

T.C
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENİSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI

MUKAYESELİ OLARAK TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA
TEMSİL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Hazırlayan
Faris İ. SÜLEYMAN

Ankara - 2009

Faris İ. SÜLEYMAN tarafından hazırlanan “**Mukayeseli Olarak Türk ve Irak Hukukunda Temsil**” başlıklı bu çalışma, 06. 08. 2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalında Medeni Hukuk Bilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Jüri Başkan)

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Danışman)

Doç. Dr. Veyssel BAŞPINAR (Üye)

ÖNSÖZ

Kişiler, toplum olarak yaşamının gerekli kıldığı ölçüler ve imkânlar içinde yaşantıları içinde zorunluluk taşıyan ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kendi aralarında çeşitli türden hukukî ilişkiler içinde olmak durumundadırlar. Gerçekten de, günlük yaşantımızda her zaman bir şeyler alırız, atarız, bazı kişilere bazı şeyleri yapacağımız yolunda vaatlerde bulunuruz. Bu işleri çoğu kez bizzat yapmak zorunda kalmakla birlikte, bazen da başkalarının yardımına ihtiyac duyar. Bunun sonucu olarak temsil ilişkisiyle karşı karşıya kalırız. Hukuk sistemlerinden kişinin vesayet, vekâlet, velâyet ve kayyımlık gibi hukukî bir temsil yetkisi olmaksızın, diğerlerin haklarına müdahale etmesi, ilke olarak benimsenmemiştir. Buna rağmen toplum menfaatleri dikkate alınarak, genel ilkelerden biraz dışarı çıkılmak suretiyle, bu tür müdahalelerin bazı sonuçlar doğuracağı kabul edilmiştir.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasını sağlayan ve bilgi birikimini cömertçe paylaşan tez Danışmanım Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM'a. ayrıca gerek tez konumun belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, gerekse hazırlanması aşamasında sonsuz yardımseverliği, gerektiğinde yönlendiren ve aynı zamanda özgür bırakan, dengeli ve samimi ilgisi, desteği ve kazandırdığı moral için hocalarım Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN ve Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR'a şükrenlerimi arz ediyorum.

Yalnız tez çalışması sürecinde değil tüm yaşamım boyunca desteğini ve anlayışını esirgemeyen aileme, özellikle annem Şükriye'ye ve babam İbrahim'e ve eşim Yüксеle sonsuz teşekkür ve şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca, yüksek lisans süresince en çok ihtiyacım olduğu zamanlarda moral desteği ve yardımları ile bana güç veren değerli, kıymetli ağabeyim İhsan Zeynel ABDİN'e çok teşekkür ediyorum.

İyi ki varsınız...

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, TEMSİL KAVRAMI VE TEMSİL KAVRAMININ BENZER MÜESSESELERDEN AYIRT EDİLMESİ

I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	2
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	5
IV. KONUNUN TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ	7
A. TÜRK HUKUKUNDA.....	7
B. IRAK HUKUKUNDA.....	12
VI. TEMSİL KAVRAMI VE TEMSİL KAVRAMININ BENZER MÜESSESELERDEN AYIRT EDİLMESİ.....	18
A. TEMSİL KAVRAMI.....	18
1) GENEL OLARAK TEMSİL YETKİSİ.....	20
2) TEMSİL YETKİSİNİ VERMEDE ŞEKİL.....	21
3) TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI.....	22

4) TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİNDE EHLİYET.....	23
B. TEMSİL KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ.....	26
1) Temsilin Vekâletten Farkı.....	26
2) Temsilin Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütten Farkı.....	26
3) Temsilin Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmeden Farkı.....	27
4) Temsilin Ulaktan Farkı.....	28
5) Temsilin Nam-ı Müsteardan Farkı.....	29

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ŞARTLARI, ÇEŞİTLERİ, TEMSİL YETKİSİ, TEMSİLİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE TEMSİLİN SINIRLANMASI

§ 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ŞARTLARI.....	30
I. TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNİN BULUNMASI.....	30
II. TEMSİLCİ TEMSİL OLUNANIN ADINA HAREKET ETMESİ.....	32
III. TEMSİLCİ OLDUĞUNU BİLDİRMESİ.....	33
§ 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ÇEŞİTLERİ.....	36
I. GENEL OLARAK.....	36

II. YETKİYE DAYANAN TEMSİL – YETKİSİZ TEMSİL.....	37
III. DOĞURDUĞU HÜKÜMLERE GÖRE TEMSİLİN ÇEŞİTLERİ.....	38
A. Dolaylı (Vasıtalı) (Gerçek Olmayan) Temsil.....	38
B. Aktif Temsil – Pasif Temsil.....	39
C. Doğrudan Temsil.....	39
1. Temsilcinin Mümeyyiz Olması (Ayırt Etme Kudretine Sahip Olması)	40
2. Temsil Yetkisi Bulunması.....	40
3. Temsilcinin Hukukî İşlemi Temsil Olunan Adına Yapması.....	41
D. Özel Temsil- Genel Temsil.....	41
IV. TEMSİLİN KAYNAĞINA GÖRE ÇEŞİTLERİ	42
A. Kanunî Temsil	42
B. İradî Temsil (Rızaî Temsil).....	44
1. Sarih İradî Temsil.....	45
2. Zımnî İradî Temsil.....	45
§ 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	46
I. İŞLEM SAHİBİ GÖRÜŞÜ.....	46
II. BİRLİKTE İŞLEM GÖRÜŞÜ.....	47
III. VARSAYIM GÖRÜŞÜ.....	48
IV. TEMSİL GÖRÜŞÜ.....	48

§ 4. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SINIRLANMASI.....	49
I. KONU BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI.....	49
II. ŞAHIS BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI.....	51
III. SÜRE (ZAMAN) BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI.....	51
IV. ŞEKİL BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR, TEMSİLİN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONA ERMENİN SONUÇLARI

§ 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	54
I. TEMSİLCİNİN KENDİ KENDİSİYLE SÖZLEŞME YAPMASI.....	54
II. BİRDEN FAZLA KİMSEYE TEMSİL YETKİSİ VERİLMESİ.....	57
III. TEMSİLCİNİN YERİNE BAŞKASINI İKAME EDİLMESİ.....	59
IV. ÇİFT TEMSİLİN VERİLMESİ.....	61
 § 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SONA ERME SEBEPLERİ.....	 62
I. GENEL OLARAK.....	62

II. TEMSİL KONUSU İŞLEMİN TAMAMLANMASI VE YETKİ VERİLEN SÜRENİN DOLMASI.....	63
A. Temsil Konusu İşlemin Tamamlanması.....	64
B. Sürenin Sona Ermesi.....	65
III. ÖLÜM ve GAİPLİK KARARI.....	65
A. Temsilin Ölümle Son Bulmayacağına Dair Bir Anlaşmanın Yapılması	69
B. Temsilcinin veya Üçüncü Kişinin Temsile İlişkin Bir Hakkının Mevcut Olması.....	69
C. Temsil Konusu İşlemin, Ölüm Vakasından Sonra, Temsilin Devamını Gerektirmesi.....	70
IV. FİİL EHLİYETİNİN KAYBI.....	71
A. Temsil Olunanın Fiil Ehliyetini Kaybetmesi.....	72
B. Temsilcinin Fiil Ehliyetini Kaybetmesi.....	73
V. İFLÂS	74
VI. TEMSİLCİNİN AZLİ (TEMSİL YETKİSİNİN GERİ ALINMASI) ve İSTİFASI (TEMSİLCİLİKTEN ÇEKİLMESİ, VAZGEÇMESİ).....	75
 § 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SONA ERMENİN	
SONUÇLARI.....	82
I. GENEL OLARAK.....	82
II. TEMSİL OLUNAN İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	83

III. TEMSİLCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	85
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

§ 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN KAVRAMI

VE HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	89
-------------------------	----

I. YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI.....	89
---------------------------------	----

II. YETKİSİZ TEMSİLİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	94
--	----

§ 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN ŞARTLARI.....98

I.YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SÖZLEŞMEYİ TEMSİL OLUNAN ADINA YAPMASI.....	98
--	----

II.YETKİSİZ TEMSİLCİNİN BAŞKASI ADINA HUKUKÎ İŞLEM YAPMA İRADESİNİN BULUNMASI.....	99
--	----

III. YETKİSİZ TEMSİLCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDA BİR SÖZLEŞMENİN YAPILMIŞ OLMASI.....	101
---	-----

IV. TEMSİLCİNİN, TEMSİL YETKİSİNE SAHİP OLMAMASI.....	103
---	-----

A. Dış Temsil Yetkisinin Verilmemiş Olması.....	104
---	-----

B. İç Temsil Yetkisinin Verilmemiş Olması.....	104
--	-----

§ 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN

SONUÇLARI	107
I. GENEL OLARAK.....	107
II. YETKİSİZ TEMSİLCİ BAKIMINDAN.....	108
III. TEMSİL OLUNAN BAKIMINDAN.....	112
IV. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN OLUMSUZ VE OLUMLU ZARARDAN SORUMLULUĞU.....	117
V. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI.....	120
SONUÇ	123
KAYNAKÇA	126
EKLER	131
ÖZET	139
ABSTRACT	140

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Baskı
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
D.	: Dergi
E.	: Esas
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İç. Bir. Kar.	: İctihadı Birleştirme Kararı
İc. İf. K.	: İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İst. Bar. Derg.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İMK.	: İsviçre Medenî Kanun
İsv. Fed. Mah.	: İsviçre Federal Mahkemesi
İAŞK.	: Irak Ahval El-Şahsiye Kanunu
İrMK.	: Irak Medenî Kanunu

ISEGK.	: Irak Sınırlı Ehliyetlileri Gözetme Kanunu
ITMK.	: Irak Temyiz Mahkeme Kararları
m.	: madde
MMK.	: Mısır Medenî Kanunu
MENM.	: Mısır El-Nakız Mahkemesi
N.	: Numara
RG.	: Resmî Gazete
sh.	: sahife
S.	: Sayı
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
T.	: Tarih
Tic. D.	: Ticaret Dairesi
T. Tic. K.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararı Dergisi
YİİD.	: Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Yıl.	: Yıl

Yuk.

: Yukarıda

YHGK.

: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

§ 1. GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, DÜZENLENİŞ BİÇİMİ TEMSİLİN KAVRAMI VE BENZER MÜESSESLERDEN AYITEDİLMESİ

1. KONUNUN TAKDİMİ

Bu çalışmanın konusunu, “*Mukayeseli Olarak Türk ve Irak Hukukunda Temsil*” oluşturmaktadır. Temsil¹, modern hayatın doğrudan vazgeçilmez ihtiyaçları icap ettirdiği bir hukukî ilişkidir. Çeşitli alanlarda olduğu gibi, hukukî alanda da temsil mekanizması büyük önem kazanmıştır.

Temsil kavramı farklı hukuk dallarında karşımıza çıkar; Anayasa hukuku temsil kavramını parlamento olarak canlanan parlamenter rejimin sesası, uluslar arası kamu hukukunda, diplomatik temsilin esası olarak tanımlanmaktadır. Özel hukuk dalında da aynı şey söz konusudur. Meselâ, medenî usul hukukunda, temsil kavramı dava taraflarının temsil olunmasını ifade etmek için kullanılır. Bahsedilen anlamda temsil dava tarafları ile ilgili bir kavramdır. Bu anlamda medenî usul hukuku temsili düzenler ve kurallar içerisinde hükümlerini belirtir. Ticaret hukukunda ise temsil sözcüğü veya kavramı iflâs konusunda karşımıza çıkar. Medenî Kanun’da ise temsil kavramı, vekille müvekkil, tabi ile matbu arasındaki ilişki biçimine bürünür.

Temsil mekanizmasının çeşitli amaçları vardır. Bunlardan, birincisi, bir takım sebeplerden dolayı kendisini temsilden aciz durumdaki insanlara yardımcı olmaktır. Diğer bir amacı temsil ilişkisi ile temsil olunanın maddî menfaatinin sağlayabileceği gibi, temsilcinin de bir takım menfaatlerinin sağlanabilmesidir. Bu da temsilcinin en tabîî hakkıdır.

¹ Temsili bağımsız bir varlığa sahip ve genel nitelikli kurallar içeren bir müessese olarak düzenleyen ilk hukuk sistemi Alman hukukudur; Alman Medenî Kanunu 1896 yılında Kabul edilmiş ancak 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun temsil müessesesini 164–181 maddeleri arasında hükme bağlamıştır. Alman Medenî Kanunundan sonra, temsil müessesesi, İsviçre Borçlar Kanununda 32–40. maddeler arasında bağımsız ve genel nitelikli bir müessese olarak düzenlenmiştir. 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu temsili 1387–1400 maddeleri arasında ele almaktadır.

Temsil, “yetkiye dayalı temsil, (salâhiyetli temsil)” ve “yetkisiz temsil, (fuzulî temsil)” olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümünü teşkil eden yetkiye dayalı temsil ise, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere, o şahsın ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisidir. Çalışmamızın üçüncü bölümünü teşkil eden yetkisiz temsilde ise, temsilci kanunî veya temsil olunanın vermiş olduğu herhangi bir hukukî işlemde bulunmaktadır.

Mukayese imkânı vermesi açısından ve özellikle de Türk Borçlar Kanunu, Türk Medenî Kanunu, Irak Medenî Kanunu ve Mısır Medenî Kanun’unun konuyla ilgili maddelerine de yeri geldikçe ilgili olduğu oranda atıfta bulunulmuştur.

II- KONUNUN ÖNEMİ

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak küreselleşmekten doğan sorunların üstesinden gelebilmek için, ekonomik hayatın büyük bir gelişme ve uzmanlaşmanın yaygınlaştığı günümüzde, çeşitli sebeplerle bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına o kişinin hukuk alanında sonuç doğuracak şekilde işlem yapması sıklıkla karşılaşılan olaylardandır. Çeşitli alanlarda olduğu gibi, hukukî alanda da temsil mekanizması büyük önem kazanmıştır². Yalnız özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında da geniş ölçüde temsile ihtiyaç duyulur. Gerçek kişiler, hatta onlardan daha da fazla olarak tüzel kişiler, meselâ hastalık, ehliyetsizlik, tecrübesizlik, seyahatte bulunma vb. sebepler, ilgili tarafın sözleşmeyi bizzat yapmasına imkân veremeyebilir.

²Turhan, Esener, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil**, Ankara 1961, sh. 1; Veysel, Başpınar, **Vekilin Özen Dorcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. B, Ankara 2004, sh. 58; Reşit, Mustafa, Belgesay, **Hukukî Muamelelerde Temsil**, İstanbul 1941, sh. 7.

Temsil ilişkisi, temsil olunanın maddî menfaatini sağlayabileceği gibi, temsilcinin de bir takım menfaatlerini sağlayabilir, bu da temsilcinin en tabîî hakkıdır³. Bu gibi durumlarda ilgili kişi, kendi adına ve hesabına hareket edecek ve işlemi kendisi adına yapacak bir başka kimseye mutlaka ihtiyaç duyar. İşte bu ihtiyaç temsil ilişkisi ile karşılanır.

Çalışmamız giriş dışında üç bölümden oluşmaktadır. Birinci ve ikinci bölümünü teşkil eden yetkiye dayalı temsil ise, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisidir. Bu çeşit temsil de en başta dolaylı, doğrudan doğruya, iradî temsil ve kanunî temsil olmak üzere dörde ayrılır. Dolaylı temsil, temsilci hukukî işlemi kendi adına ve temsil olunan hesabına yapması ve hukukî işlemin hüküm ve sonuçları temsilciye ait olması demektir. Dolaylı temsilin en tipik misali TBK m. 416'de düzenlenmiş olan komisyon sözleşmesidir. Doğrudan doğruya temsil, temsilcinin üçüncü kişi ile temsil olunan adına veya hesabına sözleşme yapması ve bu sözleşmeden doğan hakların ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olması, doğrudan temsil olarak nitelendirilir. İradî temsil ise, temsil olunan tarafından temsilciye kendisini temsil ettirmek için tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşir. Kanunî temsil ise, bir kimsenin kendi başına hukukî işlem yapılmasına hukuken veya maddî bakımdan engel bulunan hallerde gerçekleşir. Böyle durumlarda hukukî işlemleri bir temsilci marifetiyle yaptırılmaktadır. Bu temsilciye de kanunî temsilci denir. TMK m. 268 göre ana – baba velâyet hakkına oldukları süreçte çocuklarının kanunî temsilcileridir. Aynı şekilde vasiler vesayet altında bulunan kimselerin kanunî temsilcileridir. TMK m. 391'e göre bir şahsa veya belirli malların idaresi için atanan kayyıma da temsil yetkisi kanunen tanınmıştır. Bütün bu haller kanun tarafında atanan temsilciye misal olarak gösterilebilir. Yetkili temsilde temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerin hüküm ve sonuçları temsil olunana aittir.

³Turhan, Esener, **Salahiyete Müstenit Temsil**, sh. 3; Turhan, Esener, **Borçlar Hukuku**, C. I, Ankara 1969, sh. 227.

Çalışmamızın ikinci bölümü de, temsil ilişkisinde bazı özel durumlara tahsis edilmiştir. Bu bölümde temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması, birden fazla kimseye temsil yetkisi verilmesi, temsilcinin yerine başkasının ikame etmesi ve çift temsil her iki hukuk sistemi açısından ele alınmıştır. Sonrasında temsil ilişkisini sona erdiren sebeplerden olan, temsil konusu işlemin tamamlanması, sürenin dolması, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü, gaiplik kararının verilmesi, temsilcinin veya temsil olunanın fiil ehliyetinin kaybı, temsilcinin veya temsil olunanın iflâsı veya temsilcinin azli (temsil yetkisinin geri alınması) ve istifası (temsilcilikten çekilmesi, vazgeçmesi) incelenmiştir. Temsil ilişkisinin sona ermesinin hukukî sonucu, temsilci, temsil olunan ve üçüncü kişi birbirlerine karşı bazı yükümlülükler altına girmektedirler. Bu yükümlülükler de her iki hukuk sistemi açısından mukayeseli olarak incelemeye tutulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümü ise, yetkisiz temsile tahsis edilmiştir. Yetkisiz temsil, bir kimsenin başkası ad ve hesabına hiç yetkisi olmadan hukukî işlem yapmasından ibarettir. Ancak böyle bir durumda yapılan hukukî işlem askıdadır, temsil olunanın leh ve aleyhine hiçbir hüküm doğurmamaktadır. Ancak, temsil olunanın yapılan bu hukukî işleme sonradan icazet vermesi durumunda, temsil olunan borçlu ve alacaklı statüsü kazanmaktadır. Başka bir deyişle, temsil olunan icazet verinceye veya sözleşmeyi reddedinceye kadar yapılan hukukî işlem hiçbir hüküm ifade etmez. Bir hukukî işlemin askıda kalma sebebi üç başlık altında toplanabilir. Bunlardan birincisi yetkinin olmamasıdır. Buna göre, bir kimsenin diğerinin bir konuda yetkisiz olmasına rağmen, hukukî işlem yaptığı takdirde, sözleşme yetki olmadığı için askıda kalır. İkinci sebep ise, yapılan hukukî işlemde yetki olmasına rağmen, başkasının hakkının olması bu sözleşmeyi askıda bırakır. Üçüncü sebep ise, ehliyetin eksikliğidir. Böyle durumlarda ehliyeti olmayan kimseler kendi işlerini yapamazlar. Hukukî işlem yapmaları için başkalarına ihtiyaç duyarlar. Meselâ, veli, vâsi veya kayyım gibi hukukî temsilciler bunların hukukî işlemlerini yaparlar.

Çalışmamızda, konu ile ilgili Türk ve Irak Hukuk Sistemlerindeki, benzerlikler ve farklılıklar ortaya konularak iki hukuk sistemi arasındaki karşılaştırmamızın en iyi şekilde yapılması amaçlanmaktadır. Bunu yaparken de, Yargıtay, Irak Temyiz Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Mısır Nakız Mahkeme kararlarından yararlanılmıştır.

Bugünkü modern ekonomi ve ticarî hayattaki karmaşıklık kişilerin kendisi ile ilgili olan iş ve işlemlere yetişmesini engellemektedir. Irak'ın ikinci körfez savaş sonrası ve yeniden yapılandırılması süreci çerçevesinde onlarca belki de yüzlerce Türk inşaat şirketi Irak'ta faaliyet sürdürmektedir. Bu bağlamda çalışmamızın Türk ve Irak iş adamlarına ışık tutacağını ve öncü olacağını umuyoruz.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Temsil, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda genel hükümler bölümünde, sözleşmeden doğan borçlar alt başlığı (TBK m. 32–40) altında düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu temsili, temelde yetkili temsil ve yetkisiz temsil olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Gerçekten de, TBK m. 32-37'de yetkili temsili, m. 38-40'de ise yetkisiz temsili düzenlenmiştir. Tez çalışmamızın konusu olan “mukayeseli olarak Türk ve Irak hukukunda temsil” her iki hukuk sisteminde temsilin kavramı, çeşitleri, temsili açıklayan görüşler, temsilin konu, şahıs, süre ve şekil bakımından sınırlanması, temsilin sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları oluşturmaktadır. Bunun yanında yetkisiz temsilin kavramı, hukukî niteliği, şartları ve hukukî sonuçları da incelenmiştir. Vekâlet, vekâletsiz iş görme, hizmet, vesayet ve velâyet sözleşmeleri konumuz dışında olduğundan, sadece temsil ilişkisini daha iyi anlaşılabilmesi için, bununla ilgili özet bilgi vermekle yetinilmiştir. Temsile ilişkin TBK m. 32-40 esas itibarıyla borç doğuran sözleşmeler alanında iradeden doğan temsil ilişkilerine uygulanır. Buna rağmen, TMK 5. maddesine dayanarak temsile ilişkin hükümler borçlar hukukunun (borcun nakli, ibra gibi) ve özel hukukun diğer bölümlerinde (mülkiyetin nakli, aynî bir

hakkı nakleden aynî sözleşmeler gibi) dahi uygulanır. Diğer taraftan, temsile ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanması gerektiği durumlarda, o sistemin hukukî niteliğini inceleyerek temsile ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmayacağı belirlemek gerekir.

Temsile ilişkin Türk Borçlar Kanununda genel hükümler kamu hukuku alanında uygulanamaz. Bununla beraber, doktrinde kamu tüzel kişilerini meydana getiren kanunlarda açıkça bulunmadıkça ve tüzel kişinin niteliğine aykırı düşmedikçe temsile ilişkin kuralların kıyas yoluyla kamu tüzel kişilerinin temsilinde de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil müessesesi Irak Medenî Kanununda düzenlenmiş değildir⁵. Irak hukuk sisteminde sadece vekâlet sözleşmesi vardır. Temsil müessesesi vekâlet sözleşmesi içerisinde ele alınmıştır. Vekâlet sözleşmesi, Medenî Kanunun (El-Kanun El-Medenî) ikinci kitabında isimli sözleşmeler (El-Ukud El-Musemat) ana başlığının üçüncü babı olan hizmeti konu alan sözleşmeler (El-Ukud El-Varide Ale El-Amel) altında düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi Irak Medenî Kanununun 929-949. maddeler arasında düzenlenmiştir. Temsil ilişkisi de vekâlet olarak algılanmaktadır. Bunun da sebebi vekâletin iki taraflı (vekil/ müvekkil) bir sözleşme olmasıdır. Temsil ise bir yetkiden ibarettir ancak buna rağmen her ikisinde de iki tarafın varlığından söz edildiği (vekil/ müvekkil, temsilci/ temsil olunan) için her iki müessese bu açıdan benzerlik kaydetmektedir. Irak Medeni Kanunun Mehazı olan Mısır Medenî Kanununda ise durum farklıdır. Çünkü Mısır Medenî Kanunu temsil (El-Niyebe) konusunu 1948 tarihli Mısır Medenî Kanunun m. 104 ve ondan sonraki maddelerde düzenlemiştir.

⁴Turhan, Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 14.

⁵Cesim, selman, El-Abbudi, **El-Niyebe An El-Gayr vel-Tasaruf El-Kanunî**, Bağdat 1991, sh. 9.

Çalışmamızda temeli vekâlet sözleşmesi olan ve buna göre taraflarını karşılıklı borç altına sokan vekâlet ilişkisini veya vekil ile müvekkil arasındaki ilişkiyi, aynı zamanda vesayet veya kayyımlık ilişkilerini özel olarak ele almak değil, söz konusu ilişki veya kurumları temsil ilişkisinin birer uygulaması olarak ele alacağız. Yani bu ilişkilerin kendine has özel kuralları değil, temsil kurumu altında sıralanan tüm haller üzerine uygulaması mümkün olan genel kuralları ibraz etmeye çalışacağız. Ayrıca Türk Borçlar Kanunun ve Irak Medî Kanunun genel hükümleri arasından yer alan hükümler çerçevesinde temsilin incelenmesine sınırlandığından kamu hukukundaki temsil ilişkisi ile diğer bütün kanunlarda belirlenmiş olan temsil incelemelerimizin dışında kalmakla ve ancak sırası geldikçe dolayısıyla söz konusu olmaktadır.

Çalışmamızda temsil, özellikle Türk Borçlar Kanunun genel hükümleri arasında incelendiğinde kamu hukukundaki temsil ilişkisi ile diğer bütün kanunlarda belirlenmiş olan temsil bu çalışmanın dışında tutulmuştur. Ancak, sırası geldikçe konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ilgili kurumlara gereği kadar değinilmiştir.

IV. KONUNUN TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

A. TÜRK HUKUKUNDA

Daha önce de ifade edildiği üzere, Türk hukuk sisteminde⁶, temsil Borçlar Hukuku Genel Hükümleri kitabının borcun doğumu ana başlığının birinci kısmı olan hukukî işlemde doğan borçlar altında düzenlenmiştir. Birinci ayırımında temsilin genel hükümleri TBK m. 32 – 40 ikinci ayırımında ise çeşitlerinden olan yetkiye dayanan temsil TBK m. 32 -37 ve yetkisiz temsil TBK m. 38 – 39 düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 40'da da ticarî temsil özellikle tüccar vekillerinin yetkileri hakkındaki hükümler saklı tutulmuştur.

⁶Şener, Akyol, **Türk Medenî Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009, sh. 8.

