oysa bu durum ticari ortaklıklarda, şirketin birinci derece sorumluluğu esasına dayanmaktadır. Ortakların sorumluluğu, sermaye şirketlerinde söz konusu olmazken, kollektif şirketlerde ise ortakların sorumluluğu ikinci derecededir. Avukatlık ortaklığındaki ortakların sınırsız sorumluluğu, bu açıdan kollektif şirketteki ortakların sorumluluğuna benzemektedir. Avukatlık Kanunu’nun doğacak borçlardan dolayı ortakların da ortaklık ile birlikte sorumlu olabileceğini düzenlemesi, yapılan faaliyetin ticari sayılmaması ve üçüncü kişilerin korunması gereken menfaatlerinin daha ön plana alınması sebebine dayanabilir⁸.

Avukatlık ortaklığına, Avukatlık Kanunu, yönetmelik ve ana sözleşmede boşluk bulunması halinde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda tereddütler ortaya çıkabilir. Avukatlık Kanunu’nda bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece Tip Ana Sözleşmenin 24. maddesinde, sözleşmede düzenlenmeyen hususlar konusunda

⁷ PartGG § 8’de ortakların ve ortaklığın sorumluluğu konusunda benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

⁸ Ansay, Avukat Ortaklığı,s.137.

Avukatlık Kanunu'nda ve yönetmelikte bir hüküm bulunmaması halinde genel hükümlerle sorunun çözümleneceği belirtilmiştir. Kurulan bir ortaklık, Ticaret Kanunu'nda tarif edilen şirketlerin gerekli vasıflarını taşııyorsa, adi şirket olarak kabul edilecektir (BK m.520/II). Bu maddeden hareketle, Avukatlık ortaklığı açısından ortaya çıkacak boşluklarda adi şirket hükümlerinden yararlanılabilecektir⁹.

⁹ Karşı görüşte olan Ansay'a göre, avukatlık ortaklığı, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir ortaklık türü olmadığından ve adi şirkete ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin avukatlık ortaklığının özel yapısına uygun düşmeyeceğinden ötürü bu hükümler, avukatlık ortaklığı için uygulama alanı bulmayacaktır. Yazara göre, avukatlık ortaklığında oluşabilecek boşluklara, tüzel kişilere ilişkin Medeni Kanun'un genel hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkündür. Ansay, Avukatlık Ortaklığı, s.144-145.

§ 10. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Taraf Ehliyeti

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir yapıya sahip olduğu belirtilmiştir. Tüzel kişiliği haiz TMSF' nin karar organı Fon Kurulu, yürütme organı ise TMSF başkanıdır. Ülkemizde 2004 yılına kadar faaliyeti durdurulan ve Fon'a devredilen bankalardaki mevduatın tamamının garanti edilmiş olması, ülke ekonomisine ağır yük getirmiş ve bu kapsamda kamu tarafından mudilere ödenmiş miktarın tahsili için bundan önceki kanunda olduğu gibi 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da Fon'un tahsil ve takip yetkisini geniş bir şekilde düzenleyen hükümler yer almıştır.

Bankacılık Kanunu'nun TMSF ile ilgi hükümleri incelendiğinde bu düzenlemelerin oldukça geniş ve karmaşık bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu düzenlemeler arasında yer alan Bankacılık Kanunu m.134'de, TMSF'ye alacak tahsili için şirketlere el koyma yetkisi verilmiştir. Olağanüstü bir şekilde Fon'a tahsil yetkisi sağlayan bu düzenlemede, alacağın tahsili bakımından yarar olup olmadığını belirleme yetkisi herhangi bir sınırlama olmaksızın TMSF'ye bırakılmış ve TMSF'nin bu konuda vereceği kararların Kanuna aykırılığının denetlenmesi mümkün olmayacağı düzenlenerek, böyle bir denetim ise yerindelik denetimi sayılacaktır¹.

Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde sayılı hallerin gerçekleşmesi durumunda, bankanın ya temettü hariç ortaklık haklarıyla yönetim ve denetimi Fon'a devredilir (Bankacılık K m.107) veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinleri kaldırılır (Bankacılık K. m. 106). Bu iki halde de ilgili bankanın tüzel kişiliği devam edeceği gibi, ona bağlı olarak taraf ehliyeti de varlığını sürdürecektir.

Faaliyet izninin kaldırılmasına karar verilen bankaların tasfiye işlemlerine başlanacaktır (Bankacılık K. m. 106). İznin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyati haciz dahil (kanunda yanlışlıkla ihtiyatî tedbir denilmektedir) her türlü icra ve iflas takibatı durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Kanunda davaların akıbeti hakkında bir hüküm yer

¹ Yıldırım, Turan, s.1081.

almamakta, sadece banka hakkında Fon haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal Fon'a bildirileceği belirtilmektedir (Bankacılık K. m.106/II). İcra takipleri açısından getirilen sınırlamalar, bankanın taraf olduğu davalar açısından getirilmemiştir. Bu sebepten ötürü, yönetimi ve denetimi Fon'a devredilen bankanın davacı ve davalı konumunda olduğu davalar devam edecek, yeni davaların açılması da mümkün olabilecektir². İcra takipleri bakımından kanunda yer alan sınırlamaların, davalar açısından getirilmemesinin sebebi, yönetimi ve denetimi Fon'a devredilen banka hakkında yeni bir dava açılması veya açılmış davaya devam edilmesi halinin, hemen bankanın malvarlığı üzerinde etki yapamayacağı düşüncesidir³.

Faaliyet izninin kaldırılması halinde Fon, bankanın doğrudan doğruya iflasını isteyecek ve iflas tasfiyesi Fon tarafından gerçekleştirilecektir. Bankanın iflasına karar verilmesinden sonra, iflas idaresinin davalardaki hukuki statüsü aynen Fon için de geçerli olacaktır. Nitekim bu husus Bankacılık Kanunu'nun 106/V maddesinde açıkça ortaya konmuştur. Bu hüküm gereğince Fon'un iflas idaresinin, alacaklılar toplantısının ve iflas dairesinin görev ve yetkilerini kullanarak tasfiyeyi gerçekleştireceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Fon, tasfiyeden önce banka tarafından veya onun aleyhine açılan davalarda dava takip yetkisini haiz olacaktır. Tasfiye esnasında yeni bir dava açılması gereken durumlarda da Fon dava takip yetkisine sahiptir. Bu kapsamda hatırlatmak gerekir ki, faaliyet izni kaldırılıp yönetim ve denetimi Fona geçen bankanın tüzel kişiliği devam etmektedir.

Doktrinde Tercan tarafından, faaliyet izni kaldırılıp yönetim ve gözetimi Fon'a devredilen bankaların açtığı veya onlara karşı açılan davalarda bankanın taraf ehliyetinin devam ettiği belirtilerek, davalarda taraf olarak bankanın gösterilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴. Yazar devamla bu davalarda TMSF tüzel kişiliğine karşı, taraf olarak dava açılmayacağını, ancak yasal temsilci olarak, Fon'un da dava dilekçelerinde gösterilmesi gerektiğini ve davaya ilişkin işlemlerin de Fon tarafından

² Reisoğlu, s.1275; Tercan, s.888.

³ Tercan, s.888.

⁴ Tercan, s.889.

yapılacağını belirtilmiştir⁵. Tercan, Yargıtay’ında benzer görüşler sahip olduğunu belirtmektedir⁶. Yazar’ın atıf yaptığı karar şu şekildedir: “...*Bankalar Kanununun 16. maddesi gereğince, bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılması halinde yönetimi ve denetimi TMSF na intikal eder. Yönetim ve denetimi devralan TMSF. ise bankanın tasfiyesini TTK. 434 ve devamı maddelerinde düzenlenen infisah ve tasfiyeye ilişkin hükümler ile Bankalar Kanunu ve Banka ana sözleşme hükümleri gereğince yapar. **TMSF bankayı temsilen bütün işlem ve denetlemeleri tasfiye amacına yönelik olarak yapacak bu arada bankanın açtığı veya banka aleyhine açılan davalar takip edilecektir.** Tasfiye süreci devam ettiği müddetçe bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi söz konusu olmayacak, bankanın taraf olduğu davalar sonuçlanmadan tasfiye tamamlanmayacaktır. Somut olayda Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulunun 28.11.2001 tarihli kararıyla İktisat Bankası T.A.Ş.nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni 7.12.2001 tarihi itibarıyla kaldırılmış, ancak bu tarih itibarıyla bankanın tüzel kişiliği devam etmektedir.*

*Bu bağlamda mahkemece 7.12.2001 tarihli kararla davacı **bankanın tüzel kişiliği yasal olarak bitmiş olduğu ve davacının da sıfatı kalmadığı gerekçesiyle davanın reddi** usul ve yasaya aykırıdır...”⁷.*

Yargıtay’ın ve Tercan’ın TMSF’nin davadaki konumunu bankanın temsilcisi olarak tanımlamaları hatalıdır. Faaliyet izni kaldırılan bankanın tüzel kişiliği devam etmesine rağmen artık bu davalarda taraf TMSF’dir. TMSF kanundan ötürü dava takip yetkisine sahiptir ve dava dilekçelerinde taraf olarak TMSF gösterilmelidir. TMSF’nin bu davalarda bankanın yasal temsilcisi ve aynı zamanda da dava takip yetkisinin bulunduğu söylemek, dava takip yetkisi kavramı ile bağdaşmayacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, dava takip yetkisi, somut usuli talebe ilişkin davayı taraf olarak yürütme ehliyetidir⁸.

İflas kararı verilmeyen hallerde ise, bankanın iradi tasfiyesi, banka genel kurul kararı aranmaksızın ve Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlerin infisah ve tasfiyeye

⁵ Tercan, s.889-890.

⁶ Tercan,s.889.

⁷ 13. HD., , E.2002/14815,K.2003/3906, t.02.04.2003,Barlas,s.1270.

⁸ Bkz.§1,E,III.

ilişkin hükümlerine tâbi olmaksızın, tasfiye kurulu üyelerinin Fon tarafından atanması suretiyle gerçekleştirilir (Bankacılık K. m. 106/VII). Bu halde de dava takip yetkisine fon sahip olacaktır.

Kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fon'a devredilmesi halinde ise; banka sahipliğinde, yani bankanın paylarının mülkiyet durumunda herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecek, oluşan bu geçici dönemde, Fon, TMK m. 427 b. 4'de düzenlenen yönetim kayyımlığına benzer bir şekilde, bankanın malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili özel bir hukuki konuma sahip olacaktır⁹.

Yukarıda anılan geçici dönem içinde banka, bankacılık işlemlerini yapma ve mevduat toplama iznini haiz olarak, tam olarak faaliyetini sürdürür ve tüzel kişiliğini devam ettirir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bankanın yönetim ve denetimi Fon'a geçtiği için intikalden önceki yönetim kurulunun ve denetçilerin görevi sona erer. Bankayı yönetme ve temsil etme görevi Fon'a geçtiği için, bu yetki kapsamında mevcut dava ve takiplere devam davalara devam etme yetkisi de Fon'a ait olacaktır¹⁰. Fon'a intikal eden bankaların intikalden önce açtığı veya ona karşı açılan davalarda, kanundan kaynaklanan dava yetkinliği müessesesi söz konusu olacaktır. Ayrıca Fon gerekli gördüğü hallerde yeni davalar da açabilecektir.

Bir başka durum olan ve Bankacılık Kanunu m.107 b. a gereğince, bankanın, Fon tarafından uygun görülecek aktiflerinin, teşkilatının başka bir banka veya bankalara devri halinde de bankanın tüzel kişiliği sona ermeyecektir.

⁹ Tekinalp, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 19.

¹⁰ Tekinalp, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 21.

§ 11. Hayvanların Taraf Ehliyeti Sorunu

Hayvanların hukuki statüleri hakkında, özel hukuk normlarımızda henüz bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu’nun 90 a maddesinde ise, 1990 yılında yapılan bir değişiklikle, hayvanların eşya(nesne) olmadıkları ve özel kanun hükümlerince korunacakları belirtilmiştir. Alman Medeni Kanunu’nun ikinci kitabının ikinci bölümünde yapılan değişiklik ile önceden sadece “eşyalar” (mallar) başlığını taşıyan bu bölüm, “eşyalar ve hayvanlar” halini almıştır. Bu değişiklik ile eşya olarak, kanun anlamında sadece cismani objeler belirlenmiştir¹. Bununla birlikte hayvanların, insanlarla kıyaslanabilecek hukuki bir statüleri yoktur, hayvanlara ilişkin özel düzenlemeler olmadıkça, eşyalarla ilgili hükümler benzediği ölçüde hayvanlara da uygulanacaktır. Burada dikkati çeken husus, hayvanların aslında eşya olmadığı, sadece eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlar hakkında da bu konuda farklı düzenlemeler olmadıkça uygulanabileceğidir.

Alman Medeni Kanunu’nda böyle bir değişiklik yapılmasının sebebi, hayvanların insanlarla beraber yaratıldığı (Mitgeschöpf), acıya duyarlı yaratıklar olduğu, bu düşüncelerden dolayı da özel bir ilgiye ve korumaya gereksinimlerinin varlığı gerçeğidir². Alman kanunkoyucusunun hayvanlara gerçek kişiler gibi hukuk süjeliği tanımadığı açıktır. Hukuk süjeliğinin gerçekleşebilmesi için haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneği gereklidir. Bu bağlamda yükümlülük altına girebilmek için akli melekelerle sahip olmak gerekir. Hayvanların böyle bir yetilerinin olmadığı aşikardır.

İnsanlardan ve eşyalardan farklı bir hukuki statüsü bulunan hayvanlar, kendine özgü yapıları bulunmakta, bireyselleştirilebilen bir obje olarak doğal hayatta var olmaktadır³. Aslında hayvanlar hukuk süjeleri değil, hukuk objeleri olabilirler. Başka bir deyişle hayvanlar mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilirler. İşte bu sebeple, Alman Hukukunda eşyalara ilişkin hükümlerin benzediği oranda hayvanlar içinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır⁴. Eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkından farklı

¹ Lorz, MDR 1990, s.1057.

² Mühe, NJW 1990, s.2239; MünchKommBGB, Sacker, §90a Rdn.1.

³ MünchKommBGB, Sacker, §90a Rdn.5.

⁴ Larenz/Wolf, § 20 Rdn. 16.

olarak hayvanların mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğu hallerde, hayvanları koruma düşüncesi ile bu mülkiyet hakkına sınırlamalar getirilmiştir⁵.

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 251. maddesinde hayvanlara verilen zararın karşılanması konusunda bir düzenleme bulunmakta ve bu hüküm gereğince, yapılan iyileştirme masraflarının hayvanın değerinden fazla olması durumunda, fazla olan miktar için tazminat sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Hayvanların haczine ilişkin bir düzenleme de, Alman Usul Kanunu'nun 811c maddesinde bulunmaktadır. Bu madde uyarınca, ev hayvanlarının haczi kabil olmamakla birlikte, çok değerli bir hayvanın haczedilebilip haczedilemeyeceği konusunda da alacaklı ve borçlu menfaatleri değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişiklik ile Alman Medeni Kanunu'na benzer hükümlere yer verilmiştir. İMK 641a maddesine göre, hayvanlar eşya değildir ve eşyalara ilişkin hükümler, hayvanlar için ancak ikinci derecede uygulama alanı bulacaktır. Bu hukuk sisteminde de hayvanlar için özel düzenlemeler bulunmakta ise öncelikli olarak bu düzenlemelerin uygulanması gerekir.

Hayvanların taraf ehliyetinin en fazla sorun teşkil edeceği alan miras hukukudur. Hayvanların mirasçı olabilip olamayacakları bu sorunların başındadır. Özellikle ölüme bağlı bir tasarrufla herhangi bir hayvan mirasçı olarak atanabilecekler midir? Bu soruya hukukumuz açısından olumsuz cevap vermek gerekecektir. Zira Medeni Kanunumuzda hayvanların atanmış mirasçı olabileceklerine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁷. İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan bir düzenlemeye göre, bir hayvana bakmak koşuluyla, ölüme bağlı bir tasarruf yapılabilir (ZGB § 482 Abs. 4).

Bir hayvanın müşterek mülkiyet veya zilyetliğin konusu olması halinde, bu birlikteliğin sona ermesinden sonra, hayvanın kime tahsis edileceği konusunda İsviçre Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmaktadır. İMK 651a maddesine göre,

⁵ Larenz/Wolf, § 20 Rdn. 16.

⁶ Musielak, § 811c Rdn.2.

⁷ Hak ehliyetine sahip olmayan hayvanlara yapılan ölüme bağlı kazandırmaların geçersiz sayılmayarak, ilgili gerçek ve tüzel kişiye, hayvana bakma külfeti yükleyen bir kazandırma olarak ayakta tutulması gerektiği konusunda bkz. Antalya, s. 333; Hatemi, s.11; Serozan/Engin, s. 79.

böyle bir durumda hakim, hayvana en iyi şekilde bakacağı garantisini veren kimseye hayvanı tahsis edecektir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da, zarara uğrayan ev hayvanlarının (alım-satım konusu olmayan) tedavi giderlerinin, bu giderler hayvanın değerini aşsa dahi, münasip bir bedelle tazmin edileceği belirtilmiştir (OR Art. 42 Abs 3)⁸. İsviçre Borçlar Kanunu'nun devam eden maddesinde, ev hayvanlarının yaralanmasında ve ölümünde, sahibinin manevi tazminat talebinde bulunabileceği de ifade edilmiştir. Bunlarla birlikte İsviçre İcra-İflas Kanunu'nun 92. maddesine göre ev hayvanlarının haczi mümkün olamayacaktır.

Hayvan haklarına ilişkin kıta Avrupa'sındaki son gelişmelerin hangi ölçülerde hayvanların hukuki durumlarında değişikliklere sebep olabileceği tartışmalıdır. Gerek hukukumuzda gerekse mukayeseli hukukta, hayvanların tam hak ehliyetine sahip olmadıkları açık bir şekilde kabul edilmektedir. Bununla beraber, İsviçre ve Almanya'da hayvan hukukuna ilişkin değişiklikler ile hayvanların eşya olmadığı meselesine vurgu yapılmakta, fakat hayvanlar hala hak konusu (objesi) olarak değerlendirilmektedir. Hayvan hukukuna ilişkin yeni düzenlemelere rağmen hayvanların hukuki niteliklerinde büyük bir değişiklik olmamıştır. Bununla birlikte, azınlıkta da olsa hayvanlara yaşam hakkı ile sınırlı hak ehliyeti tanıyan görüşler⁹ olduğu gibi, hayvanların tam anlamıyla hukuk süjesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır¹⁰. Bu görüşler çerçevesinde, cenin de olduğu gibi hayvanlara da en azından yaşama hakkı açısından kısmi hak ehliyeti tanımak uygun olabilecektir¹¹. Hak ehliyeti kavramını genel olarak tanımlamak yerine, her münferit durum için ayrı ayrı değerlendirmek, bu sonuca ulaşmayı kolaylaştırabilir. Sonuç olarak hayvanların yaşam hakkı çerçevesinde, kısmi hak ve taraf ehliyetleri bulunduğu kabul edilebilir. Hayvanların yaşam haklarını korumak amacıyla, anayasaya bir hüküm

⁸ Alman Hukukunda da benzer bir düzenleme, Medeni Kanunu'nun (BGB) 251. maddesinde bulunmaktadır.

⁹ Hatemi, s.11; Sungurbey, s.294-295.

¹⁰ Brüninghaus, s.133.

¹¹ Sungurbey, s.295.

konularak bir devlet makamı teşkil edilebilecek ve bu makam da kayyımlık yetki ve görevine sahip olabilecektir¹².

¹² Sungurbey, s.295.Hayvanları koruma kuruluşlarının, hayvanların kanuni temsilcisi olarak yargılamaya katılabilmeleri, Alman Hukukunun mevcut düzenlemeleri içersinde mümkün olamayacaktır. Staudinger-Jickeli/Stieper, § 90a, Rdn.4.

§ 12. Elbirliğı ve Paylı Mülkiyette Taraf Ehliyeti

A. Elbirliğı Mülkiyetinde Taraf Ehliyeti

Elbirliğı ortaklığının oluşumu sadece kanundan kaynaklanmaktadır. Kanun ya bir hukuki vakıanın neticesi olarak (miras ortaklığı, şirketlerin bazı sebeplerden dolayı tüzel kişilik kazanamaması BK m.520/II) elbirliğı ortaklığını düzenlemiştir, ya da bazı sözleşmelerden dolayı tarafların arasındaki münasebete elbirliğı ortaklığı sonuçlarını bağlamaktadır¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sadece kanunda gösterilen sınırlı sayıdaki sözleşmelere elbirliğı ortaklığının sonuçları bağlanmaktadır². Kanunda sayılan sözleşmeler haricinde, taraflar anlaşarak aralarındaki sözleşme ilişkisine elbirliğı ortaklığına ilişkin kuralların uygulanacağını kararlaştıramazlar.

Elbirliğı ortaklığının ortaya çıktığı her durumda, ortak bir amaç bulunmaktadır. Örneğin; miras ortaklığının amacı, terekenin paylaşımını gerçekleştirmek iken, sözleşmesel olarak ortaya çıkan elbirliğı ilişkisinde ise ortak amaç sözleşmenin türüne göre değişmektedir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, adi şirketin amacının mutlaka iktisadi olması gerekli değildir, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olamamak kaydıyla adi şirket her türlü amaç için kurulabilir. Elbirliğı ortaklıklarında mamelek, az önce bahsedilen, ortak amaca tahsis edilmiş bir “özel mamelektir”³.

Elbirliğı ortaklığının tüzel kişiliğı bulunmamaktadır⁴. Türk Hukukunda paylı mülkiyette ve elbirliğı mülkiyetinde oluşan birliğin hukuki niteliğı konusunda bir tartışma mevcut değildir. İttifakla kabul edilen görüş uyarınca, birden çok kişinin bu şekillerde bir hakka sahip olması durumunda, bu birlikteliğin ne kısmi ne de tam hak ehliyeti söz konusudur⁵. Başka bir anlatımla, bir mal veya hakka elbirliğı mülkiyeti prensipleri çerçevesinde sahip olan kimselerin oluşturduğu birliğin tüzel kişiliğı bulunmamaktadır. Tüzel kişiliğı bulunmayan topluluğun, tüzel kişiler gibi organlara sahip olması da mümkün değildir. Bu itibarla ortaklar, ortaklığı oluşturanlardan biri

¹ Ayiter, s.69.

² Gürsoy/Eren/Cansel, s.435; Oğuzman/Barlas, s.96.

³ Ayiter, s. 102.

⁴ Gürsoy/Eren/Cansel,s.433;Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,s.227.

⁵ Ayiter, s. 70; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 438;Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277.

sıfatıyla ortaklık işleri ile doğrudan doğruya alakadar olan kimse durumundadırlar⁶. Ortakların münhasıran şahsına bağlı bu statüleri ortaklığın hem dış ilişkisinde hem de ortaklar arasındaki iç ilişkide kendini gösterir. Ortaklığın amacını gerçekleştirmek için yapılacak tüm işlemleri ki, bu işlemler ortaklığın idare edilmesi kapsamındaki işlemlerdir, kural olarak ortakların tamamınca gerçekleştirilir. Burada hak sahiplerinin bir mal veya hak üzerinde birlikte mülkiyeti vardır. Tek kişi mülkiyetinden bahsedilemez⁷. Dolayısıyla gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyete hak sahipliği birliğinden ve bu birliğin taraf ehliyetinden bahsedilemez.

Elbirliği ortaklığı prensibinin geçerli olduğu miras ortaklığının ve adi şirketin mameleki, özel niteliği olan bir mamelektir. Elbirliği ortaklığının amacından kaynaklanan bu özel nitelikteki mameleke ortaklık haricindeki kimselerin katılımı çok sınırlı bir şekilde mümkün olabilir. Çünkü kanunkoyucu, gerek miras ortaklığı gerekse adi ortaklık mamelekine üçüncü kişilerin katılımını zorlaştırarak ve hatta mümkün görmeyerek, bu birlikteliklerin amacını gerçekleştirmede kolaylık sağlamak istemiştir⁸. Örneğin miras ortaklığında, amaç terekenin tasfiyesi olduğu için; mirasçı haricindeki kimselerin miras ortaklığı kapsamındaki mamelek üzerinde hak sahibi olmaları mümkün kılınmayarak, yani mirasçıların tereke üzerinde tasarrufta bulunmaları önlenerek, taksime kadar terekenin dağılması engellenmiştir.

Elbirliği mülkiyetinde, ortaklığın amacını gerçekleştirmek için gerekli bütün faaliyetleri, yani idari işlemleri gerçekleştirmek hak ve yetkisi bütün ortaklara aittir (MK m.640, m.693, BK m.524). Ortaklar idare ve tasarruf işlemlerini oybirliği ile aldıkları kararlarla gerçekleştirirler (MK m.702 f.2). Bununla birlikte, bütün ortakların birlikte hareket etmesi her zaman mümkün olmayabilir. Ortaklığın amacını gerçekleştirebilmesi için hızlı hareket edilmesi gereken durumlar söz konusu olabilir. İşte bu gibi hallerde ortaklığa bir temsilci atanması mümkün olabileceği gibi, ortaklardan birinin ortaklık adına hareket edebilmesi ve alınan olumlu neticelerin diğer ortakları etkilemesi mümkün olabilir (MK m.702/son). Ortaklığın amacını gerçekleştirmek için yapılacak işlemlerden en önemlisi elbirliği ortaklığının dava açması veya ona karşı

⁶ Ayiter, s.119.

⁷ Gürsoy/Eren/Cansen, s.431; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277.

⁸ Nitekim bu husus Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 632. maddesinde şu şekilde ortaya konulmaktadır: "*Ortaklığa, yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır*".

dava açılmasıdır⁹. Davanın bütün ortaklar tarafından veya onların temsilcisi tarafından açılması gerekir. Bu durumda gerek davacı tarafında gerekse davalı tarafında mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Burada dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortaktır ve bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir kararın verilmesi gerekmektedir. Böylelikle ortaklar arasında maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı oluşacaktır.

Medeni Kanun’da yapılan son değişiklikle, ortaklardan her birinin topluluğa giren hakların korumasını sağlayabileceği belirtilmiştir (MK m.702 f.4). Böylelikle elbirliği mülkiyetinde, özellikle acele durumlarda, her bir ortağa gerekli önlemleri alabilmesi imkanı verilerek, elbirliği mülkiyeti sistemine, eski kanun zamanında yapılan eleştiriler giderilmiştir¹⁰. Hükmün gerekçesinde, “... *Elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her birinin ortaklığa giren hakları dava yolu ile ... koruma yetkisine sahip olacaktır* ” ibaresi yer almaktadır. Bu şekilde, açıkça her bir ortağın dava açabilme yetkisinden bahsedilmektedir. Gerekçenin bu açık söylemine karşı doktrinde bazı yazarlar tarafından, aslında bu kanun değişikliği ile ortakların her birine bireysel dava açma hakkının verilmeyeceği, kanun değişikliği ile amaçlananın, ortaklara tanınan koruma önlemleri talep edebilme yetkisinin olduğu ifade edilmiştir¹¹. Buna karşılık Medeni Kanun’un 702. maddesinin son fıkrasının eklenmesi ile ferdi dava açma hakkının ortaklara verildiğini kabul etmek gerekir¹². Ortaklara ferdi dava açma hakkı tanınmasıyla uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilebilecektir. Ortakların hep birlikte harekete geçmesinin zaman aldığı ve bunun da hak kaybına yol açtığı durumlarda, ortaklardan biri harekete geçerek topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilecektir. Ortağın açacağı ferdi dava kapsamına, MK m. 683’de düzenlenen istihkak ve el atmanın önlenmesi davaları da girebilir.

Yargıtay, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan iptal-tescil, tenkis davasında, elbirliği mülkiyetinin genel prensiplerini ortaya koyduktan sonra,

⁹ Ayiter, s.133.

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 281.

¹¹ Ulukapı, s.152; Üstündağ, Değerlendirme, s.199, yazara göre, paylı mülkiyette ortaklara tanınan ferdi dava hakkı elbirliği mülkiyetinde tanınmamıştır. Kanunkoyucu böyle bir hakkı elbirliği mülkiyetinde ortaklara tanımak isteseydi açıkça bu hususu düzenlerdi. Böyle bir açıklık kanunda düzenlenmemiştir.

¹² Kuru, Değerlendirme, s.169; Arslan, Değerlendirme, s.190.

açılan davada bütün mirasçılardan eksiksiz bir şekilde taraf olarak gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde davanın hemen reddedilmeyip, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine atanacak temsilci ile davanın sürdürülmesi gerektiğini belirtmiştir¹³. Yargıtay bu kararında açıkça Yeni Medeni Kanun'un 702. maddesine atıf yapmakla birlikte, bireysel dava açma hakkının varlığını kabul etmemiştir. Topluluğa giren hakların korunması için, sadece bir ortak dahi olsa dava açabilecek, fakat davanın devam edebilmesi için bütün ortakların oluru gerekecektir. Aslında bu husus, doktrinde kabul edilen genel görüşten farklıdır¹⁴. Bireysel dava açma hakkının kabul edildiği durumda, sadece bir ortak dava açabilecek, diğer ortakların oluru olmadan da davayı yürütebilecek ve fakat dava sonucunda alınacak müspet kararlardan diğer ortaklarda yararlanabileceklerdir.

Elbirliği ortaklığında, ortakların ortaklık borçlarından dolayı müteselsil sorumlulukları vardır. Bu sebeple ortaklıktan alacaklı olan kimseler, ortaklık borçlarından dolayı her bir ortağı ayrı ayrı dava edebileceği gibi, ortakların bir kısmına veya tamamına karşı alacak davası açabilir.