TBK m. 32'e göre *“salâhiyettar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları, o kimseye intikal eder. Akdi yapar iken mümessil, sıfatını bildirmediği takdirde akdin alacak ve borçları kendisine ait olur. Şukadar ki kendisiyle akdi yapan kimse, bir temsil münasebeti mevcut olduğunu halden istidlal eder yahut bunlardan biri veya diğeri ile akit icrası kendisince farksız bulunur ise akdin hakları temsil olunan kimseye ait olur. Sair hallerde alacağın temlik yahut borcun nakli hakkında mevzu usule tevfikana muamele icrası lazım gelir”*. Bu hükme göre bir kimseyi temsile yetkili olan kişi onun adına bir sözleşme yaparsa, temsilci değil de, temsil olunan hak sahibi ve borçlu olur. Yine bu maddeye göre hukukî işlemi temsilci ile üçüncü kişi yapmakta ancak hukukî sonuç, yani alacaklar ve borçlar temsil olunana geçmektedir. Ancak, temsilci sözleşme yapılırken kendisini bu sıfatla tanıtmamışsa, bu sözleşme ile doğrudan doğruya alacaklı ve borçlu olur. Yani temsilcinin kendisini temsilci olarak tanıtmaması gerekmektedir. Bunu yapmazsa sözleşmeden doğan alacak ve borçlar kendisine geçer. Ancak temsilci, temsil sıfatını bildirmediği halde, yine sözleşmeden doğan alacak ve borçların temsil olunana geçtiği haller vardır. Bu haller BK m. 32/II ikinci cümlesine göre kendisi ile sözleşmeyi yapan kimse, bir temsil ilişkisi bulunduğunu hal ve durumdan anlar veya bunlardan biri veya öteki ile sözleşme yapılması kendisince farksız bulunur ise, bu sözleşme ile temsil olunan kimse doğrudan doğruya alacaklı ve borçlu olmasıdır. Yani, temsilcinin kendisini temsilci olarak bildirmemesi halinde, yaptığı sözleşmeden doğan alacak ve borçların kendisine geçmemesi için iki hal göz önünde tutulmaktadır. Bunlardan birincisi, bir temsil ilişkisinin var olduğunun karşı tarafça hal ve durumdan anlaşılması gerekmektedir. İkincisi ise, sözleşmeyi her kimle olursa olsun yapmak o taraf için farksız bulunmalıdır. Bu hallerde de, alacak ve borçlar temsilciye geçmez. Görülüyor ki, bu temsil çeşidinde temsilcinin yaptığı sözleşmeden doğan hak ve alacaklar temsil olunana geçmektedir.

Temsil yetkisi ya kamu hukukundan veya hukukî işleminden doğar. TBK m. 33 göre *“başkası namına temsil hukuku ammeden münbais ise*

mümessilin salâhiyetinin derecesi bu baptaki kanunî hükümler ile taayyün eder. Temsil hukukî bir tasarruftan tevellüt etmiş ise salâhiyetin derecesi o tasarruf ile taayyün eyler. Şukadar ki mümessilin salâhiyetinin derecesi üçüncü şahsa beyan ve tebliğ edilmiş ise ancak bu beyana itibar olunur". Bu hükme göre kanundan doğan temsil yetkisi, temsilcinin yetkisini kamu hukukları gösterir, temsil yetkisinin sınırlarını da kamu hukukları belirtir. Hukukî işleminden doğan temsil yetkisi ise temsil olunan tarafından temsilciye tek taraflı bir beyanla verilmesi ile gerçekleşir. Bu durumda da temsilcinin tam ehliyetli olması yani hem ergin hem temyiz kudretine sahip olması gerekmez. Ergin olmayan veya kısıtlı olan kişilerin temyiz kudretleri varsa temsilci olabilirler. Bazen de temsil yetkisi vekâlet, hizmet veya şirket sözleşmesi ile birlikte verilebilir. TBK m. 34/1 göre *"temsil olunana kimse, hukukî bir tasarruftan tevellüt eden temsil salâhiyetini her zaman tahdit veya ref edebilir. Bundan dolayı mümessilin, bir hizmet veya şirket veya vekâlet akdi gibi sebeplere istinat ederek dava ikamesi hakkına hâlel gelmez*". Bu hükme göre, bir hukukî işlem ile verilmiş olan temsil yetkisi, taraflar arasında var olan hizmet, vekâlet veya şirket sözleşmeleri gibi başka hukukî ilişkilerden doğabilecek hakları bozmamak üzere, yetki veren tarafından her zaman sınırlanabilir veya geri alınabilir. Temsil, sürenin bitmesi, işin sonuçlandırılması, ölüm, gaiplik kararı, medenî hakları kullanma yeterliğinin kaybetmesi, iflâs ve temsil yetkisinin geri alınması gibi sebeplerle sona erer. TBK m 35. hükmü şöyledir: *"hilafı iki tarafça kararlaştırılmış yahut maslahatın mahiyetinden istidlal olunmuş olmadıkça hukukî bir muameleden mütevellit temsil salâhiyeti mümessilin yahut temsil olunanın vefatı veya gaiplik hükmünün ilanı veya medenî hakların kullanılması salâhiyetinin izaası yahut ikisinden birinin yahut her ikisinin iflas ilan etmesiyle, nihayet bulur*". Hükmünden de anlaşıldığı üzere, hukukî işlem ile verilmiş olan yetki, aksi kararlaştırılmış veya işin niteliğinden doğmuş olmadıkça, yetki verenin veya temsilcinin ölmesi veya gaipliğine hükmolunması veya medenî hakları kullanma yeterliğini kaybetmesi veya iflâs etmesi ile temsil sona erer. Temsil olunan temsilciye verdiği yetkiyi geri almayacağını ve bu yetkiyi

sınırlamayacağını bildirmiş olsa bile, bu istek hükümsüz olduğundan hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.

Temsil yetkisinin sona ermiş sayılması için, temsilci kendisine verilen yetkinin sona ermiş bulunduğunu bilmesi gerekir. Konu ile ilgili TBK m. 37/I şöyledir: *“mümessil kendi salâhiyetinin hitam bulduğuna vâkıf olmadığı müddetçe, temsil olunan yahut halefleri, bu salâhiyet henüz baki imiş gibi onun muamelesi ile alacaklı veya borçlu olurlar”*. Böylece, yetkinin sona ermiş olduğunu öğrenmediği sürece temsilci yetki veren adına yaptığı hukukî işlemler ile onu veya onun mirasçılarını veya onun yerine geçenleri yetki henüz varmış gibi alacaklı ve borçlu kılar. Ancak bunun bir istisnası var o da, TBK m. 37/II göre *“üçüncü şahısların, salâhiyetin nihayet bulduğuna vâkıf oldukları suretler müstesnadır”*. Eğer temsilcinin hukukî işlem yaptığı üçüncü kişiler, temsilin sona erdiğini bilmekte iseler yapılan hukukî işlemlerin hükümsüz sayılması gerekir.

Temsilin dayandığı temel esas, temsil yetkisidir. Ancak, yetki olmadan da temsilin hukukî sonuçlar doğurduğu hallerde vardır. Konu ile ilgili TBK m. 38 şöyledir: *“Bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz. Diğer tarafın, temsil olunanın münasip bir müddet içinde o akde icazet verip vermeyeceğini beyan etmesini talebe hakkı vardır. Bu müddet zarfında icazet verilmediği halde, o kimse mülzem olmaz”*. Bu hükme göre, bir kimse yetkisi olmadığı halde, temsilci olarak bir sözleşme yapmışsa, temsil olunan ancak icazet verdiği takdirde alacaklı ve borçlu olur. Temsilcinin temsil olunandan bir süre içinde icazet verip vermeyeceğini istemeye hakkı vardır. Eğer bu süre içinde icazet verilmezse, temsil olunan o sözleşme ile bağlı kalmaz. Üçüncü kişinin durumu aynıdır. O da temsil olunandan bir süre içinde yetkisiz temsil ile yapılan hukukî işleme icazet verip vermeyeceğini isteyebilir. Bu uygun süre içinde cevap alamazsa, artık o hukukî işlemle bağlı kalmaz. Türk Borçlar Kanunun 39. maddesi ise temsilcinin olumlu ve olumsuz zarardan sorumluluğundan bahsetmektedir. Bu maddeye göre *“eğer icazetten sarahaten veya zimnen imtina olunursa. Akdin sahih*

Olmamasından tahaddüs eden zararın tazmini zımında, mümessil sıfatını takınan kimse aleyhinde dava ikame olunur. Fakat bu kimse diğer tarafın salâhiyeti bulunmadığına vâkîf olduğu veya vâkîf olması lazım geldiğini ispat ettiği takdirde, davaya mahal yoktur. Mümessilin taksiri vukuunda hakkaniyet iktiza ettiği halde hâkim, onu daha fazla zarar ve ziyan itasına mahkûm eder”.

Temsil olunan sözleşmeye icazet vermemesi durumunda üçüncü kişi sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararının tazmini için yetkisiz temsilciye dava açabilir. Bu davanın açılabilmesi için temsilcinin kusurlu olması şart değildir. Bundan dolayı yetkisiz temsilci temsil yetkisi eksikliğini bilmesine hiçbir biçimde imkân bulunmadığını ispatlarsa bile, bu sorumluluktan kurtulamaz. Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması halinde, yani sözleşmeyi yaparken yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa o takdirde hâkim onu daha fazla bir zarar-ziyan ödemeye mahkûm edebilir. Bu zararın en yüksek haddi müspet zarardır. Hâkim bu takdirde temsil olunan adına taahhüt olunan borcun aynen yerine getirilmesine de bir tazminat şekli olarak kara verebilir (TBK m. 43/I). Böyle bir karar pratik bakımdan sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmuş sayılması ile aynı sonucu doğurur. TBK 40. maddesi de ticarî temsilden bahsetmektedir. Bu maddeye göre “*şirket mümessil ve memurlarının ve tüccar vekillerinin salâhiyetleri hakkında hükümler mahfuzdur*”. Burada ticarî temsilcinin ve vekillerin yetkisi ile hükümler saklı tutulmuştur.

Türk Borçlar Kanunun 35 vd. maddeleri kanundan ve hukukî işlemlerden doğan temsile ait genel prensipleri kapsamaktadır. Bu maddelerdeki hükümler bütün temsil hallerinde uygulanacak olan dayanaklı ve açıklayıcı, yani tamamlayıcı hükümlerdir. Meselâ 35. maddenin I-II. fıkralarındaki “*temsil olunan kimse temsil yetkisini her zaman tahdit ve ref edebilir. Temsil olunanın bu haktan önce feragati hükümsüzdür*” tarzındaki hüküm amir hükümdür.

B. IRAK HUKUKUNDA

Yukarıda belirtildiği üzere temsil müessesesi Irak Medenî Kanunun'da düzenlenmiş değildir⁷. Ancak temsil yerine temsili de içeren bir kurum olan vekâlet sözleşmesi düzenlenmiştir. Bir diğer deyişle, temsil müessesesi vekâlet sözleşmesi içerisinde ele alınmıştır. Vekâlet sözleşmesi Irak Medenî Kanunun “*isimli sözleşmeler*” kısmında “*hizmeti konu alan sözleşmeler* 927–249 maddeler arasında düzenlenmiştir⁸.

Irak Medenî Kanunu m. 927 göre⁹, “*vekâlet sözleşmesi bir kimse belli bir hukukî işlem için diğerin yerine geçmesidir*”. Bu madde de MMK 699. maddesini karşılamaktadır. Temsilin şartları konusunda IrMK m. 930 göre “1. Vekâletin geçerli olabilmesi için vekilin vekâletin konusu üzerinde kendi başına tasarruf edebilir biri olması şartı aranır. Kesinlikle aklî dengesi bozuk kimselerin veya temyiz kudreti olmayan küçüklerin vekil olarak atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olsa bile, kendisine açıkça zararlı olan işlemlerde vekil atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olmaksızın, kendisinin açıkça yararına olan tasarruflarda vekil atanması mümkün olduğu halde, hem kâr hem zarar riski taşıyan tasarruflarda vekil atanabilmesi için ticaret yapabilme izni almış olması gerekir. Vekil atanan kişi kısıtlıysa, vekâletin geçerliliği velisinin iznine bağlı olarak askıdadır. 2. Vekil de aklî dengesi yerinde temyiz kudretine sahip olması şart olarak gerektiği halde, vekilin baliğ olması şart değildir”. Irak Medenî Kanununa göre temsilin gerçekleşmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bunlardan birincisi temsilcinin iradesinin temsil olunanın iradesinin yerine geçmesidir. Irak Medenî Kanunun 942. maddesine göre “*Temsilci temsil olunanın adına veya hesabına yaptığı hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olur*”. Bu maddeyi MMK m.105

⁷Mersi, Muhammet, Paşa, **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediyd, El-Ukud El-Müsemma**, Akdîl El-Vükela, El-Matbaa El-Alemiye, Kahire 1949, sh. 188; Abdurlazzak, Ahmet, El- Senhûri, **EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî**, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-AMEL, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, sh. 292.

⁸Bedir, Mersi, Cemal, El-Niyebe Vil El-Tasarrufat El- Kanuniye, 3. B, Mısır 1980, sh. 236.

⁹Muhammed Kamil, Mursi, **EL-Ukut EL-Musammat Akdül Vekâle**, C. I, sh. 24.

karşılacaktır. IrMK 933. maddesine göre temsilci olduğunu bildirme şartı “*Temsilci Temsil Olunanın Adına Hareket Etmesi*” şartıyla birlikte ele alınmıştır. Bu şarta göre, temsilci temsil olunanın verdiği temsil yetkisi çerçevesinde faaliyette bulunur. IrMK m. 102’e göre “*küçüğün velisi, babası, babasının vasisi, öz dedesi, dedesinin vasisi, mahkeme veya mahkemenin atadığı vasisidir*”. IrMK 104. maddesine göre “*kişi işitemiyor ve konuşamıyor, kör ve işitemiyor veya kör ve konuşamıyor olması sebebiyle iradesini açıklayamıyorsa mahkeme kendisine vasi atayabilir ve bu vasinin yetkilerini belirleyebilir*”. Bu iki madde temsilin iki çeşitlerinden biri olan kanunî temsil bahsetmektedir. Temsilin ikinci çeşidi ise iradî temsile (Anlaşmalı, İhtiyarî, İttifakî) dayalı temsildir. Bunun en bariz misali vekâlet sözleşmesidir. Temsil yetkisi Irak hukuk sistemi bazı özel durumlar hariç Türk hukuk sisteminden çok farklı değildir.

Temsili açıklayan görüşler konusunda,¹⁰ her iki hukuk sisteminde de aynı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bunlar arasında işlem sahibi görüşü, birlikte işlem görüşü, varsayım görüşü ve temsil görüşü sayılabilir. Temsilin sınırlanması ise, IrMK m. 931 göre, “*vekâlet konusunu özelleştirerek vekâlet özelleştirilir. Vekâlet konusunu genelleştirerek vekâlet genelleştirilir*”. Aynı kanunun 932 maddesi ise “*vekile, vekâlet konusu üzerinde mutlak yetki vermek mümkün olduğu gibi, sınırlı yetki de vermek mümkündür. Birinci durumda vekil vekâlet konusu üzerinde arzu ettiği tasarrufları yapabildiği halde, ikinci durumda vekilin yetkisi sadece özel bazı tasarruflarla sınırlıdır*”. Bu madde temsilin konu bakımından sınırlanmasından bahsetmektedir. Temsilin şahıs, süre ve şekil bakımından sınırlanması ise, her iki hukuk sisteminde aynı doğrultuda olduğu için, tekrara yol açmamak için burada ele alınmamıştır.

¹⁰El-Abbudi, sh. 22; Bedir, sh. 71.

İrMK 592. maddesine göre “*temsil olunanın sonradan icazet vermesi durumu hariç, temsilcinin satmayı üstlendiği temsil olunan kişinin mallarını kendi hesabına satın alması geçerli değildir*” hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde İrMK 589 maddesi hükmüne göre, “*kısıtlı bulunan kişinin çıkarına olsa da olmasa da, atanan vasi de mahkemenin atadığı kayyım da kısıtlı kişinin mallarını satın alamaz ve mallarını kısıtlı kişiye satamazlar*”. Bu iki madde de temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasından bahsetmektedir. İrMK m. 938’e göre “*bir kişi kendi adına veya hesabına hukukî işlem yapmak üzere aynı sözleşmede iki kişiye ayrı ayrı temsil yetkisi vermişse bunlardan biri tek başına hukukî işlem yapamaz*”. Bu madde de birden fazla kimseye temsil yetkisi verilmesin bahsetmektedir. İrMK’ nun 939. maddesine göre “*bir izin veya yetkilendirme söz konusu değilse temsilci bir başkasına vekâlet veremez. İkinci temsilci temsil olunanın temsilcisi sayılır, birinci temsilcinin azledilmesi veya ölmesi ikinci temsilcinin vekâletini etkilemez*”. Bu madde de temsilcinin yerine başkasının ikame etmesinden bahsetmektedir. İrMK m. 946 hükmüne göre, “*vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü ya da ehliyetlerini kaybetmeleri, vekâlet konusu işin sona ermesi veya vekâlet için belirlenmiş sürenin bitmesiyle sona erer*”. Irak Medenî Kanunu’nun maddesi Mısır Medenî Kanunun 714. maddesini karşılamaktadır. İrMK m. 34/I hükmüne göre, “*insanoğlunun şahsiyeti doğumuyla başlar ve ölümüyle son bulur*”. İrMK 946. maddesine göre, “*temsilcinin veya temsil olunanın ölümü, ikisinden birinin ehliyetini kaybetmesi, vekâlet konusu işlemin tamamlanması veya vekâlet için belirlenen sürenin/ecelin sona ermesi durumlarında vekâlet de sona erer*”. İrMKnin, bu maddesi Mehaz Mısır Medenî Kanunu 714. maddesiyle mutabıktır. Bu iki madde temsilin temsilci veya temsil olunanın ölümüyle, fiil ehliyetin kaybı, konunun tamamlanması ve sürenin bitmesinin dolayı sona ermesinden bahsetmektedir. İrMK m. 947/I hükmüne göre de “*temsil olunan, temsilciyi azletme veya vekâletini takyit etme hakkına sahiptir; bunun aksi kararlaştırılmışsa, geçerli değildir*”. Bu madde de temsilin azil ile sona ermesinde bahsetmektedir. İrMK 947/II hükmüne göre “*ikinci tarafın ilmi olmadan vekâlet, azille son bulmuş olmaz*”. Bu madde ise, temsilin temsilcinin istifası ile sona ermesinden bahsetmektedir. İrMK m. 948

düzenlenmiş “*vekâletin sona erdiği, buna dair bilgisi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemez*” . Bu madde de iyi niyetli üçüncü kişi korumaktan bahsetmektedir. IrMK m. 949 yer almaktadır “*vekâlet, her ne sebebe dayanarak sona erdirilmiş olursa olsun temsilci, başlamış olduğu işleri, telef olmayacak aşamaya kadar götürmelidir; temsilcilik görevine devam etmelidir*”. Bu hüküm Mehaz Mısır Medenî Kanununun m. 717/l hükmü karşılamaktadır. Bu madde de temsilcinin temsil sona erdiği halde de yaptığı işine devam etmekle mecbur olduğundan bahsetmektedir. IrMK m. 942 hükmüne göre “*akdın hüküm ve sonuçları taraflarını bağlar; temsilci, kendisine verilen vekâlet çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlediği halde bunun hüküm ve sonuçları temsil olunanı bağlar*”. Bu da temsilin sona erme sonuçlarından bahsetmektedir.

Yetkisiz temsil (fuzala) ise, İslâm Fıkında ve bunun etkisinde kalan ülke hukuklarında, Türk hukukunda yetkisiz temsil kurumunu karşılayan kurumun adıdır¹¹. Fuzulî ise hiçbir yetkiye dayanmayan ve kendisini ilgilendirmeyen, başka kişiye ait bir malın üzerinde işlemde bulunan kişinin adıdır. Mısır Medenî Kanunu yetkisiz temsili 188. maddesinde şöyle tanıtmaktadır, “*bir kişinin, kasıtlı olarak ve hiçbir bağlayıcılığı (borcu) olmadan, başkası hesabına hukukî işlemde bulunmasıdır*”. Durum Irak hukukun da ise farklıdır. Gerçekten de, Irak Kanun Koyucusu, Mısır Medenî Kanunda olduğu gibi yetkisiz temsil müessesesine kapsamlı bir tanım getirmiş değildir. Ancak 1943 tarihli Irak Ticaret Kanunu 188. maddesinde yetkisiz temsili borç kaynaklarından biri olarak değerlendirmiştir, “*bir tüccarın, başkası lehine yapmak zorunda olmadığı bir ticarî işlemde (işlem) bulunması durumunda, söz konusu kişiden bu ticarî işlemin ücretini alabilir. Başkası lehine ticarî işlemde bulunan tüccar bu işlem uğruna yapmışsa, yaptığı harcamaları harcandığı tarihten itibaren faiziyle birlikte, işlemin lehine gerçekleştiği kişiden alabilir*”. Ancak Ticaret Kanunun ile kabul edilen bu

¹¹Süleyman, Mirkis, *Muhazarat Fil İsrâ Ala Hisap’l Gayır Fil Kavanin EL Arabiye*, EL-Fuzala, C. III, 1966, sh. 7-10; Selahattin, El-Nahi, *EL-Kesip Dun Sebep Ve’l Fuzala Ke-masdareyin Lil-İltizam*, 1958, sh. 188-189; El Senhüri, *El-Vasit Vi Şarh El-Kanun El-Medenî, nazariye-tül El-İltizam*, C. I, Mısır 2006, sh. 1052.

hükmü genelleştirerek İrMK yetkisiz temsili genel bir borç kaynağı olarak saydığını söylememek mümkün değildir. Çünkü Ticaret Kanununda yer alan kurallar niteliği bakımından özel kuralardan sayılır. Aynı zamanda sözünü ettiğimiz bu kural da özel bir durumu (Bir tüccarın başkasının menfaatine ticarî nitelikli bir fiilde bulunması durumu) çözümlmek için koyulmuştur. Böylece bunun üzerine kıyasta bulunmak veya bu hükmü genelleştirmek mümkün değildir. İrMK yetkisiz temsili, genel bir borç kaynağı olarak kabul etmiş değildir; İrMK sebepsiz zenginleşmeyi genel bir borç kavramı kabul ettiğine göre, şartları bulunduğu halde sebepsiz zenginleşme hükümlerini yetkisiz temsile de uygulamak gerekir. Bazen de kişi kendi işini yürütürken buna ayrılmaz bir şekilde bağlı olan başka kişinin de işini yapmak zorunda kalır; işte kişi yapmak zorunda olduğu işle ilgili yetkisiz temsilci (fuzulî) konumundadır. Böyle bir hal MMK 189. maddesinde şöyle ifade edilmiştir. *“işlerin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu durumlarda, kişi kendi işini yaparken bir başkasının da işini yapar, bu durumda yetkisiz temsil gerçekleşmiş olur”*.

Yetkisiz temsilin hukukî niteliği söz konusunda, çok ciddî görüş ayrılıkları vardır. Bunlardan farazî vekâlet (vekâlet varsayımı) görüşü, yetkisiz temsilin sebepsiz zenginleşmenin bir türü olduğu görüşü, yetkisiz temsilin bir sözleşme benzeri bir işlem olduğu görüşü ve yetkisiz temsilden meydana gelen tüm borçları kanuna dayandıran görüş ilk anda sıralabilir. MMK 188 maddesine göre, *“bir kişi kasti (isteyerek) olarak bağlayıcılığı (borçlu) olmadan başka kişiye ait acil nitelikli bir işlemi yapması durumudur”*. Aynı Kanunun 189 maddesine göre, *“işlerin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu durumlarda, kişi kendi işini yaparken bir başkasının da işini yapar, bu durumda yetkisiz temsil gerçekleşmiş olur”*. MMK 190 maddesine göre ise, *“temsil olunan, yetkisiz yapılan işleme izin verirse vekâlette uygulanan kurallar burada uygulanır”*. Bu maddeler yetkisiz temsilin şartlarından bahsetmektedirler. MMK 195. maddesine göre, *“yetkisiz temsilci, işlemi yönetmesinde orta basiretli kişiden beklenen özeni göstermişse, beklenen*

sonuç gerçekleşmese bile, temsil olunanın (ilgili kişinin) temsilcisi sayılır". Bu madde de yetkisiz temsilin diğer şartından bahsetmektedir.

Yetkisiz temsil halinde, yetkisiz temsilci ve temsil olunana karşı bazı yükümlülükleri doğmaktadır. Bunlardan birincisi, yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesidir. MMK 191. maddesine göre *"yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesi ve en yakın zamanda temsil olunanı yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesi gerekir"* birinci yükümü düzenlemiştir. İkincisi, yetkisiz temsilci en yakın zamanda temsil olunana yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesidir. Üçüncüsü ise, yetkisiz temsilci normal insanın gösterdiği özeni göstermesidir. Mısır Medenî Kanunu m. 192 hükmüne göre *"1. Normal bir insanın gösterdiği özeni yetkisiz temsilcinin de göstermesi gerekmektedir. Yetkisiz temsilci hatasından sorumlu olur ve bu hatasından dolayı meydana gelen zararın tazmini bazı durumlarda hâkim tarafından hafifletilebilir. 2) Yetkisiz temsilci hukukî işlemi (işini) tamamen veya kısmen bir başkasına verdiği halde verdiği kişinin hukukî işleminden sorumlu olacaktır. 3) Eğer hukukî işlem (iş) birden fazla yetkisiz temsilci tarafından yapılmaktaysa, bunun sonuçlarından da birlikte sorumlu olacaklardır"*. MMK m. 192/III göre *"birden fazla yetkisiz temsilci aynı işi yapmaktaysalar, bunlar birlikte sorumludurlar"*. Bu madde de bir hukukî işlemi birden fazla yetkisiz temsilci tarafından yapılmasından bahsetmektedir. MMK m. 195 hükmüne göre *"yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken hedefine ulaşmazsa bile normal bir insanın gösterdiği özeni gösterirse temsil olunanın temsilcisi sayılır. Bu durumda temsil olunan temsilcinin kendi adına yaptığı taahhütlerini ödemekle zorunludur, temsilciyi bu taahhütlerden dolayı tazmin etmek, temsilciye bu işlem için harcadığı gerekli ve faydalı masraflarını karşılamak beraber faizlerini ödemek ve temsilciyi yaptığı hukukî işleminden doğan zararını tazminatla karşılamak zorundadır. Yetkisiz temsilcinin hiçbir ücret alma hakkı yoktur, yalnız yaptığı hukukî işlem kendi mesleği içerisindekilerden biriyse ücret hak eder"*. Bu madde de temsil olunan yetkisiz temsilciye karşı yükümlülüğünden

bahsetmektedir. MMK m. 193 göre “*vekilin (temsilcinin) yetkisiz temsilden dolayı kazandığını temsil olunana geri verme ve hesap verme yükümlülüğünün olduğu gibi yetkisiz temsilcisinde aynı yükümlülüğü vardır*”. Aynı kanunun 706 maddesine göre “*1. vekil (temsilci) temsil olunanın malını kendi menfaati için kullanamaz. 2. Kullandığı halde bu kullanmadan dolayı malın kullandığı andan itibaren başlayan faizleri ve temsilcinin bizzat yanında kalan malın ikaz ettiği andan itibaren başlayan faizlerini isteyebilir*”. Bu iki madde de sebepsiz zenginleşmeden söz edilmektedir.

VI. TEMSİL KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

A. TEMSİL KAVRAMI

Günlük hayatta kişilerin ticarî veya hukukî işlerini bizzat yapmaları, hastalık ve gaiplik gibi sebeplerle her zaman mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda hukukî işlemleri yapmak üzere, diğer bir kişiye (temsilciye) ihtiyaç vardır. Öyleyse temsil, bir kimsenin başkası adına veya hesabına hukukî işlemler yapabilme yetkisidir¹². Böyle bir temsil ilişkisinde üç kişi vardır, bunlardan hukukî işlemi başkasının adına ve hesabına yapan kimseye temsilci, ad ve hesabına hukukî işlem yapılan kişiye temsil olunan, hukukî işlemin yapıldığı diğer kişiye de üçüncü şahıs adı verilmektedir. Temsile ilişkin farklı tanımlamalar da bulunmaktadır: Bir görüşe göre “*temsil, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisidir*”¹³. Diğer bir görüşe göre “*temsil, kişinin bir hukukî işlemin bütün sonuçları ile temsil olunana ait*

¹²Kemal, Oğuzman/ Turgut, Öz; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. B, 2005, sh. 163; Selahattin, S, Tekinay/ Sermet, Akman/ Haluk, Borcuoğlu/ Atilla, Altop; **Borçlar Hukuku**, 7. B, İstanbul 1993, sh. 166; Selahattin, S, Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 3. B, İstanbul 1974, sh. 139; Necip, Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin, Hatemi / Rona, Serozan/ Abdülkadir, Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 4. B, İstanbul 2008, sh. 620-621

¹³Fikret, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. B, İstanbul 2008, sh. 384; Naim, A, İnan, **Borçlar Hukuku**, 3. B, Ankara 1984, sh. 312; Doğan, Şenyüz/ Mehmet, Fidan, **Borçlar Hukuku**, Bursa 2001, sh. 30.

*olmak üzere bir başkası adına veya hesabına yapmasıdır*¹⁴. Temsil, bir hukukî işlemi başkası adına veya hesabına yapması ve bu hukukî işlemin sonuçlarının bu şahıs üzerinde doğmasını sağlamasıdır¹⁵. Kanaatimizce temsil yukarıdaki tanımlarda zikredilen hususların tamamını kapsayacak şekilde şöyle tanımlanmalıdır. “*temsil, bir hukuksal işlemi temsilci diye nitelenen bir kişinin temsil olunan diye nitelenen başka bir kişinin ad ve hesabına yapması ve işlemin hukuksal sonuçlarının o kişinin hukuk alanında doğmasını sağlamasıdır*”.

Çoğu zaman kişi belli bir hukukî işlem yapmak üzere kendi şahsî iradesini açıklar. Bu hukukî işlemin hak ve yükümlülüklerden oluşan sonuçları bir başka kişi tarafından ifa edilir. Bahsedilen işlem ya o kişinin rızasıyla veya kanun hükmüyle gerçekleşir ki, bu hukukî işlemin adı temsildir. Hukukî işlemi bir başkasının ad ve hesabına yapan kişi temsilcidir ve kendisine bu hukukî işlemin sonuçlarının atfedildiği ilgili kişi ise asıldır. Böylece usulüne uygun olarak yapılmış olan temsil işlemi bir kişinin bir sözleşme veya diğer bir hukukî işlem yapmasıdır; bu hukukî işlem sonucu kendi yapmış gibi bir başka kişi için sonuç doğurur. Bu anlamda temsil, ulak (haberci) müessesesinden farklıdır¹⁶. Gerçekten de, ulak temsil olunanın iradesini karşı tarafa nakleden kişidir. Temsilci, hukukî işlemin icra edilmesini üstlenmemişse, hukukî işlem tamamlandıktan sonra konuyla ilgisi kesilir. Bu da temsilin ayırt edici niteliklerindendir. Söz konusu işlemin hak ve yükümlükleri asile (temsil olunan) aittir. Buna dayalı olarak “*temsil bir hukukî işlemde temsilcinin iradesinin asilin iradesi yerine geçmesidir. Açıklanan iradenin sonuçları, temsil olunanın (asılın) iradeyi kendi açıklamış olduğu gibi şahsına*

¹⁴Turgut, Önen, **Borçlar Hukuku**, Ankara 1996, sh. 72; Kenan, Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C. I, İstanbul 1969, sh. 246.

¹⁵Oğuzman/ Öz, sh. 163.

¹⁶Rüstüm, Selim, Bez, **Şerh El-Mecelle, El-Vekâle**, C. XI, Beyrut 1928, sh. 769; paşa, sh. 196; Muhammed, Ramazan, El-Suud, **El-Mucez vi Şerh El-Kanun El-Medenî**, Masadır El-İltizem, C. I, Bağdat 1963, sh. 18.

yüklenmektedir”¹⁷. Söz konusu tanım, İslam doktrininin tüm mezhepleri tarafından kabul edilmektedir.

Temsilin tüm hukukî işlemlerde yapılması mümkündür. Ancak hukukî işlemin konusu niteliği itibariyle temsil olunanın şahsına bağlıysa temsil mümkün değildir¹⁸. Meselâ, Türk hukukunda temsil yoluyla evlenmek mümkün değildir. Bunu modern ve İslam hukuku da doğrulamaktadır¹⁹. Bu husus modern hukukta da İslam hukukundaki gibidir.

1) GENEL OLARAK TEMSİL YETKİSİ

Türk hukuk sisteminde, temsil ilişkisini kurulabilmesi için temsil olunan tarafından temsilciye temsil yetkisinin verilmesi gerekir. Temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisine temsil yetkisi denir²⁰. Temsil yetkisi ya kanundan veya hukukî işlemde doğar. Hukukî işlemde doğan temsil yetkisi ulaşması gerekli tek taraflı bir beyandır. Bu beyan temsilciye ulaştığı andan itibaren hüküm ifade eder. Ancak temsil ilişkisi bir sözleşme olmadığı için, temsilci bu yetkiyi kullanmak mecburiyetinde değildir. Bu da temsil ve vekâlet sözleşmesi arasındaki en önemli farktır. Aynı zamanda temsilci söz konusu yetkisini istisnai haller dışında, kural olarak başkasına kullandıramaz, başkasını yetkili kılamaz (TBK m. 390). Temsil olunanın temsilciyi tek taraflı bir irade beyanıyla yetkilendirmesine iç temsil yetkisi veya iç temsil ilişkisi adı verilir. Bu yetkinin üçüncü kişilere bildirilmesine ise dış temsil yetkisi veya dış temsil ilişkisi denilir. Dış temsil yetkisi üçüncü kişilere söz, yazı, ilân ya da yetki belgesinin temsilci tarafından gösterilmesi gibi değişik yollarla bildirilebilir.

¹⁷El- Senhüri, C. VII sh. 160; Ahmet Hişmet, Abu Şit, **Nazariyet El-İltizem Vil El-Kenun El-Medenî El-Cediye**, Masadır El-İltizem, 2. B, Mısır 1954, sh. 144

¹⁸Şih Muhammed, Abu Zehra, **El-Mülkiye ve Nazariye-tül El-Akid**, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel EL-Arabiye, Mısır, sh. 58

¹⁹İbrahim, Ahmet, Bek, **Ahkem El-Tasarruf An El-Ğayır Bi-Tarik EL-Niyebe**, Mısır 1940, sh. 3.

²⁰Eren, sh. 393; Turgut, Akıntürk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Özel Borç İlişkileri**, 12. B, İstanbul 2006, sh. 68; Oğuzman/ Öz, sh. 169; Akyol, **Temsil**, sh. 101; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 244; Yavuz, sh. 140; Tekinay, sh. 143.

Irak hukuk sisteminde ise, bu konuda her iki hukuk sistemi aynı doğrultuda olduğu için burada tekrardan konuyu ele almayı doğru bulmuyor. Türk hukuk sisteminde genel olarak temsil yetkisi ile ilgili aktardıklarımıza atıfta bulunuyoruz²¹.

2) TEMSİL YETKİSİNİ VERMEDE ŞEKİL

Türk hukuk sisteminde, temsil yetkisi verme kural olarak belli bir şekle bağlı değildir. Bu sebeple temsil yetkisinin Açık veya örtülü (zımnî) ya da sözlü olarak verilmesi mümkündür. Hatta temsilciye şekle bağlı bir hukukî işlem yapılması için yetki verilse bile, bu temsil yetkisinin bir şekle bağlı olması şart değildir²². Bununla beraber temsil yetkisi bir şekle tabi olmaksızın verilmekle birlikte, temsil yetkisine sahip olunduğunun ispatı gerekebilir. İspat, bizzat temsil olunan tarafından, hukukî işlemi yapacak olan üçüncü kişiye yetki verildiğinin bildirilmesi veya temsilci tarafından temsil yetkisine sahip olunduğunun ispatı şeklinde ortaya çıkabilir. Temsilcinin yetkisi ve bu yetkinin derecesi üçüncü şahsa beyan ve tebliğ edilmişse bu beyana itibar olunur (TBK m. 33/II). Temsil yetkisi ve kapsamı temsil olunan tarafından üçüncü kişilere duyurulmamışsa bunun ispatı temsilciye düşer. Temsil yetkisini ispata yarayan ve yetkinin kapsamını gösteren belgeye selâhiyetname veya vekâletname ya da temsil belgesi denir. Yetki belgesi verilen yetkinin geçerli olması için değil, bunun ispatı için gereklidir²³.

²¹Bedir, sh. 159; El-Abbudi, sh. 58; El-Hâkim, **Masadır El-İltizam**, sh. 85.

²²Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 242; Akyol, **Temsil**, sh. 177; Yavuz, sh. 147; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 31; Tekinay, sh. 144.

²³Eren, sh. 396; Akıntürk, sh. 69; Oğuzman/ Öz, sh. 172; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 247.

Irak hukuk sisteminde ise durum farklı değildir. Ancak kanun bazı durumlarda temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilebileceğini kabul etmiştir (avukat temsilciliği). Kanun bazı durumlarda bir hukukî işlemin geçerli olması için diğer şartlara ilâve olarak bir de şekil şartını öngörür²⁴. Kanun tarafından öngörülen şekil ya yazılı veya resmî şekildir. Meselâ, IrMK m. 979–992’e göre hayat boyu bakım sözleşmesinin geçerli olmasını yazılı şekil şartına bağlamıştır. Aynı şekilde IrMK m. 206 – 1286 ve 1126 taşınmazla ilgili bağışlama, rehin (ipotek) ve mülkiyeti nakil sözleşmelerini resmî şekil şartına bağlamıştır. Söz konusu maddelere göre bu hukukî işlemler ancak taşınmaz tescil dairesinde tapu dairesinde tutulan sicile tescille geçerli olur. Şekil konusunda kanunun öngördüğü şeklin bir geçerlilik şekli mi yoksa bir ispat şekli mi olduğu hususu önemlidir. Çünkü geçerlilik şekil şartının ihlâli şekle bağlı hukukî işlemin geçersizliğini gerektirdiği halde, ispat şekil şartının ihlali sözleşmeyi geçersiz kılmaz²⁵.

3) TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

Türk hukuk sisteminde, temsil yetkisinin kapsam belirlenirken, yetkinin kaynağı esas alınır. Başka bir deyişle, temsil yetkisi kanundan doğmuşsa, yetkinin kapsamı kanun gösterir, hukukî işlemde doğan temsil yetkisinin kapsamı ise o hukukî işlem ile tayin edilir²⁶. Şu var ki eğer temsilciye verilen yetkinin kapsamı ile üçüncü şahıslara duyurulan yetkinin kapsamı birbirinden

²⁴Söylenmesi gereken husus: Irak hukuk sistemine göre avukatların temsilciliği şekli temsilciliklerdendir. Irak Medenî Usul Kanunu (Irak Kanun El-Murafaat EL-Medeniye 1969) 58. maddesine göre, avukatlık vekâlet sözleşmesi yazılı ve hâkim ya da keti bul adil (noter) tarafından onaylı değilse mahkemeler nezdinde geçersizdir. Ancak 1986 tarihli Irak Medenî Kanunu taslağı (henüz yasalaşmadı) vekâletle sözleşmesi ile ilgili bu ikilimi ortadan kaldırmıştır. Irak Medenî Kanunu taslağının 860. maddesine göre, yapılması amaçlanan hukukî işlemin şekle bağlı olup olmamasına bakılmaksızın vekâlet sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşmedir. Geniş bilgi için bkz; El-Abbudi, sh. 57.

²⁵El-Hâkim, **El-Vasit**, sh. 93.

²⁶Eren, sh. 399; Akyol, **Temsil**, sh. 178; Akıntürk, sh. 70; Oğuzman/ Öz, sh. 176.

farklı ise, ikincisine itibar olunur (TBK m. 32)²⁷. Temsil yetkisinin; bu yetkinin süresi, işlem yapılabilecek şahıslar ve bu yetkinin konusu (genel yetki, özel yetki) gibi çeşitli açılardan sınırlandırılması mümkündür. Genel yetki bu yetkinin kapsamına giren bütün hukukî işlemleri yapmak üzere temsilcinin yetkilendirilmesidir. Ancak TBK m. 388'e göre bazı hukukî işlemlerin yapılabilmesi için açıkça verilmiş özel bir yetkiye ihtiyaç duyulmaktadır. Meselâ, temsilcinin kambiyo taahhüdünde bulunması, bağışlaması, dava açması gibi hukukî işlemleri yapabilmesi için genel yetki yeterli olmaz; bu konuda özel yetki gerekir.

Irak hukuk sisteminde ise temsil yetkisi bir hukukî işlem ile verilmişse, bunun kapsamını belirlemede o hukukî işlem belirleyici olacaktır. Meselâ, vekâlet sözleşmesi ile verilen temsil yetkisinin kapsamı, bu sözleşmeye bakılarak tespit edilir (boşanma davası açması için bir avukata vekâlet verilmesi halinde, avukatın karşı tarafla sulh olmaya veya davadan vazgeçmeye yetkili olup olmadığı vekâletnamenin muhtevasına bakılarak belirlenebilir). Kanunî temsilde ise temsil yetkisinin kapsamı, kanunî temsili düzenleyen hükümlere göre belirlenir.

4) TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİNDE EHLİYET

Türk hukuk sisteminde temsil yetkisinin geçerli olarak verilebilmesi için, yetkiyi verenin kural olarak tam ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetli olmayan şahıslar yalnız başlarına yapabilecekleri işlerin dışında kalan işlemlere ilişkin temsil yetkisini kurallar çerçevesinde kanunî temsilcilerin rızalarıyla verebilirler. Temsil yetkisi verenin iradesini sakatlayan bir sebep (hata, hile, ikrah) varsa, temsil olunan temsil yetkisini iptal edebilir. İptal beyanı, temsilci henüz hukukî işlemi yapmamışsa ona, yapmışsa, kendisiyle hukukî işlem yapılmış olan üçüncü kişiye yöneltilmelidir.

²⁷Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 250; Oğuzman/ Öz, sh. 176; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 251; Yavuz, sh. 142; Tekinay, sh. 147; Y13.HD. 4. 2002. 414/1200 (doktrinde önemli işlerin yapılması için özel yetki verilmesi gerektiği görüşü hâkimdir).

Temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, temsil olunan tarafından üçüncü kişiye bildirilmesinde de iradenin sakatlanması mümkündür. Bu halde de temsil olunan tarafından yetki bildirimi hata, hile, ikrah sebeplerinden birisine dayanılarak iptal edilebilir. Yetkinin verilmesi veya bildirilmesinden sonra temsilci henüz hukukî işlemi yapmamışsa temsil olunan iptal yerine yetkiyi geri alabilir²⁸. İrade sakatlığı altında vermiş olan temsil yetkisi iptal edildikten sonra temsilcinin üçüncü kişilerle sözleşme yapması halinde, temsil olunan böyle bir sözleşme ile bağlı olmaz; çünkü bu halde yetkisiz temsil söz konusudur. Temsil olunan iptal hakkından vazgeçtiği takdirde temsilcinin yaptığı sözleşmeyle bağlanır²⁹.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil olunan tek başına yapamayacağı hukukî işlemleri temsilci aracılığıyla da yapamaz. Bu sebeple temsil olunanın kural olarak sözleşme yapma ehliyetinin bulunması gerekir. Temsilci açısından durum farklıdır. Doğrudan doğruya (ittifâki) temsilde, yaptığı hukukî işlem ile kendisi borç altına girmediği için temsilcinin tam ehliyetli olması şart değildir (mümeyyiz olması yeterlidir)³⁰.

IrMK 930. maddesine göre: “1. *Vekâletin geçerli olabilmesi için vekilin vekâletin konusu üzerinde kendi başına hukukî işlemi yapabilir biri olması şartı aranır. Kesinlikle akli dengesi bozuk kimselerin veya temyiz kudreti olmayan küçüklerin vekil olarak atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olsa bile kendisine açıkça zararlı olan işlemlerde vekil atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olmaksızın, kendisinin açıkça yararına olan hukukî işlemlerde vekil atanması mümkün olduğu halde, hem kâr hem zarar riski taşıyan hukukî işlemlerde vekil atanabilmesi için ticaret yapabilme izni almış olması gerekir. Vekil atanan kişi kısıtlıysa vekâletin geçerliliği velisinin iznine bağlı olarak askıdadır.* 2. *Vekil de akli dengesi yerinde temyiz kudretine sahip olması şart olarak gerektiği halde vekilin baliğ olması şart değildir*”. İradî (anlaşmalı)

²⁸Eren, , sh. 396.

²⁹Önen, , sh. 70.

³⁰Enver, Sultan, **El-Nazariye El-Amme**, Masadır El-İltizem, sh. 29; Paşa, **Akdil Vekâle**, sh. 256.

temsilin aksine kanunî temsilcinin eksik ehliyetli olması (tam ehliyetli olmaması) düşünülemez. Çünkü kanunî temsilde temsil olunan zaten eksik ehliyetlidir. Bu sebeple, kanunî temsilcinin tam ehliyetli olması gerekir. Irak hukuk sistemi de bu hükmü benimsemiştir. Irak hukuk sistemine göre, eksik ehliyetliler veli, vasi veya kayyım sıfatını üstlenemezler³¹. Hukukî işlemi yapan temsilci olduğu için, temsilcinin iradesinin, iradeyi sakatlayan sebeplerden (ikrah, hata, hileli/aldatmalı gabin) biriyle sakatlanmamış olması gerekir. Irak Hukukuna göre, temsilcinin iradesi, iradeyi sakatlayan üç sebeplerden biri ile sakatlanmışsa, yaptığı hukukî işlemin hükmü, temsil olunanın lehine ve bunun iznine bağlı olarak askıdadır. Temsil olunan söz konusu hukukî işlemi izin vererek geçerli kılmak veya bunu iptal etmek yetkisine sahiptir. Çünkü temsilcinin yapmış olduğu hukukî işlem temsilci değil, temsil olunan hakkında hüküm doğurur. Böylece hukukî işlemi geçersiz kılma hakkına da temsilci değil temsil olunan sahiptir. Meselâ, vasi, temsil ettiği kısıtlı kişi hesabına, hataya düşerek, gerçekte tarihî bir değeri olmayan bir eseri tarihî bir eser zannıyla satın almışsa vasinin iradesi hatadan dolayı sakatlanmıştır. 1986 yılında, Irak Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Irak Medenî Kanunu Taslağının 328. maddesinde bu konu ele alınmıştır. Buna göre “*temsil yoluyla yapılan hukukî işlemlerde, irade sakatlıkları konusunda, temsil olunanın değil temsilcinin iradesi dikkate alınır*”³². Aynı düzenleme Mısır Medenî Kanunu m. 104’te yer almaktadır. İslam doktrininde de aynı tutum benimsemiştir; burada da temsilcinin iradesi esas alınmaktadır³³.

³¹Geniş bilgi için bkz. Irak Sınırlı Ehliyetsizler Gözetme Kanununun (ISEGK) m. 28. 35. 89 ve IAŞK (Irak Ahval El-Şahsiye Kanunu). 188 sayılı. 1959.

³² Söz konusu yasa taslağı hala yasalaşmış değildir;

³³Şefik, Şehate, **Nazariyetül İltizam vi El-Şariat El-İslemi**, C. I, Tarafa El-İltizam, Mısır 1926, sh. 359.

B. TEMSİLİN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1) Temsilin Vekâletten Farkı:

Temsil ile vekâlet arasında çok farklılıklar bulunmakla birlikte en önemlileri şunlardır³⁴. Temsil bazen vekâletle birlikte olduğu gibi, tek başına da olabilir. Yani, temsil olmadan vekâlet olabileceği gibi, vekâlet olmaksızın da temsil olabilir. Mesela, borçlar hukuk kitaplarında “güzel bir kitap bulursan al” cümlesinde bir temsilden bahsetmektedir. Vekâlet iki tarafa borç yüklediği bir sözleşmedir. Bu sebeple vekâlette vekilin iradesi şarttır. Temsil buna karşılık tek taraflı bir hukukî işlemdir. Temsilciye bir yüküm yüklemeyi fakat yetki kazandırır (yetkilendirmedir). Temsil ve vekâlet beraber oldukları zaman vekâletin butlanı halinde, temsilin butlanını gerektirmez. Vekâlet ancak yazılı olabilir, yazılı olmadığı halde vekâlet söz edilemez. Temsil ise yazılı olduğu gibi sözlü de olabilir, yani temsil hiçbir şekle bağlı değildir. Vekâlet, vekille müvekkil arasında bir iç ilişkisinden ibarettir, vekâletten doğan hak ve borçlar bu ikisini de ilgilendirir. Vekâlete dayanan temsil ise, etkisini dış ilişkide gösterir. Mesela, temsil olunanla üçüncü bir kişi arasında bir hukukî işlem kurulmasını sağlar. Vekâletin, sona ermesi, temsilin de sona ermesini gerektirmez.

2) Temsilin Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhütten Farkı

Yetkisiz temsil de, kişi temsil olunanın izni olmadan bunun adına ve hesabına hukukî işlem yapmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise, müteahhit lehtarla sözleşme yaptığında fiili taahhüt edilen kişi adına değil, kendi adına (sözleşmeyi kendi adına yapmaktadır) hareket etmektedir.

³⁴Eren, sh. 398; Kemaleddin, Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. b, İstanbul 1967, sh. 145; İnan, sh. 330; Esener, **Salahiyete Müstenit Temsil**, sh. 60; Safa, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. B, İstanbul 2006, sh. 129; Fikret, Kemal, Arık, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Ankara 1964, sh. 85; Oğuzman/ Öz, sh. 171; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 626; Erdoğan, Sarıtepe, **İslam hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukukî Sonuçları**, Ankara 2001, sh. 14; Kemal Tahir, Gürsoy, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Ankara, sh. 249; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 247; Başpınar, sh. 99; Tunçomağ, sh. 225.

Yetkisiz temsildeki borcun konusu üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumundaki borcun konusundan farklıdır; ilkinde borç konusu sözleşmenin konusu olan şeyin (temsil olunan kişiye ait şeyin bunun izni olmadan) mülkiyetinin naklinden ibarettir, ikincisindeyse borcun konusu bir yapma fiildir. Yani burada borcun konusu bir fiil yapması uğruna üçüncü kişiyi ikna etmeye yönelik çaba harcamaktır. Her iki kurum arasında bulunan bu farklılıklara rağmen kanun koyucu sonuç bakımından her iki kurumu aynı hükme tabi tutmuştur. Yetkisiz temsilde, kanunî izin verme hakkına sahip kişi yapılan hukukî işlem izin verir, böylece bu izin geriye etkili hüküm doğurur veya izin vermez, böylece sözleşme iptal olur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise, üçüncü kişi taahhüdü reddeder, böylece müteahhit tazminat ödemek zorunda kalır, ya da üçüncü kişi taahhüdü ikrar eder, böylece söz konusu ikrarın açık veya zımnî olarak taahhüdün yapıldığı güne dayandırılması kastının varlığı belirlenmezse, ikrar, taahhüt gününden itibaren değil, ikrarın çıktığı günden itibaren hüküm ifade eder³⁵.

3) Temsilin Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmeden Farkı

Gerek temsilde gerekse üçüncü kişi lehine sözleşmede yapılan hukukî işlemler tarafların menfaatine değil de, hukukî işlemin tarafı olmayan üçüncü kişinin menfaatine yöneliktir. Bu kısmî benzerliklerine rağmen her iki işlem birbirinden yetki ve nitelikler açılarından tamamen farklıdır. Gerçekte de temsil tek taraflı bir hukukî işleminden ibarettir, üçüncü kişinin lehine ise BK m. 111'e göre “ *kendi namına akid yapan bir kimse üçüncü şahıs lehine bir borç şart edebilir*” bir sözleşmedir. Temsil de temsilcinin yapmış olduğu hukukî işleminden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olur iken, üçüncü kişinin lehine sözleşmede sözleşmeden doğan hak ve borçlar üçüncü kişiye aittir. Temsil de, temsilci hukukî işlemi temsil olunanın ad ve hesabına yapmaktadır, ancak bu hukukî işlemin tarafı sayılmaz, üçüncü kişinin lehine

³⁵Necmeddin Feyzi, Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. B, İstanbul 1976, sh. 393.

sözleşmede vaat ettiren yapılan hukukî işlemin tarafıdır. Temsilde temsilcinin temyiz kudretine sahip olması yeterli iken, üçüncü kişinin lehine sözleşmede ise vaatettirenin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Temsil de temsilci yapılan hukukî işlemin hukuk alanı dışında kalır iken, üçüncü kişinin lehine sözleşmede vaat ettiren hukukî işlemin hukuk alanının içinde kalır. Çünkü hukukî işlemi kendi adına yapar³⁶.