Elbirliği ortaklığına, "sınırlı kollektif hak ehliyetinin" tanınıp tanınamayacağı ve bu kapsamda, elbirliği ortaklığının "sınırlandırılmış kollektif taraf ehliyeti" bulunup bulunmadığı Alman ve İsviçre Hukukunda tartışmalı bir husustur. Doktrinde elbirliği ortaklığına, sınırlı da olsa hak ehliyeti tanınması gerektiği görüşü bulunmaktadır¹⁵. Fakat bu görüş, gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde taraf ehliyetini reddeden ve genel kabul gören görüşe ve bu yöndeki yargı kararlarına göre farklılık arz eder¹⁶. Bu görüşün, yani kısmi taraf ehliyetinin kabulü mahkeme uygulamaları için önemli avantajlar sağlayacağı kesindir. Örneğin çok sayıda kişiden oluşan paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetlerinde tek tek bütün ilgililerin dava dilekçesinde gösterilmesi yerine yargılamada taraf olarak paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti birlikteliği gösterilecektir.

¹³ Yargıtay 1. HD. E.2003/1026, K.2003/2983, t.18.3.2003,Çelik,s.90; benzer bir karar Y.1.HD. E.2003/13363, K.2003/13806, t.18.12. 2003, Çelik, s.92-93.

¹⁴ Genel görüş için bkz. Kuru, Değerlendirme,s.169; Arslan, Değerlendirme,s.190.

¹⁵ Fabricius,s.146.

¹⁶ Häfliger,s.134.

Elbirliğı mülkiyetinde ve müşterek mülkiyette, birlikteliğin kendi adına dava açması veya ona karşı dava açılmasına ilişkin herhangi bir hüküm mevcut İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır. Fakat kat malikleri kurulunun (İMK 712I) ve kollektif şirketlerin (İBK 562) taraf ehliyeti bu hukuk sisteminde mevcuttur. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kanununda açıkça elbirliğı ve müşterek mülkiyette taraf ehliyetinin düzenlenmemesi, kanunun nitelikli/özellikli bir suskunluğu sebebiyledir¹⁷. Dolayısıyla elbirliğı ve paylı ortaklıklarda, kat mülkiyetine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir¹⁸. Häfliger'e göre, gerek kat malikleri kuruluna ilişkin düzenlemelerde, gerekse kollektif şirketin fiil ehliyetine ilişkin hükümlerde, bu tür birlikteliklerin taraf ehliyetinin mi düzenlendiğı yoksa sadece taraf teşkili konusunda bir kolaylığın mı düzenlendiğı hususunda İsviçre Kanunkoyucusu istenilen açıklıkta hükümler düzenlenmemiştir¹⁹. Sonuç olarak yazar, Federal Mahkeme'nin aksi yöndeki kararına rağmen, elbirliğı ve paylı mülkiyete, sınırlandırılmış kollektif taraf ehliyeti tanımının mevcut hükümlere aykırı bir görüş olmayacağını savunmuştur²⁰.

Alman Hukukunda elbirliğı ortaklığının taraf ehliyetine sahip olup olamayacağı yönündeki tartışmalar uzun zamandır varlığını sürdürmektedir²¹. Bu noktada açık bir şekilde şu soru sorulabilir: Kökeni Germen Hukukuna dayanan elbirliğı ortaklığı tarihi fonksiyonunu yitirmekte midir? Bu soruya olumlu cevap veren ve elbirliğı ortaklığının gereksiz ve fonksiyonsuz olduğunu, tüzel kişiliğe yaklaştığını savunan görüşler vardır²². Bu görüşlerin temelinde ise, Otto von Girke'nin düşünceleri bulunmaktadır. Girke'ye göre, elbirliğı ilişkileri birer "hak sujesi" değil, "hak ilişkisi" olmasına rağmen, bazı hallerde elbirliğı ortaklıklarının da hak ve fiil ehliyetini haiz kollektif birliktelikler olarak değerlendirmek gerekir²³. Benzer bir görüşe sahip Flume'ye göre, elbirliğı ortaklığı, hak sujeliğine sahip bir gruptur²⁴. Bu görüşe rağmen 2001 tarihli Federal Mahkeme kararına kadar ağırlıklı görüş, elbirliğı ortaklığının hak ehliyeti bulunmadığı, ortakların elbirliğı ortaklığının mameleki üzerinde, aralarındaki

¹⁷ Häfliger, s.134, dn 498'de anılan Federal Mahkeme kararı.

¹⁸ Häfliger, s. 134.

¹⁹ Häfliger, s.135.

²⁰ Häfliger, s.135.

²¹ Wertenbruch, s.5.

²² Raiser, FS für Zöllner, s.470.

²³ Leonhard, s.26.

²⁴ s.189.

bağılıktan kaynaklanan birlikte hak sahipliği olduğu yönündeydi. Bu bağlamda, elbirliği ortaklığı hakkını ortakların hakkı, ortaklığın yükümlülüğünü de ortakların yükümlülüğü olarak görmek gereklidir. Federal Mahkeme'nin adi şirketin taraf ehliyetini tanımasına ilişkin 2001 tarihli kararından sonra da, bu yöndeki tartışmalar devam etmektedir²⁵.

B. Paylı Mülkiyette Taraf Ehliyeti

Paylı mülkiyette, her paydaş kendi payı üzerinde hak ve yetkilere sahip olduğu için elbirliği ortaklığından farklı olarak, mülkiyet hakkını koruyucu yetkilerden yararlanmak ve bu konudaki davaları açmak hakkına bütün paydaşlar sahiptir. Esasen bu husus, paydaşlardan her birinin, kendi payı üzerinde malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğunu belirten Medeni Kanun'un 688. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeyle açıkça hükme bağlanmıştır. Müşterek malik, tek başına malikin sahip olduğu bütün hakları, üçüncü kişilere karşı kullanabilir ve bu kapsamda da, her paydaş, kendi payı açısından taraf ehliyetine sahiptir. Örneğin, her paydaş, kendi payına yönelmiş tecavüzleri karşı, bu hususta gerekli mülkiyet, zilyetlik ve menkul davalarını açabilir²⁶. Müşterek malik, üçüncü şahıslara karşı olduğu gibi, diğer pay ve paydaşlara karşı da, payına ilişkin olarak, rei vindicatio, actio negatoria, tapu kütüğünün düzeltilmesi ve tespiti davası açabilir. Buna karşılık, müşterek eşyanın tamamına ilişkin davaların açılmasında, dava konusunu oluşturacak talebin bölünebilir olup olmamasına göre, taraf ehliyetinde farklılıklar meydana gelebilecektir. Bölünebilir talep ve menfaatlerde her paydaş, kendi payı oranında dava açmak yetkisine sahip ve bu kapsamda taraf ehliyetine sahip olacaktır²⁷. Bölünebilir talebe örnek olarak; tazminat davası ve semerelerin iadesi davası gösterilebilir²⁸.

Medeni Kanun'un 693. maddesinin son fıkrasında *“paydaşlardan her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir”* hükmü yer almaktadır. Bu hükümden, kanunun her paydaşa diğer paydaşları temsil

²⁵ Bkz, § 13, B, I, 3.

²⁶ Gürsoy/Eren/ Cansel, s.409; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 254.

²⁷ Ayiter, s.91; Gürsoy/Eren/ Cansel, s.409.

²⁸ Gürsoy/Eren/ Cansel, s.409; aynı yönde YHGK E. 2001/14-254 K. 2001/250 t. 14.3.2001, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

etme yetkisini verdiği şeklinde bir anlam çıkartmamak gerekir²⁹. Buradan anlaşılması gereken; blnmesi mümkün olmayan, malın tamamına ilişkin önlemlerin, paydaşlardan biri tarafından istenebileceği ve diğer paydaşların da istenen bu önlemlerden yararlanabileceđidir³⁰. nc kişilerin mülkiyet ve zilyetliğe yönelmiş elatma ve elkoyma eylemlerine karşı, paydaşlardan her biri koruyucu tedbirler kapsamında olan dava açma hakkına sahiptir. Örneğin paylı mülkiyet konusu gayrimenkul üzerinde yolsuz bir tescil mevcutsa, bu yolsuz tescilin terkin edilmesi herhangi bir paydaş tarafından istenebilecektir³¹. Paydaşın açtığı bu tür bölünemeyen talebe ilişkin davalarda, davayı açan paydaş, maddi hukuk anlamında hakkın tamamına sahip olmasa da, bu tür davalar açısından, kanundan kaynaklanan dava takip yetkisini haizdir³².

Müşterek mülkiyet konusu bir hakka bağlı olarak paydaşlara karşı açılan davalarda, paydaşların pasif husumet ehliyetleri, dava konusunun blnebilip blnememesine göre belirlenir. Bu bağlamda, bir paydaşın tek başına davalı olabilmesi için, nc kişinin talebi bölünebilir nitelikte olmalı veya paydaşın payına ilişkin bir ihtilafın dava konusu yapılması gerekir. Bu durumda, nc şahıs her paydaşı payı oranında dava edebilir. Buna karşılık, nc şahsın açtığı dava bölünemez niteliği haizse, bütün paydaşların davalı tarafında taraf olarak gösterilmesi zorunludur. Paydaşlar bu halde mecburi dava arkadaşlarıdır.

²⁹ Bu husus Yargıtay'ın 21.6.1944 ve 24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça belirtilmiştir. RG.1945,S.5902.

³⁰ Baur/Stürner, § 3, Rdn.28; Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir, s. 264.

³¹ Gürsoy/Eren/ Cansel, s.419; Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir, s. 265.

³² Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s.100.

§ 13. Adi Şirketin Taraf Ehliyeti Sorunu

A. Alman Hukukunda

I. Genel Olarak

Hukuki gelişmeleri yaşayan hayattan ayrı tutabilmek mümkün değildir. Küreselleşmenin etkilerini gösterdiği ticaret hayatında yaşanan hızlı gelişmeler, yeni şirket modellerine olan ihtiyacı da ortaya çıkarmaktadır. Yeni oluşan bu şirket modellerinin, ticari hayatta sürekli artan taleplere cevap verecek nitelikte ve sistemle uyumlu olması gerekir¹. Bu bağlamda adi şirkete ilişkin hükümlerin açıklığı ve elastikiyeti, bu hükümlerin ticari hayatta her zaman güncel ve kesin bir rol oynamasına neden olmaktadır². Bu noktada belirtilmesi gereken husus ise, gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse Alman Medeni Kanunu'nda adi şirkete ilişkin hükümlerin tamamlayıcı hükümler niteliğinde olduğudur.

Alman Hukukunda adi şirket, yaklaşık bir yüzyıldır taraf ehliyeti olmayan bir kurum olarak değerlendirilmekteydi³. Bu durumun doğal bir sonucu olarak yargılamada şirket değil, ortaklar taraf olarak yer almaktaydı. Aslında Alman Hukukunda da adi şirketin hak ve taraf ehliyeti sorunu, elbirliği mülkiyetinin hak ehliyeti sorunu ile paralel bir şekilde yüz yirmi yıllık bir süreç içerisinde tartışıla gelmektedir⁴. Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren elbirliği mülkiyeti ve bununla paralel olarak giden adi şirkete ilişkin hükümler, şirketler hukuku alanının en zor ve çetrefil bölümlerinden biri olmuştur⁵. Bu zorluk, elbirliği mülkiyetinin prensiplerinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, adi şirket sözleşmesinin içeriğini düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin muğlak ifadeleri de sorunu daha da

¹ Weiss,s.17.

² Weiss,s.17.

³ Stein/Jonas/Bork, § 50, Rdn.23.

⁴ Wertenbruch, s. 5 vd.

⁵ Weiss, s.33.

güçleştirmektedir. Yetmişli yıllarda kollektif şirkete hak ehliyeti tanınmasıyla birlikte, sorun son otuz yıldır adi şirket üzerinde yoğunlaşmaktadır⁶.

1. Maddi Hukuk Temelleri

Adi şirketin taraf ehliyeti sorununa çözüm aranırken bu şirket türünün hak ehliyeti ile paralel bir bağlantı kurmak gerekir. Federal Mahkeme de adi şirketin taraf ehliyetini kabul ederken elbirliği mülkiyetinin maddi hukuka ilişkin prensiplerinden hareket etmiştir⁷. Adi şirketin hukuki yapısı hakkında birbirine zıt iki görüş bulunmaktadır. Geleneksel elbirliği doktrininde (die traditionelle Gesamthandsdoktrin)⁸, şirketin hukuki özneliği reddedilmiş ve ortaklar hukuki suje olarak kabul edilmişken, yeni gelişen öğretide ise, kollektif bütünlükten yola çıkılarak, adi şirketin kendi başına hukuki bir suje olduğu görüşü kabul edilmiştir⁹. 1887 tarihli Alman Medeni Kanunu’nun ilk tasarısını hazırlayan komisyonda, Roma Hukukundaki “societas” kavramı adi şirketler için örnek alınmış ve adi şirket, birden fazla kimse arasında ortak bir amaca ulaşmak için gerekli borçlar hukuku ilişkisi olarak görülmüştür¹⁰. Komisyonda ayrıca, adi şirket ortakları arasındaki ilişki paylı mülkiyet prensiplerine yakın bir şekilde düzenlenmiştir¹¹. Medeni Kanun’un kabul edildiği ikinci komisyonda ise, uzun zaman Alman Hukukunda uygulanan elbirliği mülkiyetine ilişkin prensipler adi şirket için kabul edilmiştir¹². Bu prensipler uyarınca, şirket malvarlığı üzerinde bütün ortakların elbirliği mülkiyeti bulunmaktadır. Ortakları arasındaki hukuki ilişki elbirliği mülkiyeti çerçevesinde olan adi ortaklık, paylı mülkiyet ve tüzel kişilik arasında bir yerde bulunmaktadır¹³. Alman Medeni Kanunu ile Usul Kanunu’nun yürürlüğe giriş tarihleri birbirine çok yakındır¹⁴. Alman Medeni Usul Kanunu’nda, Medeni Kanunu’na uygun şekilde adi şirket hükümleri düzenlenmiş ve bu çerçevede adi şirkete ilişkin sadece iki madde hüküm altına alınmıştır. Bunlardan ilki, adi şirket

⁶ Wagner, s.309.

⁷ Weiss, s.132.

⁸ Bu görüşün temeli Roma Hukukundaki, societas kavramından gelmektedir.

⁹ Weiss, s.36.

¹⁰ Heller,s.1; Westermann, s.290.

¹¹ Westermann, s.290.

¹² Heller, s.1; Westermann, s.290.

¹³ Heller,s.2.

¹⁴ Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) 1898’de, Medeni Kanunu (BGB) da 1900 yılında yürürlüğe girmiştir.

malvarlığının icrasına ilişkin 736. madde, diğeri de ortak payının haczini düzenleyen 859. maddedir. Alman Medeni Usul Kanunu'nda, yargılama aşamasında (Erkenntnisverfahren) adi şirkete veya elbirliği mülkiyeti ortaklığına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılamada elbirliği ortaklığına ilişkin sorunlarla karşılaşıldığında, elbirliğine ilişkin genel hükümler çerçevesinde sorunlar çözülmektedir.

2. Federal Mahkeme Kararından Önce Adi Şirketin Hukuki Niteliği

Federal Mahkeme, 2001 yılından önceki kararlarında adi şirketin taraf ehliyetini kabul etmemekteydi. 1957 tarihli Federal Mahkeme kararına göre, hukuki kişiliği bulunmayan adi şirketin kollektif şirketten farklı olarak ne taraf ne de iflas ehliyeti vardır, dolayısıyla adi şirketin malvarlığından alacağını elde etmek isteyen alacaklının, bütün ortakları § 736 ZPO uyarınca davalı olarak göstermesi gerekir¹⁵. 1992 tarihli benzer bir kararda Mahkeme, kanun koyucunun adi şirketi ortaklar arasında sözleşmesel bir ilişki olarak gördüğünü ve şirketin kendisinin alacaklı olacak kadar bağımsız bir organizasyon yapısının bulunmadığını belirtmiştir¹⁶. Federal Mahkeme'nin bu kararlarının yanında, adi şirketin hak ehliyetini kabulü yolunda önemli sayılabilecek 1997 tarihli kararında ise, çekten kaynaklanan bir sorumluluktan ötürü adi şirketin çek kesme kabiliyetinin olduğu ve bu kapsamda da şirkete hak sahipliğinin tanınabileceğini kabul edilmiştir¹⁷.

Doktrinde de Federal Mahkeme'nin kararından önce, adi şirkete tüzel kişilik tanınmamakla birlikte, bu şirketlerin hak ehliyetine sahip oldukları, bir kısım yazar tarafından savunulmaktaydı¹⁸. Adi şirketin hak ve taraf ehliyetine doğru atılan ilk adımları Flume' nin "Gesellschaft und Gesamthand" adlı makalesinde görmek mümkündür. Yazar, bu makalesinde adi şirketin sadece ortaklar arasındaki borçlar hukuku bağlantısını değil, derneksel, özellikle de organizasyon yapısına dayalı görünümünü ön plana çıkarmıştır¹⁹. Yazarın, adi şirketin hukuki statüsünü açısından

¹⁵ BGHZ 23, 307,313.

¹⁶ BGHZ, 117,168,175.

¹⁷ BGHZ 136, 254, 257.

¹⁸ Flume, s.177 vd; K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s.1704;MünchKomm.,Lindacher, § 50, Rdn.27;Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 50, Rdn. 34.

¹⁹ s.177.

ortaya koyduğu görüşler, Alman Hukuku açısından dönüm noktası niteliğindedir. Geleneksel elbirliği mülkiyetine hakim olan prensiplerden farklı olarak Flume, ortakların oluşturduğu elbirliği mülkiyetinin kollektif bir bütünlüğü olduğunu ileri sürmüştür²⁰. Adi şirketin kısmi hak ehliyetini kabul eden yazara göre, ortaklığın kişilik benzeri bir statüsü bulunmakta ve böylece ortaklık hak sahibi olabilmekte, borç altına girebilmektedir²¹. Kısmi hak ehliyeti sadece dış adi şirkete tanınabilir, zira sadece bu şirket böyle bir ihtiyaca yani hukuki ilişkilerde otonomluğa sahiptir. Kısmi hak ehliyeti ile anlaşılması gereken husus, ortaklığın sadece ortaklık sözleşmesi çerçevesinde haklara sahip olacağı ve borç altına gireceğidir. Kısmi hak ehliyetine sahip olmanın tüzel kişilikten farkı şu noktada ortaya çıkmaktadır; tüzel kişiliğin sorumluluğu sadece kendi malvarlığı ile sınırlı iken adi şirketin sorumluluğunun kapsamını hem şirket malvarlığı hem de ortakların özel malvarlığı oluşturmaktadır.

K. Schmidt' e göre, geleneksel adi şirket anlayışı, az ortaklı ve tesadüfi bir şekilde bir araya gelerek adi ortaklık oluşturan birliktelikler için geçerli olacak; işletmesi bulunan ve ticaret siciline kayıtlı bulunmayan küçük yapıdaki adi şirketlere ise hak ehliyeti tanımak gerekecektir²². Adi şirkete ilişkin hükümler özellikle tesadüfi olarak bir araya gelen birliktelikler için düzenlendiği için, kanun koyucu bu hükümlerin hazırlığı aşamasında iktisadi bakış açısını eksik bırakmış ve çok ortaklı, özellikle de ticari işletmesi bulunan ortaklıklarda yaşanabilecek sorunlara ilişkin hususlara değinmemiştir²³. Bu bağlamda işletmeye sahip olan adi şirket, hukuki zorunluluk gereği hak, fiil, taraf ve iflas ehliyetine sahip olmalıdır. Yazar ayrıca hiçbir dış faaliyeti bulunmayan adi şirketi, dış adi şirketten ayırmak gerektiği düşüncesindedir²⁴. K.

²⁰ s.189.

²¹ Flume, s.189.

²² Gesellschaftsrecht, s.1704.

²³ Steding, NZG 2001,s.721.

²⁴ Yazarın bu görüşüne karşılık, ticari işletme sahibi adi şirket ayırımının de lege lata mümkün olamayacağı, çünkü kanunda açıkça bu konuda bir düzenlemenin bulunmadığı, adi şirkete ilişkin sadece bir hüküm bulunduğu ve bu hükmünde genel, çatı bir düzenleme olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Heller, s.33. Üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri bulunmayan yani dış ilişkileri olmayan adi ortaklık, iç ortaklık (Innengesellschaft) olarak tanımlanabilecektir. Bu ortaklıkta, ortaklar dışa karşı bir ortaklık ilişkisinin tarafı olarak yani bir kişi birliği olarak ortaya çıkmamakta, ortaklık işlemleri, ortaklardan biri veya bir temsilci tarafından kendi adına ve fakat iç ilişkide tüm ortaklar hesabına sonuç doğuracak şekilde gerçekleştirilmektedir. Oysa adi şirketin normal modeli olan dış ortaklıkta (Aussengesellschaft), tüm ortaklar üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde ortak sıfatıyla yer alarak, ortaklığı dışa karşı temsil etmektedirler. Dış ortaklıkta temsilci veya ortak işlemi adi şirket nam ve hesabına gerçekleştirmektedir. İç ve dış ortaklık ayırımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s.113-126.

Schmidt'e göre, kollektif şirkete ilişkin ticaret kanunundaki hükümler, dış adi şirketler için de uygulama alanı bulmalıdır. Kısmi hak ehliyeti, sadece malvarlığı üzerinde hak sahibi olup tasarruf etmemeyi gerektirmez, hak sahipliğiyle birlikte, ortaklık amacını gerçekleştirmek için borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu olabilmeyi de gerektirir.

Ulmer'e göre de, özel bir mamelekinin varlığı halinde, adi şirketin hak ehliyetini kabul etmek gerekir²⁵. Federal Mahkeme'nin adi şirkete kısmi hak ehliyeti tanıyan kararından sonra, hem usul hukuku şerhlerinde hem de yargısal kararlarda bir hareketlilik başlamıştır.

Kısmi hak ehliyetini kabul eden görüşler aslında temellerini Medeni Kanun'un 718. maddesinde hükmünü bulan, şirket malvarlığı, ortakların ortak malvarlığıdır, ibaresine dayandırmaktadır. Fakat sadece bu düşünce adi şirketin kısmi hak ehliyetini kabul etmek için yeterli değildir, zira Alman Medeni Kanunu'nun 705. maddesinde ortakların sözleşme uyarınca getirdikleri malvarlığı değerlerinin şirket amacını gerçekleştirmeye yönelik unsurlar olduğu ve ortakların sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde birbirlerine karşı sorumluluk altında bulundukları hükme bağlanmıştır.

Alman Hukukunda adi ortaklığın kısmi de olsa hak ehliyetinin bulunmayacağını savunan görüşün en önemli dayanağı, adi şirketin malvarlığının haczini düzenleyen Alman Usul Kanunu'nun 736. maddesidir²⁶. Bu madde gereğince, alacaklının ortaklık malvarlığını haczedebilmesi için bütün ortaklara karşı alınmış bir ilamın bulunması gerekir. Kanun koyucunun şirket malvarlığının haczedilebilmesi için bütün ortaklara yönelmiş ilamı gerekli görmesi, adi şirketin hak ehliyeti olmadığına bir gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Bu görüşü savunan yazarların dayanağı olan bir başka hüküm ise, Medeni Kanun'un 719. maddesidir. Bu madde uyarınca, ortakların şirket malvarlığında kendi paylarına düşen hisseleri üzerinde tasarruf etme yetkileri bulunmamaktadır. Eğer şirketin hak ehliyeti kabul edilmiş olsaydı, ortakların hisselerinden bahsedilmemesi gerekirdi. Bu noktada başka bir gerekçe de Medeni Kanun'un 738. maddesinde düzenlenen ve bir ortağın ayrılması halinde onun payının

²⁵ AcP 1998, s.114.

²⁶ FehI, s.243-244.

diğer ortaklara geçeceğine ilişkin maddedir. Buradan da anlaşılacağı gibi ortaklık malvarlığı ortaklara aittir, ortaklığa kendi başına hak ehliyeti tanınmamaktadır.

Adi şirketin hak ehliyetinin kabul edilmemesinin en önemli sonucu ortaklığa ilişkin yükümlülüklerde sorumluluğun bütün ortakların üzerinde gerçekleşmesidir²⁷. Borçlanma işlemi şirketin amacını gerçekleştirmek için yapılmışsa, bu takdirde elbirliği borcunun(Gesamthandschuld) varlığından bahsetmek mümkün olacak ve bu borçtan bütün ortaklar sorumlu olacaklardır²⁸. Şirketin borcunun bölünebilen bir borç olması halinde, bütün ortaklardan aynı anda bu yükümlülüğü yerine getirmesi istenebileceği gibi, münferit ortakların bir veya birkaçına karşı da talepte bulunulabilir²⁹. Bununla birlikte şirketin borcunun bölünemediği hallerde bütün ortakların birlikte sorumluluğundan bahsetmek gerekecektir.

3) Federal Mahkemenin Adi Şirkete İlişkin Kararı ve Etkileri

Adi şirketin tüzel kişiliği bulunamamasına rağmen, hak ve taraf ehliyetine sahip olduğunu kabul eden 29.1.2001³⁰ tarihli Federal Mahkeme kararından sonra, uygulamada ve doktrinde yoğun tartışmalar yaşanmaya başlamıştır. Federal Mahkeme'nin bu kararını eleştiren yazarlar olduğu gibi³¹, kararı bekleyen ve hiç şaşırtıcı bulmayan yazarlar da bulunmaktadır³². Mahkemenin kararını eleştiren yazarların büyük çoğunluğu usul hukukçuları, kararı destekleyen yazarlar ise genellikle şirketler hukukçularıdır.

Federal Mahkemenin kararını eleştiren usul hukukçularına göre, Federal Mahkeme, adi şirkete taraf ehliyeti tanıyarak hukuk bütünlüğüne zarar vermiştir³³.

²⁷ Westermann,Harry, s.731.

²⁸ Erman/Westermann,§ 705, Rdn. 53; MünchKomm.BGB,Ulmer/Schäfer,§718,Rdn.42; Stein/Jonas/Bork, § 50, Rdn.17; Westermann,Harry, s.731.

²⁹ Thomas/Putzo, § 62 Anm. 2c.

³⁰ BGHZ 146, 341, 347 , ZZZ 115 (2002), s.93; Bu karar temel, ilkesel, çıkarıcı olarak nitelendiren görüşler için bkz. Prütting,s.1179. Karara konu olan olayda; inşaat sektöründe faaliyet gösteren bir adi şirkete ve onun ortaklarına karşı bir alacak davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi bu iki ortağın ve adi şirketin sorumlu olduğuna hükmetmiş, kararın istinaf mahkemesinde incelenmesi sonucunda, istinaf mahkemesi, şirkete karşı verilen kararı eksik taraf ehliyetinden dolayı bozmuştur. Bu sefer de davacılar adi şirkete karşı olan taleplerini bir üst merci de devam ettirmişlerdir ve davacıların bu talebi 2.Daire tarafından kabul edilmiştir.

³¹ Lüke ZGR 1994,s.266; Peifer, NZG 2001,s.296; Schemman,s.43; Stürner, JZ 2002,s.1108.

³² K. Schmidt, NJW 2001, s.993.

³³ Stein/Jonas/Bork,§ 50, Rdn.23; Stürner, JZ 2003, s.44.

Bununla birlikte, maddi hukuk ile şekli hukuk arasında var olan denge bozulmuş, sistemden bir sapma meydana gelmiştir. Ticaret siciline kayıt zorunluluğu bulunmayan adi şirkete taraf ehliyeti tanınması hukuk güvenliğine zarar vermiştir. Federal Mahkeme kararını eleştiren yazarlar, pratik mülahazalarla, adi şirkete taraf ehliyeti tanınmasının, uzun yıllar uygulanan ve yerleşik bir hal almış usul hukuku müesseselerine zarar vereceğini belirtmektedirler³⁴. Yine bu görüş uyarınca, uygulamada sıkıntıya düşülen her durumda hukukun yerleşik müesseselerinden uzaklaşmak ve uygulama açısından tatmin edici bir sonuca varmaya çalışmak, doğru olmayan bir çözüm tarzıdır³⁵. Adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmekle, ortakların yargılamada hep birlikte hareket etme zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Böylece ortakların şirkete ilişkin davaları birlikte açması gerekmeyecek, bütün ortaklara karşı açılması gereken davalar da adi ortaklığa karşı açılabilir. Kısaca adi ortaklık, ortakların yargılamada taraf olarak gösterilmesine gerek kalmadan kendisi taraf olarak gösterilecek ve ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olmayacaktır. Bu halde, mecburi dava arkadaşlığının en önemli uygulama alanı olan ve temelinde elbirliği mülkiyeti ilkeleri bulunan adi ortaklıkta, ortaklar arasındaki mecburi dava arkadaşlığı ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Elbirliği ortaklığının bir sonucu olan yargılamada ortakların birlikte hareket etme mecburiyetleri, adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmekle son bulacaktır. Oysa, dava yetkinliği ve mecburi dava arkadaşlığı gibi enstrümanlar korunarak, hak ehliyeti bulunmayan şahıs birlikteliklerinin yargılama hukukunda karşılaşıcağı sorunlar çözülebilir³⁶.

Federal Mahkeme'ye göre, her türlü adi şirket değil, dış ortaklık (Aussengesellschaft) olarak tanımlanan, üçüncü kişilerle hukuki işlemlerde bulunarak haklara ve borçlara sahip olan adi şirketlerin hak ehliyeti bulunmaktadır. Adi şirket haklara sahip olduğu ve borç altına girdiği oranda hak ehliyetine sahip olacaktır. Bu tür adi şirketlere hak ehliyeti tanınmasının usuli zorunlu sonucu ise, bunlara taraf ehliyeti tanınması da gerekliliğidir. Dış ortaklığın karşısında yer alan iç ortaklıkta (Innengesellschaft) ise, ortaklık sözleşmesinde şirketin hedefi olarak, sadece ortaklar

³⁴ Stürner, JZ 2003, s. 44-45.