4) Temsilin Ulaktan Farkı

Temsil, temsil olunan tarafından üçüncü kişi ile belli bir veya birden fazla hukukî işlem yapmak üzere temsilciye verilen yetkiden ibarettir. Burada temsilcinin görevi temsil olunanın iradesini taşır ancak kendi iradesini açıklar. Yani temsilci temsil olunanın iradesini taşımaktan ziyade temsil olunanı temsil etmektedir. Bu anlamda temsil, ulak (haberci) müessesesinden farklıdır. Gerçekten de, ulak temsil olunanın iradesini karşı tarafa nakleden kişidir³⁷. Temsilde, temsilci temsil olunanın iradesini veya iradesinin açıklanmasında temsil olunanın menfaatine uygun olarak değiştirme hakkı vardır. Ulakta ise ulakın böyle bir hakkı yoktur. Temsil ve ulak arasında diğer bir fark da temsilde, temsilcinin temyiz kudretine sahip olması gerekirken, ulakın böyle bir zorunluluğu yoktur. Çünkü temsilde, temsilci kendi iradesi açıklar, oysa ulakın böyle bir irade açıklaması gerekmez. Çünkü ulak iradesi açıklanan şahsın iradesini iletmekle yükümlüdür. Özetle ulakın görevi bir aracılıktan ibarettir. Çünkü ulak seçme, ikmal ve değiştirme yetkisine sahip değildir.

³⁶Feyzioğlu, sh. 393; Akyol, temsil, sh. 73.

³⁷Bu konuda geniş bilgi için bkz. Şener, Akyol, **Temsil Teorisinde Ulak**, İstanbul 2007; Turgut, Akıntürk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Özel Borç İlişkileri, 12. B, İstanbul 2006, sh. 67; Selahattin, Sulhi, Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 3. B, İstanbul 1974, sh. 142; Arık, sh. 88; Akyol, Temsil, sh. 86- 87.

5) Temsilin Nam-ı Müsteardan Farkı

Temsilde, temsilci kendisine temsil olunan tarafından verilmiş olan temsil yetkisine dayanarak temsil olunanın adına veya hesabına davranır ve temsil olunan adına hukukî işlem yaptığını açıklar. Bu da yapılan hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacağını ifade etmektedir. Nam-ı Müstear ise, *“bir şahsın kendi adını gizleyerek başka bir ad taşıyormuş veya başka bir şahısmış gibi davranmasıdır”*³⁸. Meselâ, Ali'nin kendi adını gizlemesi ve kendisini İhsan olarak tanıtmada durum böyledir. Bu da iki şekilde gerçekleşir, bunlardan birincisi var olan bir başkasının adını kullanmak, ikinci ise, tamamen hayalî ve belki de hiç mevcut olmamış bir ad kullanılmaktır. Birinci durumda, Ali'nin adını kullanan bir başka kişi vardır. Bu gizlilikten dolayı İhsan'ın menfaati, hakları ve manevî kişiliği zarar görebilir. Ayrıca üçüncü şahsın Ali'ye karşı hakları, Ali'nin ona karşı yükümlülüğü söz konusu olur. Bu ad kullanmanın bir sonucu olarak Ali ile üçüncü şahıs ve Ali ile İhsan ve üçüncü şahıs ile İhsan arasında üçlü ilişki bulunmaktadır. İkinci durumda ise, Ali tamamen hayalî veya belki de hiç mevcut olmamış bir ad kullanmaktadır. Bu ad sadece tek ad olabileceği gibi birleşik ad veya takma ad da olabilir. Meselâ, Ali veya Aliekber veya el-alevi. Bu durumda sorun Ali ile üçüncü şahıs arasında çıkar ve sadece ikisinin arasında çözüme bağlanır. Çünkü Ali'nin kullandığı ad bir varlık ve kişilik değildir.

³⁸ Akyol, Temsil, sh. 360.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ŞARTLARI, ÇEŞİTLERİ, TEMSİL YETKİSİ, TEMSİLİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE TEMSİLİN SINIRLANMASI

Ş 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ŞARTLARI

I. TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNİN BULUNMASI

Türk hukuk sisteminde, Temsilcinin üçüncü kişi ile temsil olunanın adına veya hesabına sözleşme yapması ve bu sözleşmeden doğan hakların ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olabilmesi üç şartın varlığına bağlıdır. Bunlardan birincisi, temsil yetkisinin bulunmasıdır³⁹. Başkası adına hukukî işlem yapabilmek için gerekli olan izine temsil yetkisi denir⁴⁰. Doğrudan doğruya temsilin geçerli olabilmesi için, temsilcinin temsil yetkisine sahip olması gerekir. Bu temsil yetkisi kanundan veya temsil olunanın iradesinden doğar. Kanunun verdiği yetkiye dayanarak başkası adına veya hesabına hukukî işlem yapan kimseye kanunî temsilci denir. Meselâ, veli ve vasi bu anlamda kanunî temsilcilerdir⁴¹.

Irak hukuk sisteminde ise⁴², Türk hukuk sisteminde olduğu gibi temsilin varlığından söz edilebilmesi için üç temel şartın bulunması gerekir. Bunlardan birincisi temsilcinin iradesinin temsil olunanın iradesinin yerine geçmesidir. Temsilci, temsil olunanın adına veya hesabına kanunî bir işlem yaptığında temsil olunanın iradesini değil, kendi iradesini açıklamıştır. Bunun için temsilcinin iradesi temsil olunanın iradesinden bağımsız olmalıdır. Çünkü temyiz kudretine sahip olmayan kişiler, akli dengesi bozuk olanlar veya

³⁹Oğuzman/ Öz, sh. 167.

⁴⁰Eren, sh. 393; Feyzioğlu, sh. 385; Reisoğlu, sh. 127; Oğuzman/ Öz, sh. 169.

⁴¹Cevdet, Yavuz, **Türk –İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul 1983, sh. 23; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 673.

⁴²El-Senhüri, C. VII, sh. 313; Hasan, Ali, El-Zennun, **Şerh El-Kanun El-Medenî El-Irakî, EL-Nazariyetül El-Amme Lil-İltizam**, Bağdat 1976, sh. 49; Abdül mecid, El-Hâkim, **EL-Vasit vi Nazariyetül El-Akid**, Bağdat, C. I, 1967, sh. 220; Cesim, Selman, El-Abbudi, sh. 13.

matuhlar (bunamış) kanunî işlem yapamazlar. Yapsalar bile yaptıkları işlemin hükmü butlandır; Bu sebeple söz konusu kimseler hukukî işlemi kendi adına ve hesabına veya bir başkasının adına ve hesabına yapmış olmalarının bir önemi yoktur. Temsilci hukukî işlemi kendi şahsî iradesiyle yapmazsa temsilden bahsedilmez. Bu sebeple irade sakatlığı söz konusu olduğunda, temsil olunanın değil, temsilcinin iradesi dikkate alınır. Temsilcinin iradesindeki sakatlıklar sözleşmeyi etkiler⁴³. Temsilci iradesini hata, hile veya ikrah altında açıklamışsa, sözleşme temsil olunanın iznine bağlı olarak askıdadır. Temsilci tarafından yapılan işlemin temsil olunanın detaylı talimatına göre yapılmış olması durumu hariç, iyi niyet konusunda temsil olunanın değil temsilcinin iradesi esastır. Müstesna tutulan durumda bile, temsilcinin iradesine bakılır, temsilci iyi niyetini ispatlar ve üçüncü kişilere durumundan haberdar olmadığını kanıtlarsa temsil olunanın iradesi esas alınır. Bu da sözleşme yapılırken iyi niyet varsayımının (iyi niyet ilkesi) bir uygulamasıdır⁴⁴.

İradî temsil ise, temsil olunanın kendisinin yapılması için temsil yetkisi verdiği hukukî işlemi yapma ehliyetine sahip olması gerekir. İrMK m. 930/1'e göre *"vekâletin (temsil) geçerli olması için vekâlet verenin kendisi, vekâlet konusu hukukî işlemi yapmaya ehil olmalıdır"*. Temsilciye ise, ayırt etme kudretine sahip olması şartı aranmaz. Kısıtlı bulunan kişi temsilci olabildiği halde, temyiz kudretine sahip olmayan kişi temsilci olamaz. Başka bir deyişle, kişinin temsilci olabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekir⁴⁵. Kanunî temsilde ise kişinin nasıl bir ehliyete sahip olması gerektiğini belirleyen taraf iradesi değil bizzat kanundur. Bu sebeple temsilciye temsil yetkisini veren kanun, aynı zamanda temsilcinin ve temsil olunanın ehliyetini de belirler. Kanunî temsilcilikte temsil olunan, temyiz kudretine sahip kısıtlı ehliyetli olabildiği gibi temyiz kudretine sahip olmayan

⁴³ El-Senhûri, C. VII, sh. 338; El-Hâkim, **El-Vasit**, sh. 22; Mursi, Muhammet, Paşa, **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediyd, El- Ukud El-Müsemma**, Akdîl El-Vekale, Kahire 1949, sh. 21.

⁴⁴İrMK'nun bu tutumu üçüncü kişinin bilmesi ve desteklemesine dayanan İsviçre yargı ve doktriniyle örtüşmektedir; El-Suud, sh. 63.

⁴⁵Abdül El-Mecid, El-Hâkim, **EL-Kâfi Fi Şarh El-Kanun El-Medenî El-Ürdünî Vel El-Irakî Vel El-Yemenî**, Masadır El- İltizam, C. I, El-Cediyde Lil-Tibaa, Ammen 1993, sh. 224.

bir kimse de olabilir. Bunun yanında vesayet ve kayyımlıkta olduğu gibi, temsilcinin tam ehliyetli olmasının şart olarak aranması mümkündür⁴⁶.

II. TEMSİLCİ TEMSİL OLUNANIN ADINA HAREKET ETMESİ

Türk hukuk sisteminde, Temsilci temsil yetkisine sahip olmaktan başka temsil olunan kimse adına hareket etmelidir⁴⁷. Doğrudan doğruya temsilde, temsilci hukukî işlemi temsil olunanın adına veya hesabına yapar. Bu hukukî işleminden doğan hak ve borçlar, ikinci bir işleme ihtiyaç olmaksızın doğrudan doğruya temsil olunana intikal eder⁴⁸. Bu itibarla yetkili temsilci, bu işlem sebebiyle hak iktisap edemez ve borçlardan sorumlu olamaz. Nitekim TBK m. 32/1’de birinci ve ikinci şartı da belirtecek şekilde şu hüküm yer almaktadır. *“yetkili bir temsilci tarafından diğer bir kimse namına yapılan sözleşmenin alacak ve borçları o kimseye intikal eder”*⁴⁹. Görüldüğü gibi temsil yetkisine sahip olan temsilci, hukukî işlemi kendisi için değil, temsil olunan kimsenin için hüküm ifade etmek üzere diğer tarafa bildirmiş olmalıdır. Temsil olunanın adına hareket ettiğini açıklamayan temsilci, temsil olunanın hesabına hareket etmekte olsa dahi, doğrudan doğruya temsil hükümleri olaya uygulanamaz. Böyle bir durumda ya dolayısıyla temsilden ya da inançlı bir işleminden söz edilmek gerekir.

Irak hukuk sisteminde ise, Irak Medenî Kanunun 942. maddesine göre temsilci temsil yetkisine sahip olmaktan başka temsil olunan kimse adına veya hesabına hareket etmeli, yani hukukî işlemi başkası adına ve hesabına yapmalı ve bunu karşı tarafa (üçüncü kişiye) bildirmelidir. Aksi halde, yani temsilcinin hukukî işlemi temsil olunan adına yaptığını karşı tarafa bildirmemesi durumunda, dolaylı temsil söz konusu olur. Kural olarak dolaysız temsilde temsil yetkisinin bulunması ve hukukî işlemin başkası

⁴⁶El-Senhüri, C. VII, sh. 334.

⁴⁷Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 95; Feyzioğlu, , sh. 394; Oğuzman/ Öz, sh. 167; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 673.

⁴⁸Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 259.

⁴⁹Eren, sh. 390.

adına yapıldığının karşı tarafa bildirilmesi gerekmele birlikte iki halde işlemin başkası adına yapıldığının bildirilmesi gerekmez⁵⁰. Bunlardan birincisi de kendisiyle sözleşme yapılan kimse durumdan bir temsil ilişkisinin olduğunu ve kendisiyle hukukî işlem yapanın temsilci olduğunu anlayabilecek durumdadır. İkinci hal ise, üçüncü kişinin yapılan hukukî işlemi temsilci veya temsil olunanla yapması arasında kendisi açısından bir fark bulunmasıdır.

III. TEMSİLCİ OLDUĞUNU BİLDİRMESİ

Türk hukuk sisteminde, temsilcinin, temsil ilişkisinde hukukî işlemi temsil olunan adına veya hesabına yaptığını karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bu bildirim sözlü veya yazılı olabileceği gibi, bir davranışla da gerçekleştirilebilir (TBK m. 32/1). Eğer temsilci hukukî işlemi temsil olunan adına veya hesabına yaptığını karşı tarafa bildirmezse, dolaylı temsil söz konusu olur. Kural olarak, dolaysız temsil yetkisinin bulunması ve hukukî işlemin başkası adına yapıldığının karşı tarafa bildirilmesi gerekmele birlikte, iki istisnai halde işlemin başkası adına yapıldığının bildirilmesi gerekmez (TBK m. 32/1). Kendisiyle sözleşme yapılan kimse, durumdan bir temsil ilişkisinin olduğunu ve kendisiyle hukukî işlem yapanın temsilci olduğunu anlayabilecekse. Üçüncü kişinin, yapılan hukukî işlemi temsilci veya temsil olunanla yapması arasında kendisi açısından bir fark bulunmuyorsa. Birinci duruma, ticarî temsilcinin tacir adına satım sözleşmesi yapması; ikinci duruma ise, bir hizmetlinin kendisine verilen siparişi temin ederken satış sözleşmesi yapması misal verilebilir. Bu gibi durumlarda, temsil olunan adına hareket edildiği belirtilmemiş olmasına rağmen dolaysız temsil söz konusu olur⁵¹.

⁵⁰Geniş bilgi için bkz; El-Suud, sh. 65; El-Hâkim, **El-Kâfi**, sh. 89.

⁵¹Oğuzman, Öz, sh. 167.

Irak hukuk sisteminde ise, Türk hukuk sistemindeki aksine temsilin “*temsilci olduğunu bildirmesi*” şartını getirmemiştir, “*temsilcinin kendisine çizilen temsil sınırlarını aşmaması*”nı temsilin üçüncü şartı olarak kabul etmiştir. Ayrıca IrMK temsilci olduğunu bildirme şartını ikinci “*Temsilci Temsil Olunanın Adına Hareket Etmesi*” şartıyla birlikte ele almıştır. Bu şarta göre, temsilci temsil olunanın verdiği temsil yetkisi çerçevesinde çalışır⁵². Bu yetkiyi temsilin kaynağı belirler. Temsil kaynağı, kanunî temsilde kanun, kazaî temsilde mahkeme, ittifâkî temsilde ise temsilci ve temsil olunan arasındaki sözleşmedir. IrMK 942. maddesine göre “*temsilci temsil olunanın adına veya hesabına yaptığı hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır*” bu madde MMK m.105'ye karşılık gelmektedir. Yani temsilci temsil yetkisinin dışına çıkmadan sözleşmeyi yaparsa, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olur. Eğer temsilci temsil olunanın talimatını aşarsa temsil yetkisini kaybeder ve hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana geçmez. Vekâlette asıl olan vekille sözleşme yapan üçüncü kişi vekâlet sözleşmesinin meydana gelmesinden ve kapsamından emin olmalıdır; söz konusu üçüncü kişi vekilden vekâletini kanıtlamasını talep edebilir. Üçüncü kişi bu görevini yerine getirmediği halde, vekil vekâlet sınırını aşmış olsa bile üçüncü kişi yaptığıının vebalini taşır. Ancak bazı hallerde temsilci temsil olunanın talimatı dışına çıksa dahi, hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana geçer. Bu hallerden birincisi de; temsilin, temsilcinin ve üçüncü kişinin haberi olmadan sona ermez. Meselâ, IrMK m. 948'e göre temsil olunanın ölümü veya temsil olunanın temsilciyi azil etmesi halinde, sözleşmenin yapıldığı sırada temsilci ve üçüncü kişi temsil ilişkisinin sona erdiğinden haberdar değillerse, sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana aittir⁵³. İkinci halde, temsilcinin temsil yetkisinin dışına çıkması ve sözleşmenin diğer tarafını oluşturan üçüncü kişinin bundan haberdar

⁵²El-Hâkim, **El-Vasit**, sh. 223; El-Zennun, sh. 51'de Diyor ki “*temsilci özel iradesini açıklıyor olsa da, temsil yetkisi sınırında ancak kendi iradesini temsil olunanın iradesi yerine koyabilir. Temsilcinin buradaki iradesi her türlü takyitten arındırılmış serbest ve özgür bir irade değil; aşamadığı sınırlarla çevrelidir*”; El-Senhûri, C. VII, sh. 368; Bez, sh. 794.

⁵³Mısır Medenî Kanunun hazırlık çalışmaları, Matbuat Dar El-Kutub El-Arabî, Mısır, C. II, sh. 57-104; El-Senhûri, C. VII, sh. 370 “*Vekâlet süresinin bittiği bir defî olarak iyi niyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülmesi mümkün değildir*”.

olmaması durumunda sözleşmenin diğer tarafın iyi niyetinin korunması için, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar yine de temsil olunana ait olur⁵⁴. Nihayet üçüncü halde, temsilci temsil yetkisinin dışına çıkmaya mecbur kalmışsa, temsil olunanın verdiği yetki dışında çalışmasının sebebini de temsil olunana haber vermesi imkânsızsa veya temsil olunanın buna icazet vereceğine iyi niyetle inanıyorsa; bu halde de sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana aittir. Fakat temsilcinin en yakın zamanda temsil olunanı durumundan haberdar etmesi gerekir (IrMK m. 933)⁵⁵. Buna göre; eğer temsilci, temsil olunanın menfaatini sağlamak için temsil yetkisinin dışına çıktığı takdirde sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır⁵⁶. Mesela, temsil olunan temsilciye bir araba almak üzere yetki vermiş ve arabanın fiyatını belirlemişse, temsilci temsil olunanın belirlediği fiyattan daha ucuz bir araba alırsa, bu durum temsil olunanın menfaatine olacağından temsilci, temsil yetkisinin dışına çıkmış sayılmaz. Bu durumda Yetkisiz temsil kurallarının uygulamasıdır.

Irak Medenî Kanunu'nda temsilcinin yetki sınırını aşması durumunu da düzenlenmiştir. Buna göre temsilci, temsil yetkisinin sınırını aşarak, temsil olunan adına bir işlem yaparsa, bu işlemin geçerliliği temsil olunanın iznine bağlı olarak askıdadır (IrMK m. 944/I). Aynı zamanda üçüncü kişiye temsil yetkisinin sınırını aşan temsilci yaptığı hukukî işlemin akıbetini açıklığa kavuşturmak üzere temsil olunanın söz konusu işlem ile ilgili görüşünü belli bir süre içinde açıklamasını talep hakkı da vermiştir. Bu düzenlemenin amacı, üçüncü kişiyi korumaktır. Belirlenen süre içerisinde görüşünü açıklamayan temsil olunan sözleşmeyi kabul etmemiş sayılır. Dolayısıyla belirlenen sürenin, temsil olunan tarafından hiçbir açıklama yapılmaksızın geçirilmesi temsil olunanın söz konusu işleme izin vermeme seçeneğini ön gördüğü anlamına gelir. Hukukî işleme izin vermeme seçeneğini ön görmek de temsilci tarafından yapılan işlemi reddetme anlamına gelir; böylece artık bu

⁵⁴El- Senhüri, C. VII, sh. 386.

⁵⁵Bu maddeyi MMK m. 703 karşılamaktadır.

⁵⁶El-Senhüri, C. VII, sh. 371; Mersi, sh. 241.

işlem temsil olunan hakkında hiçbir sonuç doğurmaz. Irak Kanun koyucusunun bu tutumu, İsviçre Medenî Kanunu gibi (İsviçre Medenî Kanununun m. 38/II) diğer bazı kanun sistemleriyle örtüşmektedir. Ancak Irak Medenî Kanununda İsviçre hukukunda olduğu gibi, kabul için bir süre belirlemediştir.

Ş 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN ÇEŞİTLERİ

I. GENEL OLARAK

Türk hukuk sisteminde, temsil ilişkisi temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına hukukî işlem yaparken temsil yetkisine sahip olup olmaması bakımından yetkili ve yetkisiz temsil olarak ikiye ayrılır. Yetkili temsil de temsil yoluyla yapılan işlemin hukukî sonuçlarının temsilciye mi yoksa temsil olunana mı ait olduğuna göre, vasıtalı (dolaylı) vasıtasız (dolaysız, dorudan doğruya) temsil şeklinde sınıflandırılır. Yetkili temsilde temsil yetkisinin kaynağına göre iradî (rızaî) temsil ve kanunî temsil ayrımı yapılabilir. Temsil denilince kural olarak yetkili temsil anlaşılır. Vasıtalı, vasıtasız, iradî ve kanunî temsil, esasen yetkili temsilin alt türleridir⁵⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda önce yetkili temsil (salahiyete müstenit temsil) TBK m. 32. vd yetkisiz temsil düzenlenmiştir TBK m. 38.

Irak hukuk sisteminde ise, yukarıda belirtildiği üzere temsil müessesesi Irak Medenî Kanunun'da düzenlenmiş değildir⁵⁸. Ancak temsil yerine temsili de içeren bir kurum olan vekâlet sözleşmesi düzenlenmiştir. Bir diğer ifade ile Temsil müessesesi vekâlet sözleşmesi içerisinde ele alınmıştır. Irak Medenî Kanunu'nun Mehazı olan Mısır Medenî Kanununda ise, durum farklıdır. Çünkü temsil (El-Niyebe) konusu 1948 tarihli Mısır Medenî Kanunun m. 104

⁵⁷Akyol, sh. 259; Eren, sh. 386; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 11; Şenyüz/ Fidan, sh. 32; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 238.

⁵⁸Mersi, Muhammet, Paşa, **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediye, El-Ukud El-Müsemma**, Akdîl El-Vükela, El-Matbaa El-Alemiye, Kahire 1949, sh. 188; Abdurlazzak, Ahmet, El- Senhûri, **EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî**, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-AMEL, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, sh. 292.

ve ondan sonraki maddelerde düzenlenmiştir⁵⁹. MMK da ise, temsilin iki çeşidi var; bunlardan birincisi kanundan doğan (kanunî temsil) ikincisi ise, irade'ye dayalı (iradî temsil).

II. YETKİYE DAYANAN TEMSİL – YETKİSİZ TEMSİL

Türk hukuk sisteminde, yetkiye dayanan (gerçek anlamda) temsilde, temsilcinin temsil olunanın adına veya hesabına hukukî işlem yaptığı anda temsil yetkisine sahiptir. Yetkisiz temsilde ise⁶⁰, temsil olunanın başlangıçta verdiği bir temsil yetkisi bulunmamaktadır. Şu anlamda ki, temsilcinin ya hiç temsil yetkisi yoktur veya yetkisini aşmıştır, ya da yetkisi sona erdikten sonra işlem yapmıştır. İşte yetkisiz temsil bunları kapsar. Yetkili temsil, TBK m. 32–37, yetkisiz temsil ise TBK m. 38–39 ile düzene konulmuştur⁶¹. Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümlerinde yetkili temsili ele almıştım, Yetkisiz temsili ise bu çalışmanın üçüncü bölümün konumu teşkil etmektedir.

Irak hukuk sisteminde ise, yukarıda da belirtildiği üzere temsil müessesesi Irak Medenî Kanunun'da düzenlenmiş değildir⁶². Ancak temsil yerine temsili de içeren bir kurum olan vekâlet sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre temsilcinin temsil olunanın adına veya hesabına hukukî işlem yaptığı anda temsil yetkisine sahip olmasına yetkiye dayalı temsil veya yetkili temsil denilmektedir. Yetkisiz temsil (fuzala) ise, İslam Fıkında ve bunun etkisinde kalan ülke hukuklarında, Türk hukukunda yetkisiz temsil kurumunu

⁵⁹Bedir, Mersi, Cemal, El-Niyebe Vil El-Tasarrufat El- Kanuniye, 3. B, Mısır 1980, sh. 236.

⁶⁰Turhan, Esener, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Yetkisiz Temsil**, Ankara 1963, sh. 68; Akyol, Temsil, sh. 47.

⁶¹Feyzioğlu, sh. 380; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 242.

⁶²Mersi, Muhammet, Paşa, **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediye, El-Ukud El-Müsemma**, Akdîl El-Vükela, El-Matbaa El-Alemiye, Kahire 1949, sh. 188; Abdurlazzak, Ahmet, El- Senhûri, **EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî**, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-AMEL, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, sh. 292.

karşılayan kurumun adıdır⁶³. Fuzulî ise hiçbir yetkiye dayanmayan ve kendisini ilgilendirmeyen, başka kişiye ait bir malın üzerinde işlemde bulunan kişinin adıdır. IrKM'nu yetkisiz temsil müessesesini kapsamlı olarak ele almamıştır, ancak Mısır Medenî Kanunu yetkisiz temsili 188. maddesinde şöyle tanıtmaktadır, “*bir kişinin, kasıtlı olarak ve hiçbir bağlayıcılığı (borcu) olmadan, başkası hesabına hukukî işlemde bulunmasıdır*”. Yetkisiz temsili ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

III. DOĞURDUĞU HÜKÜMLERE GÖRE TEMSİLİN ÇEŞİTLERİ

A. Dolaylı (Vasıtalı) (Gerçek Olmayan) Temsil

Türk hukuk sisteminde dolaylı temsil, temsilci hukukî işlemi kendi adına ve temsil olunan hesabına yapması ve hukukî işlemin hüküm ve sonuçları temsilciye ait olması demektir. Temsilci temsil olunana bu hak ve borçları ayrı bir hukukî işlemle devretmeye ve temsil olunan da bunları devralamaya mecburdur. Devrin konusunu teşkil eden işlem alacağın temlikli veya borcun nakli olabilir⁶⁴. Dolaylı temsilin en tipik örneği TBK m. 416’de düzenlenmiş olan komisyon sözleşmesidir⁶⁵.