³⁵ Stürner, JZ 2002, s. 1108.

³⁶ Deren-Yıldırım, Diskussionsbericht, s.337.

arası hukuki ilişkiler düzenlenmekte, ortaklığın üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerde bulunması sözleşme kapsamında yer almamaktadır³⁷.

Federal Mahkeme'nin kararına göre adi şirkete taraf ehliyeti tanınmasının ilk gerekçesi pratik ihtiyaçlardır. Adi şirkete hak ehliyeti tanınmak suretiyle, şirket malvarlığı ile ortakların bireysel malvarlığı ayırımı daha net yapılabilecek ve ortakların borçlarından ötürü şirket malvarlığına başvurma imkanı mümkün olmayacaktır. Adi şirkete ilişkin Federal Mahkeme kararının diğer bir gerekçesi, şirkete yeni katılan ortakların şirketin katılmadan önceki borçlarından sorumlulukları açısındanadır. Buna göre, adi ortaklığa yeni katılan ortaklar, katılmadan önceki şirket borçlarından da sorumludurlar³⁸. Adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmekle yargılamada bütün ortakların taraf olarak gösterilmesi gerekmeyecektir. Yargılama esnasında şirkete yeni bir ortağın girmesi veya ortağın ayrılması tarafta bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Federal Mahkeme özellikle çok ortaklı adi şirkette ortak değişikliğinden kaynaklanacak sorunları, adi şirkete taraf ehliyeti tanıyarak aşmaya çalışmıştır.

Federal Mahkeme'nin adi şirkete (Gbr) taraf ehliyeti tanınmasının başka bir gerekçesi de, bu şirket türünün üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde usul hukuku açısından oluşan zorlukların önüne geçilmesi gereğidir. Tüzel kişiliğin kabul edilmediği durumlarda, adi şirket ortaklarının hepsi davacı ve davalı tarafında yer alacak ve bu durum birçok zorluğu beraberinde getirecektir. Adi şirkete taraf ehliyetinin tanınmasıyla hem usul hem de icra iflas hukuku açısından büyük kolaylıklar sağlanmıştır. Bu şirketlere taraf ehliyeti tanınmadan önce, tek tek bütün mevcut üyelerin ismi dava dilekçesinde yazılması gerekmekte ve karar da bu kişilere karşı verilmekteydi. Bunun sonucu olarak da kararın bütün ortaklara karşı icra edilmesi gerekecekti. Bu durum ise büyük ortaklı şirketlerde sorunlara yol açmaktaydı. Ulmer'e göre Federal Mahkeme'nin kararına kadar geçen süreç içerisinde davalı tarafında yer alan ortaklar arasındaki mecburi dava arkadaşlığı durumunun kabul edilmesi, usul hukukun maddi hukuka

³⁷ Hadding, s.714.

³⁸ Bkz. § 13, B, 4.

benzeştirilmesi, aynılaştırılmasının bir sonucuydu³⁹. Bu durum ise uygulamada ve ticari hayatta önemli zorluklara sebep olmaktaydı.

Mahkemenin adi şirkete hak ehliyeti tanıyan kararının diğer bir gerekçesi de anayasal sebeplere dayanır. Gerçek kişilere tanınan haklar bünyelerine uygun olduğu ölçüde tüzel kişiler için de geçerli olacaktır. Alman Anayasası'nda tüzel kişilere bir takım haklar verilmiştir. Özellikle aktif dava ehliyeti açısından bu hakları görmek mümkündür.

1999 yılında yapılan bir değişiklikte, adi şirketin aciz ehliyeti kanun koyucu tarafından tanınmıştır (InSO § 11 II 1). Bu değişiklik gereğince, adi şirket, üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girmese dahi yani dış adi şirket olmasına gerek kalmadan aciz ehliyetine sahiptir⁴⁰. Ayrıca BGB § 14/ II' de şahıs şirketlerine hak ehliyeti tanınmıştır. Şahıs şirketi niteliğindeki kollektif ve komandit şirketler, elbirliği ile mülkiyet prensiplerini taşımadan hak sahibi olabileceklerdir. Federal Mahkeme'nin adi şirkete taraf ehliyeti tanımasıyla, adi şirketin kendi iç ilişkilerinden ziyade üçüncü kişilerle olan ilişkilerinden doğan sorunların giderilmesi amaçlanmıştır⁴¹. ZPO § 736 gereğince, adi şirketin malvarlığına yönelik icrai bir talebin gerçekleşebilmesi için bütün ortaklara yönelik bir kararın varlığı gerekir. Aslında bu hüküm, Alman Hukukunda adi şirketin hak ve taraf ehliyetinin kabulünün önünde önemli bir engel olarak görülebilir. Zira bu hüküm, alınan bir ilamın adi ortaklığın malvarlığı üzerinde icra edilebilmesini, bütün ortaklara karşı alınmış bir kararın varlığı halinde mümkün kabul eder. Fakat bu görüşü kabul etmeyenlere göre, adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesi bu hükme aykırılık teşkil etmez, çünkü aralarında elbirliği mülkiyeti bulunan ortakların mevcut olduğu şirkete karşı alınmış bir karar, bütün ortaklar için bir anlam içerir⁴². Ayrıca ortaklık malvarlığına başvurabilmek için bütün ortaklara karşı alınmış bir kararın varlığı, ortaklardan bir veya birkaçının bireysel alacaklılarının ortaklık malvarlığına

³⁹ MünchKomm.BGB,Ulmer/Schäfer, § 718 Rdn 46.

⁴⁰ Fehl, s.261.

⁴¹ Musielak, § 50 Rdn 22.

⁴² Musielak, § 50 Rdn 22.

başvurmasına engel olacak, bir anlamda ortakların ortaklık hissesi üzerindeki tasarruflarını izole edecektir⁴³.

Federal Mahkeme'nin bu kararı, uzun yıllar uygulamada ve doktrinde tartışmalı noktalara kesin çözümler getirmiştir. Bu karardan şu prensipler çıkartılabilir⁴⁴: İlk olarak, adi şirket ki bu şirket yurt dışı menşeli de olabilir, hak ehliyetine sahiptir, böylece hukuki ilişkilere girerek hak ve yükümlülüklerle sahip olabilir. Bu bağlamda usul hukuku anlamında taraf ehliyetine sahiptir. Ortakların şirketin işlemlerinden dolayı kişisel sorumlulukları devam etmektedir ve onların şirket borçlarından dolayı sorumlulukları, kollektif şirket (OHG) ortağının sorumluluğuna benzemektedir⁴⁵.

Federal Mahkeme, adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin kararını verirken pozitif hukuk normlarından değil, hakimın hukuk yaratması ilkesinden hareket etmiştir. Adi şirkete hak ehliyeti tanınması gibi önemli bir değişime, hakimın hukuk yaratması ilkesinden hareketle varılması Alman Hukukunda tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışma kapsamında, Prütting, maddi hukuk alanında gerekli olan durumlarda hakimın hukuk yaratmasının mümkün olabileceği görüşündedir⁴⁶. Başka bir yazar da Federal Mahkeme'nin adi şirketin taraf ehliyetini kabul eden kararında, "contra legem" yani hukuka aykırı bir yön olmadığı, maddi hukuk açısından hukukun geliştirilmesinin, paralel biçimde usul hukukunun da geliştirilmesine yardımcı olacağını ileri sürmüştür⁴⁷. Karşı görüşte olan Heller'e göre, usuli sorunların çözümünde öncelikli olarak usuli müesseselerden yararlanmak gerekir. Bu bağlamda yazar, hakimın hukuk yaratarak adi şirkete taraf ehliyeti tanınmasına gerek olmadığını, usuli zorlukların yine usul hukuku kurumu olan dava arkadaşlığı yoluyla çözümlenebileceği görüşündedir⁴⁸. Bu görüş uyarınca, adi şirketin şirket malvarlığına ilişkin dava açması veya ona karşı dava açılması halinde, mecburi dava arkadaşlığı ilkeleri doğrultusunda bütün ortaklar birlikte,

⁴³ Westermann, s.290.

⁴⁴ Kellermann, FS für Wiedemann, s.1069.

⁴⁵ Kellermann, FS für Wiedemann, s.1069.

⁴⁶ s.1185.

⁴⁷ Hüffer, FS für Stimpel, s.177.

⁴⁸ s. 246-247.

tek bir dava açacaklar veya onlara karşı da tek bir dava açılarak tek bir hüküm tesis edilecektir⁴⁹.

Neticede hakimın hukuk yaratması sonucunda ortaya çıkan kaideler, fiili bağlanma etkisinden ötürü tıpkı kanun değişiklikleri gibi, herkese karşı hüküm ifade edecektir⁵⁰.

Adi şirkete hak ehliyeti tanınması ile daha önce ortakların elbirliği mülkiyeti çerçevesinde sahip olduğu malvarlığı değerleri, şahıs şirketi niteliğinde kabul edilebilecek adi şirkete ait olacaktır⁵¹. Aslında burada bir tür nevi değişikliğinden bahsedilebilir⁵². Nevi değişikliği yargılamada da etkisini gösterecektir. Federal Mahkeme kararından önce bütün ortakların mecburi dava arkadaşı olarak birlikte başlattıkları yargılamaya, bu karardan sonra ortaklık adına devam edilebilecektir. Bu durumda yargılamaya ara vermek de gerekmeyecektir, zira ortakların dava konusu üzerinde hak ehliyetleri devam etmekte ve iç ilişkideki temsil ilişkisi değişmemektedir⁵³. Ortaklara karşı açılmış ve ortaklığın malvarlığına yönelik bir davayı davacı, adi şirkete karşı da yöneltebilir. Ortaklarla birlikte şirketin de davalı olabilmesi için iradi taraf değişikliğine, özellikle de mevcut tarafın yanına yeni bir taraf eklenmesine ilişkin kuralların gerçekleşmesi gerekir⁵⁴. Eğer davacı davasını sadece adi şirkete karşı yöneltmek istiyorsa, ortaklara karşı açtığı davayı geri alması ve ayrıca buna ilişkin masraflara katlanması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ortakların sadece şirket malvarlığına ilişkin hususlarda davalı tarafında yer alabilecek olmalarıdır.

K.Schmidt Federal Mahkeme'nin bu kararından şu hususları çıkartmıştır⁵⁵.

1. Bu karar şahıs şirketleri hukukunun gelişiminde mihenk taşıdır. Ayrıca bu karar yeni öğreti ve kanun koyucunun konseptine uygundur.

⁴⁹ Heller, s. 246-247.

⁵⁰ Jacoby, s.1645.

⁵¹ Jacoby, s.1645.

⁵² Jacoby, s.1645.

⁵³ Jacoby, s.1645.

⁵⁴ İradi taraf değişikliği için bkz. §1, E, VII, 1.

⁵⁵ K. Schmit, NJW 2001, s.998.

2. Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 128. maddesinde, benzer şekilde ortakların ferî sorumluluğu mevcuttur ve Federal Mahkeme'nin eski görüşlerinin aksine yeni ortaklar şirketin eski yükümlülükleriyle de sorumludurlar.

3. Bu karardan sonra şirket yargılaması ve ortak yargılaması birbirinden kuvvetli şekilde ayrılacaktır ve hatta ortaklar şirket adına taraf gösterilmiş olsalar bile bu ayırım yapılacaktır. Şirket yargılamasında ortakların dava masraflarından sorumluluklarına bu konuda bir talep olmaksızın karar verilemez, karşı taraf böyle bir talebini aynı davada uygun bir dilekçeyle veya karşı dava yoluyla ortaya koymalıdır.

4. ZPO § 736 artık şöyle anlaşılmalıdır; şirkete veya bütün ortaklara karşı verilmiş bir ilam, şirket malvarlığı üzerindeki icra için yeterlidir.

5. “Eğer” ya da “ama” olmaksızın şirketin aczi mümkündür.

6. Şirket hizmetine tahsis edilen malvarlığının muhafazası ve idaresi konusunda yeni ilkelerin uygulanmasının tartışılmaya ihtiyaç vardır.

7. Federal Mahkemenin kararında, şirketin malvarlığına ilişkin hakların yayınlanması, aleniyetine ilişkin (örneğin marka, tapu, ticaret sicili gibi hususlarda) bir hüküm bulunmamaktadır.

8. Hak ehliyeti olmayan toplulukların taraf ehliyetleri vardır ve hak ehliyeti olmayan toplulukların sadece davalı olabileceklerini hüküm altına alan ZPO § 50/II artık konusuzdur.

4) Ortaklığın Borçlarından Dolayı Ortaklığın ve Ortakların Sorumluluğu

Adi şirketin taraf ehliyeti ile ilgili sorunların çözümünde, ortakların şirket borçlarından doğan sorumluluklarına değinmek gerekir. Şirket ortağının, şirket borçlarından sorumluluğu konusunda Alman Hukukunda iki teori söz konusudur. Bunlar “ferilik teorisi” (Akzessorritätstheori) ve “çifte yükümlülük” (Theori der Doppelverpflichtung) teorileridir. Adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmeden önce, şirket borçlarından dolayı ortakların sorumluluğunun kapsamına, hem şirket malvarlığındaki payları hem de doğrudan doğruya kişisel malvarlıkları girmektedir.

(Çifte Yükümlülük Teorisi). Ortakların sorumluluğundan bahsedebilmek için, şirketi temsile yetkili ortağın, şirket amacına uygun şekilde şirketin idari işlemlerini gerçekleştirmelidir. Ortaklar böyle bir durumda borcun tamamından sorumludurlar. Hatta bazı yazarlara göre, adi şirketin kendisine ait bir malvarlığı oluşturmaya gerek yoktur; ayrıca şirket alacaklıları da ortaklığın malvarlığı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü olmadan, doğrudan doğruya ortakların özel malvarlıklarına yönelebilmelidirler⁵⁶. Fakat bu sorumluluk türünde de ortaklar kişisel sorumluluklarını sınırlayabileceklerdir. Ortakların kişisel sorumluluklarını sınırlandırabilmeleri, ya diğer ortakların kabul etmesi ile ortaklık sözleşmesinde yer alan bir düzenleme ile ya da ortağın alacaklı ile yaptığı bir anlaşma ile gerçekleşebilir⁵⁷.

Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesiyle, şirketin ve ortakların sorumluluğunun nasıl gerçekleşeceği ve bunun nasıl temellendirileceği sorunu gündeme gelmiştir. Bu konuda Kollektif Şirketler Kanunu'nun (OHG) 128. maddesindeki hükümlerin, adi şirket için de geçerli olabileceği, Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli adi şirkete ilişkin kararında belirtilmiştir⁵⁸. Bu karar uyarınca, adi şirket ortaklarının ortaklık borçlarından dolayı ikinci derecede sorumlulukları (Akzessorietätstheori) bulunmaktadır. Buna göre ortaklık işlemlerinden doğan borçlar için öncelikle ortaklığın malvarlığına gidilecek, ortaklığın malvarlığı bu sorumluluğu yerine getiremeyecek düzeydeyse, o zaman ortakların kişisel malvarlığı ortaklık borçlarından sorumlu olacaktır. Ferilik teorisini savunan yazarların görüşü, Federal Mahkeme'nin görüşüne yaklaşmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ortada sadece ortaklığın borcu olan tek bir borç vardır, fakat bu borçtan dolayı ortaklık malvarlığının yanı sıra, zorunlu kişisel bağlılık sebebiyle ortakların kişisel malvarlığına da el atılabilir⁵⁹. Çifte yükümlülük teorisini kabul eden yazarlar ise, ortaklık işlemlerinden dolayı hem ortaklık hem de ortaklar için aynı anda iki ayrı borç doğduğunu, bunun sebebinin ise işlemlerde ortaklıkla birlikte ortakların da temsil edilmesi olduğunu savunmuşlardır⁶⁰.

⁵⁶ Heller, s.43'de anılan Nicknig, s.117.

⁵⁷ Heller, s.43.

⁵⁸ NJW 2001, s.1058.

⁵⁹ K.Schmidt, Gesellschaftrecht, s.1497; Flume, s.189.

⁶⁰ MünchKomm.BGB, Ulmer/Schäfer, § 714, Rdn 28; Soergel/Hadding, § 714, Rdn.29.

Adi şirketin alacaklılara karşı sorumlu olduğu durumlarda, bu sorumluluğun kapsamını ya şirket malvarlığı ya da ortakların kişisel malvarlığı oluşturur. Adi şirket ile ortaklar arasında da çeşitli hukuki ilişkiler gündeme gelebilir. Özellikle şirketle ortaklar arasında borç ilişkisi ortaya çıkabilir. Şirketin ortaklara karşı sorumluluğu olabileceği gibi ki ortakların malvarlığı ve idare hakkından kaynaklanan bir alacağı olabilir, ortakların da şirkete karşı yükümlülüğü bulunabilir. Şirketin sorumluluğu malvarlığı ile sınırlıdır. Şirketin açacağı davaları temsilci ortaklardan birisi açabilir. Ayrıca actio pro socio kapsamında, yönetici ortak olmasa bile herhangi bir ortak da bu davayı açabilir. Bununla birlikte ortakların birbirlerine karşı olan talepleri tamamıyla bireysel bir şekilde başlayıp sonuçlanacak, ortaklıkla bir ilgisi bulunmayacaktır.

Şirketin taraf ehliyetinin kabulüne rağmen ortakların kişisel olarak sorumlu olduğu hallerde de dikkat etmek gerekir⁶¹. Ortağın bireysel olarak sorumlu olduğu hallerde, talepler ve de yargılama, bu ortağa karşı kişisel olarak yürütülmelidir. Ortağın kişisel sorumluluğuna karar verilmesi halinde alınan hüküm ortağın özel malvarlığı üzerinde icra edilecektir.

Alman Hukukunda, Yeniden Yapılandırma Kanunu'nun yanı sıra Ticari Nitelikte Olmayan Ortaklıklar Kanunu'nda ve EWIVG-VO' da adi şirketin taraf ehliyetini belirten hükümler bulunmaktadır⁶². Doktrinde bir görüşe göre, bazı kanun maddelerinde bu çeşit hükümlerin yer alması, genel anlamda pratik ihtiyaçları karşılamak içindir, bu tür hükümlerle gerek usul hukukunun gerekse şirketler hukukunun dogmatik çalışmalarının derinlemesine çabaları etkili değildir⁶³.

Ferilik teorisinin kabul edilmesinden sonra, adi şirkete yeni katılan ortakların şirketin eski borçlarından yani ortağın şirkete katılmadan önceki borçlarından, ne ölçüde sorumlu olacağı da çözülmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada kullanılabilecek temel norm, kollektif şirkete ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nun 130. maddesidir. Bu madde gereğince, kollektif ortaklığa yeni katılan ortaklar, ferilik teorisi uyarınca şirketin eski borçlarından da sorumludurlar. Acaba bu hüküm adi ortaklığa yeni katılan ortaklar için uygulanabilecek midir? Eğer uygulanacaksa ne şekilde bir

⁶¹ Weiss, s.65.

⁶² § 7 Abs.2 PartGG; Art 1 Abs. 2 EWIV- VO.

⁶³ Weiss, s.64.

uygulama alanı bulabilecektir? Ortaya çıkan bu sorun, Alman Federal Mahkemesi'nin 7.4.2003 tarihli kararıyla çözümlenmiştir⁶⁴. Federal Mahkeme bu kararında; adi şirkete yeni katılan ortağın, şirketin eski borçlarından şahsen sorumlu olması gerektiği ilkesini kabul etmiştir. Bu kararında Mahkeme, kollektif şirketlerde şirkete yeni katılan ortağın sorumluluğunu düzenleyen Ticaret Kanunu'nun (HGB) 130. maddesinin, adi şirkete yeni katılan ortaklar için de kıyasen uygulanacağını belirtmiştir⁶⁵. Mahkemenin kararından önce de Alman doktrininde, adi şirkete yeni katılan ortağın, katılımdan önceki şirket borçlarında şahsen sorumlu olacağı görüşü ileri sürülmekteydi⁶⁶. Federal Mahkeme bu kararında; yeni giren ortağın şirketin eski yükümlülüklerinden de sorumlu olmasının şahıs şirketlerinin yapısına uygun olduğunu, ortaklık alacaklıları ve ortaklar arasındaki dengenin yeni katılan ortağın eski borçlardan sorumlu olması ile sağlanabileceğini belirtmiştir⁶⁷. Böylelikle adi şirkette sicile kayıt zorunluluğu bulunmamasından kaynaklanan ve ortağın hangi anda itibaren borçlu olduğunun belirlmesine dair ortaya çıkacak zorlukların önüne geçilecektir.

5) Adi Şirketin Taraf Ehliyeti

Alman Hukukunda, Federal Mahkeme kararından önce adi şirketin taraf ehliyeti meselesi, bu şirketin davacı veya davalı olmasına göre değişiklik arz etmekteydi. Adi şirketin davalı olması halinde, ZPO § 50/II gereğince şirket, pasif taraf ehliyetine sahip olabilecekken, adi şirketin davacı olması durumunda ise, dava arkadaşlığı ilkeleri doğrultusunda bütün ortakların davayı birlikte açması gerekecektir. Ortakların birlikte hak sahibi olacakları veya yükümlülük altına girecekleri bir durumun varlığı halinde, yani maddi hukuk kuralları çerçevesinde bütün ortaklara karşı tek bir kararın varlığına gerek duyulması halinde, mecburi dava arkadaşlığından bahsetmek gerekecektir (ZPO § 62).

Federal Mahkeme kararı ile (dış) adi şirketin hak ehliyetinin tanınmasının usul hukukundaki etkisi, bu tür şirketlerin taraf ehliyetlerinin kabul edilmesinin

⁶⁴ BGH, NZG 2003, s.577.

⁶⁵ Kollektif şirkete yeni katılan ortağın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin, adi şirkete yeni katılan ortak hakkında da kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin Federal Mahkeme kararının lehindeki ve aleyhindeki görüşler için bkz. Yongalık, s. 531-538.

⁶⁶ K.Schmidt, NJW 2001, s.993; Ulmer, ZIP 2001, s.585; Weiss, s.237.

⁶⁷ BGH, NZG 2003, s.577.

gerekliliğidir. Alman Medeni Usul Kanunu'nun taraf ehliyetini düzenleyen 50. maddesinin ikinci fıkrasında hak ehliyeti olmayan toplulukların sadece pasif taraf ehliyetine sahip olabilecekleri hüküm altına alınmış olmasına rağmen, mahkeme kararından sonra adi şirket aktif taraf ehliyetine de sahip olabilecektir. Aslında Federal Mahkeme kararı Usul Kanunu'nun 50. maddesine aykırılık teşkil edebilecektir. Zira bu maddenin ikinci fıkrasının mefhumu muhalifinden hak ehliyeti olmayan toplulukların özellikle de adi şirketin aktif taraf ehliyetine sahip olamayacağı anlaşılmaktadır.

Adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmekle, şirket kendi adına dava açabilecek veya ona karşı dava açılabilir. Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesi, dava arkadaşlığı ilkelerinin uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Bu şirketin taraf ehliyetleri kabul edilmeden önce; ortakların hep birlikte harekete geçip, dava açması gerektiği hallerde dilekçede bütün ortaklar davacı olarak tek tek gösterilmeli, bütün ortakların tam olarak belirtilmemesi halinde dilekçede gösterilmeyen ortakların yargılamaya çekilmesi gerekmektedir. Dilekçede davacı olarak gösterilen ortakların davaya çekilmemeleri veya herhangi bir şekilde temsil edilmemeleri durumunda yargılamanın yapılması mümkün olamayacak ve dava usuli bir kararla sona erdirilebilecekti. Şirket yargılamada taraf olarak kabul edilmekle artık bütün ortakların dava dilekçesinde gösterilmesi koşulu aranmayacak, herhangi bir şekilde adi şirketin dilekçede belirtilmesi yeterli olacaktır.

Adi şirketin açtığı veya ona karşı açılacak davalarda, mahkemelerinin yetkisi konusunda, şirket idare merkezi kriteri esas alınacaktır (ZPO § 17). Şirketin idare merkezini, taraflar adi şirket sözleşmesini düzenlerken belirleyebilecekleri gibi, bu hususta açık bir düzenleme yapmamışlarsa, idare merkezi olarak şirketin mektuplarında kullandığı adresi idare merkezi olarak kabul edilebilecektir⁶⁸. Şirket işlemlerinin gerçekleştirdiği belirli bir merkezinin olmaması halinde, şirket yöneticisinin yerleşim yeri şirketin de yerleşim yeri olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Adi şirketin hak ehliyetinin kabulüyle bu tür şirketlerin bireyselleştirme gerekliliği hem yargılama hukuku hem de maddi hukuk açısından önem taşıyacaktır. Bu

⁶⁸ Müther, MDR 17/2002, s.989; Wertenbruch, NJW 2002, s.325.

⁶⁹ Ulmer, s.358; Wertenbruch, NJW 2002, s.325.

hususun yargılama hukuku açısından önemi, dava dilekçesinde ortaklığın nasıl belirtileceği yani ortaklığın ayırt edici unsurunun ne olacağı sorunudur. Ticari şirketlerden farklı olarak, adi ortaklıkta sicile kayıt unsuru bulunmadığı için açık bir şekilde şirketin adı veya unvanından bahsedilemeyecektir, hatta ortaklığın böyle bir ismi belirleme zorunluluğu dahi bulunmamaktadır⁷⁰. Bu halde dava dilekçesinde ortaklık nasıl gösterilecek ve alınan karar kime karşı icra edilecektir. Bu noktada akla gelen ilk cevap, şirketin dış ilişkide kullandığı bir isim varsa bunun dava dilekçesinde de kullanılabileceğidir⁷¹. Adi şirketin davada teşkili için ortaya konulacak diğer bir öneri de, hukuki işlemlerde kullandığı isme ek olarak adi şirket ibaresinin eklenmesi ve şirket yöneticisinin de dilekçede gösterilmesidir⁷². Adi şirketin tanımlanması konusunda ortaya konabilecek diğer bir diğer çözüm tarzı da, ortakların isminin tek tek sayılması ve şirketin bu ortaklardan oluşan bir adi şirket olduğu ibaresinin dava dilekçesinde yer almasıdır⁷³. Bu durumda da aslında davada taraf adi şirkettir.

Adi şirketin davada kendi ismini kullanarak (örneğin ARGE ...)davacı olması halinde, ZPO § 253/II uyarınca bir temsilci tarafından temsil edilmesi gerekir. Ayrıca BGB § 714 hükmü gereğince, bir ortağa şirket sözleşmesiyle şirketi temsil yetkisi verilmesi halinde, ortaklığı temsil edip etmediğinin belirlenemediği şüpheli durumlarda dahi, üçüncü kişilerle yaptığı işlemler diğer ortakları bağlamaktadır. Dava sadece bir ortak tarafından açılmışsa bu ortağın ya şirket sözleşmesinde yetkili olduğunun gösterilmesi ya da daha sonra ortakların kararıyla böyle bir yetkinin kendisine verilmiş olması gerekmektedir⁷⁴. Adi şirket adına dava açan ortağın şirketi temsil etme yetkisinin bulunmaması halinde, dava, kanuni temsil yetkisinin bulunmaması sebebi ile reddedilecektir (ZPO § 56)⁷⁵. Adi şirketin herhangi bir ortağı kendi adına ortaklığın bir talebini ileri sürerek dava açması halinde, dava, davayı açan ortağın dava takip yetkisi eksikliğinden dolayı reddedilecektir⁷⁶. Yine ortağın kendi adına, kendi talebini ileri sürerek bir dava açması fakat dava konusu talebin adi ortaklığa ait olduğunun

⁷⁰ Hadding, s.720.

⁷¹ K.Schmidt, NJW 2001, s. 999.

⁷² Hadding, ZGR 2001, s.712; K.Schmidt, NJW 2001,s.993.

⁷³ Örneğin, adi şirket olarak, A,B,C ,Hadding, s.732;Wieser, s.421.

⁷⁴ MünchKomm., Lindacher, § 51 Rdn.25.

⁷⁵ Wieser, s.421.

⁷⁶ Wieser, s.421.

anlaşılması halinde, yargılamanın davayı açan ortağın esasa ilişkin bir hakkının olmadığı yani sıfatının bulunmadığına ilişkin bir kararla sonuçlanması gerekir⁷⁷.

Taraf teşkilinin gerçekleşebilmesi için şirketin veya ortakların belirlenebilir şekilde dilekçede gösterilmesi gerekir. Burada bir veya birkaç ortağın isminin gösterilmemesi sorun teşkil etmez⁷⁸. Adi şirket ortaklarının ortaklık adına dava açabilmesi, iradi dava yetkinliğinin şartlarının bulunması halinde mümkün olabilecektir⁷⁹. İradi dava yetkinliğinin gerçekleşebilmesi için gerekli şartlardan en önemlisi olan, dava yetkinin bu davayı üzerine almasında korunmaya değer bir menfaatinin bulunması, adi şirket ortaklarının şirket adına davayı açmalarında açık bir şekilde gerçekleşmektedir. Zira şirket aleyhine veya lehine alınacak bir karar, doğrudan doğruya ortakların malvarlığında da etkisini gösterecektir. İşte bu etki, iradi dava yetkinliğinin kabul edilmesi için gerekli olan hukuki yararı açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Davanın, temsilden kaynaklanan bir sorundan dolayı, mesela temsilci tarafından usulüne uygun olarak açılmamasından ya da temsil eksikliğinden dolayı reddedilmesi halinde, Federal Mahkeme'nin kararı uyarınca, dava masraflarına büyük ölçüde temsilci katlanmalıdır⁸⁰. Fakat dava esastan reddedilirse dava masraflarından adi şirket sorumlu olacaktır⁸¹. Temsilci ortakların sorumlu olduğu hallerde, eski davanın davalısı ayrı bir dava ile önceki davadaki masrafların karşılanmasını ortaktan isteyebilir. Masraflar sebebiyle, temsilcilere karşı açılan davada eski davalı yeni davacı dilekçesinde, daha önce dava açıldığını ve bunun sonuçlandığını ve davalılarında bu masraflardan müteselsil olarak sorumlu olduğunu göstermelidir. Böylece şirket mallarına başvurmaksızın ortakların sorumluluğuna gidilerek masraflar ödenecektir.

Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesi, ortakların hep birlikte davacı veya davalı oldukları mecburi dava arkadaşlığı hallerinde ortaya çıkan tebligat zorluklarının da önüne geçebilecektir. Nitekim mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşları adına

⁷⁷ Wieser, s.421.

⁷⁸ K. Schmit, NJW 2001, s.996.

⁷⁹ Müther, MDR 17/2002, s.990.

⁸⁰ BGHZ 146, 341, 347, ZZP 115 (2002), s.93.

⁸¹ K. Schmit, NJW 2001, s.999.

ortak bir kanuni temsilcinin yargılamayı yürütmediği hallerde, her bir ortağa ayrı ayrı tebligatın yapılması gerekmektedir. Bu durum özellikle bütün ortakların tam olarak tespit edilemediği hallerde tebligata bağlanan sonuçların oluşmasına engel olmaktadır⁸². Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesi ile birlikte, şirket birden fazla yöneticiye sahip olsa da, onlardan birine yapılacak tebligat, geçerli bir tebligat olarak kabul edilecektir⁸³. Hatırlatmak gerekir ki, şirket sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça bütün ortakların adi şirketi temsil yetkisi bulunmaktadır.

Adi şirketin başlı başına yargılamada taraf olarak kabulünden sonra, şirket ile ilgili bir yargılamada ortaklar, tanık olarak dinlenebilecekleri gibi yargılamaya müdahil olarak da katılabileceklerdir⁸⁴. Zira şirket tarafından veya ona karşı açılan yargılamada ortaklar üçüncü kişi durumundadır. Şirkete ve ortaklara birlikte dava açıldığı durumlarda, iki taraf dava arkadaşı konumundadır. Federal Mahkeme de emsal niteliğindeki kararında; adi şirketin yargılamada davalı olarak yer alması halinde ortakların da davalı olarak gösterilmesini tavsiye etmektedir⁸⁵. Federal Mahkeme'nin böyle bir tavsiyede bulunmasının sebebi; adi şirketin mevcut olmadığının tespiti halinde, potansiyel alacaklıların zarara uğraması engellenerek davanın ortaklar aleyhine devam edilmesinin sağlanması ve alacaklının aldığı ilamı, hem şirket malvarlığı hem de ortakların malvarlığı üzerinden icra etmesinin sağlanmasıdır⁸⁶. Böylelikle hem alacaklılar lehine olarak sorumluluğun genişlemesi söz konusu olacak, hem de ortaklar ve şirket arasında meydana gelebilecek mal kaçırma gibi problemlerin önüne geçilecektir⁸⁷.

Bir alacaklının şirkete karşı açtığı alacak davasında ortaklar üçüncü kişi durumundadırlar. Yargılama sırasında ortaklardan birinin şirketten ayrılması taraf teşkili açısından sorun arz etmeyecek, ayrılan ortak şirketi temsile yetkili ise başka bir temsilci tayin edilerek, davaya devam edilecektir⁸⁸. Bu durumda taraf değişikliği meydana

⁸² Wertenbruch, NJW 2002, s.326.

⁸³ Wertenbruch, NJW 2002, s.326. Adi şirketi yargılamada temsil eden ortağın tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir çünkü bu ortak taraf gibi değerlendirilecektir. Ulmer, s. 348.

⁸⁴ Wagner, s.339.

⁸⁵ BGHZ 146, 341, 357.

⁸⁶ Wagner, s.339.

⁸⁷ Wagner, s.339.

⁸⁸ Ulmer,s.348.

gelmeyecektir. Adi şirketin yargılamada taraf teşkili yukarıda belirtildiği gibi ortakların gösterilmesi şeklinde gerçekleşmiş ve dava devam ederken bir ortak şirketten ayrılmışsa, bu değişimin dava dilekçesinde gösterilmesi yeterli olacak, ortağın şirketten ayrılması yargılamanın gidişatını değiştirmeyecektir. Aynı sonuca ortaklardan birinin ölümü halinde de varılabilir. Başka bir deyişle, ortağın ölümü yargılamanın gidişatını değiştirmeyecek, mirasçıların terekeyi kabul etmeleri beklenmeksizin yargılamaya devam edilecektir⁸⁹.

Davacılar, dilekçelerinde genellikle ortakları davalı olarak gösterirler ve fakat ortaklarla birlikte, ortaklığında davalı olmasını isteyip istemediklerini ortaya koymazlar. Bunun sebebi, davacının, adi şirketin üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye giren, hak ehliyetine sahip bir dış şirket olup olmadığını kolaylıkla tespit edememeleridir⁹⁰. Dış adi şirketin varlığı kabul edilir, ona karşı dava açılır ve bu yargılamada ortakların kişisel sorumluluğunun da tespiti istenirse, bu durumda aynı dava içinde ikili bir prosedür söz konusu olacaktır. Yani adi şirket ve ortaklarının yargılamada aynı tarafta yer almaları durumunda aralarındaki hukuki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır.

Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesiyle birlikte, mahkeme yargılamada öncelikle bu şirketin Medeni Kanun (BGB) çerçevesinde kuruluş şartlarını tamamlayıp tamamlamadığına bakacaktır⁹¹. Yani mahkemece şirketin kurulumu için gerekli sözleşmenin yapıp yapılmadığı ve bu sözleşme koşullarının tamam olup olmadığı araştırılacaktır. Yargılamanın herhangi bir aşamasında, ki bu duruma kanun yolu aşaması da dahildir, adi şirketin oluşumuna ilişkin bir eksiklik görülürse, örneğin ortaklardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması gibi, dava usuli bir kararla reddedilecektir⁹². Taraf ehliyetinin olmadığı hallerde “mevcut olmayan taraf” hükmündeki kurallara göre hüküm verilmelidir.

Bu noktada akla başka sorunlarda gelebilir. Örneğin adi şirketin kuruluşu için sözleşmenin varlığı yeterlidir ve bu sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu durum her zaman manüplasyon tehlikesini ortaya çıkarabilir. Aralarında hiçbir

⁸⁹ Wertenbruch, NJW 2002, s.326.

⁹⁰ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s.1809.

⁹¹ Schemmann, s.43.

⁹² Prütting, s.1185.

ortaklık ilişkisi bulunmamasına rağmen, tesadüfen dahi olsa bir araya gelmiş kimseler, aralarında adi ortaklık ilişkisinin bulunduğunu ileri sürebilirler. Adi şirketin sicile kayıt zorunluluğunun bulunmaması manüpilasyon tehlikesini daha da artıracaktır. Adi şirketin taraf ehliyetinin kabul edilmesiyle, yargılama esnasında kişi birlikteliklerinin adi şirket olduklarını ileri sürmeleri, yargılamanın tarafında önemli değişikliklere sebep olabilecektir.

B. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda adi şirketin hak ve sorumlulukları, iştirak veya müşterek mülkiyet kuralları çerçevesinde değerlendirilir. Gerek doktrinin büyük bir bölümünde gerekse yargı kararlarında adi şirketin taraf ehliyetinin bulunmadığı ifade edilmektedir⁹³. Adi şirket şeklinde bir araya gelen birlikteliğin talep hakkının bulunduğu hallerde adi ortaklığın talep hakkından değil, ortakların hep birlikte talep hakkının varlığından söz edilir, zira ortaklığın aktifleri üzerinde ortakların hep birlikte tasarrufta bulunma hakları vardır⁹⁴. Örneğin adi ortaklığın alacaklı olduğu bir davada bütün ortaklar elbirliği mülkiyeti prensipleri çerçevesinde hareket etmelidirler. Dolayısıyla bir alacak davasında ortaklar mecburi dava arkadaşı konumundadırlar⁹⁵. Adi şirketin borçlu olması durumunda bütün ortaklar müteselsilen sorumludur (İBK 544 III). Ortakların tek başına sorumlulukları vardır. Ortakların sorumluluğunun temeli adi şirket sözleşmesine dayanır⁹⁶. Dava devam ederken ortaklardan birinin şirketten ayrılıp, üçüncü bir kişinin ortaklığa katılması halinde yargılamada taraf değişikliği meydana gelecektir.

Adi şirketin davacı olduğu hallerde dava dilekçesinde şirketin ortak bir isimle temsil edilmesinin mümkün olup olamayacağı İsviçre Hukukunda tartışılmış ve davada şirketin ortak bir isimle temsili hususu, adi ortaklığın hak ve taraf ehliyetinin bulunmaması sebebiyle reddedilmiştir⁹⁷. İsviçre Hukukunda hak ehliyeti Federal Medeni Kanun'a dayanmakta ve Federal Medeni Kanun'da düzenlenen hak ehliyetine

⁹³ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.661; Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28 Rdn 16; Guldener,s.125;Schuhmacher, s.34. Doktrindeki genel görüşün aksine, İsviçre Hukukunda adi şirkete sınırlı hak ehliyeti ve yine bu kapsamda sınırlı taraf ehliyeti tanınması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Häfliger,s. 146.

⁹⁴ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.631.

⁹⁵ Bucher, Art.11,Rdn.91; Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28 Rdn 16.

⁹⁶ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.632; Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28 Rdn 16.

⁹⁷ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.662.

ilişkin hükümler, Kanton Usul Kanunlarında hüküm altına alınan taraf ehliyeti için de geçerli olmaktadır. Adi şirket ortaklarının ortak bir isim altında dava açmaları durumunda bu hususun düzeltilebilir bir eksiklik olup olmadığı sorusuna, dava ekonomisi mülahazasıyla olumlu cevap verilmektedir⁹⁸. Dava dilekçesinde ortak bir isim altında gösterilen süjenin kim olduğunun tespiti, hakim açısından belirsiz bir durum arz ediyorsa, bu belirsizliği kaldırmak yine hakimin görevleri arasındadır.

Adi şirket yöneticisinin tüm ortaklar adına, ortakların verdiği özel bir yetki olmadan dava açabilmesi, ancak açılan davanın şirket işletmesinin olağan sayılan işlemlerine ilişkin olması ve gecikmesinde zarar bulunan hallerde mümkün olabilecektir⁹⁹. Aksi takdirde şirket yöneticisinin dava açması, bütün ortakların izni veya icazeti ile mümkün olabilecektir.

C. Türk Hukukunda

Birden fazla kişinin sözleşmesel bir bağlılıkla ortak bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak, meydana getirdikleri, tüzel kişiliğe sahip olmayan¹⁰⁰ ve Borçlar Kanunu'nun 520 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan adi şirket, hukukumuzda şahıs ortaklıklarının ana ve temel tipidir¹⁰¹. Ticari işletmeye sahip olması koşulu aranmayan¹⁰² adi ortaklık hakkındaki genel prensipler, gerekli hukuk kurallarına tam anlamıyla uyulmaması sebebiyle, hiç veya henüz tüzel kişilik kazanmayan çeşitli oluşumların o statüdeki durumlarını açıklamakta (TTK m.156), ticaret ortaklığına ilişkin Ticaret Kanunu hükümlerindeki boşlukların doldurulmasında (TTK m.138) ve bazı ticaret ortaklıklarına özgü problemlerde uygulama alanı bulacaktır¹⁰³. Dolayısıyla adi şirkete ilişkin Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin tamamlayıcı niteliklerinin bulunduğu söylenebilir.

⁹⁸ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.662.

⁹⁹ BernerKomm., Fellmann/Müller, Art. 530, Rdn.662.

¹⁰⁰ K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, s.1690.

¹⁰¹ Bilgili, s.197.

¹⁰² Ansay,Tuğrul,s.63 vd.; Barlas, s.33; Doğanay, s.51; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.53; aksi görüşte, Karayalçın, s.181.

¹⁰³ Barlas, s.9. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 620. maddesinin ikinci fıkrasında bu durum şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tâbi âdi ortaklık sayılır*”.

Adi ortaklık kapsamına çok küçük yapılı ticari veya ticari olmayan birliktelikler girebileceği gibi, ekonomik yönden büyük önem taşıyan kartel, konzern, konsorsiyum ve Joint Venture gibi oluşumlar da girebilecektir.

Hukukumuzda, adi şirkete hak ve taraf ehliyeti bahşeden açık bir normatif düzenleme bulunmamaktadır. Türk doktrininde büyük çoğunlukla kabul gören ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, adi ortaklık sonucunda ortaya çıkan birlikteliğin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle, bu birliktelik, kendi adına haklar kazanamayacak, borç altına giremeyecek ve sonuç olarak da hak ehliyetine sahip olamayacaktır¹⁰⁴. Barlas'a göre de, adi ortaklığının genellikle kısa süreli ve mali birliktelikler şeklinde ortaya çıkması, organizasyon yapısının devamlı olmaması, günlük hayatta sıklıkla rastlanılan tesadüfi ilişkilerin dahi adi şirket olarak nitelendirilmesinden ötürü, bu tür ortaklıklara hak süjeliği tanımaya ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰⁵. Bununla birlikte farklı bir görüşte olan Ansay'a göre, adi şirketin özelliklerine bağlı olarak, örneğin, ortakların sayılarına, birbirlerine olan yakınlıklarına, aralarında yapmış oldukları şirket anlaşmasına, bu anlaşmadaki hükümlere ve şirkette kurulu teşkilat unsurlarına göre, bu ortaklıklara tüzel kişilik özelliklerinin tanınması mümkün olabilecektir¹⁰⁶.

Tüzel kişiliği bulunmayan adi şirketin davada taraf olabilmesi, ortaklarının hep birlikte taraf olarak gösterilmesine bağlıdır. Dolayısıyla adi şirketin şirket olarak dava açması mümkün değildir¹⁰⁷. Adi şirketin dava açması halinde davanın bütün

¹⁰⁴ Doğanay, s.31;Karayalçın, s. 133; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 21; Şener, s.155.Yargıtay kararlarında da, adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığı ve hak sahibi olamayacağı istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir. Örneğin; YHGK'nın 17.1.1990 tarih, 13-452/2 sayılı kararı, YKD 1990/8,s. 1138; yine aynı şekilde Yarg. 13.HD'nin.,25.1.1994 tarih ve 9907/503 sayılı kararı, YKD.1994/3, s.413, aynı yönde Yarg. 4.HD'nin 3.3.1975 tarih ve E.10099 K.2651 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). BK Tasarısı'nın 638. maddesinde de, "*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, tasarıda, adi şirketin hukuki niteliği konusunda mevcut durumdan farklı bir husus düzenlenmemiştir.

¹⁰⁵ s.75.

¹⁰⁶ Ansay,Tuğrul, s.153. Yazar, bu konuya ilişkin olarak yayınladığı yeni tarihli bir makalesinde; pratik ihtiyaçlar sebebiyle, Almanya'daki gelişmelere uygun biçimde, adi şirketi bir hak sujesi kabul ederek tüzel kişilik vermek yerine, olayın özelliklerine göre hak ehliyeti tanınması gerektiği görüşündedir. Ayrıca yazara göre, üçüncü kişilerin çıkarlarını daha iyi korumak amacıyla, adi şirkete kolektif şirkete benzer bir hak ehliyeti tanınması uygun olacaktır. Ansay, Tuğrul, Adi Şirket, s.9-10.

¹⁰⁷ Ansay, Tuğrul,s.124; Ayiter, s. 133; Barlas, s.81; Doğanay, s.31;Erişir, s.225; Karayalçın, s.133; Şener,s.155.

ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Bu halde her ortak taraf ehliyetine sahip olacak ve ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunacaktır¹⁰⁸. Bu dava sonucunda verilecek karar bütün ortaklar hakkında verilir. Kararın adi ortaklık adına verilmesi mümkün değildir. Davanın ortaklardan biri tarafından açılması halinde hemen reddedilmemesi gerekir. Bu durumda mahkemece, diğer ortakların da davaya katılmaları veya davaya rıza göstermelerini sağlamak için süre verilmesi gerekir¹⁰⁹. Bu süre içerisinde ortaklar davaya katılmaz veya temsil yetkisi de vermezlerse, dava, esasa girilmeden, dava şartı eksikliği sebebiyle usulden reddedilir¹¹⁰. Ortaklardan biri tarafından açılan dava diğer ortakların katılmaması veya rıza göstermemeleri nedeniyle reddedilirse, yargılama masraflarına davayı açan ortak katlanacak, diğer ortakların bu masraflardan sorumluluğu bulunmayacaktır¹¹¹.

Kural olarak adi şirkete karşı açılacak davalarda bütün ortakların davalı olarak dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Fakat adi şirkette ortaklar arasında, kanundan kaynaklanan müteselsillik ilişkisi bulunduğundan (BK m.534), konusu tek başına bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün bir edime (örneğin bir para borcu) dayanan davalarda davacı, tek bir ortağa karşı bu davasını yöneltebileceği gibi, ortaklardan bazılarına veya tamamına karşı da davasını yöneltebilir¹¹². Bu halde ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. Adi şirketin borcunun likit olmaması halinde, yani, tarafların anlaşamaması durumunda, alacağın gerçek miktarının bir mahkeme kararı ile tespit olunacağı hallerde, şirket borcundan ötürü açılacak davanın bütün adi şirket ortaklarına karşı birlikte yöneltilmesi gerektiği, Yargıtay tarafından ve doktrinde savunulmaktadır¹¹³. Likit olmayan adi şirket borçlarından dolayı, bütün ortakların birlikte davalı olarak gösterilmelerinin müteselsil sorumluluk ilkesini sınırlayacağı ve özünde para alacağı olan bu hallerde de müteselsillik ilişkisinden vazgeçilmemesi gerekeceği, kabul edilebilir bir karşı görüş olarak ileri sürülebilir. Dava konusunun tek

¹⁰⁸ YHGK E. 1989/ 13-457, K.1990/2, t.17.1.1990 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası);Yarg. 4.HD. E.1979/7184, K.1979/12707, t.19.11.1979, YKD.1980, C.VI, S.11, s.1476-1479.

¹⁰⁹ Kuru,Usul, C.I,s.969;Şener, s.258. Yargıtay da, yönetici olmayan adi şirket ortaklarından birinin dava açması durumunda, dava açan ortağa, diğer ortakların davaya katılmalarını sağlaması veya kendisine muvafakat verilmesi için süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir. YHGK E. 1989/13-457 K.1990/2, t.17.1.1990; Yarg. 12.HD. E.2005/16613,K.2005/17742,t.22.9.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹¹⁰ Kuru,Usul, C.I,s.969.

¹¹¹ Kuru, Usul. C.I,s.971.

¹¹² Ansay, Tuğrul, s.125-126; Barlas, s.83; Erişir, s. 226; Kuru,Usul, C.I,s.974; Şener,s.163.

¹¹³ Kuru, Usul. C.I,s.971;Yarg.13.HD. E.620 K.1145, t.22.2.1982, Şener, s. 165.

bir ortak tarafından yerine getirilemeyecek bir edim olması halinde ise davanın bütün ortaklara karşı birlikte açılması gerekir. Bu durumda ortaklar, mecburi dava arkadaşı olarak davayı yürütürler¹¹⁴. Dava dilekçesinde bütün ortaklar davalı olarak gösterilmemişse, davanın hemen reddedilmemesi, mahkemece, davayı diğer ortaklara teşmil etmek üzere davacıya süre verilmesi gerekir. Bu kapsamda teşmilden anlaşılması gereken, dava dilekçesinin davalı olarak gösterilmeyen ortaklara tebliğ edilerek yargılamaya katılmalarının sağlanmasıdır. Yoksa sadece dava dilekçesinde yapılacak düzeltmeler davanın teşmili anlamına gelmeyecektir.

Yönetici ortağın temsil yetkisinin kapsamı genel yetki kuralları çerçevesinde belirlenir¹¹⁵. Bu bağlamda, yönetici ortağın dava açma hakkı, genel yetki kapsamında değerlendirilen olağan işlemlerden değildir. Dolayısıyla yönetici ortağın yargılamada diğer ortakları temsil edebilmesi bu konuda özel bir yetkiye sahip olması halinde mümkün olacaktır (BK m.388/III). Buna göre dava açmak veya açılmış bir davada diğer ortakları temsil etmek özel yetkiyi gerektiren bir husustur. Özel yetki kavramından anlaşılması gereken, bütün ortakların açık bir şekilde dava açma ve ortaklığa karşı açılmış bir davada ortaklığı savunma yetkisini yönetici ortağa vermiş olmalarıdır¹¹⁶. Yönetici ortağın dava açtığı veya ona karşı dava açıldığı hallerde, tek tek bütün ortakların dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Sonuçta temsilci adi şirketin değil, diğer ortakların temsilcidir¹¹⁷. Bu durumda yönetici ortak davayı kendi adına da takip ettiğinden, avukat olması gerekli değildir¹¹⁸. Dava sonucunda verilecek hüküm

¹¹⁴ Kuru,Usul, C.I,s.971.

¹¹⁵ Ansay, Tuğrul, s.125; Barlas, s.84;Kuru,Usul, C.I,s.967.

¹¹⁶ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Adi ortaklıklarda idareci ortak olağan şirket işlerini yürütmeye yetkilidir. Olağanüstü işler için ise bütün ortakların ittifakı şarttır. İdare hakkı olağan işleri kapsar. Dava açmanın olağan işlerden olup olmadığı hususuna gelince, idareci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekalet hükümlerine tabidir. Oysa özel yetki olmadıkça vekil dava açamaz. Yazılı işler için ortaklık kararı gerekir. Davada böyle bir ortaklık kararı mevcut olmadığından ve vekil durumunda olup vekaletname vermiş olan idareci ortağın bu durumda dava açma hakkı bulunmadığının kabulü gerekir..."Yarg. 11.HD. E.1979/4583 K.1979/5217,t.14.11.1979;benzer yönde bir karar, HGK E.1990/13-457 K.1991/2, t.17.1.1990 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹¹⁷ BK. Tasarısının 637. maddesinin 3. fıkrasında, kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisinin var sayıldığı, ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine (ki dava açılması bu nitelikte bir işlemidir) ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttı aranacağı, hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁸ Ansay, Tuğrul, s.125; Kuru,Usul, C.I,s.968.

bütün ortaklar hakkında olacaktır, hükmün adi ortaklık adına verilmesi mümkün değildir.

Yönetici ortak tarafından, diğer ortakları da temsilen dava açılır ve fakat yönetici ortağın dava açmak hususunda özel yetkisi bulunmazsa, doktrinde farklı bir görüş olarak davanın devam edileceği ileri sürülmektedir¹¹⁹. Bu görüşe göre, yönetici ortağın davadaki yetkisinin kapsamını BK m.388/III'e göre değil, adi ortaklık ilişkisinin niteliğine daha uygun olan TTK m.165 (ve buna paralel olarak BK m.533) hükmüne göre belirlemek gerekir. TTK m. 165'de kollektif ortak yöneticilerinin idare yetkisinin kapsamı belirlenmiştir. Bu madde kapsamında, yöneticiler şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde sulh, feragat, kabul ve tahkim yapabileceklerdir. Yöneticilerin bu işlemleri yapabilmeleri için ayrıca yetkilendirilmeleri gerekli değildir. İdareci ortağın, ortakların tamamının izni olmadan davayı açıp yürütebileceğini ileri süren görüş, TTK m.165'nin lafzında dava açılmasından bahsedilmese de tahkime gidebilmenin ve sulh olmanın mümkün olabildiği hallerde davanın da açılabilirliğini belirtmektedir¹²⁰. Kanımızca, adi şirkete ilişkin bir hususta, tüzel kişiliği bulunan kollektif şirket hakkındaki hükümlerden ziyade genel yetki kurallarına ilişkin düzenlemelerden yararlanmak daha uygun olacaktır. Dava sadece adi ortaklığa karşı açılmış, ortaklardan hiçbiri davalı olarak gösterilmemişse, taraf ehliyeti bulunmayan adi ortaklığa karşı açılan davanın usulden reddedilmesi gerekir. Böyle bir davanın ortaklara karşı devam edilmesi istenemez.

Ortaklardan biri tarafından adi şirkete karşı açılacak davalarda, davayı açacak ortağın kendisi dışında bütün ortakları taraf olarak davalı yanda göstermesi gerekir.

Kanaatimizce adi şirket konusunda Alman Hukukunda ortaya çıkan gelişmeler, Türk Hukukunda etki yaratacak nitelikte değildir. Alman Hukukunda adi şirkete hak ve taraf ehliyeti tanınmasına dayanak teşkil edebilecek önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Alman Usul Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası, hak ehliyeti bulunmayan toplulukların pasif taraf ehliyetlerinin varlığını hüküm altına almıştır. Yine Alman Külli Takip Kanunu'nda adi şirketin aciz ehliyetinin bulunduğu

¹¹⁹ Şener, s.161.

¹²⁰ Şener, s.161.

açıkça ortaya konulmuştur (InSO § 11). Ayrıca bu hukuk sisteminde kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği bulunmadığı halde bu tür ortaklıklara, adeta tüzel kişilikleri varmışçasına, bazı hak ve yetkiler tanınmış, özellikle de, bu tür ortaklıkların taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmiştir. Alman Hukukunda adi şirketin taraf ehliyetini kabul eden yazarlar, kollektif ve komandit ortaklıklara ilişkin bu özelliklerin adi şirket için de uygulanabileceğini belirtmişlerdir. Türk Hukukunda ise Alman Hukukunda olduğu gibi adi şirketin hak ve taraf ehliyetine dayanak teşkil edecek yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Adi şirkete hak ve taraf ehliyetinin tanınması, hukuk güvenliği açısından önemli sakıncaları beraberinde getirecektir. Adi şirketin ticaret siciline tescil zorunluluğunun bulunmaması, adi ortaklık şeklinde meydana gelen birlikteliklerin aleniyeti konusunda önemli şüpheler ortaya çıkarabilecektir. Nitekim Alman Hukukunda adi şirkete hak ehliyeti tanıyan mahkeme kararına getirilen eleştirilerin önemli bir kısmı, bu noktada yoğunlaşmaktadır. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa taraf ehliyeti tanınması, yargılamada tarafın belirlenebilir olması koşulunu zedeleyecektir. Tarafın belirlenebilir olmasından anlaşılmaması gereken, davacının açtığı davada karşı tarafı net bir şekilde göstermesinin gerekliliğidir, aksi takdirde taraf teşkili tam olarak sağlanamıyor demektir. Tescil edileceği bir sicilin bulunmaması ve tescil ilanının yapılmaması gibi sebeplerle belirlilik koşulunu tam olarak sağlamayan adi şirketin, yargılamada taraf olarak yer alması, hukuk güvenliğini zedeleyecek ve bu durum manipülasyonlara sebep olabilecektir. Alman Federal Mahkemesi, adi şirketin taraf ehliyetini kabul ederken, özellikle, elbirliği ortaklığının yargılamada ortaya çıkardığı sorunları gidermeyi amaçlamış ve adi şirkete taraf ehliyeti tanıyarak bu sorunların aşılabilirliğini belirtmiştir. Sadece pratik gereksinimleri gidermek amacıyla, uzun süredir var olan ve uygulanan hukuki kurumları bir anda bertaraf etmek, çok kolay olmasa gerekir. Hukukumuzda temeli elbirliği mülkiyetine dayanan birlikteliklerin, yargılamada taraf olması halinde dava arkadaşlığı ve dava yetkinliği enstrümanları kullanılarak yargılama nihayetlenir. Ayrıca, sadece adi ortaklığa taraf ehliyeti tanıyıp, temelinde yine adi ortaklıkta olduğu gibi elbirliği ilişkisi bulunan birlikteliklere taraf ehliyeti tanımamak, hukuki kurumlar arasındaki uyuma zarar verebilecektir.

§ 14. Miras Ortaklığının Taraf Ehliyeti

Mirasbırakanın ölümünden sonra, mirasçı olarak birden fazla kimsenin varlığı halinde, terekenin yönetimi ve paylaşımı amacıyla bu mirasçılar arasında bir topluluk oluşmaktadır. Mirasçılar arasında oluşan bu topluluğun temeli, diğer elbirliği ortaklıklarında olduğu gibi sözleşmeden değil, bir kanun hükmünden kaynaklanmaktadır¹. MK m.640 uyarınca, mirasın paylaşılması tamamlanıncaya kadar tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olan mirasçılar, paylaştırmanın sonuna kadar kanun ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre terekeyi yönetecek, borçlardan sorumlu olacak ve terekenin paylaşılmasını talep edebileceklerdir. Bu bağlamda miras ortaklığı, mirasbırakandan intikal eden hak ve borçlardan oluşan ortaklıktır². Mirasın paylaşımına kadar, tereke, mirasçıların malvarlığından ayrı bir malvarlıktır ve kendine özgü bu malvarlığı üzerinde mirasçıların elbirliği ile hak sahipliği bulunmaktadır³. Mirasçıların oluşturduğu bu topluluğun tüzel kişiliği bulunmadığından organsal bir temsilden de bahsedilemeyecektir.

Mirasçılar, tereke üzerinde elbirliği mülkiyeti prensiplerine göre hak sahibi oldukları için terekedeki paylarının bölünmesinden bahsedilemeyecek ve mirasçılar tereke üzerinde bütünsel bir hakka sahip olacaklardır⁴. Tereke üzerinde bütünsel bir hakka sahip olan mirasçılar, terekede yer alan bir hak üzerinde kural olarak oybirliği ile tasarruf etmek zorundadırlar (MK m.640/II). Bu nedenle, mirasçılar tek başlarına miras ortaklığına dahil bir eşya veya hak üzerinde tasarruf işlemi yapamazlar⁵ ve yargılamada tek başlarına taraf olamazlar⁶. Mirasçıların dava açması gereken hallerde hep birlikte bu davayı açmaları gerekir. Yani mirasçılar, mecburi dava arkadaşı konumundadırlar. Fakat kanunkoyucu bazı hallerde, mirasçılara bireysel olarak hareket edebilme imkanı sağlayarak az önce belirtilen genel kurala bir istisna getirmiştir. MK m.640/IV

¹ Antalya, s. 419; Dural/Öz, s.436-437; İnan/Ertaş/Albaş, s.537; Kılıçoğlu, s. 273.

² Dural/Öz, s.437; İmre/Erman, s.386-389; Kılıçoğlu, s.273.

³ Dural/Öz, s.437; Kılıçoğlu, s. 272; Serozan/Engin, s.63.

⁴ Dural/Öz, s.437. Mirasçıların birlikte davacı olmaları, mirastan doğan bir alacak davası için de geçerlidir. Burada mirasçılar arasında müteselsil bir alacak değil, iştirak halinde bir alacak söz konusudur. Dolayısıyla bütün mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekir. Kuru, Usul, C.I, s.982; 4.HD E.1981/7633, 1981/8567, t.12.6.1981; 1.HD.E.2001/9643 K.2001/10286, t.5.10.2001, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

⁵ Antalya, s.422; Kılıçoğlu, s.278; Serozan/Engin, s.64.

⁶ İnan/Ertaş/Albaş, s.539.

gereğince, mirasçılardan her biri, tereke haklarının korunmasını isteyebilecek, sağlanan bu korumadan da mirasçıların hepsi yararlanabilecektir⁷. Elbirliği halinde mülkiyet hükümleri çerçevesinde belirtildiği gibi⁸ kanunkoyucu terekedeki malların korunması amacıyla mirasçılara ferdi dava açma imkanı tanımıştır⁹. Bir veya birkaç mirasçı tarafından açılacak ferdi davanın kapsamı, terekedeki malların korunması amacı ile sınırlı olmalıdır¹⁰. Dolayısıyla bu sınırı aşan bireysel davalar açılmayacaktır. Ferdi davanın açıldığı bu hallerde, davayı açan mirasçı veya mirasçılar kanuni dava yetkini statüsündedirler. Mirasçıların açtığı ferdi davanın kabul edilmesi halinde, kesin hükümden diğer mirasçılar da yararlanacaklar, aksi halde yani ferdi davanın reddedilmesi halinde ise bu hüküm diğer mirasçıları etkilemeyecektir. Bu husus MK m.640/IV' da “*sağlanan korumadan bütün mirasçıların yararlanır*” ifadeleriyle ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, “terekedeki hakların korunması” ile sınırlı olmayan, örneğin bir mirasçının, terekeye ait bir mal, hak veya alacaktan yalnız kendi payına düşen kısım için sadece kendi adına dava açması halinde, bu dava reddedilecektir¹¹. Bu hallerde açılan bu dava, diğer mirasçıların paylarını kapsamadığından ve onlar adına da açılmadığından, davaya diğer mirasçıların katılması sağlanarak veya temsilci atanarak devam edilmesi mümkün olmayacaktır¹².

Genel kuraldan farklı bir şekilde, Kadastro Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu’nda mirasçılardan her birinin kendi başına dava açabilme imkanı kabul

⁷ MK m. 640’ın gerekçesinde, mirasta terekenin tabi olduğu elbirliği mülkiyeti prensibine getirilen en güçlü eleştirinin, mirasçıların birlikte hareket etme ilkesinin olduğu, bunun da uygulamada bazı güçlüklerle yol açtığı ve mirasçıların bireysel olarak terekedeki haklarını korumasına mani olduğu, ortaya çıkan bu güçlükleri gidermek amacıyla maddeye dördüncü fıkranın eklendiği ve eklenen bu hüküm ile mirasçılardan her birinin hakkını korumak için dava açma imkanının sağlandığı, sağlanan korumandan diğer mirasçıların da yararlanacağı, davanın kaybedilmesi halinde diğer mirasçıların bundan etkilenmeyeceği belirtilmiştir. www.tbmm.gov.tr

⁸ Bkz. § 12, A.

⁹ Elbirliği mülkiyetinde genel prensip olarak belirtilmiş ferdi dava açma imkanın, miras ortaklığında ayrıca belirtilmesinin aslında gereksiz olduğu, fakat kanunkoyucunun miras hukukunda yaygın olan bu soruna açıklık getirmek amacıyla aynı kuralı tekrar etmek ihtiyacı hissettiği belirtilmiştir. Kılıçoğlu, s.279.

¹⁰ Örneğin, ön alım davasında hak düşürücü süreyi geçirmemek için, miras ortaklığının yararını korumak amacıyla mirasçılardan birisi tarafından dava açılabilir.

¹¹ Antalya, s. 463; Kuru, Usul, C.I, s.992.

¹² Kuru, Usul, C.I, s.992.

edilmiştir¹³. Bu hükümler uyarınca açılan davalarda, diğer mirasçılarının muvafakatinin alınmasına veya miras ortaklığına bir temsilci atanmasına gerek bulunmamaktadır.

Mirasçılarının hep birlikte davacı veya davalı olmaları genel kuralı, terekeye ilişkin olarak üçüncü kişilerin yer aldığı uyuşmazlıklar için söz konusudur. Mirasçılarının birbirlerine karşı olan uyuşmazlıklarda, bütün mirasçılarının yargılamada taraf olarak yer alması veya davada temsil edilmeleri gerekli değildir. Örneğin, muris muvazaasına dayanarak bir mirasçının, murisle muvazaalı işlemlerde bulunduğunu iddia ettiği diğer mirasçıya karşı açtığı davada, tüm mirasçılarının davaya katılmalarına gerek bulunmamaktadır¹⁴. Benzer şekilde, bir mirasçının diğer bir mirasçı aleyhine açtığı müdahalenin men'i davasında diğer mirasçılarının yargılamaya katılımı sağlanmaksızın davaya devam edilecektir¹⁵.

Mirasçılarının tamamınca davanın açılmasından sonra, bazı mirasçılarının davayı takip etmemesi halinde yargılamanın akıbetinin ne olacağı sorusu sorulabilir. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre, diğer mirasçılar davaya devam edebilecekler ve bu halde mahkeme, yalnızca davayı takip eden mirasçının payları hakkında karar verebilecektir¹⁶. Alman Hukukunda mecburi dava arkadaşlığını düzenleyen hüküm gereğince, dava arkadaşlarından biri duruşmayı kaçırırsa, duruşmaya gelen dava arkadaşı, duruşmaya gelmeyen dava arkadaşını yargılamada temsil edecektir (ZPO § 62). Üstündağ, Alman Hukukunda yer alan kanuni temsil esasının Yargıtay tarafından da kabul edilen bir sistem olduğunu ileri sürmektedir¹⁷. Duruşmaya gelen dava arkadaşının diğer dava arkadaşlarını yargılamada temsil etmesinin sınırı, dava konusuna ilişkin tasarruflardır¹⁸. Buna göre, yargılamaya devam eden dava arkadaşının ikrar,

¹³ Kadastro K. m. 29, Kamulaştırma K. m. 14.

¹⁴ Bu doğrultuda, 4.HD. E. 2003/14108, K. 2004/3199,t.15.3.2004“...mirasçılar arasındaki davalarda Yeni MK.nun 640 (Eski MK. 581) maddesi hükümleri uygulanmaz. Buna göre bir mirasçının diğer bir mirasçı aleyhine açtığı davada tüm mirasçılarının katılımı veya izni aranmaz. Bu durum ancak mirasçı olmayan biri aleyhine açılacak davalar için söz konusudur...”. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

¹⁵ Y.14.HD. 21.9.2001 t. ve E.2001/5404, K. 2001/5837, Yargı Dünyası, Mayıs 2002, s.98.

¹⁶ Kuru,Usul,C.I,s.994.

¹⁷ Üstündağ,Usul, s.374-375 ve orada anılan HGK., E.5/376, K. 50,t.27.1.1968; 5 HD. E.8712 K. 1121, t. 3.2.1956.

¹⁸ Üstündağ,Usul, s.374-375.

feragat, kabul, sulh gibi tasarrufları, duruşmaya gelmeyen dava arkadaşlarına etki etmeyecektir¹⁹.

Miras ortaklığının davalı olduğu durumda ise, kural olarak davanın bütün mirasçılara karşı açılması gerekir. Bu durumda davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Dava dilekçesinde bütün mirasçılar davalı olarak gösterilmiş değilse, dava bu sebeple hemen usulden reddedilmemeli, mahkemenin davayı diğer mirasçılara da teşmil etmesi için davacıya bir süre vermesi gerekmektedir. Eğer bu süre içinde dava diğer mirasçılara da teşmil edilmişse bu takdirde davaya devam edilecektir. Ancak, davanın konusu üçüncü kişinin tereke ile ilgili para alacağına dayanmaktaysa, tereke borçlarından mirasçılar elbirliği halinde değil de, MK m.641 uyarınca müteselsilen sorumlu olduklarından, alacaklı bir veya birkaç mirasçıdan alacağının tamamını isteyebilir. Bu sebeple, tereke alacaklısı bir veya birkaç veya tüm mirasçılara karşı alacak davası açabilir. Bu halde davalı tarafında birden fazla mirasçının bulunması halinde, mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır.

Hukukumuzda, miras ortaklığının davalı olma ehliyetinin bulunduğu kabul eden görüşler bulunmaktadır²⁰. Bu görüşün gerekçesi olarak, İİK m.53/II ve HUMK m.11/II gösterilmiştir. İİK m.53'e göre, icra takibi devam ederken borçlu ölürse, alacaklı, mirası ret süresini bekleyerek takibe mirasçıların her birine karşı devam edebileceği gibi, bu süreyi beklemeden miras ortaklığına karşı takibe devam edecektir. HUMK m.11'de de terekenin taksimine kadar tereke aleyhine açılan davaların müteveffanın son ikametgahı mahkemesinde görülecektir. Alman Hukukunda hak ehliyeti olmayan toplulukların pasif taraf ehliyeti Usul Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında açık şekilde belirtilmiştir. Türk Hukukunda böyle bir açık kanun hükmü bulunmasa da, İİK m.53 ve HUMK m.11'den hareketle miras ortaklığının pasif taraf ehliyetinin varlığı kabul edilebilir²¹.

¹⁹ Üstündağ, Usul, s.374.

²⁰ Deren-Yıldırım, Kesin Hüküm, s.82, dp.8; Üstündağ, Usul, s.290.

²¹ Yargıtay kararlarında terekenin pasif taraf ehliyeti bulunduğu açıkça ortaya konulmuştur. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir; "...Bu durumda borçlu takipten sonra öldüğünden İİK.nun 53. maddesi gereğince alacaklının tereke aleyhine veya mirasçıların aleyhine takibin devamını istemesi gerekir. Eğer mirasçılar hakkında takibin devamını isterse reddi miras için Medeni Kanun gereğince tayin edilen 3 aylık süre içerisinde takibin geri bırakılması icabeder. Alacaklı terekeye karşı takibe devam

Alman Hukukunda, hukukumuz da olduğu gibi, mirasçılar arasında elbirliği mülkiyeti bulunmaktadır²². Federal Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin kararının miras şirketi üzerinde ne derece etki edeceği Alman Hukukunda tartışmalı bir konudur. Bu kararın aynen miras ortaklığı için de uygulanabileceğini yani bu kararın aynen miras ortaklığına aktarılabilceğini söyleyen görüşler bulunduğu gibi, miras şirketinin adi ortaklıktan farklı olduğunu ve dolayısıyla aynı hükümlerin miras ortaklığında uygulanamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.

Adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin kararın miras ortaklığı için de uygulanacağını savunan görüşün gerekçesi; miras ortaklığında da adi ortaklıkta olduğu gibi elbirliği mülkiyeti prensiplerinin geçerli olduğudur²³. Özellikle ticari işletmesi olan miras ortaklıkları, HGB § 17 II gereğince firma ismi altında dava açılacaklar veya onlara karşı dava açılacaktır²⁴. Miras ortaklığının hak ve taraf ehliyeti bulunduğu görüşü, Alman Hukukunda çok daha önceleri dile getirilmiştir²⁵. Bu görüşlerin doğal sonucu olarak miras ortaklığının usuli bir kişiliği bulunmakta ve miras ortaklığı yargılamada davacı ve davalı olabilmektedir. Miras ortaklığına taraf ehliyeti tanımakla, adi şirkette olduğu gibi yargılamada kolaylıklar sağlanabilecektir. Özellikle terekeden alacaklı olan kimseler, tek tek mirasçıları davada gösterme zorluğuna katlanmadan, miras ortaklığına karşı dava açabileceklerdir. Miras ortaklığının adi şirket gibi hak ehliyeti bulunduğunu ileri süren görüşe göre, terekenin sorumluluğu için bütün mirasçılara yönelik bir ilamın gerekliliği, terekenin taraf ehliyeti bulunduğu düşüncesine aykırı gibi görünse de, bu hususun, Federal Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin

etmek isterse bundan sonraki işlemlerin tereke mümessillerine tebliği icabeder. Ancak bu durumda üç aylık mirasın reddi süresi beklenmez. İcra takip dosyasının incelenmesinde, şikayet tarihi itibarı ile, alacaklı vekilinin tereke veya mirasçılar adına takibin devamına yönelik bir talebinin bulunmadığı görülmektedir. Alacaklı bunlardan hangisini ihtiyar ettiğini bildirmeden takibin yürütülmesi mümkün değildir. Bu nedenle İcra Müdürlüğüne takibin durdurulmasına karar verilmesi doğru ise de, alacaklının takibe tereke aleyhine veya mirasçıların aleyhine devamına yönelik talebinden sonra yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca işlem yapılması gerekirken..." Y. 12.HD. 16.5.2007 tarih ve E. 2007/7459, K. 2007/10085 sayılı karar, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²² Leipold, § 21 Rdn. 721.

²³ Grunewald, AcP 197 (1997), s.315; ticari işletmesi bulunan miras ortaklıklarının hak ve taraf ehliyetlerinin kabul edilebileceği hakkında K.Schmidt, NJW 1985, s.2785.

²⁴ Grunewald, AcP 197, s.133.

²⁵ Gierke, s.682; Flume, s.177.

ilke kararı kullanılarak aşılması mümkün olabilecektir²⁶. Yani adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin prensipler miras şirketi içinde geçerli olacaktır.

Alman Medeni Kanunu'nun 2039. maddesinde her bir mirasçının, miras şirketi için talep hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hak uyarınca davacı tarafında yer alan mirasçı, sadece maddi hukuk anlamında tahsil hakkına değil, usul hukuku anlamında dava takip yetkisine sahiptir. Kanundan ötürü dava takip yetkisine sahip olan davacı mirasçı, tamamıyla kendisine ait olmayan bir hakkı kendi adına, kanundan dolayı talep edebilecektir.

Federal Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin ilke kararının miras şirketine tanınmaması gerektiğini savunan görüşe göre, miras şirketinin ayrı bir malvarlığı bulunmasına rağmen yapısal ve organizasyon eksikliği bulunmaktadır²⁷. Bu bağlamda elbirliği mülkiyeti prensibinden yola çıkarak, aralarında elbirliği ortaklığı bulunan bütün birlikteliklere hukuki kişilik tanımak uygun olmayacaktır²⁸. Ayrıca mirasçılar arasında, elbirliği ortaklığı çerçevesinde bir bağlılık bulunmaktadır²⁹. Federal Mahkeme'nin bu görüşü destekleyen kararları bulunmaktadır³⁰. Adi şirkete ilişkin BGH kararının, yapısal farklılıklardan dolayı miras şirketi için geçerli olamayacağını belirten bu kararlarda, özellikle adi şirketin hukuki işlemlerde bulunduğu ve faaliyetlerinin süreyle sınırlı olmadığı hususu vurgulanmıştır. Oysa miras şirketinde amaç sadece ortaklar arası paylaştırmanın yapılmasıdır³¹. Adi şirketin temelinde ortaklar arası bir sözleşme yatarken, miras ortaklığında kanundan kaynaklanan bir oluşum bulunmaktadır. Federal Mahkeme'nin ilke niteliğindeki kararı, sadece şirketler hukuku alanındaki özel hukuki ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Genel olarak bu görüşe katılmakla birlikte, miras ortaklığının ticari bir işletmesinin bulunması ve bu işletmenin yönetilmesi amacıyla mirasçılar tarafından temsilci tayin edilmesi hallerinde, miras ortaklığının dış adi şirket benzeri yapısının bulunacağını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır³².

²⁶ Wagner, s.355.

²⁷ Hess, s. 294.

²⁸ Weiss, s.207.

²⁹ Leipold, § 21, Rdn. 721.

³⁰ BGH NJW 2002, s.3389.

³¹ Leipold, § 21 Rdn. 721; Weiss, s.206-207.

³² Hess, s.294.

İsviçre Hukukunda Alman Hukukunda olduğu gibi miras ortaklığına hak ve taraf ehliyeti tanınıp tanınmayacağı tartışmalı bir husustur. Doktrinde genel görüş, miras ortaklığının hak ehliyetine sahip olmadığı, mirasçılar arasında elbirliği ortaklığına ilişkin prensiplerin geçerli olduğudur³³. Elbirliği ortaklığının genel prensibi gereği bütün mirasçılar terekeye ilişkin haklarda birlikte tasarruf edecektir. Bu kapsamda miras ortaklığının taraf ehliyeti bulunmamaktadır³⁴.

İsviçre Hukukunda terekenin kollektif hak ehliyeti bulunduğunu ileri süren farklı bir görüş de bulunmaktadır³⁵. Mirasçılar arasında birlikteliğin sağlanamamasından kaynaklanan problemlerin aşılması amacıyla ileri sürülen bu görüşe göre, miras ortaklığına sınırlı hak ve taraf ehliyeti tanınmak suretiyle, birlikteliğin sağlanamamasından kaynaklanan sorunlar çözülebilecektir. Tanınan bu hak ve taraf ehliyetinin kapsamı, tasfiye amacı ve özellikle de tereke ilgililerinin menfaatleri dikkate alınarak belirlenmelidir³⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi, taksimin yapılmadığı miras şirketinin davalı olması halinde, şirket taraf gösterilerek şirkete karşı dava açılabilirliğini belirtmektedir. Federal Mahkeme bu sonuca SchKG § 49 ve § 59'dan hareketle ulaşmaktadır. SchKG § 49 ve § 59 uyarınca terekenin henüz paylaştırılmadığı miras ortaklıklarına karşı icra takibi yapılabilir. Miras ortaklığına karşı takibin yapılabilirliği hükümlerinden hareketle Federal Mahkeme, itirazın kaldırılması davalarında terekenin özel bir malvarlığı olarak taraf ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir³⁷.

³³ Dreux, § 14, Rdn.22.

³⁴ Studer/Rüegg/Eiholze, s.80.

³⁵ Häfliger, s. 141.

³⁶ Häfliger, s.144.

³⁷ BGE 102 II 387; 113 III 79, Vogel/Spühler, s.139.

§ 15. Kat Malikleri Kurulunun Taraf Ehliyeti

A. Türk Hukukunda

Anataşınmazda ortaya çıkabilecek ortak yönetim sorunları sebebiyle kat maliklerinin birbirleriyle sıkı ilişki halinde olmaları, zorunlu olarak bir teşkilatlanmayı gerektirmektedir ve bu teşkilatlanma da, kat maliklerinin bir birlik, bir topluluk teşkil etmeleri biçiminde ortaya çıkmaktadır¹. Kat malikleri kurulunun oluşumu, görev ve yetkileri Kat Mülkiyeti Kanunu'nun ilgili maddelerinde (KMK.m.27-33) düzenlenmiştir. Anataşınmazdaki bütün kat maliklerinden oluşan bu topluluk aynı zamanda genel kurul niteliğindedir.

Kat malikleri kurulu, anataşınmazın yönetilmesi için gerekli kararları alır (KMK m.27,m.32/I) ve bu kararların uygulanmasını sağlamak için de bir yönetici seçer². Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır³.

Hukukumuzda göre kişiliği bulunmayan kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti de yoktur. Buradan hareketle, kat malikleri kurulunun davacı veya davalı olacağı durumlarda bütün maliklerin birlikte hareket etmesi, yani dava dilekçesinde tek tek bütün maliklerin gösterilmesi gerekir.

KMK 35. maddesinde yöneticinin, idari yetki ve görevleri ile bazı işlem ve işlerde kat malikleri birliğini temsil yetkisinden bahsedilmektedir. Yöneticinin temsil yetkisinin kapsamını, anataşınmazın genel yönetimine ilişkin işlemleri belirlemektedir⁴. Yönetici bu yetki kapsamı içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili olarak dava

¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,s.523.

² Kat malikleri kurulu, yönetici olarak bir kişiyi seçebileceği gibi, üç kişilik bir yönetim kurulu da oluşturabilir (KMK m.34). Yöneticinin malik olmasına da gerek yoktur.

³ “...İlke olarak, medeni haklardan istifade ehliyeti bulunan bir gerçek veya tüzel kişi, davada taraf olma ehliyeti ile sahiptir. Gerçek veya tüzel kişiliği olmayan kimselerin taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle, kat malikleri kurulu toplantısı ve kararlarının iptali davalarında husumet kat malikleri kurulu ya da yöneticiler kuruluna yöneltilemez. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 32. maddesine göre, kat malikleri kurulu, kat maliklerinden oluşmaktadır. Bu itibarla kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır...” HGK E.2006/18-483 K.2006/473,t. 28.06.2006, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴ Örneğin yönetici, ortak giderlerden ötürü dava açabilecek, yine bu giderler kapsamında yaptığı sözleşmelerden doğan ihtilaflarda davacı veya davalı olabilecek, buna karşılık bu kapsamda kabul edilmeyen, ortak yerlere yapılan elatmanın önlenmesi davasını açamayacaktır. Karahasan, C.1, s.515-520.

takip yetkisine sahiptir⁵. Aksinin kabulü halinde, üçüncü kişiler, yönetici ile sözleşme yapmaktan kaçınacaklar ve durumda kat maliklerine zarar verecektir⁶. Yöneticinin davada taraf olduğu bu işlemlerde aslında kanundan kaynaklanan bir dava takip yetkisinin varlığından söz edilebilir. Nihayetinde alınan karar kat malikleri kuruluna sirayet edecektir⁷. Anataşınmazın genel yönetimi dışında kalan işler için, yöneticinin dava takip yetkisi bulunmamaktadır.

Kat malikleri kurulu kararlarının iptaline karşı açılacak davalarda, yöneticinin pasif dava takip yetkisi bulunmamaktadır. Zira bu durum, anataşınmazın genel yönetimine ilişkin bir husus değildir. Bu durumda iptal davasının, toplantıya katılıp iptali istenen karara olumlu oy kullanan kat maliklerine karşı açılması gerekir⁸. Bu kişilerin tamamı dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmemişse, dava hemen usulden reddedilmemelidir, eksikliğin tamamlanması için davacıya süre verilmeli ve bu sürenin sonunda taraf teşkili tamamlanmamışsa dava usulden reddedilmelidir. Kat malikleri kurulu kararının iptalinin istendiği davalarda davalı olarak yönetici gösterilmişse ve yönetici de malik değilse, dava usulden reddedilmelidir⁹. Fakat yönetici aynı zamanda malik ve bu kararda olumlu oy kullanmışsa, bu takdirde dava hemen reddedilmemeli ve diğer maliklerin davaya katılımı sağlanmalıdır. Bu karara karşı olumsuz oy kullanan malikler, taraf olarak gösterilemez, zira onlardan başkalarının verdiği bir kararın olumsuz sonuçlarına katlanmaları beklenemez.

⁵ “...yöneticinin temsil yetkisine giren işlerden dolayı üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan uyumsuzluklardan aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmaktadır. Bu sıfatla yaptığı sözleşmeden dolayı kendisine husumet yöneltilebilir...” 3. HD. E.1999/1422, K.1999/1660, t.23.2.1999,(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶ 3.HD E.2005/11232, K.2005/13598 t.12.12.2005,(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁷ “..Kalişer yakıtı alımını, yönetici aynı sıfatla yaptığına göre, bu konuda çıkacak uyumsuzluklarda, **mali sorumluluk kat maliklerine ait olmak üzere**, yöneticiye husumetin yöneltilebileceğinin kabulü gerekir...” HGK E.1992/13-643,K.1992/749,t.23.12.1992 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸ HGK E.2003/18-565, K.2003/790,t.17.12.2003;18.HD E.2003/6168 K.2003/7870,t.20.10.2003, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁹ Nitekim Yargıtay’ın bu yönede bir kararı şu şekildedir: “Kat malikleri kurulu kararlarının iptali istemiyle açılan davalarda husumetin, iptali istenilen karara olumlu oylarıyla katılmış olan tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekir. Öte yandan kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmayıp bu kurulun seçtiği yöneticinin de pasif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu husus dikkate alınmadan, yöneticiye karşı açılan davaya bakılarak (davalı yönetici aynı zamanda kat maliki olmadığından, taraf teşkilindeki bir eksiklikten söz edilerek, eksikliğin dahili dava yoluyla tamamlanması da mümkün değildir) yazılı olduğu biçimde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir” Y.18.HD. E. 2002/3737, K.2002/4227,t.15.4.2002 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yöneticinin dava takip yetkisine sadece anataşınmazın genel yönetimine ilişkin hususlarda sahip olabileceğini belirtmiştik. Genel yönetim harici işlerde yöneticinin dava takip yetkisine sahip olabilmesi, sadece kat malikleri kurulunun temsil yetkisini yöneticiye vermesi halinde mümkün olacaktır. Bu husus Yargıtay kararlarında da kabul görmüştür¹⁰. Yargıtay pratik mülahazalardan hareket ederek bu görüşü kabul etmiştir. Aksi takdirde tek tek bütün kat maliklerinin davada taraf olarak gösterilmesi gerekecektir. Bu durumda yöneticinin davadaki konumu “iradi dava yetkinidir”.

B. Alman Hukukunda

Kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti ile ilgili tartışmalar, Federal Mahkeme’nin adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin kararının öncesinde olduğu gibi sonrasında da devam etmiştir. Mahkeme’nin kararından önce, bir görüş tarafından kat malikleri kurulunun kısmi hak ve taraf ehliyeti olduğu kabul edilmişse de¹¹, genel olarak müşterek mülkiyet kuralları içerisinde kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti sorununun çözüleceği belirtilmişti¹². Bu görüşe gerekçe olarak, Alman Kat Mülkiyeti Kanunu’nun (WEG) 10. maddesinin değişikliğinden önceki hali gösterilmişti. Değişiklikten önce bu madde hükmü, Medeni Kanun’un müşterek mülkiyete ilişkin hükümlerine atıf yapmıştır.

Federal Mahkeme’nin adi şirketin taraf ehliyetine ilişkin kararının kat mülkiyeti hukuku üzerindeki etkileri, yargı kararlarında da kendini göstermiştir. Eski bir kararında mahkeme, kat malikleri kurulunun hak ve taraf ehliyeti olduğu görüşünü reddetmekteydi. Bu kararında Yüksek Mahkeme, kat malikleri arasında müşterek mülkiyet hükümlerinin geçerli olduğunu, topluluğun yani kat malikleri kurulunun sorumluluk birliği teorisini(Haftungsverbandtheori) kabul etmekteydi¹³. Fakat Federal Mahkeme, adi şirkete hak ehliyeti tanıyan ilke niteliğindeki kararının etkisiyle, kat malikleri kurulunun kısmi hak ehliyetini ve kendine özgü bir topluluk olduğunu kabul

¹⁰ 18.HD. E.1999/8750,K.1999/10525, t. 20.09.1999; 4.HD E.2004/8190 K.2005/4766,t.3.05.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); HGK., 20.12.1972,5-100/134,İKİD 1973,s.1948. Başka bir olayda Yargıtay, yönetim planında bütün kat maliklerinin, malikler kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda yöneticiye verilen temsil yetkisinden hareketle, yöneticinin dava ehliyeti bulunduğunu kabul etmiştir. 18.HD E.2001/11035,K.2002/466,t.22.01.2002, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹¹ Blackert,s.82 dp.26’da anılan yazar.

¹² Blackert,s.86.

¹³ BGHZ 142,290, NJW 1999,s.3713;BGHZ, NJW RR 2004,s.493.

etmiştir¹⁴. Federal Mahkemenin bu kararına göre, kat malikleri kurulu, ortak olarak kullanılan idari malvarlığı çerçevesinde hukuk hayatına katılacak ve yine bu kapsamda da taraf ehliyetine sahip olacaktır.

Alman doktrinde kat malikleri kurulunun hak ehliyetini kabul eden görüşler bulunmaktadır¹⁵. Bu görüşlerin çıkış noktası pratik düşüncelerdir ve kurula hak ehliyeti tanınması uygulama açısından kolaylıklar sağlayacaktır. Böylelikle kat malikleri kurulu, yargılamaya katıldığında, malikler kurulunun taraf olarak gösterilmesi mümkün olacak ve sadece temsilciye yapılan tebligat yeterli olacaktır. Kat malikleri kurulu ile diğer kişi birliktelikleri karşılaştırıldığında, ortaya çıkan benzerlikler en fazla idari açıdan kendini gösterir¹⁶. Yönetici, malikler kurulu, yönetim kurulu gibi organlar diğer kişi topluluklarında da mevcuttur. Maliklerin değişimi kat mülkiyetini etkilemeyecektir ve idari faaliyetlerin gerçekleşmesi açısından malikler kurulu kendi başına bir özerklik göstermektedir¹⁷. Bu kıyaslama sonucunda, kişi toplulukları ile kat malikleri kurulu arasında farklılık olmadığı sonucuna varılır. Adi şirkete benzer bir şekilde, kat malikleri kurulu da üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girdiği ölçüde hak ve taraf ehliyetine sahiptir. Kat malikleri kuruluna özellikle dış ilişkilere girdiği ölçüde hak ehliyeti tanımak mümkün olacaktır. Bununla birlikte, maliklerden birinin ortaklık giderleri gibi, ortaklığa karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de, malikler kurulunun taraf ehliyeti bulunmaktadır. Aslında bu hallerde de kat malikleri kurulunun kısmi taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Sonuç olarak, kat malikleri kuruluna hak ehliyeti tanınması bu benzerliklerden hareketle kolaylaştırılmıştır.