Irak hukuk sisteminde, yine bu konuyla ilgili bir düzenleme yoktur.

⁶³Süleyman, Mirkis, **Muhazarat Fil İsrâ Ala Hisap’ı Gayır Fil Kavanin EL Arabiye**, EL-Fuzala, C. III, 1966, sh. 7-10; Selahattin, El-Nahi, **EL-Kesip Dun Sebep Ve’l Fuzala Ke-masdareyin Lil-İltizam**, 1958, sh. 188-189; El Senhûri, **El-Vasit Vi Şarh El-Kanun El-Medenî, nazariye-tül El-İltizam**, C. I, Mısır 2006, sh. 1052.

⁶⁴Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 233; Reisoğlu, sh. 127; Yavuz, sh. 15; Akyol, **Temsil**, sh. 46; Önen, sh. 73; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 13; Eren, sh. 388; Feyzioğlu, sh. 407; Şenyüz/ Fidan, sh. 33.

⁶⁵Taşınmaz alım-satımı için verilen temsil yetkisi esas işlemin şekline tabidir. YHGK. 4.6.1952. 163/99. YHD. 21.1.1950. 5706/34. sh. 390. Krş (Y4.HD.22.12.1967–8206/1084), sh. 390.

B. Aktif Temsil – Pasif Temsil

Türk hukuk sisteminde aktif temsil, temsilci temsil olunan adına irade beyanında bulunma yetkisine sahip olmasıdır. Buna karşılık bazı temsil ilişkilerinde temsilci, temsil olunan adına iradesini beyan edemez. Meselâ bir sözleşme yapma teklifinde (icapta) bulunamaz. O, sadece temsil olunan adına kendisine yöneltilen beyanları kabule yetkilidir. İşte bu tür temsil ilişkisine de pasif temsil adı verilir⁶⁶. TBK m. 32’de sadece aktif temsil düzenlenmiş bulunmaktadır. Aktif temsil yetkisi ilk olarak pasif temsil yetkisini de içerir. Bununla beraber, sadece pasif temsil ilişkisinin kurulması da her zaman mümkündür. Aktif ve pasif temsil gibi, irade beyanının bir haberciyle karşı tarafa iletildiği hallerde, aktif ve pasif haberciden söz etmek de mümkündür. Aktif haberci, irade beyanını muhataba iletirken, pasif haberci, muhatabın irade beyanını temsil olunana iletir.

Irak hukuk sisteminde, bu konuyla ilgili bir düzenleme yoktur.

C. Doğrudan Temsil

Türk hukuk sisteminde, temsilcinin üçüncü kişi ile temsil olunan adına veya hesabına sözleşme yapması ve bu sözleşmeden doğan hakların ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olması, doğrudan temsil olarak nitelendirilir⁶⁷. TBK m. ((gereğince doğrudan doğruya temsilden bahis edebilmek için üç unsurun varlığı gereklidir:

⁶⁶Eren, sh. 389; Akyol, **Temsil**, sh. 49; Feyzioğlu, sh. 415; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 251; Oğuzman/ Öz, sh. 180; Eren, sh. 389; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 77; Akyol, **Temsil**, sh. 49.

⁶⁷Akyol, **Temsil**, sh. 46; Feyzioğlu, sh. 379; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 12; Önen, sh. 73.

1. Temsilcinin Mümeyyiz Olması (Ayırt Etme Kudretine Sahip Olması)

Temsilci, diğer bir kimse adına olmak kaydıyla iradesini açıklar. Bu yüzden, temsilcinin mümeyyiz olması gereklidir. Fakat temsilcinin kendisi için yaptığı işlemlerde arandığı üzere tam ehliyetli olması gerekmez. Çünkü temsilci kendi adına değil, başkası adına hareket etmekte ve ona yetkiyi temsil olunan vermektedir⁶⁸.

2. Temsil Yetkisi Bulunması

Doğrudan doğruya temsilin geçerli olabilmesinin ikinci şart, temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasıdır. Bu yetki, veli veya vaside olduğu gibi kanundan ya da temsil olunanın iradesinden doğar. Burada özellikle sözleşmeden değil, temsil olunanın iradesinden söz edilmektedir. Çünkü iradî temsil için taraflar arasında mutlaka bir sözleşme bulunması gerekmez. Ayrıca temsilci söz konusu hukukî işlemi temsil olunan adına ve hesabına yaptığını karşı tarafa bildirmelidir. Temsilci bu sıfatını bildirmezse TBK m. 32/II uyarınca sözleşmeden doğan alacak ve borçlar kendisine ait olur. Bazı istisnai hallerde temsilcinin başkası adına veya hesabına hareket ettiğini bildirmesi gerekmez. Bunlardan birisi yine TBK m. 32/II hükme bağlanmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi, kendisiyle sözleşme yapılan kimse, temsil ilişkisinin mevcut olduğunu hal ve şartlardan anlayabiliyorsa, sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana geçer. Keza diğer sözleşme tarafı için sözleşmeyi temsil olunan veya temsilci ile yapmak farksız ise, yine aynı esas uygulanır⁶⁹.

⁶⁸Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 232; Feyzioğlu, sh. 388; İnan, sh. 315.

⁶⁹Feyzioğlu, sh. 384; Önen, sh. 67.

3. Temsilcinin Hukukî İşlemi Temsil Olunan Adına Yapması

Temsilci, ancak işlemi yaparken temsil olunan adına hareket ettiği takdirde doğrudan doğruya temsil söz konusu olabilir. Eğer bu şart gerçekleşmemiş ise, diğer bir ifade ile temsilci hukukî işlemi, temsilci olarak değil de kendi adına hukukî işlemi yapmışsa, bu hukukî işlem ile kendisi hak iktisap eder ve borç altına girer⁷⁰. Yargıtay bir kararında, temsil durumu bildirilmeksizin yapılmış kira sözleşmesinin temsilci ile imzalayan arasında teşekkül edeceğini bildirmek suretiyle aynı görüşte olduğunu ifade etmiştir⁷¹.

D. Özel Temsil- Genel Temsil

Her iki hukuk sisteminde, bu ayrım temsil yetkisinin kapsamı ile ilgilidir. Temsil yetkisi, temsilcinin belirli bir veya birkaç hukukî işlemin yapılması ile verilmiş olabilir. Mesela, bir malı satılması, bir tarlanın kiraya verilmesi veya kira ile tutulması. Temsilci bu durumda ancak belirtilen o hukukî işlemi veya işlemleri içinde temsil yetkisini kullanabilir buna özel temsilci veya hususî temsilci denilmektedir. Oysa temsil yetkisi, temsilciye belirli bir çevre içinde kalmakla çok çeşitli işlerin yapılması üzere verilmiş olabilir. Meselâ, bir ticarî temsilci, o ticarî işletmedeki her türlü iş veya işlemlerde işletme sahibini temsil eder. Buna da genel temsilci veya umumî temsilci denilmektedir⁷².

⁷⁰Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 241.

⁷¹YHGK. T. 15.11.1950 E. 137 K. 78. (Olğaç, N. 319.).

⁷²Akyol, **Temsil**, sh. 54.

IV. TEMSİLİN KAYNAĞINA GÖRE ÇEŞİTLERİ

A. Kanunî Temsil

Türk hukuk sisteminde⁷³, kanunî temsil yetkili temsilin bir alt türüdür. Ancak, bu temsil çeşidinde temsilcinin temsil yetkisi kanundan doğar. Temsilcinin sahip olduğu yetki ve bu yetkinin kapsamı ve sona ermesi kanunda kanun koyucusu tarafından düzenlenmiştir. Kanundan aldığı yetkiye dayanarak bir şahsı temsil eden kimseye kanunî temsilci denir. Meselâ, TMK m. 342'e göre velâyet kanundan doğan temsil ilişkisidir. Kanunî temsil bazı hallerde yine kaynağını bir kanun hükmünde bulmakla birlikte, temsil ilişkisi resmî bir makamın, özellikle bir mahkemenin kararı ile doğmaktadır. Meselâ, vasiyi, kayyımı, miras şirketinde temsilciyi ilgili mahkeme tayin eder (TMK m. 403). Ancak burada kanunî temsilci özel bir kişi tarafından tayin edilir, nitekim vasiyeti tenfiz memurunda (vasiyeti yerine getirme görevlisi) durum böyledir. Vasiyeti tenfiz memuru miras bırakan tarafından tayin edilir. Bu sebeple temsilci temsil olunandan emir ve talimat almaz, temsil olunan kimse de temsilcinin kendi adına yaptığı hukukî işlemleri kendi başına yapamaz. Kanunî temsil yetkisine sahip olan şahıs bütün görev ve yetkilerini kullanmak için başka bir şahsı görevlendiremez. Ancak uzmanlık isteyen bazı işler bu kuralın dışındadır. Meselâ dava açmak, iktisadi ve ticarî bilgi gerektiren işler yapmak gibi şeyler kanunî temsilciden beklenmez. Bunlar için temsilcinin gerekli yetkili kişileri vazifelendirme hakkı olduğunu kabul etmek gerekir.

Irak hukuk sisteminde de kanunî temsilin söz konusu olduğu hallerde, temsil yetkisi kanundan doğmaktadır, diğer bir deyişle temsilci temsil yetkisini doğrudan doğruya kanundan almaktadır. Temsil olunanın iradesi önemli değildir. Hemen her hukuk sisteminde kanunî temsili kabul etmiştir. Kanunî temsilin söz konusu olduğu haller, bir kimsenin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve kısıtlılık gibi sebeplerle kendi başına hukukî işlem yapamayacağı hallerdir.

⁷³Eren, sh. 389; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 12; Akyol, **Temsil**, sh. 45; Feyzioğlu, sh. 378; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 232; Belgesay, sh. 105; Tekinay, sh. 141; Önen. Sh. 74.

Böyle durumlarda bulunan kişiler için bir başkasının hukukî işlem yapma zorunluluğu vardır. İşte her hukuk sistemi kendi başına hukukî işlem yapamayan kişilerin bir kanunî temsilcisinin olduğunu ve onlar adına bu kişilerin hukukî işlem yapacağını kabul etmiştir. Reşit olmayan kişiler velâyet altındadırlar, onların kanunî temsilcileri veliler, yani ana ve babalarıdır. IrMK m. 102'e göre *"küçüğün velisi babası, babasının vasisi, öz dedesi, dedesinin vasisi, mahkeme veya mahkemenin atadığı vasisidir"*. Ancak 78. numaralı 1980 tarihli Irak Sınırlı Ehliyetliler Gözetme Kanununun (ISEGK) 27. maddesine göre *"küçüğün velisi babasıdır, babasından sonra da mahkemedir"*. Velisi olmayanlara veya reşit olduktan sonra kısıtlanan kişilere kanunî temsilci olarak vasi tayin edilir⁷⁴.

Irak Medenî Kanunun 104. maddesine göre *"kişi işitemiyor ve konuşamıyor, kör ve işitemiyor veya kör ve konuşamıyor olması sebebiyle iradesini açıklayamıyorsa mahkeme kendisine vasi atayabilir ve bu vasinin yetkilerini belirleyebilir"*. Bunun yanında bir de, kazaî temsil vardır. Bu tür temsil de temsilci mahkeme kararı ile tayin olur. Bunlardan vasi ve kıyım, Irak Sınırlı Ehliyetliler Gözetme Kanunun (ISEGK) 34. maddesinde ise vasi şöyle tanımlanmaktadır: *"vasi küçüğün veya ceninin gözetimi için babasının veya mahkemenin atadığı kişidir. Ancak küçüğün menfaati göz önünde bulundurularak annesinin vasi olarak atanması tercih edilmelidir. Hiçbiri yoksa (anne, baba) mahkeme vasi atayana kadar sınırlı ehliyetliler dairesi çocuğun vasisidir"*. Bazı kişilere ise kayyım tayin edilmektedir. İşte sayılan bu kişiler bazen temsil olunan için kendileri hukukî işlem yapmakta, bazen de onların hukukî işlemlerine izin vermek ya da sonradan icazetlerini bildirmek suretiyle katılmaktadırlar. Kanunî temsilciler bu yetkilerini kanundan aldıkları için temsil ettikleri kişilerin iradeleri önemli değildir. Onlar muhalefet etseler bile, kanunî temsilci kanunun verdiği yetkileri kullanabilir⁷⁵. Çünkü kanunî temsilde, temsilci yetkisi içinde bulunan hukukî işlemleri kural olarak kendisiyle yapamaz. Ancak temsil ettiği şahsın menfaatleri kendi

⁷⁴Bedir, sh. 145; El-Abbudi, sh. 121; El-Hâkim, **El-Vasit**, sh. 85; El-Suud, sh. 62.

⁷⁵Geniş bilgi için bkz. ISEGK m. 27. 34. 88.

menfaatleriyle çatışmıyorsa bu işlemleri bizzat kendisiyle yapmak imkânı mevcuttur. Meselâ, vasinin kendisine ait bir malı temsil ettiği vesayet altındaki şahsa bağışlamak istemesi halinde menfaat çatışması mevcut olmadığından, vasisinin bu bağışlamayı vesayet altındaki şahıs adına kabul etmesi mümkündür. Kanunî temsil yetkisine sahip olan şahıs, bütün görev ve yetkilerini kullanmak için başka bir şahsı görevlendiremez. Ancak uzmanlık isteyen bazı işler bu kaidenin dışındadır. Meselâ, dava açmak, iktisadi ve ticarî bilgi gerektiren işler yapmak gibi şeyler kanunî temsilciden beklenemez. Bunlar için temsilcinin gerekli yetkili kişileri vazifelendirme hakkı olduğunu kabul etmek lâzımdır.

B. İradî Temsil (Rızaî Temsil)

Türk hukuk sisteminde, bir kimsenin diğer bir kimseye kendi adına veya hesabına hukukî işlemler yapmak üzere yetki vermesine iradî (rızaî) temsil denir⁷⁶. İradî temsilde temsil yetkisi temsil olunanla temsilci arasındaki hukukî ilişkiden doğmaktadır. Gerek kanunî temsil yetkisi gerek iradî temsil yetkisi temsil olunan ile temsilci arasında bir borç ilişkisi doğurur. İşte bu borç ilişkisine dayanarak iradî temsilci gibi kanunî temsilci de yaptığı masrafları ve hizmetine karşılık kendisine bir ücretin ödenmesini talep edebilir. Bu konuyla ilgili olarak TMK m. 400'de, vasinin ücret isteyebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Kanunî temsil, temsil olunanın iradesine dayanmadığı için, temsilci kural olarak onun talimatına uygun hareket etmek zorunluluğunda değildir. Kanunî temsil gibi iradî temsilde de temsil olunan bütün hukukî alanlarda, meselâ velinin veya vasinin küçüğü veya hacir altına alınmış kimseyi temsil etmesinde olduğu şekilde temsil edebileceği gibi temsil olunanın, meselâ TMK. 376 - 402. maddelerinde öngörülen hususlardaki gibi muayyen bazı işleri de bahse konu olabilir. TBK 32. vd maddelerinin

⁷⁶ Eren, sh. 389; Akyol, **Temsil**, sh. 43; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 11; Tekinay, sh. 141; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 232; Önen, sh. 75.

hükümleri esas itibariyle iradî temsile ilişkin olmakla beraber, özelliklerine aykırı düşmemek şartıyla kanunî temsilde de uygulanabilir⁷⁷.

Irak hukuk sisteminde ise, iradî temsile ayrıca (Anlaşmalı, İhtiyarî, İttifâkî) Temsil denilmektedir. Bu temsil türünde temsil yetkisi temsil olunanın iradesinden doğmaktadır. Temsil olunan kendi iradesiyle bir kimseye temsil yetkisi vermektedir. Bu sebeple temsil olunanın başlangıçta veya sonradan temsilcinin yetkisinin sınırlarını dilediği gibi belirlemesi ya da temsil yetkisini geri alması mümkündür. Bir başka deyişle, temsil yetkisi adına veya hesabına hukukî işlem yapılacak olan kimse tarafından tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile temsilciye verilir. Bu irade beyanı kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Sözlü veya yazılı olarak verilebileceği gibi sarîh veya zımnî olarak da verilebilir⁷⁸.

1. Sarîh İradî Temsil

Bu temsil türünde temsilci ve temsil olunanın arasındaki ilişki temsil olunandan temsilciye açık (sarîh) bir irade beyanı ile ortaya koyulmaktadır. Meselâ, vekâlet sözleşmesinde durum böyledir⁷⁹.

2. Zımnî İradî Temsil

Temsil yetkisi açık (sarîh) olarak verildiği gibi, örtülü (zımnî) de verilebilir. IrMK m. 79'a göre, "*icap ve kabul sözlü olduğu gibi yazılı, şartla da olabilir*". Aynı anlamda olan IrMK m. 928'e göre, "*yetki ve buyruğa dair bir karine bulunursa vekâlet söz konusu demektir*"⁸⁰.

⁷⁷Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 168.

⁷⁸El-Senhûri, C. VII, sh. 365; El-Abbudi, sh. 28. El-Suud, sh. 85.

⁷⁹El-Abbudi, sh. 46.

⁸⁰El-Abbudi, sh. 45; Bedir, sh. 145; El-Hâkim, **Masadır El-İltizem**, sh. 85; Sadeddin, Mahmut, El-Şerif, **Şerh El-Kanun EL-Medenî EL-Irakî, Nazariyetül EL-İltizem**, C. I, Masadır El-İltizem, Bağdat 1955.

§ 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

I. İŞLEM SAHİBİ GÖRÜŞÜ

Türk hukuk sisteminde, sözleşmeyi yapan temsilci adeta bir aracıdır; temsil olunanın istek ve iradesini diğer tarafa nakletmektedir. Bu görüşte temsil olunan temsilcinin iradesiyle değil, kendi iradesini karşı tarafa iletme yetkisini verdiği kendi iradesiyle bağlanmaktadır. Bu sebeple sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunanın şahsına aittir. Bu görüş temsilci ve haberciyi birbirine karıştırmakla eleştirilmektedir⁸¹.

Irak hukuk sisteminde ise, bu görüş temsil olunana dayanan görüşü başlığı altında ele alınmıştır. Savigny'ye göre, hukukî işleme varlık veren irade temsil olunanın varsayın değil gerçek iradesidir. Temsilci sadece bir vasıta (elçidir) temsil olunanın iradesini karşı tarafa beyan etmektedir. Buna göre sözleşmeyi yapan temsil olunandır. Bu sebeple sözleşmeden o sorumludur ve doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır⁸². Bu görüş temsilin bütün çeşitlerini kapsamadığı ve temsilci ile haberciyi “elçi” birbirine karıştırdığı için eleştirilmiştir. Gerçekten de temsilci ile elçi kişi, amaç ve görev açılarından tamamen farklıdır. Çünkü temsilci kendi iradesi ile bir başkası adına veya hesabına hukukî işlem yapan kimsedir. Elçi ise kendisinden hiçbir şey katmadan başkasına ait olan irade beyanını veya sözünü karşı tarafa aynen ileten (nakleden) kimsedir⁸³. Görüşün zorunlu sonucu, hukukî işlemin geçerliliği ile ilgili şartları (ehliyet, iradenin sıhhat, iyi niyet v.s.) temsilcinin şahsında değil, temsil olunanın şahsında aramak olacaktır⁸⁴.

⁸¹Eren, sh. 385; Akyol, **Temsil**, sh. 96; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 228; Feyzioğlu, sh. 401; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 5.

⁸²Adnan İbrahim, El-Serhan, **EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medeni EL-Iraki Ve'l Mukaren**, Bağdat 1986, sh. 111; Sultan, sh. 39; Bedir, sh. 77.

⁸³Sultan, sh. 39; Bedir, sh. 72.

⁸⁴Geniş bilgi için bkz; El-Abbudi, sh. 24.

II. BİRLİKTE İŞLEM GÖRÜŞÜ

Türk hukuk sisteminde, temsil suretiyle meydana getirilen hukukî işlemlerin yapılmasına temsilci ve temsil olunan birlikte iştirak ederler. Bir başka deyişle, temsil olunanın iradesi ile temsilcinin temsil yetkisi dâhilindeki iradesi birlikte karşı tarafın iradesi ile uyuştugu zaman sözleşme meydana gelir⁸⁵.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil yoluyla yapılan hukukî işlemin doğuşuna temsilcinin ve temsil olunanın iradeleri birlikte katılmaktadır. Başka bir deyişle sözleşmenin bir tarafında temsilci ile sözleşme yapan üçüncü şahsın iradesi, diğer tarafında ise temsil olunanın iradesiyle birlikte temsilcinin iradesi bulunan ve sözleşme bu iradenin uyuşmaları sonucu meydana gelir. Bu sebeple temsilci veya temsil olunan tek başlarına hukukî işlem yapamazlar. Bu hukukî işlemi yapabilmeleri için her ikisinin iradeleri ile birlikte hareket ederseler sözleşmeye varlık verebilirler⁸⁶. Çünkü her biri ayrı ayrı belki de bağımsız bir hukukî işlem olabilirler. Meselâ icap ve kabul her biri tek başına bir hukukî işlemdir, fakat icabın kabul edilmesiyle ve bunların soyut olarak sözleşme de yeni bir bağımsız bir hukukî işlem doğuyor. Bu görüş bir hukukî işlemin geçerlilik unsuru olan bir hususun aynı işlemin bir parçası olarak kabul edilmesine imkân olamayacağı düşüncesiyle ile hukukçularca eleştirilmektedir. Bu görüş sadece Alman hukukçular tarafından rağbet görmektedir⁸⁷.

⁸⁵Eren, sh. 385; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 229; Feyzioğlu, sh. 403; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 8.

⁸⁶Bedir, sh. 71; El-Abbudi, sh. 28.

⁸⁷ El-Abbudi, sh. 28; El-Serhan, sh. 111.

III. VARSAYIM GÖRÜŞÜ

Varsayım görüşüne göre, temsilci temsil sözleşmesini yaparken kendi iradesini değil, temsil olunanın iradesini açıklamaktadır. Dolayısıyla irade beyanı sanki temsil olunandan çıkmış gibidir ve bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar da temsil olunana aittir. Bu görüş, kanunî temsilcilerin yaptıkları hukukî işlemlerden sorumlu oluş sebeplerini açıklayamaması sebebiyle eleştirilmiş bir görüştür⁸⁸.

Irak hukuk sisteminde benzer görüşün varlığını bildirmektedir, Bu görüş bir varsayıma dayanmaktadır. Bu görüşe göre, temsilci hukukî işlemi yaparken kendi iradesini değil sanki temsil olunanın iradesini karşı tarafa iletmektedir. İşleme varlık veren irade beyanı temsilciden çıktığı halde sanki temsil olunandan çıkmış gibi kabul edilir⁸⁹. Bu görüş temsilin çeşitlerinde uygulanamayacağından, özellikle kanunî ve kazaî temsilde bu görüşe yer verilmemiştir. Zira kanunî temsilde temsil olunan (deli) zaten eksik veya iradesinden yoksun olanlardır ve bunların tek başlarına hukukî işlem yapmaları mümkün değildir. Bunun yanı sıra kişiler bazen temsil olunandan yetki almadan temsil olunanın adına ve hesabına hukukî işlemler yaparlar (yetkisiz temsil, fuzulî temsil). Bu tür temsilde de bu görüşe yer verilmemiştir, çünkü fuzulî olan kişi (yetkisiz temsilci) temsil olunanın verdiği yetkiye değil kendi iradesine dayanarak hukukî işlemi yapmaktadır⁹⁰.

IV. TEMSİL GÖRÜŞÜ

Türk hukuk sisteminde, temsilci hukukî işlemin gerçek failidir. İşleme vücut veren temsilcinin iradesidir. Buna rağmen bu hukukî işleminden doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olmasının sebebi, temsilcinin haiz olduğu kanunî yetki veya temsil yetkisine dayanarak işlemi o

⁸⁸Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 228; Feyzioğlu, sh. 401; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 4; Akyol, **Temsil**, sh. 95.

⁸⁹Bedir, sh. 71; El-Abbudi, sh. 22.

⁹⁰Sultan, sh. 39.

niyetle yapmış olması ve sözleşmenin diğer tarafının (üçüncü şahsın) da bu niyetten haberli bulunmasıdır. Bu görüş halen Fransız ve Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüştür. Bu görüşün Türk borçlar kanununda hâkim olmasının sebebi, TBK m 32'de hukukî işlemlerin ne temsilci vasıtasıyla temsil olunan tarafından yapılacağından ve ne de, temsil olunan ile temsilcinin birlikte yapacağından bahsedilmemiş olmasıdır. Bilakis kanun hukukî işlemin temsilci tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır⁹¹.

Irak hukuk sisteminde ise, temsilciye dayanan görüş başlığı altında ele alınmıştır. Bu görüşe göre, temsilci temsil ettiği kimsenin iradesini değil, kendi iradesini kullanmaktadır. Demek oluyor ki bu görüşe göre temsilci hukukî işlemin gerçek failidir, hukukî işleme varlık (vücut) veren kendi iradesidir. Buna rağmen temsilcinin kendi iradesiyle yaptığı hukukî işleminden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır. Bunun sebebi de temsilcinin haiz olduğu temsil yetkisine dayanarak hukukî işlemi o niyetle yapmış olması ve sözleşmenin diğer tarafının (üçüncü şahıs) da bu niyetten haberli bulunmasıdır⁹².

§ 4. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SINIRLANMASI

I. KONUSU BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI

Türk hukuk sisteminde⁹³, temsil yetkisi belli hukukî işlemlerin yapılması için verilmiş olabilir. Bu durumda temsilci, belirlenen hukukî işlemlerin dışında başka bir hukukî işlem yapamaz. Buna rağmen yaptığı takdirde icazet verilmezse bunun sonuçlarından kendisi sorumlu olur. Meselâ kendisine satım sözleşmesi yapılması hususunda temsil yetkisi verilmiş olan temsilci, bağışlama sözleşmesi yapamaz. Ancak temsilciye genel yetki verilmişse,

⁹¹Eren, sh. 385–386; Akyol, **Temsil**, sh. 96; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 230; Feyzioğlu, sh. 411; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 8.

⁹²El-Abbudi, sh. 25; Bedir, sh. 82.