Kat malikleri kurulunun taraf ehliyetini kabul etmeyen karşı görüşe göre, yukarıda kabul edilen düşünceler, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun (WEG § 10) Medeni Kanun'un paylı mülkiyete (BGB § 741) atıf yapan hükümlerine aykırıdır ve paylı mülkiyetin yanında, kat malikleri kurulunun hak ehliyetine sahip olması bir ikilem doğuracaktır¹⁸. Ayrıca kişi birliktelikleri ile kat malikleri kurulu yapısal olarak birbirinden ayrılır, zira bu birlikteliklerden farklı olarak kat malikleri kurulunda, isteğe

¹⁴ BGH Urteil vom 24. Juni 2005 – V ZR 350/03, NJW 2005, 3146.

¹⁵ Drasdo, s.1988.

¹⁶ Drasdo, s.1988.

¹⁷ Hess, s.295.

¹⁸ Hess, s. 296.

bağlı bir amaç birlikteliğinden söz edilemez¹⁹. Kat malikleri kuruluna taraf ehliyetinin tanınması, yargılama (Erkenntnisverfahren) ile cebri icra arasındaki koordinasyonda da yetersiz kalabilir²⁰. Bunlarla birlikte, kanun sistematüğinden ötürü, kat malikleri kuruluna hak ehliyeti tanınmasının mümkün olamayacağı savunulmaktadır²¹. Sadece pratik düşünceler ile de kat malikleri kuruluna hak ehliyeti tanınmaz. Mevcut kanun boşluklarının da kıyas yoluyla doldurulması mümkün değildir²². Neticede kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti reddedilir²³.

Yukarıda ortaya konan bu görüşler, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda 26.03.2007 tarihinde yapılan değişikle bir ölçüde anlamını yitirmiştir. 1.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren bu değişiklik uyarınca, kat malikleri kurulu, kurulun ortaklaşa sahip olduğu malvarlığının idaresinden dolayı üçüncü kişilere veya maliklerden birine karşı hak sahibi olabilecek ve borç altına girebilecektir (§ 10 Abs. 6 WEG). Yine bu madde gereğince kat malikleri kurulunun, ortaklığa ilişkin işlemlerden dolayı davacı veya davalı olabileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Kat malikleri kurulunun açacağı veya ona karşı açılacak davalarda, “kat malikleri kurulu” ibarelerinin bulunması zorunludur. Kat malikleri kuruluna bu şekilde bir kısmi hak ve taraf ehliyeti tanınması, mevcut davalarda özellikle de malik değişikliğinde ortaya çıkabilecek zorlukların önüne geçecektir. Eski malikin yerine yeni bir malikin gelmesi yargılamanın tarafında bir değişik yaratmayacak, taraf yine kat malikleri kurulu olacaktır.

C.İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır²⁴. Kurul, ortaklık malvarlığının yönetimi kapsamında malvarlığı hakkına sahiptir. Bu bağlamda, kurulun, kollektif şirkete yakın tüzel kişilik benzeri bir yapılanması bulunmaktadır²⁵. İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 712 1 maddesi, kat malikleri kurulun fiil ehliyeti başlığını taşımakta ve ilk fıkrasında kurulun kendi adına hak sahibi

¹⁹ LG Hamburg, ZMR 2001,s.856.

²⁰ Hess, s.296.

²¹ Ott, ZMR 2002, s.100.

²² Ott, ZMR 2002, s.100.

²³ Hess,s.296.

²⁴ Guldener, s.126.

²⁵ Meier-Hayoz/Rey, N.17 Art 712 1.

olabileceği halleri örnekler vererek açıklamaktadır. İkinci fıkrada ise, kat malikleri kurulunun kendi adına dava ve takip başlatabileceği, yine kurula karşı da davanın ve takibin başlatılabileceği belirtilmektedir. Yani kanunun ikinci fıkrasında kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, özellikle aidat alacakları gibi kat malikleri kurulunun ortak kullanım alanını ilgilendiren durumlarda, malikler kurulunun taraf ehliyeti gündeme gelecektir²⁶. Bu noktada kat malikleri kurulunun kabul edilen taraf ehliyetinin, sınırlı bir taraf ehliyeti olduğu kabul edilmektedir²⁷. Bu maddede açıkça kat malikleri kurulunun fiil ehliyeti düzenlenmiş, fakat hak ehliyetinden bahsedilmemiştir. Böylelikle kanun değişikliğinden önce doktrinde yer alan tartışmalar, kat malikleri kuruluna taraf ehliyetinin tanıyan 1 Ocak 2001 tarihli kanunla son bulmuştur.

Kat malikleri kurulunun aldığı kararların iptal edilmesini bireysel olarak maliklerden her biri isteyebilir. Bu noktada yine kat malikleri kurulunun sınırlı pasif taraf ehliyetinden bahsedilecektir²⁸.

²⁶ Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28, Rdn.9.

²⁷ Vogel/Spühler, s.136. Häfliger'de, kat malikleri kurulunda bir icra organı oluşması durumunda kat malikleri kuruluna sınırlı hak ehliyeti tanınabileceği, bunun sonucunda da malikler kurulunun sınırlı taraf ehliyetine sahip olabileceği görüşündedir. Yazar ayrıca kat malikleri kurulunun bu noktada kollektif taraf ehliyetine sahip olduğunu belirtmektedir. S.137.

²⁸ Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28, Rdn.9.

§ 16. Hak Ehliyeti Olmayan Toplulukların Taraf Ehliyeti

Alman Medeni Usul Kanunu'nda hak ehliyeti olmayan toplulukların davadaki hukuki durumları açıkça düzenlenmiş ve ZPO § 50 II' ye göre bu toplulukların sadece pasif taraf ehliyetleri olduğu hüküm altına alınmıştır. Hak ehliyeti olmayan ve bu yüzden sadece pasif taraf ehliyeti olan topluluklara, ticari işletmeler (§ 22BGB), ideal amaçlı topluluklar, bölgesel siyasi partiler, örnek gösterilebilir¹. Alman Hukukunda, hak ehliyetine sahip olmayan toplulukların, aktif taraf ehliyetini kabul etmeyip, sadece davalı olabilme yeteneği tanınması, bu topluluklardan alacaklı olan kimseleri koruma amacı ile getirilen bir düzenlemedir. Böylelikle bu tür topluluklardan alacaklı olan kimseler, tek tek bütün ortakları tespit edip, onları davalı olarak göstermek zorunda kalmadan, doğrudan ortaklığa karşı dava açabileceklerdir.

Pasif taraf ehliyetine sahip bu topluluklar, davalının yapabileceği bütün usuli işlemleri yapabilecekler, örneğin; sulh olup, kanun yoluna başvurabilecekler, takas talebinde bulunup, karşılık dava açabileceklerdir. Bu bağlamda, hak ehliyeti olmayan topluluğun davalı olduğu yargılamada bu topluluğun üyeleri, davalı yanında dava arkadaşı olabilecekler, fer'i müdahil olarak yargılamaya katılabilecekler ve tanık sıfatıyla aynı yargılamada dinlenebileceklerdir². Bununla birlikte, ZPO § 866 uyarınca, topluluk lehine alınan ilamın güvenceye alınması amacıyla getirilen düzenlemelerden, hak ehliyeti olmayan topluluklar yararlanamayacaktır, çünkü bu toplulukların tapu siciline kayıt yetenekleri yoktur. Aynı şekilde hak ehliyeti olmayan toplulukların ZPO § 835 uyarınca, ödeme yerine temlik hakları da söz konusu olamaz, zira bu toplulukların üçüncü kişiye karşı hukuki ihtilaf halinde davacı olabilme hakları söz konusu değildir.

Hak ehliyeti olmayan toplulukların sadece pasif taraf ehliyetine sahip olmaları hali, Alman Hukukunda “yarım taraf ehliyeti” (halbire Parteifähigkeit) olarak da nitelendirilmiştir³.

Federal Mahkeme'nin (BGH) 2001 yılındaki kararından önce, sadece topluluğun ismi gösterilerek, topluluk adına dava açılması halinde, bu husus, dava

¹ Stein/Jonas/Bork, §50 Rdn. 9.

² Fabricus, s. 11.

³ Wagner, s.357.

dilekçesinde bulunması gereken unsurları düzenleyen Alman Medeni Usul Kanunu'nun 253. maddesine aykırı bulunarak, kabul edilmemiştir⁴. Bu görüşe göre, bütün ortakların isminin dava dilekçesinde gösterilmesi zorunludur. Fakat bu durum çok ortaklı ve sürekli ortak değişiminin olduğu ortaklıklarda sorunlara yol açmaktaydı⁵. Uygulamada bu husus ortaklık tüzüğünde tek bir hak için veya genel olarak bir müdür, başkan tayin edilmesi veya ortaklık malvarlığının için bir yediemin tayin edilmesi ile aşılmaya çalışılmıştır⁶. Fakat bu durumda topluluk malvarlığına bağlı olmayan ve devredilemeyen haklarda (örneğin isim hakkı gibi) sorunun nasıl çözüleceği gündeme gelebilir. Devredilebilen haklarda, müdür veya yetkili kimse, iradi dava yetkinidir ve kendi adına davayı yürütür, fakat bu durum devredilemeyen taleplerde özellikle isim hakkı gibi mutlak haklarda sorunlara yol açabilir. Bu noktada doktrinde, talebin devredilmesi ve devir alanında davayı açması görüşü bir çözüm olarak kabul edilmiştir⁷.

Hak ehliyetine sahip olan bir topluluğun şubesi, kendi başına, hak ehliyeti olmayan topluluk gibi ZPO § 50 II gereğince pasif taraf ehliyetine sahiptir⁸.

Hak ehliyeti olmayan toplulukların aktif taraf ehliyetleri kural olarak bulunmamaktadır. Topluluğun dava açması gereken hallerde, bütün ortakların topluca davacı olarak hareket etmesi gerekir (mecburi dava arkadaşlığı)⁹. Fakat bu durum, adi şirketin taraf ehliyetinin tanınması ile Alman Hukukunda sorgulanmaya başlanmıştır. Alman Hukukunda tartışmalı da olsa, adi şirketin taraf ehliyeti hakkındaki Federal Mahkeme kararının, hak ehliyeti olmayan topluluklar içinde geçerli olacağını ileri süren görüşler bulunmaktadır¹⁰. Bu görüşün temeli, hak ehliyeti olmayan topluluklar hakkında kanunda düzenleme bulunmayan hallerde, adi şirket hükümlerinin uygulanacağına dair Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 54. maddesidir¹¹. Bu görüş savunucuları özellikle, dış adi şirkette olduğu gibi, hak ehliyeti olmayan toplulukların da, ticari ilişkilerinin

⁴ Fabricus, s.15.

⁵ Habscheid, AcP 1955, s.412.

⁶ Bamberger/Roth BGB, §54 Rdn. 37. Dava takip yetkisinin iradi olarak devri halinde, hak ehliyetine sahip olmayan toplulukların davacı olması halinde ortaya çıkabilecek sorunların aşılabileceği hakkında bkz. Habscheid, AcP 155, s. 414-415.

⁷ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 25 IV 1b.

⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.255.

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.255.

¹⁰ Hess, s.292.

¹¹ Zöller/Vollkommer, § 50 Rdn. 41.

olması, üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmesi halinde aktif taraf ehliyetlerinin bulunabileceğini kabul etmişlerdir¹². Bu görüşün doğal sonucu olarak, aktif dava ehliyeti tanınan bu topluluklar çekişmesiz yargıda da talep eden tarafında yer alabileceklerdir.

Adi şirkette olduğu gibi, bu tür toplulukların da ticaret siciline kayıtlarının mümkün olup olamayacağı hakkında tartışmalar bulunmaktadır. Hak ehliyeti olmayan şirketlerin sicile kayıt edilmesini uygun bulmayan görüşler ağırlıktadır¹³. Bu görüşe göre olması gereken, bu tür topluluklar için “hak ehliyeti olmayan” değil, “sicile kayıtlı olmayan” ibaresinin kullanılmasıdır¹⁴.

Federal Mahkeme’nin adi şirketin taraf ehliyetini kabul eden kararına rağmen, hak ehliyeti olmayan toplulukların aktif taraf ehliyetini kabul etmeyen bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, Alman kanunkoyucusunun ZPO § 50 2 deki hükmü koymasının sebebi yani hak ehliyeti olmayan topluluklara pasif taraf ehliyeti tanımış olması, bu topluluklar açısından (malvarlığı toplulukları açısından da) fiili olarak hukuk yaratmayı haklı göstermez, kanun koyucu sadece devri kabil olmayan haklar açısından bir istisna getirmek istemiştir¹⁵. Hak ehliyeti olmayan topluluklara davalı olabilme ehliyeti tanınması ile, adi şirkete taraf ehliyeti tanıyan genel görüşe bir gerekçe çıkarılması mümkün olamaz¹⁶. BGB § 54 hak ehliyeti olmayan şirketler konusunda adi şirkete ilişkin hükümlere atıf yapan maddeden de sadece iç ilişkideki halefiyete ilişkin hususları çıkarmak gerekir¹⁷.

Alman Hukukunda, hak ehliyeti bulunmayan toplulukların, sadece davada pasif dava ehliyetleri değil, aynı zamanda icra takibinde pasif takip ehliyetleri de bulunmaktadır. Ayrıca bu tür topluluklara karşı ihtiyati haciz talebinde bulunulabilir, onlar aleyhine ihtiyati tedbir istenilebilir ve hak ehliyeti olmayan topluluklar hakkında delil tespiti de talep edilebilir.

¹² Bamberger/Roth BGB, §54 Rdn. 37.

¹³ Hess, s.293.

¹⁴ Hess, s.293.

¹⁵ Stein/Jonas/Bork, §50 Rdn. 10.

¹⁶ Stein/Jonas/Bork, §50 Rdn. 10.

¹⁷ Stein/Jonas/Bork, § 50 Rdn 10.

Hak ehliyeti olmayan bir topluluğun malvarlığının cebri icra yoluyla satılabilmesi için topluluğa karşı alınmış bir karar yeterlidir. Sadece ortaklığa karşı alınmış bir kararın varlığı halinde ortakların kişisel malvarlıklarına cebri icra yoluna başvurulamaz. İlamın bütün ortaklara yönelik olarak verilmesine rağmen, ortaklık faaliyeti hakkında bir karar olması durumunda cebri icra ortaklık malvarlığına karşı yapılabilecektir¹⁸. Çünkü bu durumda aslında karar ortaklığa karşı verilmiştir¹⁹.

Hukukumuzda da tüzel kişiliği bulunmayan topluluklara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Konumuz açısından önem taşıyabilecek bu düzenlemelerden ilki, Medeni Kanun'un 577. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve tüzel kişiliği bulunmayan topluluklara yapılan kazandırmalar hakkındaki hükümdür. Bu hüküm gereğince, tüzel kişiliği haiz olmayan bir topluluğa muayyen bir gaye için yapılan kazandırmalar, bu gayenin temini kaydı ile o topluluğu teşkil eden fertlere ait olacaktır. Muayyen gayenin, tüzel kişiliği bulunmayan topluluğa yapılan kazandırma ile gerçekleşmesine olanak bulunmazsa, bu takdirde yapılan kazandırma vakıf kurma olarak kabul edilecektir (TMK m.577/II). Şu halde; tüzel kişiliği olmayan bir topluluk yararına belirli bir amacı gerçekleştirmek için yapılan ölüme bağlı kazandırma, mükellefiyetli kazandırma olarak topluluğu oluşturan kişiler arasında paylaştırılır. Bu takdirde, ölüme bağlı kazandırmaya muhatap olan topluluğunun bu konuya ilişkin bir ihtilafta taraf ehliyetinin bulunması söz konusu olamayacak, bireysel olarak topluluk üyelerinin taraf ehliyetinin varlığından söz edilebilecektir. Ancak ölüme bağlı tasarrufla lehtar olarak gösterilen kişiler topluluğu çok genişse ve kimlerin bu topluluğa girdiği belirlenemiyorsa veya gaye devamlılık arz ediyorsa ve özellikle topluluğun bugünkü üyeleri kadar gelecekteki üyelerinin de yapılan kazandırmadan yararlandırılması öngörülmüşse, söz konusu kazandırma vakıf kurma sayılır²⁰.

Hak ehliyeti bulunmayan topluluklar hakkında hukukumuzda yer alan başka bir düzenleme ise MÖHUK m. 9/5'dir. Bu hükme göre, tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabidir. Eski MÖHUK' da tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların ehliyeti konusunda bir düzenleme

¹⁸ Fabricus, s.205; Soergel/Fahse § 54 Rdn.33; Stein/Jonas/Bork, § 735 Rdn. 1.

¹⁹ Soergel/ Fahse, § 54 Rdn.33.

²⁰ Antalya, s.333; Kılıçoğlu,s.229; Serozan/Engin,s.270.

bulunmamaktaydı. MÖHUK' a getirilen bu yeni düzenleme gereğince, fiili idare merkezi Türkiye'de bulunan tüzel kişiliği haiz bulunmayan bir topluluğun ehliyetinin tespitinde, Türk Hukukunun bu toplulukların ehliyeti hakkındaki hükümleri uygulanacaktır. Hukukumuzda kural olarak bu tür toplulukların hak ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, bu tür topluluklar hakkındaki uyuşmazlıklarda taraf teşkili, topluluğu oluşturan ortakların veya üyelerin dava dilekçesinde yer bulmasıyla gerçekleşecektir. Oysa Alman Medeni Usul Kanunu'nun 50/II maddesi gereğince bu tür toplulukların pasif taraf ehliyetleri bulunmaktadır.

A. Hak Ehliyeti Tanınmasının Sonuçları (tapu kütüğü açısından)

Adi şirketin hak ehliyeti kabul edildikten sonra bu şirkete ait gayrimenkullerin kimin adına tescil edileceği de önemli bir sorundur. Adi şirketin tapu siciline kayıt ehliyetinin bulunup bulunmadığı Alman doktrinde tartışmalı bir husustur.

Alman Hukukunda bir görüşe göre, kanun koyucu bu tür şirketler için özel bir sicil oluşturmaktadır²¹. K. Schmidt'e göre süljelerin aleniyeti olmadan, objelerin aleniyeti söz konusu olmaz²². Adi şirkete, taraf ehliyetinin tanınmasıyla, tapu kütüğüne tescil kabiliyeti mutlak olarak tanınmış olmamasına rağmen, yargılamada taraf olarak kabul edilme, taraf olarak kabul edilen süljeye karşı icra kabiliyetinin mevcut olması halinde anlam kazanacaktır. K. Schmidt' e göre adi şirket kendisi için oluşturulan sicile kayıt ile tapu siciline kayıt imkanına kavuşacaktır.

Doktrinde bir kısım yazar tarafından, adi şirketin kendi adıyla tapu kütüğüne tescilinin yapılabileceği ve tek tek bütün ortakların gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilmiştir²³. Bu durumda ortakların ismi, tapu kütüğündeki belgeler arasında bulunmalıdır²⁴. Ayrıca tapu kütüğüne tescil sırasında şirketin mevcut olduğunun ve kim tarafından temsil edildiğinin Alman Tapu Kütüğü Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca ispatlanması gereklidir. Adi şirketin sicil ehliyeti bulunduğunu kabul eden başka bir görüşe göre ise, şirketin tapu siciline kaydının ancak ortakların da isminin sicile

²¹ Hess, s. 298.

²² K. Schmidt, Gesellschaftrecht, s.1715.

²³ Pohlmann, WM 2002, s.1430; Nagel, NJW 2003 s.1647; Münch, s.546; Wertenbruch, NJW 2002, s.324.

²⁴ Ulmer/Steffek, NJW 2002, s.330; Pohlmann, WM 2002, s.1421.

kaydıyla mümkün olabilecektir²⁵. Bu görüş gereğince ortakların isimleri ve şirket sicile kaydedilecek, ayrıca sicilde şirketin “adi şirket” olduğu hususu belirtilecektir²⁶.

Buna karşılık farklı görüşte olan yazar ve mahkeme kararına göre, adi şirketin tapu kütüğüne tescil kabiliyetinin olmadığı savunulmuştur²⁷. Bu görüşe gerekçe olarak, tüzel kişiler için geçerli olan aleniyet ilkesinin adi şirket için gerçekleşmediği; tapuda işlem yetkisinin adi şirket için kabul edilmesi halinde çözümü mümkün olmayan problemlerle karşı karşıya kalınacağı; adi şirketin mevcudiyeti ve temsili konusundaki hükümlerin şirket adına tapu kaydını mümkün kılamayacağı hususları ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Alman Tapu Sicili Kanunu’nun (GBO) 47.maddesi gereğince, elbirliği ortaklığının sicile kaydı için geçerli olan prensipler, adi şirketler için de geçerli olacak ve mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibi ortaklar hep birlikte sicile kayıt edilecektir.

Federal Mahkeme kararlarında adi şirketin tapu siciline tescilinin nasıl gerçekleşeceği yer bulmuş ve komandit şirket için geçerli olan şeklin adi şirket için de geçerli olacağını hükme bağlanmıştır. Mahkemeye göre, ortaklar da adi şirketle birlikte sicile kayıt edilmeli ve ayrıca ortak değişiklikleri sicile işlenmelidir²⁸. Bu şekilde ortaklarında kimlikleri aleniyet kazanacak ve ticari ilişkilerdeki güven sağlanabilecektir²⁹. Fakat tapu kütüğüne kayıt anındaki eksikliklerin yaptırımı, ticari sicil kadar ağır değildir³⁰. Ticari sicilde olduğu gibi tapu kütüğünde de adi şirket ismi, yerleşim yeri ve ortakları gösterilmelidir. Bu hususlarla birlikte, kayıt için tasarruf işleminin resmi şekilde kanıtlanması ve temsil yetkisinin de gösterilmesi gerekir. Bu temsil yetkisi de ortaklık sözleşmesinden anlaşılabılır.

Hukukumuzda adi şirkete ait gayrimenkullerin nasıl tescil olacağı, Tapu Sicil Tüzüğü’nün 25. maddesinin V. fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince, adi ortaklıkta taşınmazın tescili, bütün ortakların adı ortak paranteze alınmış şekilde yazılarak ve elbirliği mülkiyetinin adi ortaklık sözleşmesine dayandığı belirtilerek kayıt yapılacaktır.

²⁵ Münch, s.549.

²⁶ Münch, s.549.

²⁷ Wiedemann, JZ 2001, s.661, s.663; BayObLG, NJW 2003,s.70.

²⁸ BGHZ 148, 291,NJW 2001,s.3121.

²⁹ Nagel, s. 1647;Demharter, s.330.

³⁰ Nagel,s.330.

§ 17. İflasın Taraf Ehliyetine Etkisi

İflasın açılması ile birlikte, masa mallarıyla ilgili olarak açılan veya açılacak davalarda, iflas idaresinin davadaki hukuki konumu hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır¹. İflas idaresinin müflisin veya alacaklıların temsilcisi olduğunu ileri süren “temsil teorileri”, iflas masasının hükmi şahsiyet benzeri bir yapılanmasının bulunduğu ve iflas idaresinin de masanın organı olduğunu kabul eden “organ teorisi”, iflas idaresinin masaya ilişkin davalarda “görevinden ötürü taraf” olduğunu ileri süren resmi organ teorisi, iflas idaresinin hukuki mahiyetine ilişkin olarak ortaya çıkan görüşlerdir. İflas idaresinin davadaki konumu, bu görüşlere verilen anlama göre şekillenecektir. Bunların içinde kabul ettiğimiz, iflas idaresini “resmi organ” sayan görüş gereğince, iflas idaresi, iflas masasına ilişkin davalarda “görevden ötürü taraftır”. Bu görüş gereğince, iflas idaresi kendi adına ancak başkasının mamelekine ilişkin olarak davaları yürütür, yani iflas idaresi alacaklıların veya müflisin kanuni temsilcisi değildir². Şekli anlamda taraf teorisinin kabul edilmesiyle, davada taraf olabilmek için, maddi anlamda hak sahibi olmak gerekli değildir. Bu durumda da iflas idaresi, şahsına ait bir hakka değil, kendine yabancı bir hakka yönelik olan bir davayı yürütmektedir. Yani iflas idaresi burada kanundan ötürü taraf niteliğine sahiptir ve kanuni dava yetkinidir³. Masaya ilişkin davaları kendi adına yürütmesi iflas idaresini kanuni temsilciden ayırır ve ayrıca temsilciden farklı olarak da davada bağımsız hareket eder, iflas idaresinin dava takibindeki bu gücü, mamelek üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklanır⁴. Müflis dava takip yetkisini sadece iflasa ilişkin malvarlığı kısmı ile ilgili olarak yitirir⁵. İflasın açılması ile müflisin malvarlığı üzerindeki dava takip yetkisi iflas idaresine geçer. İflas masasının kendi kişiliğinde doğan özel bir malvarlığı yoktur, zira bu mallar üzerinde müflis mülkiyet hakkını muhafaza etmektedir.

İflas idaresinin müflisin temsilcisi olduğunu kabul eden temsil teorisinde ise, iflas idaresinin davadaki konumu müflisten kaynaklanmakta ve müflis adına davayı yürütmektedir. Yani müflis adına iflas prosedürünü ilerleten iflas idaresi, müflisin

¹ İflas idaresinin hukuki niteliği konusunda geniş bilgi için bkz. Deren – Yıldırım, Kesin Hüküm, s.106-114.

² Deren-Yıldırım,Kesin Hüküm, s.110.

³ Baumbach/Lauterbach,Grdz.§ 50, Rdn.8-12; Henckel, s.118; Zöller/Vollkommer, § 51 Rdn.7.

⁴ Deren-Yıldırım,Kesin Hüküm, s.110,dp.190’da anılan Weber,F.,s.108.

⁵ Ublenbruck,§ 80, Rdn.8.

gerçek kişi olması halinde, gerçek kişinin kanuni temsilcisi olarak (masadaki sınırlamalarla birlikte) , müflisin tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişiliğin temsil organı olarak hareket edecektir⁶. Oysa iflas idaresinin davadaki konumu, mamelek üzerinde görevinden ötürü sahip olduğu idare yetkisine dayanır. Ayrıca iflas idaresinin iflas masasına ilişkin davaları kendi adına yürütmesi, iflas idaresinin kanuni temsilciden farklı bir niteliğe sahip olduğunu ortaya koymaktadır⁷.

Gerek İsviçre İcra İflas Kanunu'nda gerekse İcra İflas Kanunumuzda, iflas idaresinin, iflas masasının temsilcisi olduğu hüküm altına alınmıştır (SchKG 240 ve İİK m.226). Türk Hukukunda İİK m.226'nın lafzından hareketle, iflas masasının tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen tüzel kişilik benzeri bir niteliğinin bulunduğu ileri sürülmüştür⁸. İflas masasının hükmi şahsiyeti bulunmamasına rağmen dava ve taraf ehliyeti bulunduğu Türk doktrinde kabul edilen bir görüştür⁹. Fakat bu görüş, iflas idaresinin yürüttüğü davalardaki kesin hükmün müflise nasıl sirayet edebileceğini açıklayamamaktadır. Oysa iflas idaresince yürütülen davalardaki kesin hüküm müflisin mameleki üzerinde etkisini göstermektedir. Zira müflis, iflasın açılmasıyla masa malları üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmemekte, kaybettiği şey bu mamelek üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisi ve onun yargılamadaki görünümü olan dava takip yetkisidir. İflas idaresi yargılamada dava takip yetkinidir ve bu durum, yukarıda da belirtildiği gibi şekli anlamda taraf teorisinin kabulünün bir sonucudur¹⁰.

İflastan önce açılmış olup da devam eden, müflisin taraf bulunduğu hukuk davaları, iflasın açılması ile durur (İİK m.194/I)¹¹ ve iflasın açılmasından sonra yapılan usul işlemleri, iflas masasına karşı hükümsüz hale gelir. Bu durum, ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar devam eder. İflasın açılması ile duracak davalar,

⁶ MünchKomm., Lindacher, §50, Rdn 50.

⁷ Sunar, s.347.

⁸ Yılmaz, İflas İdaresi, s.44.

⁹ Kuru, Usul, C.I, s.1025; Üstündağ, İflas, s.129, dp.129b.

¹⁰ Erişir, iflas idaresinin yargılamada dava takip yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte birlikte, davanın tarafının müflis olduğunu ileri sürmektedir, s.236. İflas idaresinin dava takip yetkisinin bulunmasına rağmen yargılamada taraf olamayacağını kabul etmek, onun müflisin temsilcisi olduğu sonucuna götürecektir. Fakat bu görüş yanıltıcıdır. Çünkü müflis, ne hak ne fiil ne de dava ehliyetini yitirmiştir.

¹¹ Alman Hukukunda da, iflasın açılması ile davaların duracağı, ZPO § 240'da belirtilmiş ve iflas idaresinin davaya devam etmesi halinde, yani dava takip yetkisini üzerine alması durumunda, ZPO § 265/II de belirtilen dava konusunun devir ve temlikine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir.

iflastan önce açılmış olup da halen derdest bulunan ve iflas masasına giren mal, alacak ve haklara ilişkin hukuk davalarıdır. Müflisin külli takiple ilgisi olmayan davaları devam edecek ve müflis de bu davalar bakımından dava takip yetkisini yitirmeyecektir. Alacaklılar toplantısı iflasın açılmasından önce müflis tarafından açılan davaların devam etmesinde masa menfaati görmez ve alacaklılar tarafından da davaya devam edilmesinde fayda görülmezse, bu tür davalar bakımından müflis dava takip yetkisine sahiptir. İflasın açılmasıyla duracak davalar, müflis tarafından açılan davalar olabileceği gibi ona karşı açılan davalar da olabilir. Davaların durduğu bu süre içinde, iflas idaresi, duran davalar hakkında araştırma yapar ve bu davaların geleceği hakkında karar verir¹². İkinci alacaklılar toplantısı, iflas idaresinin davaya devam etme kararını onaylamasından sonra, davaya iflas idaresi tarafından devam edilir.

İflasın açılmasından, ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar geçecek zamanın uzun bir süreç olması sebebiyle bazı davaların durması olumsuz sonuçlara sebep olacaktır. Oluşabilecek bu olumsuzluğun önüne geçebilmek için kanunkoyucu, bazı davaların iflasın açılmasına rağmen durmayacağını belirtmiştir. İİK m.194’de belirtilen bu hallerde, dava sonucunda alınacak karar, masa malvarlığını aktif veya pasif bir şekilde etkileyecekse, bu takdirde davaya iflas idaresi tarafından devam edilecektir. Eğer dava sonucunda verilecek karar iflas masasını etkilemeyecek nitelikteyse davaya müflis tarafından devam edilecektir.

İflasın açılmasından sonra, ne müflis ne de masa aleyhine masaya giren mal ve haklara ilişkin bir dava açılmaz¹³. Masadan hak talebinde bulunulması halinde bu talepler kabul edilirse, sıra cetveline yazılır. İflas idaresi, bu talepleri kabul etmezse, bu takdirde alacaklı olduğunu iddia eden kimse sıra cetveline itiraz davası açacaktır (İİK m.235).

Masa ile ilgili bu davalarda taraf, iflas idaresi olduğundan, müflis tanık olabilir. Yine bu tür davalara müflis, fer’i müdahil olarak katılabilecektir¹⁴. Zira iflas idaresince devam ettirilen davanın sonucu, müflisin hukuki durumunu etkileyecektir¹⁵.

¹² Kuru, İcra-İflas El Kitabı, s.1032.

¹³ Kuru, İcra-İflas El Kitabı, s.1038.

¹⁴ Yılmaz, İflas İdaresi, s.126.

İcra İflas Kanunumuzun 223.maddesine göre, iflas idaresi üç kişiden oluşur. Üç kişiden oluşan iflas idaresi üyeleri, dışarıya karşı birlikte hareket etmek zorundadır¹⁶. Bu sebeple, bir davada iflas idaresi üyeleri birlikte hareket etmek zorundadırlar¹⁷. Buradan anlaşılması gereken husus, iflas idaresinin taraf olduğu davalarda taraf teşkilinin sağlanabilmesi için bütün iflas idare memurlarının birlikte hareket etme zorunluluğunun bulunduğuudur. İflas idaresin sahip olduğu bu yetkisine kanuni bir sınırlama getirilmiştir. İcra İflas Kanunumuzun 226. maddesinin 2.fıkrasına göre, belli bir meblağı geçen alacaklarda iflas idaresinin sulh olma ve tahkim yapma yetkisi yoktur. İflas idaresi bu sınırı aşan ihtilaflarda sadece ikinci alacaklılar toplantısının verdiği yetkiyle sulh olabilir, tahkime başvurabilir. Bu noktada, sonuçları bakımından sulha benzeyen kabul ve feragat için de iflas idaresinin mevcut bir yargılamada yetkilerinin sınırlı olduğu kabul edilmelidir¹⁸. İflas idaresi, mevcut bir yargılamada ikinci alacaklılar toplantısının izni ve icazeti olmadan, İİK m. 226'da belirtilen sınırı aşan kabul ve feragat işlemlerini yapamayacaktır. Fakat davadan önce alacaklılar kurulunun vereceği bir yetkiyle, kanunda belirtilen meblağı aşsa da iflas idaresi kabul ve feragat işlemlerini yapabilecektir. Aslında iflas idaresinin takip ettiği davalarda, kural olarak, bütün özel yetkilere (HUMK m.63) sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Ancak, iflas idaresinin belli bir miktarı aşan sulh, feragat ve kabul işlemlerine kanunkoyucu tarafından bir sınırlama getirilmiştir.

Alacaklılar toplantısı, iflasın açılması ile durmuş davanın devam ettirilmesinde masa yararı görmemesi durumunda, İİK m.245 uyarınca bu talebin devam ettirilmesini alacaklılardan birisine devredebilir. Müflisin aleyhine açılmış bir dava olması durumunda da, bu dava, iflas idaresi tarafından takip edilmeyecekse, alacaklılardan biri tarafından devam ettirebilir. Yani masanın, derdest bir davada, davacı veya davalı olması, İİK m.245 uyarınca yapılacak temlik bakımından bir fark yaratmayacaktır²⁰. Birden fazla alacaklının, müflise ait bu talebi devam ettirmek istemesi halinde,

¹⁵ Yılmaz, İflas İdaresi, s.126.

¹⁶ Üstündağ,İflas,s.151,dp.129b;Yılmaz, İflas İdaresi, s.74.

¹⁷ Üstündağ,İflas,s.151,dp.129b.

¹⁸ Yılmaz, İflas İdaresi, s.131.

¹⁹ Yılmaz, İflas İdaresi, s.128.

²⁰ Üstündağ,İflas,s.192.

aralarında bir mecburi dava arkadaşlığı bulunacaktır²¹. Dolayısı ile her alacaklı birbirinden ayrı ve müstakil dava açamayacaktır. Buna göre, temlik alan alacaklı, kanuni dava yetkini olacaktır ve haiz olduğu dava takip yetkisi, kendisine yabancı bir hakka, borçlunun alacağına yönelik niteliktedir²². Bu durumda taraf ehliyetine sahip olan ve davayı yürüten kimse, talebi ileri süren alacaklıdır²³. Fakat dava sonucunda alınacak karar hem iflas masasını hem de müflisi etkileyecektir²⁴.

²¹ Üstündağ,İflas,s.193.

²² Deren-Yıldırım,Kesin Hüküm,s.105;Üstündağ,İflas,s.196.

²³ Üstündağ'a göre, dava takip yetkisini devralan alacaklı, davayı masa namına ve fakat kendi hesabına takip edecektir.İflas,s.196.

²⁴ Deren-Yıldırım,Kesin Hüküm,s.105.

§ 18. Tasfiye Sonrası Şirketlerin (Nachgesellschaft) Taraf Ehliyeti

Tüzel kişiliğin tamamıyla sona ermesi, aktif malvarlığının dağıtılması ve sicilden silinmesi ile gerçekleşir¹. Böylelikle topluluk hukuki olarak sona erer ve varlığı devam etmez. Fakat bazı durumlarda tüzel kişilik son bulsa dahi hukuki ilişkisinin süjesi olabilir. Örneğin, tüzel kişiliğin sicilden hatalı olarak silinmesi durumunda, aslında kişiliğin tam olarak sona ermesi söz konusu değildir; tüzel kişilik, tasfiye sonrası (nachtragsliquidation) adı verilen başka bir hukuki durum içerisindedir. Bu yeni durumda gerekli olursa üyeler tekrar çağrılır ve tasfiye tamamlanır². Diğer bir halde, tasfiyenin tamamlanması ihtiyacı üzerine değil, fakat fiili ihtiyaçların olması (tapu kütüğüne karşı, vergi dairesine karşı, daha önceki işçilere karşı yükümlülükler gibi) halinde ek tasfiyeye gündeme gelebilir. Bu halde de tüzel kişilik sicilden silinmesine rağmen, doktrin tarafından yeniden tüzel kişiliğin canlanacağı(ihyası) kabul edilmektedir³. Bazı hallerde şirket tasfiye edilmiş olmasına rağmen alacaklı olabilir. Mesela şirketin ciddi bir alacağının olduğu tasfiyeden sonradan anlaşılabilir ve bu durumda tasfiyeye rağmen şirket, aktif taraf ehliyetine sahip olabilecektir⁴.

Ticaret Kanunumuzda tasfiye tamamlandıktan sonra şirketin yeniden ihya edilmesi gereken hallere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁵. Fakat doktrinde ortaya çıkacak ihtiyaçlar sebebiyle, şirketin yeniden tescil ettirilerek ek tasfiye

¹ Tüzel kişiliğin hak ehliyetini kaybetmesi konusunda Alman Hukukunda birkaç görüş vardır. Bunlardan ilki, sicilden terkinin sadece açıklayıcı nitelikte olduğu, malvarlığının tamamıyla sona ermesi halinde hak ehliyetinin son bulacağı yönündedir.(Schellhammer, Rdn. 1180; Zöller/Vollkommer, § 50, Rdn 4b)Diğer bir görüş ise, malvarlığının tamamıyla sona ermesinden ziyade, sicilde terkinin ilk derecede önemli bir husus olduğu yönündedir (Blomeyer § 7 III 2). Genel kabul gören görüş ise, hem sicilden terkinin hem de malvarlığının tamamıyla sona ermesi halinde tüzel kişilerin hak ehliyetleri sona erecektir (Wiczorek/Schütze/Hausmann,§50,Rdn.17; K.Schmidt, GmbHR s.211).

² “...Tasfiyedeki usulsüzlük halinde, tasfiye işlemleri de tamamlanmamışsa, şirketin yeniden ihyası sağlanarak, usulsüzlüğün giderilmesi gerekir...” 11.HD. E.2003/3782, K.2003/10390, t.4.11.2003; “...Nitekim, bu tüzel kişiliğin son bulmasını ifade eden fesih ve tasfiye işlemi, Borçlar Hukukuna göre, aynı zamanda bir hukuki muamele olup, bu karar ve işlem bir hataya dayalı ise gerçek anlamda bir tasfiye işleminden söz edilemez...” 21. HD. E.2006/9102 K. 2007/7610, t.7.5.2007, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³ MünchKomm. BGB, § 49 Rdn. 17; Ahmann,s.440.

⁴ Zöller/Vollkommer,§50 Rdn.4b.

⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 547. maddesinde; ek tasfiye başlığı altında, tasfiyeden sonra ortaya çıkabilecek ve ek tasfiyeyi gerektirecek hallerde, bu maddede sayılan kimselerin, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeden, ek tasfiye sonuçlanıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebileceği; mahkemenin de, istemi haklı görmesi durumunda, tescile karar verebileceği ve son tasfiye memurlarını veya yeni bir veya birkaç tasfiye memuru atayarak, bu tescili ilan ettireceği belirtilmiştir.

işlemlerinin gerçekleştirileceği kabul edilmektedir⁶. Yargıtay'ın istikrar bulmuş kararlarında da, şirketin tasfiyeden sonra yeniden ihyasının gerekli olduğu durumlarda, tasfiye memurları ve Ticaret Sicil Memurları hasım gösterilerek ihya davası açılmalıdır⁷. Tasfiye memurları atanmamışsa, TTK m.441 gereğince, tasfiye işlemleri yönetim kurulunca yapılacaktır. Bu bağlamda, şirketin son yönetim kurulu üyeleri, başkaca kimseler tasfiye memuru olarak atanmamışlarsa, tasfiye memuru olarak işlem yaparlar.

Ticari hayattan silinmesine rağmen daha sonra varlığını sınırlı olarak devam ettirebilecek olan şirketler(Nachgesellschaft), taraf ehliyetine sahiptirler⁸. Bu durumda tamamlanmış tasfiyenin geri alınmasına gerek yoktur. Tüzükte ve üyeler arasında kararlaştırılmışsa ve gerekli olursa mahkeme tarafından uygun birisi atanır ve atanan bu kimse sınırlı tasfiye amacıyla bağlı olarak tasfiye işlemini tamamlar. Maddi hukuka bağlı bu durum, usul hukuku açısından da taraf ehliyeti kavramı ile örtüşür.

Terkin edilen bir şirketin taraf ehliyetinin varlığı, yukarıda da belirtildiği gibi malvarlığına ilişkin maddi hukuk esaslı bir talebin bulunup bulunmadığına bağlıdır⁹. Ticaret sicilinden silinmiş bir şirkete karşı dava açılabilmesi için davacının, tasfiye edilmiş davalı şirketin malvarlığı olduğunu ve bu malvarlığı ile işlem yapıldığını ispat etmesi gereklidir. Aslında bu durumda zaten usulüne uygun bir tasfiyede gerçekleşmemiştir. Ayrıca bir malvarlığı üzerinde şirkete karşı bir itiraz talebinde bulunmuş veya karşılık dava açmış ise bu durumda da zaten ihtilaf konusu maldan kaynaklanan şirketin devamı söz konusudur. Malvarlığının bulunması bu şekilde tasfiye edilmiş şirketlerin davada taraf olabilmesi için zorunlu bir şart olduğundan, hakim tarafından bu hususun araştırılması gereklidir¹⁰. Bununla birlikte tasfiye edilmiş şirketin malvarlığı bulunduğunu iddia eden kimsenin de bu iddiasını ispatlaması gereklidir. Zira

⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 850; Arslanlı ise, şirketin yeniden tesciline ticaret sicil memurunun re'sen karar veremeyeceğini, şirketin yeniden ihyasını isteyen alacaklının, terkin kararının iptali için dava açabileceğini belirtmektedir. Arslanlı, s.236.

⁷ 11.HD. E. 2005/758, K.2006/646, t.30.1.2006; 11.HD. E.2003/3782, K. 10390, t. 4.11.2003; 9.HD. E.2001/10852, K.10921,t.25.6.2001; YHGK E.1999/10-1, K.1999/1,t.27.1.1991, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.258.

⁹ Ahmann,s.440; Lindacher, Nachgesellschaft, s.557.

¹⁰ Hakimin bu konuda detaylı bir araştırma yapmasına gerek olmadığı, sadece taraflarca sunulan vakıyalardan sonuç çıkarılabileceği hakkında bkz. Bork, JZ 1991, s.846.

şirketin tasfiyesinin gerçekleştirilip, terkin edilmesi, malvarlığının bulunmadığına ilişkin bir karineyi ortaya koymaktadır¹¹.

Malvarlığı olmayan bir şirketin açtığı veya ona karşı açılan bir dava, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı reddedilecektir. Sicilden silinen şirketin kanuni bir şekilde temsilinden söz edilemeyecektir. Bu durumda mahkeme işin esasına girmeden, davayı taraf eksikliğinden dolayı usulden reddedilecektir¹².

Şirket tasfiyesinin gerçekleşip gerçekleşmediği, yani şirketin taraf ehliyeti bulunup bulunmadığı konusunda tereddütler olabilir. Bu husus mahkeme önünde herhangi bir şekilde tartışma konusu yapılırsa, karar verilene kadar şirketin taraf ehliyeti varmış kabul edilir¹³. Yargılama esnasında hem şirketin taraf ehliyetinin varlığı hem de davanın esası incelenir. Bu halde “çift etkili vakıanın” (doppelrelevante Tatsache) varlığından söz edilebilecektir.

Yeniden hayata dönüşte şirket, sadece ihya sebebi doğrultusunda işlem yapabilme yeteneği kazanır. Şirketin başkaca işlemler yapma ehliyeti doğmaz. Bu işlemlerin tamamlanması ile birlikte şirket yeniden ticaret sicilinden silinir.

Şahıs şirketlerin taraf ehliyeti de, tasfiye süresince ve şirketin tamamıyla sona ermesine kadar devam eder. Bu şirketler, aktif malvarlıkları kaldığı sürece, masa yokluğu sebebiyle iflas yargılamasından sonra veya sicilden silinmeden sonra da taraf ehliyetine sahip olurlar¹⁴. Şahıs şirketlerinde sadece bir ortak kalırsa yani ortaklık bozulursa şirketin hak ve taraf ehliyeti kalmaz. Yargılama sırasında şirketin hak ve taraf ehliyeti sona ererse davanın, ortaklara karşı devam edilebilmesi ZPO § 263’ de düzenlenen taraf değişimine ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır, zira ortaklar, müşterek malvarlığının bizzat sahibi olarak taraf ehliyetine sahip değildirlir¹⁵. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, yargılama esnasında, kollektif veya komandit şirket gibi şahıs şirketlerinin sona ermesi halinde, yargılamaya bu şirket

¹¹ Bork, JZ 1991, s.846.

¹² Bork, JZ 1991, s.841; Saenger, s.303.

¹³ Saenger, s.303.

¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.258.

¹⁵ K.Schmidt, Gesellschaftrect, s1367; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.259.

ortaklarının devamı iradi taraf değişiminin şartları gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır. Bu durumda kanuni halefiyet söz konusu olamayacaktır.

SONUÇ

Taraf ehliyetinin açık bir tanımı yapılamaksızın her somut olaya göre değişen durumsal taraf ehliyeti kavramını kabul etmek, bu kavramın nispileşmesi anlamına gelecektir. Taraf ehliyetinin nispileştirilmesi, hukuk güvenliği açısından sorunları da beraberinde getirecektir. Her şart ve koşula göre değişen bir taraf ehliyeti, hukuk güvenliğini tehlikeye atacaktır. Bu açıdan taraf ehliyeti kavramının tipikleştirilmesi ve standartlaştırılması gerekir. Böylece kimlerin hak ve taraf ehliyetine sahip olacakları açıkça belirlenebilecektir.

Yargılama sonunda alınan kararın icra edilebilir olması için yargılamaya katılan kimselerin, hukukun taraf olarak tanıdığı sùjeler, yani taraf ehliyetine sahip kimseler olması gerekir. Taraf ehliyeti, usul hukuku ile icra hukuku arasında bu eşgüdümü sağlama fonksiyonuna sahiptir. Bununla birlikte taraf ehliyetinin önemli bir fonksiyonu da, taraf ehliyeti eksikliği halinde, esasa ilişkin bir inceleme yapılmadan davanın usuli bir kararla sona ermesi sağlanarak, esasa ilişkin incelemenin yaratacağı zaman ve emek kaybını sona erdirmesidir.

Taraf ehliyeti “usuli” bir kavramdır, fakat içeriğı maddi hukukça doldurulur. Taraf ehliyetinin maddi hukukla olan sıkı bağı, taraf ehliyetine ilişkin sorunların çözümünde usuli bakış açısını geri plana atmamalıdır.

Alman Hukukunda adi şirkete kısmi hak ehliyeti tanıyan Federal Mahkeme kararıyla birlikte, tüzel kişiliğı bulunmayan birlikteliklerinin yargılamada taraf ehliyetine sahip olmaları mümkün hale gelmiştir. Böylelikle bu hukuk sisteminde, hak ehliyeti ile taraf ehliyeti arasında var olan sıkı bağ koparılmış ve tüzel kişiliğı bulunmayan bir topluluğı taraf ehliyeti tanınmıştır. Hukukumuzda ise, hak ve taraf ehliyeti arasında var olan sıkı bağ devam etmekte, taraf ehliyetine sahip olabilmenin tek koşulu olarak hak ehliyetine sahip olabilmeye atf yapılmaktadır. Yargılama hukuk bakımından hak ve taraf ehliyeti kavramlarının birbirinden ayrılmasının en önemli sonucu, mecburi dava arkadaşlığı kurumunun uygulama alanının giderek daralmasıdır. Temelinde elbirliğı mülkiyetine ilişkin prensiplerin bulunduğu toplulukların davacı veya davalı olduğı hallerde, bütün ortakların/üyelerin yargılamayı birlikte yürütmesi

esasına dayanan mecburi dava arkadaşlığı, bu toplulukların kendi adlarına yargılamada taraf olabilmelerinin kabulüyle, usul hukuku uygulamasında artık pek fazla bir anlam ifade etmeyecektir. Alman Hukukunun aksine hukukumuzda, hak ve taraf ehliyeti arasında var olan sıkı bağ halen devam etmektedir. Bu durum doğal sonucu olarak da mecburi dava arkadaşlığının uygulama alanının daralması, Türk Hukuku açısından söz konusu olmamaktadır.

Dava şartları incelenirken, ilk olarak davanın zorunlu unsurlarını ihtiva eden bir dilekçenin mevcut olup olmadığına bakılacak, daha sonra taraflara ilişkin dava şartları, bunu takiben mahkemeye ilişkin dava şartları ve son olarak da dava konusuna ilişkin dava şartları araştırılacaktır.

Hakim dava şartlarını incelerken, sadece tarafların getirdiği vakıalarla ve dosyadan açıkça anlaşılan durumlarla sınırlı olarak taraf ehliyetine ilişkin inceleme yapacaktır. Dava şartlarının varlığı konusunda şüpheye düşmesi halinde hakim, dava şartlarının varlığının ispatını davacıdan isteyecektir. Çünkü, dava şartlarının var olmasının lehine sonuçlar doğuracağı kimse, davacıdır.

Davanın konusunu başlıbaşına bir kimsenin veya oluşumun taraf ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti oluştursa, mahkemenin bu dava neticesinde vereceği karar, esasa ilişkin nitelikte olacaktır.

Taraf teşkilinin sağlanmasında dava dilekçesi belirleyici rol oynayacaktır. Taraf kavramını belirlemede şekli anlamda taraf teorisinin kabul edilmesiyle dava dilekçesinde taraf olarak gösterilen kimseler o yargılamada taraf sıfatına kavuşacaktır. Tarafın gösterilmesinde hata yapıldığı iddia edilir ve bu hatanın düzeltilmesi istenirse, bu takdirde dilekçenin içeriği önem kazanacaktır. Tarafı belirlerken yapılan hatanın düzeltilebilir olması için dava dilekçesinden düzeltilerek taraf gösterilmek istenen kimsenin belirlenebilir olması gerekir. İşte bu noktada şekli anlamda taraf kavramının çok sıkı anlaşılması gerçekten taraf olarak gösterilmek istenen kişinin belirlenmesinde bir engel teşkil edebilir. Taraf teşkili eksiliğinin tamamlanabilmesi için, derinlemesine olmasa bile davanın esasına girilmesi gerekecektir.

Mevcut olmayan taraf ve taraf ehliyetsiz birbirinden farklı kavramlardır. Bu farklılığa rağmen, bu iki husustan birinin gözden kaçırılıp, hüküm tesis edilmesi halinde mahkemenin vereceği karar etkisiz nitelikte bir karar olacaktır.

Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa taraf ehliyeti tanınması, yargılamada tarafın belirlenebilir olması koşulunu zedeleyecektir. Tarafın belirlenebilir olmasından anlaşılması gereken, davacının açtığı davada karşı tarafı net bir şekilde göstermesinin gerekliliğidir, aksi takdirde taraf teşkili tam olarak sağlanamıyor demektir. Tescil edileceği bir sicilin bulunmaması ve tescil ilanının yapılmaması gibi sebeplerle belirlilik koşulunu tam olarak sağlamayan adi şirketin yargılamada taraf olarak yer alması, hukuk güvenliğini zedeleyecek ve bu durum manipülasyonlara sebep olabilecektir.

Ceninin taraf ehliyetinin niteliği konusunda doktrinde bulunan çeşitli görüşler arasında Türk Hukuku açısından geçerli olan görüş, ceninin geciktirici şarta bağlı taraf ehliyetine sahip olduğudur.

Ölüye karşı açılmış bir davanın mirasçılara karşı devam edilebileceğine yönelik açık bir düzenlemenin hukukumuzda bulunmamasından ötürü, Yargıtay'ın ve doktrinin genel görüşünden ayrılmaya gerek yoktur. Ölüye karşı açılan davanın her zaman yanlışlıkla açılmış bir dava olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Davacı çeşitli amaçlarla, öldüğünü bildiği kimseye karşı dava açabilir. Bu halde artık mevcut olmayan bir tarafın varlığından söz edilecek ve dava, taraf ehliyeti eksikliğinden dolayı usuli bir kararla reddedilecektir. Mevcut olmayan bir tarafa karşı açılan davanın ıslah yoluyla düzeltilerek devam edilmesi de, ıslah yoluyla yargılamada taraf değişikliğine müsaade etmeyen Yargıtay uygulamasına ve bu konuda doktrinde ileri sürülen haklı görüşlere aykırılık teşkil edecektir

HUMK m. 41 hükmünü mehz kanunu dikkate alarak değerlendirmek gerekir. Buna göre, kayyım tayini yoluna zorunlu hallerde, gecikmesinde tehlike bulunan ve mirasçıların belli olmadığı durumlarda gidilmek gerekir. Yargılamanın bir an önce sonuçlanması düşüncesinden hareketle ve mirasçılık sıfatının ihtilaflı olduğu, mirasçıların tespit edilemediği hallerde karşı tarafın isteği ile mahkemece kayyım atanacaktır.

Tüzel kişilerin hak ehliyeti konusunda kabul edilen düşünceler, taraf ehliyeti açısından da benzer sonuçlar doğuracaktır. Bu noktada tüzel kişilerin hak ehliyetleri sadece amaçları ile sınırlı olarak kabul edilecekse, taraf ehliyetleri de bu kapsamda kalacaktır. Yani tüzel kişinin tüzüğünde, senedinde, esas sözleşmesinde belirtilen amaç çerçevesinde taraf ehliyetinin varlığı kabul edilecektir. “Ultra vires” görüşünden farklı olarak, gerçek kişilere özgü haklar dışında kalan bütün haklara tüzel kişiliğin sahip olacağı kabul edilirse, tüzel kişilerin taraf ehliyetinin kapsamı daha geniş olarak çizilecektir. Türk hukuku açısından da genel eğilim, tüzel kişilerin hak ve taraf ehliyetine ilişkin sınırların geniş kapsamda çizilmekte olduğudur.

Avrupa Birliği’ne üye devletlerden birinin tabiiyetinde bulunan şirketler, diğer üye devletlerde serbestçe faaliyet gösterebilecekler ve bu ülkelerde şube açabileceklerdir. Bu durum Avrupa Birliği Mahkemesi tarafından açıkça tespit edilmiştir. Yabancı şirketlerin Almanya’da faaliyet gösterebilmeleri için Alman yasalarına göre kurulmuş olmaları esasına dayanan merkez teori (sitztheori), uzun yıllar Almanya’da uygulanmış fakat Federal Mahkeme’nin merkez teori (sitztheori) esasları çerçevesinde kurduğu bir hükmün Avrupa Birliği Mahkemesi’nce bozulmasıyla, yabancı şirketlerin Almanya içinde faaliyet göstermeleri daha kolay hale gelmiştir. Böylece Avrupa Birliğine üye bir devletin tabiiyetinde bulunan bir şirket, tüzüğünde gösterilen yerleşim yerlerini değiştirmeden, yeni bir kuruluş gerçekleştirmeden, Almanya’da serbestçe faaliyetlerde bulunabilecektir.

Kuruluş aşamasında bulunan ve henüz sicile kaydedilmediği için kişilik kazanmamış ön şirketlerin hukuki nitelikleri konusunda doktrinde değişik fikirler bulunmasına rağmen, bu şirket türlerinin adi şirket niteliğinde olduğu kabul edilebilecektir.

Dernek davası açma hakkını, derneklerin kendi maddi hukuk alanından aldığını kabul etmek, bu derneklerin kanuni dava yetkini olduğunu söyleyen görüşe nazaran daha isabetlidir. Gerek dernek davalarında ön plana çıkan kamusal yarar, gerekse kanun tarafından açıkça dava açma konusunda derneklerin yetkilendirilmesi, dernek davası açma hakkının doğrudan doğruya derneklere ait bir hak olduğunun göstergesidir.

Hayvan haklarına ilişkin kıta Avrupa'sındaki son gelişmelerin hangi ölçülerde hayvanların hukuki durumlarında değişikliğe sebep olabileceği tartışmalıdır. Gerek hukukumuzda gerekse mukayeseli hukukta, hayvanların tam hak ehliyetine sahip olmadıkları açık bir şekilde kabul edilmektedir. Bununla beraber, İsviçre ve Almanya'da hayvan hukukuna ilişkin değişiklikler ile hayvanların eşya olmadığı meselesine vurgu yapılmakta, fakat hayvanlar hala hak konusu (objesi) olarak değerlendirilmektedir. Hayvan hukukuna ilişkin yeni düzenlemelere rağmen mukayeseli hukukta hayvanların hukuki niteliklerinde büyük bir değişiklik olmamıştır. Yaşam hakkıyla sınırlı olarak hayvanların, kısmi hak ve taraf ehliyetine sahip olduğu savunulabilir. Ayrıca bu hakların sağlanabilmesi amacıyla, anayasaya bir hüküm konularak bir devlet makamı teşkil edilebilecek ve bu makam da kayyımlik yetki ve görevine sahip olabilecektir.

Elbirliği ortaklığı hakkında Medeni Kanun'da yapılan son değişiklikle, ortaklardan her birinin topluluğa giren hakları koruyabileceği belirtilmiştir (MK m.702 f.4). Böylelikle özellikle acele durumlarda elbirliği mülkiyetinde, her bir ortağa gerekli önlemleri alabilmesi için imkan verilmekte, bu imkanlar kapsamında ortakların ferdi dava açma hakları bulunmaktadır.

Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren elbirliği mülkiyeti ve bununla paralel olarak giden adi şirkete ilişkin hükümlerin, şirketler hukukunun ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı düşüncesiyle, adi şirketin hak ve taraf ehliyeti bulunup bulunmayacağı, Alman Hukuk sisteminde sorgulanmaya başlanmıştır. Alman Federal Mahkemesi'nin dış adi şirketin hak ehliyetini tanıdığı ilke niteliğindeki kararından önce, Alman doktrininde, adi şirketin hak ve taraf ehliyeti olduğunu söyleyen görüşler bulunmaktadır. Esasında Federal Mahkeme de, dış adi şirketin hak ve taraf ehliyetini kabul ederken doktrindeki bu görüşlerden geniş ölçüde yararlanmıştır.