⁹³Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 77; Feyzioğlu, sh. 410; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 251; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 253; Akyol, **Temsil**, sh. 107.

temsilci her türlü hukukî işlemi yapabilir, misal, yurt dışına çıkan bir kimsenin Ankara'daki bütün işlerini idare etmek üzere bir arkadaşını temsilci tayin etmesinde durum böyledir. Bu durumda temsilci yalnızca olağan işleri yapabilir. Bazı olağanüstü işlerin yapılması için özel yetkiye ihtiyaç vardır. Temsil olunanın malını alıp satmak, dava açmak, sulh olmak ve bağışlamak gibi hukukî işlemlerde temsilciye özel yetki verilmesi gerekir (TBK m. 388/III) (TMK m. 450, 453)⁹⁴. Eğer temsilciye özel yetki verilmişse, kendisine verilen konuda hukukî işlem yapabilir. Meselâ temsilciye, Ankara'daki evin kiralanması için yetki verilmişse, başka bir evi kiralayamaz; ayrıca o ev ile ilgili başka hukukî işlemler (satım, bağış gibi hukukî işlemler yapamaz.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil olunanın temsil yetkisini verirken herhangi bir konu sınırlaması öngörmediği, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına tüm hukukî işlemleri yapmasını sağlayacak şekilde verilen yetkiye genel yetki denir (IrMK m. 931). Bu halde temsilci temsil olunanı her alanda temsil etmeye yetkilidir. Temsil olunan temsilciye belirli konularda yetki veriyorsa buna da özel yetki denir⁹⁵. Bu durumda temsilci sadece bu konularla ilgili işlemleri yapabilecektir. Meselâ, gayrimenkullerin kiraya verilmesine ilişkin yetki, özel yetkidir. Temsil olunan ne istiyorsa o noktada temsilciyi yetkilendirir.

⁹⁴Y18.HD.4.2.2002.K.2002/1047: vekilin, kişiye sıkı sıkıya bağlı-isim değiştirilmesi gibi, kişilik haklarıyla ilgili dava açabilmesi için vekâletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gerekir.(Yarg. Kar. Drg.2002.sh.902) ve (Y18.HD.16. 9,2002. K.2002/8085) Yarg. Kar. Drg. 2002, sh. 1546. Aynı görüşte olan (Y4.HD.27.2.1967.777/1719) Olgaç. C. III, 3. N, sh. 108.

⁹⁵Sultan, sh. 32, IrMK m. 931 göre, “*Vekâlet konusunu özelleştirerek vekâlet özelleştirilir. Vekâlet konusunu genelleştirerek vekâlet genelleştirilir*”. Aynı kanunun 932 maddesi ise “*Vekile, vekâlet konusu üzerinde mutlak yetki vermek mümkün olduğu gibi, sınırlı yetki de vermek mümkündür. Birinci durumda vekil vekâlet konusu üzerinde arzu ettiği hukukî işlemleri yapabildiği halde, ikinci durumda vekilin yetkisi sadece özel bazı hukukî işlemlerle sınırlıdır*”.

II. ŞAHIS BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI

Türk hukuk sisteminde, hukukî işlemin kim veya kimlerle yapılabileceği belirtilmişse şahısla sınırlı meselâ, Ali ile sözleşme yapmak üzere verilen yetki, belirtilmemişse şahısla sınırsız yetki söz konusudur. Şahısla sınırlı yetkide sözleşmenin yapılacağı üçüncü şahsı temsil olunan belirlemektedir. Temsilci bunlardan başka kimselerle hukukî işlemler yapamaz. Şahısla sınırsız yetkide temsil olunan sözleşmenin kiminle yapılacağını belirlemez, temsilci istediği kişiyle sözleşme yapabilir⁹⁶.

Irak hukuk sisteminde ise, temsilci sadece belli bir veya bir kaç kişiyle hukukî işlemler yapmaya yetkilendirildiği takdirde temsilci ancak o kimselerle işlem yapmağa izinli demektir. Temsilci bunun dışındaki kimselerle bir hukukî işlem yapamaz. Eğer herhangi bir işlem yaparsa temsilcinin yaptığı işlem “yetkisiz temsil” (fuzulî temsil) hükümlerine tabi olur.

III. SÜRE (ZAMAN) BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI

Türk hukuk sisteminde, verilen temsil yetkisinin ancak belli bir süre sonra sonuç doğuracağı veya belli bir süreye kadar geçerli olacağı kararlaştırılabilir. Buna süreli yetki denir. Meselâ, 15 Haziran 2007 tarihine kadar veya 2008 yılı için gibi bir zaman dilimi öngörülmemişse süresiz yetki söz konusu olur. Bu süreler dışında yapılan hukukî işlemler temsil olunanı ilgilendirmez⁹⁷. Yetki süresinin başlamasından önce yapılmış olan bir işlem, temsilcinin bu yetkiyi haiz olmaması sebebi ile geçerli hale gelmez; ancak icazet verilmek suretiyle geçerli hale getirilmesi. Yetki ister süreli, ister süresiz olsun her zaman sona erdirilebilir (TBK m. 34/I). Fakat süreli yetki, süresinin dolması ile kendiliğinden sona erer. Bu konuyla ilgili olarak da şunu izah etmek gerekir. Bir kimsenin ölümünden sonra bir hukukî işlem yapmak

⁹⁶Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 73; Akyol, **Temsil**, sh. 104; Feyzioğlu, sh. 413; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 252.

⁹⁷Akyol, **Temsil**, sh. 110; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 76; Feyzioğlu, sh. 413; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 253.

üzere temsilciye yetki vermesinin sağlararası işlem mi, yoksa vasiyetname hükümlerine tabi bir ölüme bağlı işlem mi sayılacağı tartışmalıdır. Bazılarına göre, temsil yetkisi ölümden sonrası için verilse bile, ölüme bağlı işlem sayılmamalıdır; vasiyetnameye ilişkin şekle tabi olmamalı ve temsil olunanın ölümünden sonra mirasçıları tarafından serbestçe geri alınabilmelidir⁹⁸. Diğer bir görüşe göre, özellikle üçüncü kişiye karşılıksız kazandırmada bulunma amacıyla ölümden sonrasına etkili temsil yetkisi vermenin TBK m. 240/II hükmünün yardımıyla ölüme bağlı işlem sayılır, vasiyetname şekline tabidir ve temsil olunanın ölümünden sonra mirasçıları tarafından geri alınamaz⁹⁹.

Irak hukuk sisteminde ise, yetkinin belli bir süreden sonra veya belli bir süre içerisinde kullanılacağı şart edilebilir. Bu süreler dışında yapılan işlemler temsil olunanı ilgilendirmez. Meselâ, temsil olunan temsilciye şubat ayı içerisinde kendisine ev kiralamak üzere yetki vermişse, temsilciye verilen yetki sadece şubat ayı için geçerlidir. Temsilci mayıs ayında temsil olunana ev kiralarsa temsil olunan bundan sorumlu olmaz.

IV. ŞEKİL BAKIMINDAN TEMSİLİN SINIRLANMASI

Türk hukuk sisteminde, temsil olunan kendi adına yapılacak hukukî işlemlerin belli bir şekle bağlı olmasını isteyebilir. Böyle bir halde temsilcinin bu şekle uymadan yaptığı hukukî işlemlerden temsil olunan sorumlu olmaz. Sözleşmenin diğer tarafının iyi niyetli olması hali bu hükümlerden müstesnadır¹⁰⁰.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil yetkisi, temsilcinin işlemi belirli bir şekilde yapması tarzında sınırlanmış olarak da verilebilir. Bu durumda temsilcinin yetki çerçevesinde hareket etmiş sayılabilmesi ve yaptığı işlemin temsil olunanı bağlaması için sözleşmenin yetki belgesinde belirtilen şekilde

⁹⁸Esener, **Salahiyete Müstenit Temsil**, sh. 179.

⁹⁹Kemal, Oğuzman, Kemal, **Miras Hukuku**, 3. B, İstanbul 1984, sh. 105.

¹⁰⁰Feyziođlu, sh. 415.

yapılmış olması gerekir. Temsilcinin bu belirlenen şekle uymadan yaptığı hukukî işlemler, temsil olunanı sorumluluk altına sokmaz.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR, TEMSİLİN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONA ERMENİN SONUÇLARI

Ş 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİL İLİŞKİSİNDE BAZI ÖZEL DURUMLAR

I. TEMSİLCİNİN KENDİ KENDİSİYLE SÖZLEŞME YAPMASI

Türk hukuk sisteminde, temsil ilişkisinin şüphesizi en tartışmalı konulardan birisi olan temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasıdır. Türk-İsviçre Borçlar Kanunları, bir kimsenin temsilci sıfatıyla ve temsil olunan tarafından verilen temsil yetkisine dayanarak kendi kendisiyle sözleşme yapması konusunda genel bir hüküm öngörmemektedir¹⁰¹. Buna rağmen doktrin ve içtihatlar, bazı kayıtlarda buna müsaade etmektedir. Kural olarak temsilci kendi kendisiyle sözleşme yapamaz. Ancak temsil olunan bu konuda temsilciye açık yetki vermiş ise (temsilci özel olarak yetkili kılınmışsa) veya temsil olunanın böyle bir hukukî işlemde dolayı zarara uğrama tehlikesi yoksa ya da sözleşmenin niteliği bir menfaat çatışmasına imkân vermiyorsa¹⁰². Meselâ, satış fiyatı tespit edilmişse veya fiyat borsada kayıtlı ise, temsilcinin kendi kendisiyle hukukî işlem yapması mümkündür. Temsilcinin bu şartlar bulunmadan kendi kendisiyle sözleşme yapmış olması halinde, bu sözleşme tamamen hükümsüz değildir. Bu durumda TBK m. 38 kıyasen uygulanarak temsil olunanın sonradan icazet vermesiyle sözleşmenin hüküm doğuracağını kabul etmek gerekir¹⁰³. Yani yetkisiz

¹⁰¹ Eren, sh. 404; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 155; Akyol, **Temsil**, sh. 330; Feyzioğlu, sh. 417; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 258; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 260; Önen, sh. 79.

¹⁰² Geniş bilgi için bkz, Y11.HD.19.10.1981, Kar.4309; Yavuz, sh. 192; Akyol, **Temsil**, sh. 330; Turhan, Esener, “Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması”, AHFD 1957, sh. 72–107.

¹⁰³ Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 669.

temsile ilişkin kurallar uygulanır. Bunun yanında temsil olunan, temsilcinin yaptığı hukukî işleme izin verir ise temsilci kendisine verilen temsil yetkisine dayanarak kendisi için bu hukukî işlemleri yapabilir; Meselâ, satılacak malı kendisi alabilir, kiralanacak evi kendisi için kiralayabilir.

Irak hukuk sisteminde ise, kişinin kendisiyle sözleşme yapmasının iki çeşidi vardır. Bulardan birincisi, kişinin bir başkasının temsilcisi olarak kendi kendisiyle sözleşme yapmasıdır. İkincisi ise kişinin her iki tarafın temsilcisi olarak sözleşme yapmasıdır. İkinci halde çifte temsil söz konusudur. Irak kanunkoyucusunun birinci durumla ilgili tutumu, bunun yasak olmasıdır. Yani kişinin kendini asaleten ve bir başkasını temsilen (bir başkasının temsilcisi olarak) kendisiyle sözleşme yapması mümkün değildir. Geçersizliğinin iki sebebi vardır. Bunlardan birinci sebep, kişinin kendi hesabına ve bir başkasının temsilcisi olarak sözleşme yapması veya iki kişinin hesabına kendi kendisiyle sözleşme yapması durumunda iki iradenin buluşması söz konusu değildir. Çünkü burada tek bir irade vardır. Böylece icabın kabule bağlanmasının gerçekleşmesi mümkün değildir. İkinci sebep ise, sözleşme iki farklı çıkarın karşı karşıya gelmesiyle oluşur. Eğer yukarıdaki iki durumu geçerli sayılırsa, birinci durumda temsilcinin kendi lehine taraf tutması ve ikinci durumda temsilcisi olduğu taraflardan birinin lehine hareket etmesi durumuyla karşı karşıya kalırız.

Yukarıda da belirtildiği gibi Irak kanunkoyucusunun birinci durumla ilgili tutumunun geçersizliktir. Gerçekten de, IrMK'nin 592. maddesinde aynen *“temsil olunanın sonradan icazet vermesi durumu hariç, temsilcinin satmayı üstlendiği temsil olunan kişinin mallarını kendi hesabına satın alması geçerli değildir”* hükmü yer almaktadır¹⁰⁴. Aynı şekilde IrMK' un 589 maddesi hükmüne göre, *“kısıtlı bulunan kişinin çıkarına olsa da olmasa da, atanan vasi de mahkemenin atadığı kayyım da kısıtlı kişinin mallarını satın alamaz ve mallarını kısıtlı kişiye satamazlar”*. Ayrıca IrMK 591 maddesinde hâkimin

¹⁰⁴El-Zennun, sh. 55; El-HâkiM, **Masadır EL-İltizam**, sh. 104; El-Şerif, sh. 138;ITMK. 149 sayılı 4.5.1975 tarihli, Mecelle EL-Ahkâm EL-Adliye yayınları, 1975.

kendi mallarını kısıtlı bulunan kişiye satmasını ve kısıtlının malını kendisi için satın almasını yasaklamıştır. Temsilcinin sözleşme taraflarından birinin temsilcisi olarak kendisiyle sözleşme yapmasının hükmü geçersizlik olanakla birlikte, bu kuralın bazı istisnaları vardır. Gerçekten de, İrMK m. 588 babaya veya dedeye, kendi mallarını küçük olan çocuğuna satması veya küçük olan çocuğunun mallarını misli değere veya bundan biraz daha az değere satın alması durumlarında kendi kendisiyle sözleşme yapma hakkı tanımıştır. Aynı zamanda İrMK' un 1289. maddesi, babaya malını küçük olan çocuğu nezdinde rehin bırakması ve küçük olan çocuğunun malı üzerine kendi lehine rehin koyma hakkı tanımıştır¹⁰⁵.

Kişinin her iki tarafın temsilcisi olarak sözleşme yapması durumu ise, böyle bir halde, temsilcinin taraf tutması konusunda bir önceki durumdan daha az kuşku uyandırmaktadır. Çünkü temsilcinin temsil ettiği taraflardan birini daha fazla gözetmesinde şahsi bir menfaati olması ihtimali azdır¹⁰⁶. Bu tür çifte temsil şöyle eleştirilmektedir: Temsilcinin görevi temsil olunanın menfaatlerini kollamaktır, eğer temsilci her iki tarafı da temsil etmekteyse, söz konusu görevi gereği gibi yerine getiremez. Çünkü aynı anda her iki tarafın menfaati için yeterli güvenceyi sağlaması mümkün değildir. Böylece kural olarak veya asıl olan bu çeşit çifte temsilin de geçersiz olmasıdır. Ancak iki istisna söz konusudur; bunlar temsil olunanın sözleşme yapıldıktan sonra buna izin vermesi ve ticarî örf veya gelenektir¹⁰⁷. Özet olarak şunu söyleyebiliriz İrMK çifte temsil konusundaki tutumu, kanun aksini kararlaştırmamış veya temsil olunan daha sonra temsilcinin yaptığı

¹⁰⁵İTMK 500 sayılı 26.2.1973 tarihli Kazai Bülteninde yayınlanan bu kararına göre “*babanın kısıtlı ehliyetli bulunan çocuğunun adına açık arttırmaya katılması geçerlidir. Çünkü baba burada zorunlu veli sayılır, velayetini kanıtlamasına da gerek yoktur*”.

¹⁰⁶Mısır Medenî Kanunu Hazırlık Çalışmalar, C. II, sh. 105'e göre “*bazı durumlarda tek bir kişi, aynı anda sözleşme taraflarının her ikisinin de temsilcisi olur. Bu durumda söz konusu temsilcinin yaptığı eylemin anlamı temsilden daha fazla tahkim müessesesine yakındır*”.

¹⁰⁷El-Hâkim, **Masadır El-İltizam**, sh. 106.

icazet vermemişse çifte temsilin her iki çeşidinin geçersiz olduğu yönündedir¹⁰⁸.

Irak Medenî Kanunun 591.maddesi hükmüne göre, temsilcinin temsil yetkisini aşarak yaptığı hukukî işlemin hükmü mutlak butlandır. Ancak IrMK 592. maddesi hükmüne göre, temsilcinin temsil yetkisi sınırlarını aşarak yaptığı hukukî işlemin hükmü temsil olunanın sonraki icazetine bağlı olarak işlemin askıda olmasıdır¹⁰⁹. Böylece Irak Medenî Kanunu bu konudaki tutumu, istisnai durumlar hariç, genel kural olarak kişinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasını geçerli görmeyen mehzaz kanunumuz olan Mısır Medenî Kanunu'nu m.108 ve İslam fıkhiyla örtüşmektedir. Ancak Irak Medenî Kanununun bu konudaki tutumu İstisnai durumlar hariç genel kural olarak çifte temsili geçerli sayan İsviçre Borçlar Kanununun (OR) tutumuyla farklılık arz etmektedir.

II. BİRDEN FAZLA KİMSEYE TEMSİL YETKİSİ VERİLMESİ

Türk hukuk sisteminde, temsil olunan bazı hukukî işlemlerde kendisini temsil etmek üzere bir kişiye temsil yetkisi verebileceği gibi, birden fazla kişiye de temsil yetkisi verebilir. Şayet temsil olunan adına veya hesabına yapılacak hukukî işlemlerin birden fazla temsilcinin birlikte hareket etmeleri suretiyle yapılmasına arzu etmişse buna müşterek temsil yetkisi, birlikte temsil yetkisi adı verilir¹¹⁰. Böyle bir halde, temsilciler söz konusu hukukî işlemleri ancak birlikte yapabilirler, münferiden yapmak yetkileri yoktur¹¹¹. Banka ve bir kısım kuruluşların çift imza usulü, birlikte temsile misal teşkil eder. TBK m. 451/II birlikte temsil yetkisini öngörmektedir. Bu temsil yetkisinin olduğu hallerde, temsil olunan adına yapılacak hukukî işlemlere

¹⁰⁸El-Senhüri, C. VII, sh. 389.

¹⁰⁹Sadun, El-Amiri, **El- Nazariye El-Amme Lil-İltizamet**, 1. B, Mettebetül El-Nahda, Bağdat 1966, sh. 975.

¹¹⁰Akyol, **Temsil**, sh. 51.

¹¹¹Eren, sh. 537; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 258; Önen, sh. 78; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 265.

temsilcilerin hepsinin katılması gerekir. Fakat hepsinin aynı anda beyanda bulunmaları şart değildir. Ayrıca birlikte temsil yetkisinde temsilcilerden biri kendi yerine bu temsilcilerden bir diğerini yetkili kılamaz. Eğer temsil yetkisi, temsilcilere hukukî işlemlerin yapılmasında münferiden hareket etme imkân veriyorsa buna da “müteselsil temsil yetkisi” denir. Bu temsil yetkisinin söz konusu olduğu hallerde her bir temsilci tek başına hareket ederek hukukî işlemi yapabilir. Böylece temsilcilerden ilk davrananın yaptığı hukukî işlem geçerli olurken, o anda diğer temsilcilerin temsil yetkisi sona erecektir.

Irak hukuk sisteminde ise, Bir sözleşmenin taraflarının ayrı temsilciler tarafından temsil edilmesine “Taattut el-nûvâb” adı verilmektedir. IrMK m. 938’e göre *“bir kişi kendi adına veya hesabına hukukî işlem yapmak üzere aynı sözleşmede iki kişiye ayrı ayrı temsil yetkisi vermişse bunlardan biri tek başına hukukî işlem yapamaz”*. Ancak bunlar görüşme gerektirmeyen bazı hukukî işlemleri tek başlarına yapabilirleri. Meselâ, borç ödeme ve emanet alma böyledir. Aynı şekilde temsilcilerin birlikte olmaları mümkün değilse, bunlardan her biri tek başına hukukî işlemi yapabilir, meselâ emanet almak böyledir. Taattut el-nûvâbin ikinci şekli ise, temsil olunan iki kişiye ayrı ayrı iki sözleşmede temsil yetkisi verilmesidir. Böyle bir halde temsilciler hukukî işlemi istisnasız yapabilirler¹¹². Bu maddenin yanı sıra Irak El-Ahval E-Şahsiya Kanununun 78. maddesinde bu konudan şöyle bahsedilmiştir: *“kişi birden fazla kişiyi vasi olarak atayabilir, ancak bunlar birlikte vasidirler. Başka bir ifadeyle, bazı istisnalar dışında bu vasilerden birinin diğer vasilerden bağımsız olarak tek başına hukukî işlemde bulunması geçerli değildir”*. Bu maddelerden anlaşılan şudur ki, eğer temsil olunan temsilcilerin birlikte hareket etmelerine şart koştumamışsa temsilcilerden her biri istisnasız tek başına hukukî işlemi yapabilir¹¹³. Meselâ temsil olunanın temsilcilerden her birine müstakil çek vermesinde durum böyledir. Temsil olunan temsilcilerin birleşmesini istiyorsa, temsil olunandan izin almadan hiç biri kendi başına

¹¹²İslam doktrinde, m. 925; Mürşit El-Hayran karşılamaktadır.

¹¹³ Ahmet, Faraç, Hüseyin, *El -Mülkiye ve Nazariyetül El-Akid vil Şeriel El-İslemiyeye*, Mısır 1987, sh. 295.

hukukî işlem yapamaz. Bunun sebebi temsilciler arasında konuyla ilgili görüş alışverişi ve işbirliği yapılmasının ve birbirlerini denetlemelerinin sağlaması isteğidir. Irak Temyiz Mahkemesinin (ITM) 18.3.1971 tarihli ve 1382 sayılı bir kararına göre¹¹⁴, kanunen ve şeriatta belirlenen şudur ki; temsilcilerin veya vasilerin birleşerek hukukî işlemi yapmalarına dair bir şart varsa bunlar hukukî işlemi, temsil olunandan açık veya zımnî izin aldıktan sonra yaparlarsa, bu hukukî işlem geçerli olur. Ancak bunların aynı zamanda birleşmeleri gerekmez, temsilcilerin rızaları ayrı ayrı tarihlerde olabilir, sözleşme, son rıza tarihinden sonra geçerli olur¹¹⁵.

III. TEMSİLCİNİN YERİNE BAŞKASINI İKAME EDİLMESİ

Türk hukuk sisteminde, temsilin kaynağı ne olursa olsun temsilci temsil yetkisini bir başkasına vermesine alt temsil ve yetki verilen şahsa alt temsilci veya temsilcinin temsilcisi denir. Kural olarak temsilci yerine başkasını ikame edemez. Çünkü temsil ilişkisi büyük ölçüde bir güven müessesesidir¹¹⁶. Ancak, bu kurala uygun hareket etmek her zaman mümkün değildir. Halin icabına göre temsilci buna mecbur ise veya adet bu ikameye müsait ise, meselâ temsilcinin hasta olması halinde ya da uzmanlık veya bilgiye ihtiyaç olan hallerde temsilci kendi yerine başkasını ikame edebilir. Bununla birlikte temsil olunanın temsilcinin yerine bir başkasını koyması kanunen yasaklanmıştır TBK m. 390/III göre, başkasını ikame halinde kural olarak ilk temsilci kendi temsil yetkisini kaybetmez, sadece bir müteselsil temsil yetkisi ortaya çıkmış olur¹¹⁷.

¹¹⁴ Irak Medenî Usul Kanunu Şerhinde Yayımlanan Irak Temyiz Mahkemesi Kararları; El-Senhürî, C. I, sh. 167.

¹¹⁵ Bedir, sh. 214.

¹¹⁶ Feyzioğlu, sh. 421; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 258; Akyol, **Temsil**, sh. 260; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 255.

¹¹⁷ Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 89; Oğuzman/ Öz, sh. 181; Belgesay, sh. 88.

Irak hukuk sisteminde ise, bu konuda iradî temsilci ve kanunî temsilci arasında ayırım yapılması gerekir. IrMK' da iradî temsil ilişkisini vekâlet ilişkisiyle karşılamaktadır. IrMK temsilcinin vekâlet konusu olan şeyle ilgili temsilci atamasını yasaklamıştır. Ancak bu konuda bir izin veya yetkilendirme varsa temsilcinin, temsilci ataması mümkündür. Nitekim IrMK' nun 939. maddesine göre *“bir izin veya yetkilendirme söz konusu değilse temsilci bir başkasına vekâlet veremez. İkinci temsilci temsil olunanın temsilcisi sayılır, birinci temsilcinin azledilmesi veya ölmesi ikinci temsilcinin vekâletini etkilemez”*. Bu maddenin kaynağı Hanefi doktrinidir¹¹⁸. Hanefi doktrini genel vekâlette temsilcinin bir başkasını temsilci olarak ataması dâhil, temsil olunanın yapabileceği her türlü hukukî işlemi yapmasına izin vermiştir. IrMK da genel vekâlette temsilciye, temsil olunanın iznini almaksızın bunun yapabileceği her türlü hukukî işlemi yapma hakkı tanımıştır. Ancak Irak Temyiz Mahkemesi bu hükmün aksine bir karar vermiştir. ITM'nun bu kararına göre; avukatın, açık bir izne dayanmadan başkasını temsilci olarak ataması mümkün değildir¹¹⁹. Buradaki yasaklamanın sebebi, bahsedilen durumlarda vekâletin temsilcinin şahsî yetenekleri üzerine kurulu olmasıdır. Gerçekten de, vekâlet veren, kişinin sadakatinden emin olduktan ve görüşünü benimsedikten sonra kişiyi temsilci olarak seçer. Böylece kural olarak IrMK' ye göre temsilcinin ikinci bir temsilci ataması mümkün değildir. Ancak vekâlet senedinde temsilcinin ikinci bir temsilci atayabileceği anlaşılıyorsa veya durum ve hukukî işlemin niteliği gereği temsil olunanın buna izin vereceği kabul edilebiliyorsa, temsilcinin ikinci bir temsilci ataması mümkündür. Bu durumlar söz konusu değilse, temsilcinin ikinci bir temsilci ataması, vekâlet sınırını aşması anlamına gelir. Buna dayanarak yapılan hukukî işlemler temsil olunan izin vermediği takdirde hükümsüzdür. Irak Medenî Kanunu temsilcinin vekâlet verdiği ikinci temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerden dolayı sorumluluğunu ele almış değildir. IrMK bunu genel kurallara bırakmıştır. Böylece IrMK bu konuda MMK'den ayrılmıştır. MMK'

¹¹⁸Mecelletül El-Ahkem El-Adliye, m. 1466; Mürşit El-Hayran, m. 901.