Federal Mahkemenin adi şirkete hak ve taraf ehliyeti tanıyan kararından sonra Alman doktrinin de bu kararın lehinde ve aleyhinde görüşler oluşmuştur. Aleyhteki görüşlere göre; Federal Mahkeme, adi şirkete taraf ehliyeti tanıyarak hukuk bütünlüğüne zarar vermiş, maddi hukuk ile şekli hukuk arasında var olan dengeyi bozarak, sistemden bir sapma meydana getirmiştir. Ayrıca Federal Mahkeme, ticaret

siciline kayıt zorunluluğu bulunmayan adi şirkete, taraf ehliyeti tanıyarak hukuk güvenliğine zarar vermiştir. Elbirliği ortaklığının bir sonucu olan yargılamada ortakların birlikte hareket etme mecburiyetleri, adi şirketin taraf ehliyeti kabul edilmekle son bulacaktır. Federal Mahkeme'nin adi şirketin taraf ehliyetini kabul etmesindeki en önemli sebeplerden birisi, mecburi dava arkadaşlığının yargılamada yarattığı sorunların önüne geçebilme isteğidir. Adi şirket taraf ehliyetine kavuşmakla, yargılamada bütün ortakların taraf olarak gösterilmesine gerek kalmayacak, yargılama esnasında ortaklıkta meydana gelecek değişiklik, tarafta bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Adi şirketin hak ehliyetinin kabul edilmesi, ortakların şirket borçlarından olan sorumluluğunu ikinci dereceye (Akzessorietätstheori) atmaktadır. Buna göre ortaklık işlemlerinden doğan borçlar için öncelikle ortaklığın malvarlığına gidilecek, ortaklığın malvarlığı bu sorumluluğu yerine getiremeyecek düzeydeyse, o zaman ortakların kişisel malvarlığı ortaklık borçlarından sorumlu olacaktır. Ayrıca şirkete yeni katılan ortaklar, katılımdan önce şirketin var olan borçlarından da sorumludurlar.

Adi şirketin hak ve taraf ehliyetinin kabulü manüpilasyonlara açık bir durumdur. Adi şirketin herhangi bir sicile kayıt zorunluluğunun bulunmaması ve ortaklık sözleşmesinin şekle tabi olmaması gibi sebeplere, hukuken var olmayan bir adi ortaklığın mevcut olduğu ileri sürülebilir. Özellikle bu durumun davada ortaya çıkması, yargılamada taraf değişikliğine sebep olabilecektir.

Adi şirket konusunda Alman Hukukunda ortaya çıkan gelişmeler, Türk Hukukunda etki yaratacak nitelikte değildir. Alman Hukukunda adi şirkete hak ve taraf ehliyeti tanınmasına dayanak teşkil edebilecek önemli düzenlemeler bulunmaktadır (ZPO § 50/II, InsO § 11). Ayrıca bu hukuk sisteminde kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği bulunmadığı halde bu tür ortaklıklara, adeta tüzel kişilikleri varmışçasına, bazı hak ve yetkiler tanınmış, özellikle de, bu tür ortaklıkların taraf ehliyetinin bulunduğu kabul edilmiştir. Türk Hukukunda ise Alman Hukukunda olduğu gibi adi şirketin hak ve taraf ehliyetine dayanak teşkil edecek yasal düzenlemeler ve kıyasen uygulanabilecek kurumlar bulunmamaktadır.

Alman Hukukunda miras ortaklığının adi şirkette olduğu gibi kısmi hak ve taraf ehliyetine sahip olmayacağı doktrinde kabul edilen genel yaklaşımdır. Federal

Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin ilke kararının miras şirketine tanınmaması gerektiğini savunan görüşe göre, miras şirketinin ayrı bir malvarlığı bulunmasına rağmen yapısal ve organizasyon eksikliği bulunmaktadır. Bu bağlamda elbirliği mülkiyeti prensibinden yola çıkarak, aralarında elbirliği ortaklığı bulunan bütün birlikteliklere hukuki kişilik tanımak uygun olmayacaktır. Adi ortaklığın hukuki işlemlerde bulunma hali miras şirketine nazaran daha fazladır ve miras ortaklığındaki amaç sadece ortaklar arası paylaştırmanın gerçekleştirilmesidir.

Federal Mahkemenin ilke niteliğindeki kararı, etkilerini kat mülkiyeti hukukunda da kendini göstermiştir. Alman Kat Mülkiyeti Kanunu'nunda 1.07.2007 tarihinde yapılan değişiklik ile kat malikleri kurulu, kurulun ortaklaşa sahip olduğu malvarlığının idaresinden dolayı üçüncü kişilere veya maliklerden birine karşı hak sahibi olabilecek ve borç altına girebilecektir (§ 10 Abs. 6 WEG). Bu kapsamda kat malikleri kurulunun taraf ehliyeti de bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda ise, kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği bulunmasa da, özellikle aidat alacakları gibi kat malikleri kurulunun ortak kullanım alanını ilgilendiren durumlarda, malikler kurulunun taraf ehliyeti söz konusu olmaktadır (ZGB 712 I).

Son olarak belirtmek gerekir ki, iflas idaresini hukuki niteliği konusunda kabul edilebilecek görüş, resmi organ teorisidir. Bu görüş gereğince, iflas idaresi, iflas masasına ilişkin davalarda "görevden ötürü taraftır". Buna göre, iflas idaresi kendi adına ancak başkasının mamelekine ilişkin olarak davaları yürütür, yani iflas idaresi alacaklıların veya müflisin kanuni temsilcisi değildir. Kısaca iflas idaresi, kanundan ötürü taraf niteliğine sahiptir ve kanuni dava yetkinidir.

KAYNAKÇA

- ABEL, Wolfgang Zur Nichtigkeitsklage wegen Mängeln der Vertretung im Zivilprozess, München 1995.
- AHMANN, K. Renate Der Finanzgerichtsprozess einer im Handelsregister gelöschten GmbH, GmbHR 78 (1987), s.439-444.
- AKİPEK,G.Jale/
AKINTÜRK, Turgut Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 2004.
- AKÜNAL, Teoman Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- ALANGOYA, Yavuz/
YILDIRIM, M. Kamil/
DEREN-YILDIRIM, Nevhis Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2007.
- ALANGOYA,Yavuz Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul 1999. (Kıs. Dava Ortaklığı).
- Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, , MHAD 1969/5, s.125-194. (Kıs. MHAD)
- ANSAY, Sabri Şakir Hukuk Yargılama Usulleri, 5.Bası, Ankara 1954.
- ANSAY, Tuğrul, Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967.
- Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir? Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.1-10.(Kıs. Adi Şirket)

	Avukatlık Ortaklığı Yeni Bir Ortaklık Türü Mü? Prof. Dr. Turgut Kalpsüz' e Armağan, Ankara 2003, s.129-145. (Kıs. Avukatlık Ortaklığı)
ANTALYA, O. Gökhan	Miras Hukuku, İstanbul 2009.
ARENS/ LÜKE	Zivilprozessrecht, 8. Auflage, München 2003.
ARSLAN, Ramazan	Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı I,Tartışmalar, Eskişehir 2003.(Kıs. Değerlendirme).
ARSLANLI,Halil	Anonim Şirketler,C.I: Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
AYDIN, M.Akif	Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005.
AYGÜL, Musa	Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007.
AYİTER, Nuşin	Elbirliği Ortaklıkları, Ankara 1961.
BALLAR, Suat	Türk Dernekler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2001.
BAMBERGER/ ROTH	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B.1, §§ 1-610, 2.Auflage 2008.
BARLAS, Nami	Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008.
BAUMBACH/ HEFERMEHL	Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001.

- BAUMBACH/
LAUTERBACH/
ALBERS/
HARTMANN
- Zivilprozessordnung, 64. Auflage, München 2006.
- BAUR, Fritz/
BAUR, Jürgen F./
STÜRNER,Rolf
- Sachenrecht, 17.Auflage, München 1999.
- BECHTEL, Wolfram
- Parteifähigkeit trotz Verlegung des Gesellschaftssitzes nach Deutschland, NZG 1/2001, s.21-23.
- BERGER, Christian
- Die Subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1992.
- Berner Kommentar
- B.VI, Art 530-544 OR, Bern 2006, (Kıs.BernerKomm, Fellmann/Müller)
- BEYS, Kostas
- Neue Wege zur Bestimmung der Rechts- bzw.Parteifähigkeit-die hellenische Erfahrung-, FS für Rolf A.Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s.117-127.
- BİLGE,Necip/
ÖNEN,Ergun
- Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- BİLGİLİ, Fatih
- Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.197-213.

BLACKERT,R. Sebastian	Die Wohnungseigentümergeinschaft im Zivilprozess, Köln,Berlin, Bonn, München,1998.
BLOMEYER, Arwed	Zivilprozessrecht-Vollstreckungsverfahren, Berlin 1975.
BORK, Reinhard	Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Zivilprozess, JZ 1991, s.841-850.
BREHM,Wolfgang	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3.Auflage, Stuttgart, München,Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002.
BRÜNINGHAUS, Birgit Berlin	Die Stellung de Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993.
BUCHER, Eugen	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, I. Band,I.Teilband, Bern 1976.
BUDAK, Ali Cem	Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı,Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV,Ankara 30 Eylül 1 Ekim 2005, s.127-187.
BÜHLER, Alfred	Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau, Frankfurt, Salzburg 1998.
ÇELİK, Nuri	İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004.
ÇELİK, Hüseyin	Dava Ehliyeti ve Davada Husumet, Ankara 2006.
ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, B.Bahadır	Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2009.

- | | |
|------------------------|--|
| CHRISTOF, Münch | Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Grundbuch und Register, DNotZ, 2001, s.535-557. |
| DE BOOR, H. Otto | Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941. |
| DEMHARTER, Johann | Ist die BGB-Gesellschaft jetzt grundbuchfähig?, Rpfleger 2001, Heft 7, s.329-331. |
| DEREN-YILDIRIM, Nevhis | Gedanken zum formellen Parteibegriff, FS für Kostas E. Beys, s.251-266.(Kıs. FS für Beys) |
| | Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996. (Kıs. Kesin Hüküm) |
| | Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu?YD.1997/1-2,s.137-154,YD.1997/3,s.308-328. (Kıs.Kollektif Hukuki Himaye) |
| | Tagung der Zivilprozessrechtslehrervereinigung, 2. April 2004, Göttingen, Grundfragen der Parteifähigkeit - Diskussionsbericht, ZZP 117 Band, Heft 3, 2004. s.337 (Kıs. Diskussionsbericht). |
| DOĞANAY, Ü. YAŞAR | Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968. |
| DRASDO, Michael | Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, NJW 2004,s.1988-1990. |
| DREUX, J. Nicolas | Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002. |

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan	Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002.
DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper	Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
ERİŞ, Gönen	Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, 4. Bası, Ankara 2007.
ERİŞİR, Evrim	Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
ERMAN/ WESTERMANN	Bürgerliches Gesetzbuch, B.1, §§ 1-853, Münster 2004.
ESİN, G. İsmail/ LOKMANHEKİM, S. Tunç	Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003.
ESENER, Turhan	İş Hukuku, Ankara 1978.
FABRICIUS, Fritz	Relativität der Rechtsfähigkeit, München, Berlin 1963.
FEHL, Nobert	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz, FS für Hans Martin Pawloski zum 65. Geburtstag, Berlin 1997, s. 243-273.
FLUME, Werner	Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), s.177-207.
FRANK/ STRÄULI/ MESSMER	Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zurich 1997.

FURTAK, Oliver	Die Parteifähigkeit in Zivilverfahren mit Auslandsberührung, Heidelberg 1993.
GEIMER, Reinhold/ GEIMER, Ewald/ GEIMER, Gregor	Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2005.
GREGER, Reinhard	Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz - und Wettbewerbsrecht, NJW 2000, Heft 34.
GRUNEWALD, Barbara	Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), s.305-315.
GULDENER, Max	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
GÜRSOY, K. Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol	Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
GYSIN, A.	Berufsverbände, SJK, Karte 889, Stand 1968.
HABSCHEID, J. Walter	Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155, s 374-418. (K1s. AcP 155) Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel, Frankfurt 1990. Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Auflage, München 1983. (K1s. Freiwillige Gerichtsbarkeit)
HÄFLIGER, Ruth	Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Zürich 1987.

- HADDING, Walther Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Aussen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, s.712-743.
- HALL, G.Sauser Recht-und Handlungsfähigkeit der Jurischtischen Person, SJK Karte 578, Stand 1942.
- HATEMİ, Hüseyin Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul 2005.
- HATEMİ, Kezban İş Sendikalarının Usul Hukuku Açısından Ehliyet Durumu, İBD 1975/1-2,s.31-48.
- HEFELE, H. Richard Der Nasciturus im Zivilprozess, München 1949.
- HEINZ, Hausheer/
REGINA, E.A.Müller Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 2005.
- HELLER, Robert Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1989.
- HELVACI, Serap Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.
- HENCKEL, Wolfram Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961.
- HESS, Burkhard Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit, ZZP 117 Heft 3, s.267-304.
- HOLZHAMMER, Richard Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts,FS für Rudolf Strasser zum 70. Geburtstag, Wien 1993, s.127-136.

HÜFFER, Uwe	Die Gesamthandsgesellschaft in Prozess, Zwangsvollstreckung und Konkurs, FS für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin, New York, 1985, s.165-186.
İNAN,A.Naim/ ERTAŞ,Şeref/ ALBAŞ,Hakan	Miras Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
İMRE,Zahit/ ERMAN,Hasan	Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2006.
JACOBY, Florian	Die Folgen der GbR- Rechtsfortbildung in Altprozess, NJW 2003, Heft 23, s.1644-1648.
JAUERNIG, Othmar	Zivilprozessrecht, 28. Auflage, München 2003.
JÜRGEN,Kunz	Die Vorgesellschaft im Prozess und in der Zwangsvollstreckung, Berlin, 1994.
KARADENİZ- ÇELEBİCAN,Özcan	Roma Hukuku, Ankara 2006.
KARAHASAN, M. Reşit	Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku (C.1-2), İstanbul 1999.
KARAYALÇIN, Yaşar	Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973.
KAŞIKÇI, Osman	İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997.
KELLERHALS/	Zivilprozessrecht, Bern 2004.

GÜNGERİCH/
BERGER

KELLERMANN, Alfred Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Rechtsfähigkeit, Partefähigkeit, Haftung der Gesellschafter, FS für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, s.1069-1080.

KILIÇOĞLU, Ahmet Miras Hukuku, Ankara 2006.

KOSCHAKER, Paul/
AYITER, Kudret Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

KURU, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6.Bası, İstanbul 2001 (Kıs.Usul)

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001 (Kıs.Usul)

Dava Şartları, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s.109-147. (Kıs. Dava Şartları)

Nizasız Kaza, Ankara 1961 (Kıs.Nizasız Kaza)

İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, (Kıs.İcra-İflas El Kitabı)

Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı I,Tartışmalar, Eskişehir 2003.(Kıs. Değerlendirme)

LARENZ/
WOLF Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004.

LEHMANN, Matthias	Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 207 (2007), s.225-255.
LEIPOLD, Dieter	Erbrecht, 16.Auflage, 2006.
LEONHARD, Rudolf	Schiffe als Prozessparteien, Berlin 1913.
LINDACHER, F. Walter	Die Nachgesellschaft, FS für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1995, s. 549-562.
LORZ, Albert	Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, MDR 12/1990, s.1057-1061.
LÜKE, Wolfgang	Prozessführung bei Streitigkeiten im Innenverhältnis der BGB-Gesellschaft, ZGR 2/1994,s.266-289.
MEIER-HAYOZ/ REY	Das Stockwerkeigentum, Zürich 1988.
MUSIELAK, H. Joachim	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5.Auflage, München 2007.
MÜHE, Gregor	Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht, NJW 1990 Heft 36, s.2238-2240.

Münchener Kommentar zum BGB	B. 1, §§ 1-240, 5.Auflage München 2006 (K1s. MünchKomm.BGB,Schmidt). B. 5, §§ 705-853, 5.Auflage, München 2009. (K1s. MüchKomm.BGB,Ulmer/ Schäfer). B.9, §§ 1922-1941, 4.Auflage, München 2004,(K1s.MünchKomm.BGB,Leipold).
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung	B.1, §§1-354, 3. Auflage, München 2008. (K1s. MünchKomm.,Lindacher).
MÜTHER, P. Hendrik	Zivilprozessuale Probleme der “neuen” BGB-Gesellschaft, MDR 17/2002, s.987-991.
NAGEL, Heinrich/ GOTTWALD,Peter	Internationales Zivilprozessrecht, 5.Auflage, Köln 2002.
NAGEL, Riever	Grundeigentum und Grundbucheintragung der GbR, NJW 2003,s.1646- 1648.
NARMANLIOĞLU, Ünal	İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
NOMER,Ergin/ ŞANLI,Cemal	Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008.
ODA, Tsukasa	Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens, Köln-Berlin-Bonn-München 1996.

- OĞUZMAN,Kemal/
BARLAS,Nami
Medeni Hukuk,15. Bası, İstanbul 2008.
- OĞUZMAN,Kemal/
SELİÇİ,Özer/
OKTAY-ÖZDEMİR,Saibe
Eşya Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN,Kemal/
SELİÇİ,Özer/
OKTAY-ÖZDEMİR,Saibe
Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 8.Bası, İstanbul 2005. (Kıs. Kişiler Hukuku)
- OLANO, Oscar
Der Sitz der Gesellschaft im Internationalen Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht der EU und der Schweiz, Basel-Genf- München 2004.
- OTT, Andreas
Zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, ZMR 2002,s.97-100.
- ÖZEKES, Muhammet
Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, YD 2000/4, s.661- 699.
- ÖZEL, Sibel
Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Yerleşim Serbestisinin Lex Societatis İle Olan İlişkisi, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No:5, İstanbul 2007, s.905-914. (Kıs. Teziç'e Armağan).

	Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.461-476. (Kıs. Ansay'a Armağan).
	Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998. (Kıs. Kültür Varlıkları)
ÖZSUNAY, Ergun	Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul 1979.
ÖZTEK, Selçuk	Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, İÜHF 1985/1-4, s.335-372.
PAGENSTECHER, Max	Werden die Partei- und Prozessfähigkeit eines Ausländers nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt, ZZP 64 (1951), s.249.
PALANDT/ HEINRICHS	Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2005.
PEIFER, K. Nikolaus	Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand- die GbR als oHG? NZG 7/2001, s.296-305.
PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet	Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007.
PETERSEN,	Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit, ZZP (18) 1893, s.1-64.
PILGER, J. Engelmann	Parteifähigkeit und Amtsprüfung, NJW 2005 Heft 1, s.716-718.

- POHLMANN, Petra Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen
Rechts- Folgen für Erkenntnisverfahren,
Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit, WM
2002, s.1421-1432.
- POROY,Reha/
TEKİNALP,Ünal/
ÇAMOĞLU,Ersin Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Bası, İstanbul
2007.
- POSTACIOĞLU,İlhan Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- PRÜTTING, Hanns Der Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
als Methodenproblem, FS für Herbert Wiedemann zum
70.Geburtstag, München2002, s.1177-1197.
- PULAŞLI, Hasan Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin
23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu
Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Hüseyin Ülgen'e
Armağan, İstanbul 2007, s.467-487.
- RAISER, Thomas Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person- Eine
Geschichte ohne Ende? FS für Zöllner, B.1, Köln 1999,
s.469-486.
- RECHBERGER, H. Walter Mangel der Parteieuxistenz, Mangel der Parteifähigkeit und
mangelhafte Parteibezeichnung, FS für Hans W. Fasching,
Wien 1988, s. 385-404.
- Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın
Hızlandırılması (Çev.Yıldırım Kamil), İlkeler Işığında
Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2006,
Derleyen: Yıldırım, M.Kamil,s.1-15. (Kıs. Yargılamanın
Hızlandırılması)

	Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Wien New York 2006. (Kis. ZPO).
REICH, A.Werner	Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Zürich 1941.
REİSOĞLU, Seza	Bankacılık Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul 2007.
ROSENBERG/ SCHWAB/ GOTTWALD	Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
SAENGER, Ingo	Die im Handelsregister gelöschte GmbH im Prozess, GmbHG 5/1994, s.300-306.
SALDIRIM, Mustafa	Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005.
SAYMEN, F. Hakkı	Kat'ileşmeyen Boşanmaya Ölümün Tesiri-Mirasçılık Sıfatı, İÜHFM 1947/1, s.359
SCHACK, Haimo	Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, 2004.
SCHELLHAMMER, Kurt	Zivilprozess, 10. Auflage, Heidelberg, 2003.
SCHEMMANN, Till	Parteifähigkeit im Zivilprozess, München 2002.
SCHILKEN, Eberhard	Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München.

	Medeni Yargılamada Hakimin Rolü (Çev. Yıldırım M.Kamil), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2006, Derleyen:Yıldırım,M.Kamil,(Kıs.Hakimin Rolü),s.38-58.
SCHMIDT, Karsten	Das Prozessrechtsverhältnis bei Umstrukturierung, Auflösung und Konkurs einer Handelsgesellschaft, FS für Wolfram Henckel, Berlin, New York, 1995. (Kıs. Prozessrechtsverhältnis) Gesellschaftsrecht,4.Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002. (Kıs.Gesellschaftsrecht) Löschung und Beendigung der GmbH, GmbHHR, 1988, s.209-213 (Kısaca GmbHHR). Die BGB-Aussengesellschaft: Rechts- und Parteifähig, NJW 2001, Heft 14, s. 993-1003. (Kısaca NJW 2001) Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann - Verfassung, Haftung, Umwandlung und Minderjährigenschutz, NJW 1985, s.2785 -2793. (Kıs.NJW 1985)
SCHNEIDER,Birgit	Die Berichtigung der Parteibezeichnung und der formelle Parteibegriff, Wbl 2006, s.555-567.
SCHUHMACHER, Christian	Einführung in das Zivilprozessrecht des Kantons Zürich, Zürich 2003.
SCHULZ,Thomas	Die Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine im Zivilprozess, Baden Baden 1985.

- SCHUMANN, Ekkehard Die Prozessermächtigung (die gewillkürte Prozessstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten, FS für H. J. Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, s. 457-492.
- Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, FS für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1984, s. 402-426. (Kis. doppelrelevante Tatsachen)
- SCHÜTZE, Rolf A. Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Berlin 2005.
- SCHWAB, Dieter Einführung in das Zivilrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1985.
- SEROZAN, Rona Tüzel Kişiler, İstanbul 1990.
- Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 313-324. (Kis. Ansay'a Armağan)
- SOERGEL, H. Theodor Bürgerliches Gesetzbuch, B.1, §§ 1-102, 13. Auflage, Stuttgart 2000. (Kis. Soergel/Fahse)
- Bürgerliches Gesetzbuch, B.4, §§ 705-853, 11. Auflage, Stuttgart 1985. (Kis. Soergel/Hadding)
- STAUDINGER, v. Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung, §§ 1896-1921, Berlin 2006. (Staudinger/Bienwald)

	§§ 90-133;§§ 1-54,63 - Beurkundungsgesetz - Neubearbeitung Berlin 2004. (Staudinger-Jickeli/Stieper)
STEDING, Rolf	Zulässigkeit und Begrenzung des Einsatzes der GbR und des Vereins für wirtschaftliche Tätigkeit, NZG 2001, s. 721-728.
STEIN/ JONAS	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22.Auflage, B.2,§§ 41-127a, Hamburg 2004.
STÖBER,Michael,	Auswirkungen des Todes einer Partei auf einen laufenden Zivilprozess mit ihrem Erben, MDR 13/2007, s.757-762.
STUDER/ RÜEGG/ EİHOLZER	Der Luzener Zivilprozess, Luzern 1994.
STÜRNER, Rolf	Anmerkung, JZ 22/2002, s.1108-1110. (Kıs. JZ 2002) Anmerkung, JZ 1/2003, s.44-45. (Kıs. JZ 2003)
SUNAR,Gülcan	Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.333-357.
SUNGURBEY, İsmet	Hayvan Hakları, İstanbul 1993.
SUNGURTEKİN-Özkan/ TÜRKOĞLU-Özdemir	Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008.
ŞAHLANAN,Fevzi	Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.

ŞENER, O. Hami	Adi Ortaklık, Ankara 2008.
TAHİROĞLU,Bülent/ ERDOĞMUŞ,Belgin	Roma Usul Hukuku, İstanbul 1977.
TEKİNALP, Gülören	Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 9.Bası, İstanbul 2006.
	Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19- 20,S.1-2/1999-2000,Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s.909-921.(Kıs. Çelikel’e Armağan)
	Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 50. Yıl Armağanı, s.552-579. (Kıs. Ortaklıkların Vatandaşlığı)
TEKİNALP,Ünal	Fondaki Bankanın Hukuku,İstanbul 2003.
TEKİNAY,S.Selahattin	Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
TERCAN,Tercan	5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’na (M.106) Göre, Yönetim ve Denetimi Fona İntikal Eden Bankanın Taraf Olduğu Takiplerin ve Davaların Durumu, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.867 - 894.
THOMAS/ PUTZO	Zivilprozessordnung, 27.Auflage, München 2005.

TUNCAY, A. Can	Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999.
UBLENBRUCK, D. Wilhelm	Insolvenz Kommentar, 12. Neuarbeite, München 2003.
ULUKAPI,Ömer	Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
ULMER, Peter	Die höchststrichterlich “enträtselte” Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, s.585-603. (Kıs. ZIP) Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, 4. Auflage, München 2004.
ULMER,Peter/ STEFFEK, Felix	Grundbuchfähigkeit einer rechts- und parteifähigen GbR. NJW 2002, Heft 5, .330-338
UMAR, Bilge	Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet, İÜHFM 1963/3, s.591-619.
UMUR,Ziya	Roma Hukuku, İstanbul 1982.
URBANCZYK, Reinhard	Zur Verbandsklage im Zivilprozess, Köln, Berlin, Bonn, München,1981.
ÜSTÜNDAĞ,Saim	Medeni Yargılama Hukuku,İstanbul 2000. (Kıs.Usul) İflas Hukuku, İstanbul 2007. (Kıs.İflas) İddianın ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967. (Kıs. Yasak)

	Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı I,Tartışmalar, Eskişehir 2003.(Kıs. Değerlendirme)
VISCHER, Frank	Die Bestimmung des Personalstatuts einer Gesellschaft, FS für Ernst A.Kramer, Basel, Genf, München 2004, s.985-1001.
VOGEL/ SPÜHLER	Grundriss des Zivilprozessrecht, Bern 2006.
WACH, Adolf	Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht, B.1, Leipzig 1899.
WAGNER, Gerhard	Grundprobleme der Parteifähigkeit, ZZP 117 Heft 3, s.305-374.
WALDER-RICHLI, H.Ulrich	Zivilprozessrecht, Zürich 1996.
WASSERMAN,Rudolf	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1987.
WEISS, K. Markus	Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit und Haftungsordnung der BGB- Gesellschaft nach dem Grundlagenurteil des Bundesgerichtshofs vom 29.01.2001,Würzburg 2005.
WERTENBRUCH, Johannes	Die Haftung von Gesellschaften und Johannes Gesellschaftensanteilen in der Zwangsvollstreckung, Köln 2000.
	Die Parteifähigkeit der GbR-die Änderung für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, Heft 5, s.324- 330. (Kıs.NJW 2002)

- WESEL, Uwe Geschichte des Recht, 2. Auflage, München 2001.
- WESTERMANN, H. Peter Erste Folgerung aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB- Gesellschaft, NZG 7/2001, s.289-295.
- WESTERMANN, Harry Die BGB- Gesellschaft als Partei eines Schiedsgerichtsverfahrens oder eines Schiedsvertrages, FS für Fritz Baur, Tübingen, 1981.
- WIECZOREK/
SCHÜTZE Zivilprozessordnung und Nebengesetze, B. 1, §§1-127a, Berlin, New York 1994.
- WIEDEMANN, Herbert Anmerkung, JZ 12/2001, s.661-664.
- WIESER, Eberhard Rechtsfähige BGB-Gesellschaft-Neu Rechtslage nach der BGB-Entscheidung, MDR Heft 8/2001, s.421-425.
- WOLFGANG, Johann Die Bestimmung der Prozesspartei im Zivilprozess, Frankfurt 1956.
- YENİCE, Kazım Taraf Yeterliliği, AD 1963/9-10, s.937-953.
- Dava Yeterliliği, AD 1963/11-12, s.1182-1195.
- YILDIRIM, M. Kamil Avrupa İspat Hukuku Tablosu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s.797-808.

YILDIRIM,Turan	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Takip ve Tahsil Yetkisi, Doç.Dr.Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.1073-1088.
YILDIZ,Burçak	AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti (Ultra Vires İlkesi),BATİDER, Y.2006,C.XXIII, S.3,s.185-206.
YILMAZ, Ejder	İflas İdaresi, Ankara 1976. (Kıs. İflas İdaresi) Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982. (Kıs. Islah) Hukuk Davalarında Taraf Ehliyetine ile İlgili Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri (Tarafta Islahla Değişiklik Yapılabilmesi Olanağı), YD 1989/1-4, s.202-231. (Kıs. Tarafta Islah)
YONGALIK, Aynur	Adi Şirkete Yeni Giren Ortağın Eski Borçlarından Dolayı Sorumluluğu Hakkında Alman Federal Mahkemesi’nin 7.4.2003 Tarihli Kararı –Bir Metodoloji Sorunu-, Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s.525-539.
ZEISING, E. Michael	Der Nasciturus im Zivilverfahren, Göttingen 2004.
ZEVKLİLER,Aydın/ ACABEY,Beşir/ GÖKYAYLA,	Medeni Hukuk, 6.Bası, Ankara 1999.
ZÖLLER/ VOLLKOMMER	Zivilprozessordnung, 26.Auflage, Köln 2007.

ZÜRCHER KOMMENTAR 2.Auflage, Zürich 2004.(Kis.ZürcherKomm.IPRG,
ZUM IPRG Vischer)