¹¹⁹ITMK 2120 sayılı 25.2.1965 tarihli ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman, Beyat, **El- Kaza El- Medenî Fil Irak**, C. III, Bağdat 1962, sh. 350.

una göre temsil olunan yasaklamadığı sürece temsilcinin ikinci bir temsilci ataması mümkündür¹²⁰. Kanunî temsilci ise, burada temsil olunan ehliyetsizlik, kısıtlılık ve benzeri sebeplerden kendi işini yapabilecek konumda olmadığı için kanunî temsilcinin şahsı temsilci seçilmesi konusunda önem arz etmektedir. Kanunî temsilcinin kendisine bırakılan görevi şahsen yerine getireceği varsayılır. Bu sebeple temsilcinin hukukî işlemi yapması için ikinci bir kişiye tam vekâlet (genel vekâlet) vermesi mümkün ve mantıklı değildir. Çünkü burada genel vekâletin verilmesi kanunî temsilcilikten feragat anlamına gelmektedir. Ancak temsil olunanın menfaatleri gereği kanunî temsilci bir veya birkaç işlemi yapmakta başkasını yetkili kılabilir¹²¹. 1980 tarihli ve 78 sayılı Irak Sınırlı Ehliyetlileri Gözetim Kanununun (ISEGK) 71. maddesine göre, belirli bir süre için kanunî temsilcinin yönetim işlerinde bir başkasını yetkili kılması mümkündür¹²².

IV. ÇİFT TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ

Türk hukuk sisteminde, çifte temsil, aynı sözleşmenin taraflarının aynı temsilci tarafından temsil edilmesidir. Başka bir deyişle, temsilcinin sözleşmeyi her iki tarafı da temsil ederek yapmasıdır¹²³. Meselâ, Ali arabasını satmak üzere Şahin'e yetki vermişse, Muhammed de araba almak üzere Şahin'e yetki vermişse, Şahin hem Ali'nin hem de Muhammed'in temsilcisi olarak satım sözleşmesini yapabilir. Çifte temsil ancak temsil olunanların istismar edilmediği veya temsil olunanlar tarafından açık temsil yetkisi verilmiş olduğu istisnaî hallerde cevaz verilmesi mümkündür. Gerek çift temsilde, gerekse temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması halinde, temsilci özel olarak yetkili kılınmamışsa veya işin niteliği buna elverişli değilse, sözleşme temsil olunanı bağlamaz. Askıda hükümsüzlük

¹²⁰Bek, sh. 196.

¹²¹Bedir, sh. 225.

¹²²ISEGK, m. 71.

¹²³Eren, sh. 404; Akyol, **Temsil**, sh. 354; Belgesay, sh. 78; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 669.

müeyyidesine tabi olan sözleşme, ancak temsilcinin vereceği icazet ile geçerli olur. İcazet verilmediği takdirde askıda hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe dönüşür.

Irak hukuk sisteminde ise, yukarıda temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasının ikici çeşidi olan çift temsil. Yani bir kişinin her iki tarafın temsilcisi olarak sözleşme yapmasına çift temsil denir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu durumda Irak kanunkoyucusunun tutumu geçersizliktir. Çünkü burada iki irade söz konusu değil, tek bir iradeden söz edilmektedir. Böylece icabın kabule bağlanmasının gerçekleşmesi mümkün değildir.

§ 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SONA ERME SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanununun (34–35) inci maddelerinde temsili sona erdiren sebeplerden bahsedilmektedir. TBK m. 35 hükmüne göre *“hukukî işlem ile verilmiş olan yetki, tersi kararlaştırılmış veya işin niteliğinden doğmuş olmadıkça yetki verenin veya temsilcinin ölmesi, gaipliğine hükmolunması, medenî hakları kullanma yeterliğini kaybetmesi, iflâs etmesi, temsil yetkisinin kısmen veya tamamen geri alınması ile sona erer”*¹²⁴.

Sonuç olarak temsil yetkisini sona eriş sebeplerinin bir kısmı temsil yetkisinin konusuna (normal, kanun hükmüyle sona erme sebepleri) bir kısmı da temsil olunanın şahsına veya temsilcinin şahsına (anormal, iradî olarak sona erme sebepleri) ilişkin olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır¹²⁵.

¹²⁴ Eren, sh. 405; Reşat, Kaynar, **Türk Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, İstanbul 1965, sh. 85; Feyzioğlu, sh. 422; Akyol, **Temsil**, sh. 413; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, , sh. 685; Necip, Bilge, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Ankara 1958, sh. 217; Akintürk, sh. 71; Belgesay, sh. 92.

¹²⁵ Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 173; Oğuzman/ Öz, sh. 182; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 261; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 266; Tekinay, sh. 159.

Irak hukuk sisteminde ise, temsilin sona ermesi, temsil olunan adına hukukî işlem yapan kişi (temsilci) üzerinden temsil sıfatının kalkmasıdır. Temsil sıfatı ortadan kalkınca temsilci temsil olunana göre üçüncü kişi konumuna gelir ve bazı istisnai durum haricinde, temsil olunanın ad ve hesabına yaptığı hukukî işlemler geçersizdir¹²⁶. Irak Medenî Kanununun m. 946 hükmüne göre, “*vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü ya da ehliyetlerini kaybetmeleri, vekâlet konusu işin sona ermesi veya vekâlet için belirlenmiş sürenin bitmesiyle sona erer*”. Irak Medenî Kanunu’nun maddesi Mısır Medenî Kanunun 714. maddesini karşılamaktadır. Gerçekten de MMK m. 714’le aynen “*vekâlet, vekâlet konusu işin sona ermesi veya vekâlet için belirlenmiş sürenin bitmesiyle sona erer*” hükmü yer almaktadır. IrMK m. 946 hükmüne göre, vekâlet farklı sebeplerden dolayı sona erer¹²⁷.

II. TEMSİL KONUSU İŞLEMİN TAMAMLANMASI VE YETKİ VERİLEN SÜRENİN DOLMASI

Türk hukuk sisteminde, temsil yetkisini sona erdiren sebeplerden, ilk olarak temsil yetkisinin konusu tamamen yapılmasıdır. Meselâ, belli bir gayrimenkulü satın almaya temsilci olan kimse o gayrimenkulü satın alınca temsil yetkisi sona erer. Çünkü artık temsil konusu ortadan kalkmış olur¹²⁸. Temsil yetkisi müstakil olarak değil de, bir vekâlet, hizmet ya da şirket sözleşmesi içinde doğmuşsa, o sözleşmelerin sona erişii ile birlikte temsil yetkisi de sona erer.

Temsil yetkisi belli bir süre için verilmişse, bu sürenin bitmesi ile temsil sona erer. Meselâ, Ali, Ahmet’te Ankara’daki evinin Şubat 2008 ile Kasım

¹²⁶ Abdülfettah, Abdalbaki, **Nazariyetül El-Akit vel İrade El-Münferide**, Mısır 1984, sh. 237; Paşa, sh. 322; Hüseyin, sh. 263.

¹²⁷ El-Senhuri, C. VII, sh. 367.

¹²⁸ Eren, sh. 408; Feyzioğlu, sh. 423; Akyol, **Temsil**, sh. 314; Şahin, AKINCI, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya 1998; Şenyüz/ Fidan, sh. 36.

2008 ayları arasındaki kiralarını kiracı Şahin'den almak üzere temsil yetkisi vermişse, yetki Kasım 2008 ayının kirasını alması ile sona erer¹²⁹.

Irak hukuk sistemi ise, bu konuyla ilgili temsil konusu işlemin tamamlanması ve sürenin sona ermesi iki başlık altında ele almış buluyoruz.

A. Temsil Konusu İşlemin Tamamlanması

Temsil, temsil konusu işlemin tamamlanmasıyla kanun hükmüyle sona ermiş olur. Temsilin, temsil konusunun tamamlanmasından dolayı sona erdiğine dair karar verme yetkisi hâkime aittir. Taraflar da temsilin tamamlanması için belli bir süre veya tarih üzerine anlaşmış olabilirler. Gerçekten de, taraflar temsil konusu işlemin tamamlanması için belirsiz (takribi) bir süre belirleyebilirler. Meselâ, temsil olunan seyahatte kullanmak üzere birisini belli bir nesneyi satın almak için vekâlet vermiş, ancak temsilci daha söz konusu şeyi almadan sefer ederse temsil, birinci durumdan dolayı, yani tarafların temsil konusu işlemin tamamlanması için belirttiği süreden dolayı sona ermiştir. İkinci durumda ise, yani tarafların temsil konusu işlemin tamamlanması için belirsiz bir süre belirlemesi durumunda, temsil bu sürenin bitmesiyle sona ermesi şart değildir; temsilci, gecikme durumunu gerekçelendirecek bir sebebi varsa, sürenin bitmesinden sonra da temsil konusu işlemi yerine getirmekte devam edebilir. Temsil, temsil konusu işlemi yerine getirtmekte başarısızlıkla da sona erer. Temsilcinin temsil konusu işlemi yerine getirmekte başarılı olup olmadığını takdir etme yetkisi hâkime aittir; hâkim bunu durum ve şartlara göre belirler.

¹²⁹ Tekinay, sh. 162.

B. Sürenin Sona Ermesi

Burada temsil konusu işlemin değil, temsilin kendisinin sona ermesi için bir sürenin belirlenmesi söz konusudur. Söz konusu süre, kesin olarak belirli bir süre olabileceği gibi, belirsiz bir süre de olabilir. Kişinin, bir başkasına, çiftliğinin bir yıl süreyle idare etmesi konusunda temsil vermesi misalinde, temsilin daha önce belirlenmiş bulunan (bir yıllık süre) süreden dolayı sona ermesi söz konusudur. Ancak burada söylenmesi gereken şey, temsil konusu işlemin (idare etmekte temsil/tevkil gibi) sürekli işlemlerden olması gerekir; burada aslında temsilin bitmesindeki ölçüt daha önce belirlenmiş bulunan sürenin bitmesi değil, buradaki ölçüt tamamlanmış bulunan iştir. Temsilci, temsil olunanın bilgisinin var olması şartıyla, temsilin sona ermesi için belirlenmiş bulunan sürenin bitmesinden sonrada temsil işlerinde devam edebilir; bu durumda temsilin yenilenmesi söz konusu olur. Temsilin sona ermesi için belirsiz veya takribi bir süre belirlenmişse. Meselâ, bir kişi bir başkasına yurtdışında olduğu sürece, mallarını idare etme konusunda temsil vermişse, burada temsil söz konusu kişinin (temsil olunanın) yurda dönüşüyle temsil son bulmuş olur; burada ortada belirli bir süre olmamasına rağmen temsil sona ermiştir¹³⁰.

III. ÖLÜM ve GAİPLİK KARARI

Türk hukuk sisteminde, temsil güvene dayanan bir ilişkidir. Tarafların birinin (Temsilci veya temsil olunanın) ölümü¹³¹, halinde aynı güvenin onun mirasçıları nezdinde de bulunması gerekmez. Bu sebeple, temsil olunanın

¹³⁰ MENM 21 sayılı, 24.11.1940 tarihli bir kararında, temsilin mutlak olarak, yani belirsiz bir süre veya belirli bir iş için verilmemiş olması durumunda, temsilin zahiren bitmediği ve devam ettiği yönünde karar vermiş; ispat yükünü bunun aksini iddia eden üzerine atmıştır. 257. sayılı, 24.11.1940 tarihli kararı, sh. 572.

¹³¹ Eren, sh. 407; Akyol, **Temsil**, sh. 414- 415; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 175 - 194; Feyzioğlu, sh. 424; Kamil, Tahir, Gürsoy, “Vekâlet Sözleşmesinin Ölüm Sebebiyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlet’e ilişkin Sorunlar”, Sempozyum 14–16 Haziran 1976, İstanbul 1977, sh. 1–34; Oğuzman/ Öz, sh. 183.

ölümü şart olarak temsil ilişkisinin sona ermesini gerektirir¹³². Diğer taraftan temsilciye verilmiş olan yetki mirasçılara intikali mümkün bir tereke malı değildir. TBK m. 35/III hükmüne göre vekâlet sözleşmesi ölümle veya kanunun ölümüne paralel tuttuğu diğer olayların meydana gelmesiyle sona erir¹³³. Ancak TBK m. 35/III hükmüne göre “*hilafı iki tarafça kararlaştırılır yahut maslahatın mahiyetinden istidlal olunursa temsil olunanın ölümünden sonra dahi temsil yetkisi devam eder*”. Demek ki temsil olunan kimse kendi ölümünden sonra da vekâlet hükmünün devamını açıklıyorsa vekâlet devam edecektir. Meselâ, temsil olunanın ölümden sonra dahi mutasarrıf olduğu taşınmaz malı tapuda üçüncü kişiye satmaya ve vazgeçmeye dair yapılan vekâletin devam edeceği iki taraf arasında geçerli surette sözleşmişse temsil olunan öldükten sonra da temsilcinin yetkisi devam eder. Fakat bu vekâlet, vasiyet şeklinde yapılmadıkça mirasçılar tarafından geri alınabilir. TMK m. 497 hükmüne göre, eğer temsil olunan kimse, kendi ölümünden sonra da temsil yetkisinin devam edeceğini açıklamamışsa (tarafların, yetkinin birisinin ölümü ile sona ermeyeceği konusunda anlaşmış olmaları) veya işin niteliği itibarıyla temsil ilişkisinin devamına imkân tanıyor olmalarında durum böyledir. (TBK m. 37/II) bu iki halde vekâlettin son bulmasına rağmen, temsil ilişkisi yine de devam eder¹³⁴. Özellikle yapılacak işin süratle ihtiyaç göstermesi yarıda bırakılması halinde büyük zararlara sebebiyet verecek mahiyette bulunması hallerinde temsil yetkisi bir süre daha devam eder. Ancak ölümden sonrası verilen temsil yetkisinin niteliği (sağlar arası bir işlem mi, yoksa ölüme bağlı bir işlem mi) olduğu özellikle şekle tabi olup olmadığı, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması ile olan ilişkisi

¹³² Esener, sh. 269; Akyol, **Temsil**, sh. 416; Tekinay, sh. 161.

¹³³ Vekâlet ilişkisinden doğan sıkı güven ilişkisi dolayısıyla taraflardan birinin ölümünün ilişkiyi kendiliğinden sona erdireceği kanunen kabul edilmiştir. Ancak bu şekilde vekâlet ilişkisinin sona ermesi temsil olunanın menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa, temsil olunanın veya onun mirasçısının veya temsilcinin bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar temsilci veya onun mirasçısı veya temsilcisi vekâleti ifaya devam ile mükelleftir. Kanun burada temsil olunanın ilişkisinin varlığını sürdürmesindeki menfaatini korumaktadır. Özer, Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, sh. 82; Akinci, sh. 28; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 261; Akyol, **Temsil**, sh. 417; İç. Bir. Kar. 21–2–1941 T.E. 20, K.87; RG.1941, S. 474.

¹³⁴ Tahsin, Tan, Zapata, **Borçlar Hukuku**, 3. B, Ankara 2006, sh. 57.

oldukça tartışmalı konulardandır. Yargıtay’a göre, miras bırakanın sağlığında, ölümü halinde üçüncü kişiye vermesi için aracı kişiye para bırakması üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir yetkilendirme ölüme bağlı hukukî işlem şekline tabi olmadığı gibi, her hangi bir şekle de tabi değildir¹³⁵. Gaiplik kararı da ölüm gibi sonuçlar doğurduğundan temsili sona erdirir. Temsilci veya temsil olunan hakkında bir gaiplik kararı alınırsa, temsil yetkisi ortadan kalkar.

Irak hukuk sisteminde ise, IrMK m. 34/I hükmüne göre, “*insanoğlunun şahsiyeti doğumuyla başlar ve ölümüyle son bulur*” . Bu fıkra hükmünden anlaşılan insanoğlunun ölümüyle şahsiyeti de sona erer. Bu hüküm temsil ilişkisinde temsilci ve temsil olunan üzerine de uygulanır¹³⁶. Kanunî temsilde ise, temsil olunanın ölümüyle temsil olunanın yok olmasından ve temsil gerekçesinin ortadan kalkmasından dolayı temsilcinin de temsilci sıfatı son bulmuş olur. İradî veya anlaşmalı temsilde ise, temsil olunanın ölmesi ile birlikte temsilci, hukukî işlemi yapabilme yetki kaynağını kaybeder (temsil olunanın iradesi) ve böylece temsilcilik niteliği son bulur. Temsilcinin ölmesi durumundaysa, yine temsil son bulur. Çünkü temsilci, temsilin bir icra aletidir; bunun ölmesiyle temsil icra aletinden yoksun kalır ve bu sebeple son bulur. Bu konuda kanunî temsil ile iradî temsil arasında bir fark söz konusu değildir. Açıklamış bulunduğumuz bu ayrıntılar temsilcinin veya temsil olunanın gerçek kişi olması durumuna özeldir. Temsilci veya temsil olunan bir tüzel kişiden ibaretse, (şirket gibi) bu şirketin sona ermesiyle (çözülmesiyle) temsil de son bulur. IrMK m. 946 temsil olunanın ölmesiyle vekâletin son bulmasından söz ederken temsilcinin veya üçüncü kişinin ölüm vakasından haberdar olmasını şart koşmamıştır. Ancak kanunkoyucusu IrMK m. 947/II de bu konuya yer vermiştir. Bu fıkraya göre, “*ikinci taraf bilgi hâsıl etmeden*

¹³⁵ Y3.HD, 6.12.2004, 12296/13423 (YKD 2005.2.182).

¹³⁶ IrMK 946. maddesine göre, “*temsilcinin veya temsil olunanın ölümü, ikisinden birinin ehliyetini kaybetmesi, vekâlet konusu işlemin tamamlanması veya vekâlet için belirlenen sürenin/ecelin sona ermesi durumlarında vekâlet de sona erer*”. IrMK, bu madde Mevaz Mısır Medenî Kanunu 714. maddesiyle mutabıktır. ITM birçok kararında (mevzuatül kaza vel fıkıh C. XXVI, sh. 66’da yayımlanmış bulunan 932 sayı 26.09.1970 tarihli kararı) bu madde uygulanmıştır. Söz konusu karara göre, “*temsilci veya temsil olunanın ölümüyle vekâlet sona erer*”

vekâletin son bulması gerçekleşmiş olmaz". İşte bu fıkrada IrMK koyucusu vekâletin ölüm sebebiyle son bulması için temsilcinin ölüm vakasından bilgili olması gerektiğini şart olarak koştur. Buna göre, temsilci veya üçüncü kişi temsil olunanın ölümüne dair bilgisi yoksa vekâlet son bulmaz. Ancak temsilcinin ve üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Üçüncü kişi kötü niyetliyse, vekâlet temsil olunanın ölümüyle son bulmuş sayılır. Çünkü söz konusu kötü niyet temsilcinin kötü niyetli üçüncü kişiyle (temsil olunanın ölüm vakasını bilen) hukukî işlemin hükümlerinin temsil olunan veya haleflerinin hakkında hüküm ifade etmesine mani olur. Üçüncü kişinin kötü niyetine rağmen temsilcinin kendisiyle yaptığı hukukî işlemin hükümlerinin temsil olunan veya bunun halefleri hakkında işlemesi adalet kurallarına aykırı ve mantık dışıdır. Böylece temsil olunanın ölüm vakasını bilen üçüncü kişi ve buna rağmen temsilciyle yaptığı hukukî işlemin geçersizlik sonuçlarına katlanmalıdır ve sorumluluğu kendisine aittir; üçüncü kişinin kötü niyeti, iyi niyetli temsilciyle yapmış olduğu işlemin temsil olunan ve bunun haleflerine karşı öne sürebilmesine engeldir. Böylece vekâletin geçerli olması için temsil olunanın ölüm vakası konusunda hem temsilcinin hem de üçüncü kişinin iyi niyetli olması gerekir. Vekâletin son bulmuş olduğunun ispatı temsil olunana aitse, temsilci ve üçüncü kişinin iyi niyetlerini ispatlama yükü vardır¹³⁷. Bununla birlikte vefat vakasına rağmen bazı hallerde temsil geçerli olarak devam eder. Bu haller aşağıdaki gibidir:

¹³⁷ MENM kararına göre, " temsilin son bulmasından sonra temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemin temsil olunan veya bunun halefleri hakkında hüküm ifade edebilmesi için, hem temsilcinin hem de üçüncü kişinin sözleşme yaparken temsilin son bulduğuna dair bilgilerinin var olmaması gerekir" Mecmuatül Mektep El-Fenni, 30.05.1963 tarihli ve 107 sayılı, Yıl 14, sh. 759; Hüseyyin, , sh. 264.

A. Temsilin Ölümle Son Bulmayacağına Dair Bir Anlaşmanın Yapılması

Temsilin ölümle sona ermesi hukukun amir ve kamu düzenine ait kuralarından değildir; o tarafların iradesini tamamlayan tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Temsil olunanın iradesi aksini yansıtıyorsa temsilin ölümle son bulması kuralının uygulanmasından söz edilmez¹³⁸. Vekâlet sözleşmesi, taraflardan her ikisinin de şahsiyeti göze alınan sözleşmelerdendir; temsilci ve temsil olunanın zımnî iradesi taraflardan birisinin ölmesi ile vekâletin ve böylece temsilin son bulduğuna yönelik olduğu kabul edilmektedir¹³⁹.

B. Temsilcinin veya Üçüncü Kişinin Temsile İlişkin Bir Hakkının Mevcut Olması

Temsil, temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine verilmişse, bunun ölümle sona ermesi söz konusu değildir, bunlar haklarına kavuşuncaya kadar vekâlet devam eder¹⁴⁰. Irak Medenî Kanununda bu konuya temsilcinin tecrit durumunu düzenleyen 946. maddesinde yer vermiştir. Buna göre, ölüm, ehliyetin kaybı, işin tamamlanması ve belirli sürenin bitmesiyle vekâlet de sona erer. Diğer taraftan IrMK m. 947'ye göre, temsilcinin azli veya vazgeçmesi durumunu, temsilcinin cayması/vazgeçmesi veya azli ile vekâlet son bulmuş. Bu da söz konusu hükmün 43. sayılı 1971 tarihli Irak Tescil El-İkari Kanunun m. 99/1 (taşınmaz tescili kanunu) şu şekilde düzenlenmiştir *“temsilcinin veya üçüncü kişinin bir kişinin çıkarına verilmiş olsa bile vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümüyle son bulur”*. Bu fıkra göre, vekâlet, temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine verilmişse, bu menfaat temsilcinin azli veya vazgeçmesi durumunda sadece, vekâletin son bulmasına engel olur; yani vekâlet devam eder. Ancak tecrit veya IrMK tabirine göre “inizel” (Meselâ, taraflardan birinin ölmesi durumu) durumunda, söz konusu menfaatin var olması vekâletin son bulmasına mani olamaz.

¹³⁸ Temsil olunan söz konusu kurala muhalif olan iradesi, dayanılan sözleşmede açıkça belirtmelidir.

¹³⁹ 13.02.1968 tarihli MENM. Kararı, Mecmuatıl Mektep El-Fenni, 19. Yıl, 38 sayılı, sh. 256.

¹⁴⁰ El-Senhuri, C. VII, sh. 544–546; Paşa, **Akdil Vekâle**, sh. 329.

Yani, temsil temsilcinin veya üçüncü kişinin çıkarına ilişkin verilmiş olsa bile temsil, temsilcinin veya temsil olunanın ölümüyle son bulur. Irak Temyiz Mahkemesi birçok kararında bu madde hükmüne dayanarak, tecrit durumunda vekâletin, temsilcinin veya üçüncü kişinin menfaatine ilişkin verilmiş olmasına rağmen bunun son bulacağı vurgulanmıştır¹⁴¹.

C. Temsil Konusu İşlemin Ölüm Vakasından Sonra, Temsilin Devamını Gerektirmesi

Temsil konusu işlem temsil olunanın ölümünden sonra temsile devam etmeyi veya icrayı gerektiriyorsa, temsil ölümle son bulmaz, ancak ölümünden sonra da devam eder. Temsilci, temsil olunanın ölümünden sonra bile telefin vuku bulma tehlikesini telafi edinceye kadar, temsil konusu işlemi sürdürmelidir. Aynı zamanda temsilin son bulmasında temsil olunanın veya bunun halefinin bir zarara uğraması söz konusuysa yine temsilci, temsilin son bulmasına rağmen temsil eylemini sürdürmelidir. Temsilcinin görevi, temsil olunanın alacağını kabzetmek, terekenin borcunu ödemek, belli bir kişiye bir miktar para vermek, bir anıt dikmek veya bir kitabı yayımlamak olduğu durumlar bir misal gösterilebilir. Buradaki temsil/vekâlet vasiyet niteliğini taşır; temsilin son bulduğunu söylemek temsil olunanın veya üçüncü kişilerin menfaatine aykırı olur¹⁴². IrMK m. 949 hükmüne göre, “*vekâletin sona ermesi her hangi bir sebebe dayanırsa dayansın, telef olması telafi edilinceye kadar, temsilci başlamış olduğu işi sürdürmelidir*”. Daha önce de belirtildiği gibi, temsil olunanın ölümü temsili sona erdiriyorsa, temsilcinin de ölümü temsili

¹⁴¹ 31.05.1962 tarihli ve 893 sayılı, ITMK, Mecelletül El-Kaza, 2. Yıl, S. 2, Eylül 1962, sh. 160; 222 sayılı, 1975 tarihli ITMK, Mecmuatıl Ahkâm El- Adliye, 6. Yıl, S. 2, sh. 96. Bu karara göre, vekâletin başkasının hakkına ilişkin olduğuna dayanarak bunun devam ettiği öne sürülemez; bu sadece temsilcinin, temsil olunan tarafından azli durumunda mümkündür. 2358 sayılı, 22.04.1966 tarihli ITMK; Kaza Mahkemet Temyizel Irak, C. IV, sh. 144. Bu karara göre, “*her hali karda vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü veya ehliyetini kaybetmesiyle sona erer. Temsil olunanın, temsilci azledebildiği gibi temsilci de kendi kendini azletmesi mümkündür. Ancak vekâlet başkasının menfaatine verilmişse (temsilci veya üçüncü kişi) bunun kabulü olmaksızın temsilcinin azli mümkün değildir*”.

¹⁴² Enver, Talebe, *Şerh El-Kanun El-Medenî Masadır El-İltizam*, C. II, El-İskenderiye 1976, sh. 134.

sona erdirir. Çünkü temsilcinin ölümüyle temsil icra vasıtasından yoksun kalır. Temsil, temsil olunan ile temsilci arasındaki şahsî itibar üzerine kuruludur, yani tarafların şahsiyeti önem arz eder. Temsilcinin ölmesi durumunda mirasçıları yerini alamazlar. Temsilcinin ölmesi durumunda, temsilin sona erdiğine dair bilgisi olan ehliyet sahibi mirasçısı, temsil olunanı temsilcinin (kendisine göre miras bırakanın) ölüm vakasıyla ilgili bilgilendirmeli ve temsil olunanın haklarını koruyacak ve garantiye alacak gerekli tedbirleri almalıdır¹⁴³. Irak Medenî Kanunu, azlin tüm çeşitleri konusunda İslam fıkhiyla tam tamına örtüşmektedir¹⁴⁴.

IV. FİİL EHLİYETİNİN KAYBI¹⁴⁵

Türk hukuk sisteminde fiil ehliyetinin kaybından kasıt, temyiz kudretinin kaybı TMK m. 13 veya kısıtlanmadır (TMK m. 405 vd)¹⁴⁶. Yani temsilci veya temsil olunan, medenî haklarını kullanma yeterliğini kaybederse temsil yetkisi sona erer. Çünkü temyiz kudreti olmayan bir temsilcinin hukukî işlemi mutlak butlanla bâtıldır. Meselâ Ali, İhsan'ın belli bir iş için temsilcisidir. Bu sırada Ali'nin bir akıl hastalığı yüzünden temyiz kudretini kaybederek medenî haklarını kullanma ehliyetini de kaybettiğini düşünelim. Ali temyiz kudretini kaybettiğinden tam ehliyetsiz bir durumdadır. Böyle bir durum karşısında Ali'ye bir vasi tayin edilmesi gerektir. Eğer vasi bu temsil yetkisini kullanmak ister ve temsil olunan da bu yetkinin vasi tarafından kullanmasını kabul ederse temsil yetkisi devam edebilir¹⁴⁷.

Irak hukuk sisteminde ise, bir hukukî işlemi icra edebilmek için söz konusu işlemin gerektirdiği ehliyet (tasarruf ehliyetine) sahip olmak gerekir. İradî temsilde, temsilcinin temsil olunan adına yaptığı hukukî işlemin

¹⁴³ Talebe, sh. 13.

¹⁴⁴ Mürşit El- Hayran, m. 97. sh. 166.

¹⁴⁵ Eren, sh. 408; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 1834- 195; Feyzioğlu, sh. 426; Seliçi, sh. 83; Haluk, N, Nomer, 5. B, İstanbul 2007, sh. 58; Akintürk, sh. 71; Oğuzman/ Öz, sh. 183; Tekinay, sh. 161.

¹⁴⁶ Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 265.

¹⁴⁷ Akyol, **Temsil**, sh. 421.

sonuçları, tasarruf ehliyetine sahip olmayan temsil olunan hakkında bir hüküm ifade etmez; bu da temsilcinin söz konusu hukukî işlemi yapmasını engeller. Bu sebeple, belirli bir hukukî işlemi yapabilmek için gerekli ehliyet konusunda, ehliyetine bakılması gereken kişi temsil olunandır. Temsil olunan, temsil yetkisi verirken, gerekli ehliyete sahip olması gerektiği gibi, hukukî işlem temsilci tarafından icra edilirken de, gerekli ehliyeti haiz olması elzemdir. Temsilcinin ise, sadece temyiz kudretine sahip olup olmaması aranır. Temyiz ehliyetine sahip olan kişi temsilci olması mümkündür. Böylece, aniden meydana gelen bir durum temsil olunanın, hukukî işlemi yapabilmek için, gereken ehliyetinin kaybına sebep olursa veya temsilci temyiz ehliyetini kaybederse, ehliyetin kaybedilmesinden temsil de kanun hükmüyle son bulmuş olur. Temsilin kanun hükmüyle son bulması, tam olarak ehliyetin kaybindan dolayı olabildiği, ehliyetin sınırlanması veya iflâstan dolayı da son bulabilir.

A. Temsil Olunanın Fiil Ehliyetini Kaybetmesi

Temsil olunan, ehliyetini tamamen veya hukukî işlem yapamayacak derecede kaybederse, temsil de sona ermiş olur; ancak temsil olunan ehliyetini hukukî işlem yapabilecek oranda sadece kaybetmişse, (ehliyeti sınırlanmış veya takyit olmuşsa) bu durumda, temsil de oranlı olarak sona ermiş olur. Yani temsil sadece, temsil olunanın sınırlı bulunan ehliyetinin kapsamı dışında bulunan hukukî işlemlerle ilgili sona ermiş sayılır. Temsilci sınırlı bulunan ehliyetine rağmen temsilcilik görevini yerine getirmelidir. Meselâ, temsil konusu işlem yönetim işlerindense ve temsil olunan de ehliyetinin eksilmesinden sonra da mallarını yönetmek konusunda izinli ise, temsil oranlı olarak sona ermemiş sayılır. Kısacası, temsil olunan tamamen ehliyetten soyutlanırsa bunun sonucu olarak temsil de sona ermiş olur¹⁴⁸. Sözü edilen kanunlar sadece iradî temsille ilgilidir. Kanunî temsildeyse,

¹⁴⁸ El- Senhûri, C. VII, sh. 542–543; İsviçre Medenî Kanunu da 465. maddesinde aynı hükmü kabul etmiştir.

durum bambaşkadır. Gerçekten de kanunî temsilde, ehliyet konusunda şahsiyeti göz alınması gereken temsil olunan değil, tam aksine temsilcidir. Çünkü kanunî temsilde her zaman temsil olunan, ya tam ehliyetlidir veya ehliyeti eksiktir. İrMK m. 946 hükmüne göre, temsili sona ermesi ya ehliyetin tam kaybı veya kısmi kaybıyla meydana gelir. Temsilcinin veya üçüncü kişinin, temsil olunanın gereken ehliyetle sahip olmadığına dair bilgisi yoksa temsilcinin yaptığı hukukî işlemler temsil olunan hakkında hüküm ifade eder¹⁴⁹. Bunun yanında, temsilcinin ve üçüncü kişinin, temsil olunanın ehliyetsiz olduğuna dair bilgilerinin olmaması yanında bir de temsilcinin veya üçüncü kişinin temsile ilişkin bir hakkının var olmaması gerekir. Çünkü söz konusu kişilerin temsile ilişkin bir haklarının var olması temsilin sona ermesine mani olur. Temsil, temsil olunanın ehliyetsizliğine rağmen devam eder.

B. Temsilcinin Fiil Ehliyetini Kaybetmesi

Temsilcinin ehliyetinde, bunu tam veya kısmi olarak kaybederek, bir değişiklik olursa yine temsil son bulmuş olur. Temsilci bundan sonra temsil konusu hukukî işlemi yapabilecek ehliyetle sahip olsa bile, yine de temsil son bulmuş olur. Temsilcinin ehliyetini kısmen kaybetmesi, temsil olunanın ehliyetini kısmen kaybetmesinden farklıdır. Temsil olunanın üzerine hacir konulsa da/ehliyeti sınırlansa da, bu hacir veya takyit, temsil olunanı temsil konusu hukukî işlemi yapabilmek ehliyetinden yoksun bırakmadığı sürece, söz konusu hacir/takyide rağmen temsil sona ermez devam eder. Temsilcinin ehliyetini kaybetmesinden (akli yeteneğini kaybetmesi/ çıldırması gibi) dolayı temsilin sona erdiğini, bundan haberi olmayan iyi niyetli, üçüncü kişiye karşı ileri sürmek değildir.

¹⁴⁹ Bedir, sh. 361; El- Senhüri, C. VII, sh. 547.

Yukarıda da ifade edildiği şekliyle, iradî temsilde, temsil olunanın tam ehliyeteye sahip olması gerekliliğine rağmen, temsilcinin tam ehliyetli olması şart değildir. Temsilci, temsilci atandığında tam ehliyetliken daha sonra sadece temyiz ehliyetine sahip olması temsilci olarak yaptığı işlemin geçerliliğini etkilemez. Yani temsilcinin ehliyetinde meydana gelen değişiklik temsili sona erdirmez ve bu süreçte yaptığı işlemin geçerliliğini etkilemez. Çünkü bu değişikliğe rağmen temsilde gereken asıl ehliyeteye, yani temyiz ehliyetine sahiptir¹⁵⁰.

V. İFLÂS

Türk hukuk sisteminde, TBK 35-37'inci maddelerinde temsil yetkisini sona erdiren sebepler arasında iflâs durumunun da gösterilmiş bulunması bir kamu düzeni hükmü niteliğini taşımaktadır¹⁵¹. Temsilcinin veya temsil olunanın iflâsı üzerine temsil yetkisi sona ermesi genellikle mantıklıdır. Ancak temsilcinin iflâsına rağmen, onun bu sıfatının devamına temsil olunan izin verebilir¹⁵². Meselâ, bir kimsenin daha önce temsilcilik yetkisi bulunmasa bile duruşma sırasında bu kişinin temsilciliğinin ortaklık tarafından kabul edilmesi halinde yaptığı hukukî işleme icazet verilmiş sayılır ve böylece onun yetki almazdan önce yaptığı hukukî işlemlerin hapsi geçerli sayılır¹⁵³.

Irak hukuk sisteminde ise, kanun koyucu temsil olunanın iflâsı ile temsilcinin iflâsı arasında bir ayrım yapmaktadır. Temsil olunan iflâs ederse, temsil sona ermiş olur. Çünkü iflâs eden temsil olunan kendi malları üzerinde hukukî işlem yapma hakkına sahip değildir; temsil olunan kendi malları üzerinde hukukî işlemde bulunma hakkına sahip olmadığı gibi, temsilci aracılığıyla da bu yapma hakkı yoktur. Böylece temsil, ifanın

¹⁵⁰ Bedir, sh. 362.

¹⁵¹ Akyol, **Temsil**, sh. 425.

¹⁵² Eren, sh. 408; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 185 - 196; Feyzioğlu, sh. 426-430.

¹⁵³ YHGK. 7.4.1965 T. E. 547/ YİİD. K. 158; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 269; Tekinay, sh. 161.

imkânsızlaşmasından dolayı sona ermiş olur. İfâr da yani iflâsın bağılı olduğu aynı hükme tabidir¹⁵⁴. Temsil olunan ifâr ettiğini ilân ederse, temsil sona ermiş olur. Her iki durumda (iflâs veya ifâr) da temsilci de temsil olunanın alacaklıları da temsilin sona erdiğini öne sürüp buna dayanabilirler; ancak temsil olunan bunu öne süremez. Temsilcinin iflâs veya ifârla ilgili bilgisi yoksa buna karşı da, temsilin sona erdiği ileri sürülemez. Temsilci ise, aslında temsilcinin iflâsı kendisini tam olarak ehliyetsiz bırakmaz. İflâs eden temsilci buna rağmen hukukî işlemi icra etmek için minimum gereken ehliyete sahip olmakta devam eder. Ancak temsil olunanın temsilciye olan güvenin sarsılmasından dolayı temsilin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu bir genel kural değildir. Temsil olunan iflâs etmiş olmasına rağmen temsilcisini, kendisine yeni bir temsil yetkisi vererek, temsilcisi olarak tutabilir. Temsil olunan, temsilcisinin iflâsına rağmen temsilin geçerli olduğuna dayanabildiği halde, temsilcinin buna dayanabilmesi mümkün değildir. Birden fazla temsil söz konusuysa, bunlardan birinin iflâsı, temsili etkilemez ve geri kalan temsilciler temsilcilik görevlerine devam eder. Ancak temsil konusu bölünemez nitelikteyse, temsil son bulmuş olur¹⁵⁵.

VI. TEMSİLCİNİN AZLİ (TEMSİL YETKİSİNİN GERİ ALINMASI) ve İSTİFASI (TEMSİLCİLİKTEN ÇEKİLMESİ, VAZGEÇMESİ)

Türk hukuk sisteminde, temsil olunan, temsilciye verdiği temsil yetkisini her zaman tamamen veya kısmen kaldırabilir (geri alabilir) yani temsilciyi bu görevden azledebilir¹⁵⁶. Temsil olunanın, temsil yetkisini tamamen veya kısmen kaldırabilme yetkisinden önce feragat (vazgeçmek) mümkün değildir. Temsil olunana tanınan azil yetkisi mutlakdır, bu hakkı ortadan kaldıran sözleşme geçersizdir.

¹⁵⁴ Irak hukukunda tacir sıfatına haiz olmayan kişilerin iflâsına ifâr denilmektedir.

¹⁵⁵ El- Senhûri, C. VII, sh. 542.

¹⁵⁶ Feyzioğlu, sh. 427; Akyol, **Temsil**, sh. 428; Oğuzman/ Öz, sh. 182; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 264.

Azil, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması şeklinde ortaya çıkar. Azil aynı zamanda, temsilcinin şahsına yönetilmiş bulunmaktadır. Azledilen sonra temsilci yerine başka biri tayin olunabilir. Temsil olunan, temsil yetkisi verdiğini üçüncü kişilere ilân suretiyle bildirmişse, azil de üçüncü kişilere bildirmek durumundadır. Aksi halde yapılan hukukî işlemler temsil olunanı bağlar. Temsilcinin azil için temsil olunanın sebep gösterme mecburiyetli olmadığı gibi, gösterilen sebebin haklı olması da gerekli değildir. Temsil olunan her zaman azil yetkisini sahiptir. Sebebin haklı olup olmadığı, azledilen temsilcinin uğradığı zararın tazmin edilmesi bakımından önemlidir. Haksız azil, azledilen temsilcinin bu yüzden uğradığı zararın tazmin edilmesine sebep olurken¹⁵⁷. Temsil olunan temsilciyi haklı sebeplerle azletmişse, hiçbir talepte bulunamaz¹⁵⁸. Azil tek taraflı bir hukukî işlem olup, hiçbir şekil şartına bağlı değildir¹⁵⁹. Ayrıca vekâlete müteallik TBK 396 maddesine göre “*vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadar ki, münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil ve ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur*”. Zamanın münasip olup olmadığını, ihtilaf halinde hâkim takdir edecektir. Burada objektif iyi niyet kuralın göz önünde tutulması icap eder.

İstifa azil gibi tek taraflı hukukî işlem olup hiç bir şekle bağlı değildir¹⁶⁰, temsilci tarafından temsil olunana gönderilen ve varması gerekli olan bir irade açıklaması ile sonuçlar elde eder. Yetkinin verilmesi üçüncü kişilere bildirilmiş ise, onlara istifadan da bilgi vermek gerekir. Ancak şunu belirlememizde yarar var ki, temsil olunan veya temsilcinin tüzel bir kişi olması mümkündür. Bu takdirde bunlardan birinin tüzel kişiliği sona ermesi halinde temsil yetkisi de sona erer (TBK m. 35/II). Ancak, tüzel kişiliğin sona erme sebebinin ortaya çıkmasından tasfiyenin tamamlanmasına kadar tasfiye amacıyla sınırlı olarak hak ve fiil ehliyeti devam edeceğinden temsil yetkisi tasfiyenin gerçekleşmesi

¹⁵⁷ Azledilen temsilci haksız azil sebebiyle, ödenmesi gereken ücretin tamamını alabileceği gibi şartları gerçekleşmişse manevi tazminat isteminde de bulunabilir; Tekinay, sh. 160.

¹⁵⁸ Zapata, sh. 56.

¹⁵⁹ Y1.HD 1943 tarihli bir kararına göre de “ *vekâletten azil bir şekle mahsus tabi değildir* ”Y1.HD. 23.11.1943, E. 2923. K. 4396, İHFM. 1944, sh. 846.

¹⁶⁰ Eren, sh. 407; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 197.

için gerekli işlemleri kapsıyorsa bunlar tamamlanıncaya kadar yetki devam eder¹⁶¹.

Irak hukuk sisteminde ise, temsilcinin azli konusunda, temsilin iki çeşidi olan iradî ve kanunî temsil arasında bir ayırım yapmamız gerekir. İradî temsilde, temsil olunan kendi iradesi ile temsilciyi azlederek, temsili sona erdirebilir. Çünkü burada temsilin gayesi temsil olunanın menfaatidir. Bu menfaat son bulursa, temsil olunanın, temsili sona erdirme hakkı doğar. Bu hak, kamu düzenindendir, temsilci azlinin mümkün olmadığı şartını koşmuş olsa bile böyle bir şart geçerli değildir. Çünkü temsil olunan, söz konusu hakkından ne vazgeçebilir ne de bunu takyit edebilir¹⁶². MMK m. 715/I hükmüne göre, “*aksi kararlaştırılmış olsa bile, temsil olunan dilediği vakit vekâleti sona erdirebilir*” İrMK m. 947/I hükmüne göre de “*temsil olunan, temsilciyi azletme veya vekâletini takyit etme hakkına sahiptir; bunun aksi kararlaştırılmışsa, geçerli değildir*”. Azil sarîh/açık olabildiği gibi zımnî/örtülü de olabilir. Azil ister açık olsun ister örtülü olsun, temsil olunanın iradesini açıklaması temsili sona erdirmek için yeterlidir; bu iradenin belli bir kalıpta olması şart değildir. Temsil olunan azle yönelik iradesini dilediği şekilde açıklayabilir; önemli olan azil anlamını yansıtmasıdır. Irak Temyiz Mahkemesi bir kararında, konşimento/hamule senedinin temsilciden geri alınmasını kendisinin azledilmiş olduğu anlamına geldiğini kabul etmiştir¹⁶³. Aslında belgelerin (konşimento) geri alınması bir kapalı/zımnî azilden başka bir şey değildir. Temsil olunan temsilcisini belli bir tarihte açık ve bir diğer tarihte zımnî/kapalı olarak azletmiş olabilir, bu durumda hangisinin daha önce vuku bulduğuna karar verecek kimse hâkimdir.

¹⁶¹ Oğuzman, Öz, sh. 175.

¹⁶² El-Zannun, sh. 142; Bez, sh. 822; Hüseyin, sh. 265.

¹⁶³ ITMK 2052 sayılı ve 14.01.1969 tarihli kararı, EL-Kaza Vel Fıkıh Lilbuldan EL-Arabiye, C. XXVII, sh. 1060.

Sonuç olarak temsil olunan temsilcisini azletme hakkına sahiptir, ancak bu hakkın iki takyidi vardır. Bunlardan birincisi, temsilci veya üçüncü kişinin temsile ilişkili bir hakkının var olmaması, diğeri ise temsilcinin ve üçüncü kişinin azle ilişkin bilgisinin mevcut olmasıdır.

IrMK m. 947/II'da, birinci takyitle ilgili şu hükmü öne sürmektedir *“vekâlet/temsil, başkalarının hakkı ile ilgiliyse, bunların izni olmadan temsilcinin azli veya vekâletinin sınırlandırılması mümkün değildir”*. Söz konusu durum mehz Mısır Medenî Kanunun 715. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“vekâlet temsilci veya üçüncü bir kişinin çıkarına ilişkinse, temsil olunan, bunların izni olmadan vekâleti, sona erdiremez veya takyit edemez”*. İKM m. 947'den olarak, eğer vekâlet başkalarının (temsilci, üçüncü kişi), bunların izni temsil olunan, temsilciyi azil edemez ve yetkilerini sınırlandıramaz¹⁶⁴. İkinci kayıt ilgili olarak, IrMK m. 948 düzenlenmiş *“vekâletin sona erdiği, buna dair bilgisi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemez”* hükmü bulunmaktadır. Buna göre, temsil, azilden dolayı son bulmuşsa bile, bu azille ilgili bilgisi olmayan temsilci veya üçüncü kişi hakkında hüküm ifade etmez ve temsil devam ediyor sayılır. Yani temsilin sona ermiş olmasını kabul etmek için mücerret olarak azille sona ermiş olması yetmez; iyi niyetli üçüncü kişi ve temsilcinin de azil vakasıyla bilgisinin olması gerek. Bunun sonucu olarak iyi niyetli temsilcinin, azil vakasıyla ilgili bilgi edinmen önce hukukî işlemler geçerlidir ve temsil olunan hakkında hüküm ifade eder. Irak Medenî Kanununun, temsilcinin azil hakkı ve bununla ilgili takyitler konusundaki tutumu tamamen İslam fıkhiyla örtüşmektedir¹⁶⁵. Temsilcinin istifası ile veya temsilden vazgeçmesiyle sona ermesi (temsilcinin cayması) sebepleri de söz konusu fıkha göre bahsedilmektedir. İradî temsili, kendi iradesine dayanarak sona erdirebilen kişi sadece temsil olunan değil, temsilci de yalnız kendi iradesine dayanarak temsili sona erdirebilir. Çünkü temsilci de temsil olunana bir hizmet takdim etme babından bu görevi üstlenmiş bulunmaktadır. Her ne sebepten ötürü

¹⁶⁴ Bedir, sh. 365.

¹⁶⁵ Mecelletül El-Ahkâm El-Adliye, m. 1521.

olursa olsun, bu hizmetin takdiminin uygun olmadığını gördüğü zaman, sadece kendi iradesine dayanarak temsili sona erdirebilir. Kanunkoyucu temsilcinin irade (temsili ferdi iradesine dayanarak sona erdirmesine yönelik) açıklaması için özel bir şekil öngörmüş değildir. Temsilci iradesini her türlü yöntemle açılabilir; önemli olan vazgeçme anlamına gelmesidir. Bu esasa dayanarak temsilcilikten vazgeçmekte de, zail de olduğu gibi, irade açıklaması açık/zahiri ve örtülü/zımnî şekilde yapılması mümkündür. İrMK 947 hükmüne göre, *“temsilci ferdi iradesine dayanarak vekâletten vazgeçebilir, temsil olunan de ferdi iradesine dayanarak temsilciyi, azletme veya vekâletini takyit etme hakkına sahiptir; bunun aksi kararlaştırılmışsa, geçerli değildir”*. Bu madde uyarınca olarak, iradî temsilci, temsilden vazgeçme hakkına sahiptir; çünkü vekâlet her iki taraf için bağlayıcılık arzeden sözleşme türlerinden değildir. Ancak, yine asilinkinde olduğu temsilcinin bu hakkı mutlak değildir. Temsil olunanın temsilciyi azil hakkıyla ilgili olarak yukarıda açıklanan haklar burada da geçerlidir.

Kanunî temsil de ise, temsilci, temsilcilik niteliğini veli durumunda olduğu gibi ya doğrudan doğruya kanun hükmüyle veya vasi ve kayyım durumunda olduğu gibi kanun metnine dayanarak mahkeme kararıyla kazanır¹⁶⁶. Kanunî temsilde temsilcinin azli temsil olunan veya temsilcinin kendisinin iradesine bağlı değildir; yani temsi olunan temsilciyi azledemediği gibi temsilci de kendi kendini azledemez. Yukarıda görüldüğü gibi birinci kayıtla ilgili olarak vazgeçmenin her iki çeşidinde de açık ve örtülü, temsil olunanın bilgisi olmadan temsil sona ermiş olmaz. İrMK m. 947/II hükmüne göre, *“ikinci tarafın ilmi olmadan vekâlet, azille son bulmuş olmaz”* buradaki "zail" kavramı sadece temsil olunanın temsilcisini değil, temsilcinin kendi kendisini (temsilcinin cayması veya vazgeçmesi) azletmesini de kapsar. Irak Medenî Kanun'un bu maddesini karşılayan mehzaz Mısır Medenî Kanununun m. 716/I olarak şu şekilde ele alınmıştır *“aksini kararlaştıran bir anlaşma olsa*

¹⁶⁶ Velayetin bitmesi konusu, 88 sayılı, 1959 tarihli Irak Ahvali Şahsiye Kanununun (82, 83, 89) maddelerinde, 78 sayılı 1980 tarihli Irak Kanun Riayetel Kasirin (ISEGK) Kanununun (31, 33) maddeleri ve 1969 tarihli Irak Kanunel Murafaat El-Medeniye Kanununun m.148/II ele alınmıştır.

bile temsilci, dilediği zaman vazgeçebilir; temsil olunanı bilgilendirerek vazgeçme gerçekleşmiş olur". Temsil olunanın bilgisi olmadan, temsilcinin kendi kendisini azletmesiyle vekâletin sona ermeyeceğini kararlaştıran birçok Irak Temyiz Mahkemesi kararı vardır¹⁶⁷. Böylece temsilcinin kendi kendisini azletmesi, bundan bilgisi olmayan temsil olunana karşı öne sürülemez. Ancak temsilci kendi kendini azlettikten sonra temsilciliğe devam ederse, yetkisini aşan temsilci konumunda sayılır. Söz konusu azil (vazgeçme) olayı, bundan bilgisi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı da öne sürülmesi mümkün değildir. Bu durum Mısır Medenî Kanununun m. 716/I olarak şu şekilde ele alınmıştır *"aksini kararlaştıran bir anlaşma olsa bile temsilci, dilediği zaman vazgeçebilir; temsil olunanı bilgilendirerek vazgeçme gerçekleşmiş olur"*. Meselâ, bu maddeye göre, temsil olunanın, temsilcisini azlettikten sonra temsil belgesini onun yanında bırakır, bu da kendisini hâlâ temsilci olarak tanıtarak bir işlem yaparsa, bu madde ve doğrudan doğruya temsil kurallarına göre söz konusu işlem geçerlidir ve temsil olunan hakkında hüküm ifade eder. Buradaki amaç iyi niyetli üçüncü kişileri korumaktır.

Başkalarının, temsile ilişkin bir hakkı söz konusu olduğu durumlarda temsilcinin temsilden vazgeçmesi mümkün değildir. Meselâ, temsilcinin görevi, temsil olunana ait kabzedeceği malları üçüncü kişilere (temsil olunanın borçlularına) ödemekten ibaretse, bu durumda temsilcinin temsilden vazgeçmesi mümkün değildir. İrMK: bu konuyu düzenleyen özel bir madde getirmiş değildir. Ancak İrMK m. 947/I son ibaresinde *"vekâlete başkalarının hakkı (çıkartı) bağlanmışsa, bunların rızası olmadan vekâlet sona erdirilemez ve sınırlandırılmaz/takyit edilemez"* hükmü yer almaktadır. Vekâlete başkalarının hakkı ile ilgili olduğu durumlarda ve temsilcinin azil edilmesi halinde, başkaları kelimesi, hem temsilciyi hem de üçüncü kişileri kapsar, temsilcinin kendi kendisini azletmesi durumunda başkaları (EL-Gayr/

¹⁶⁷ 1792 sayılı, 09.06.1975 tarihli ITMK, Mecmuetel Ahkâm El-Adliye, S. 2, Yıl 1975, sh. 217; 1280 sayılı, 24.07.1978 tarihli, ITMK, Memuetel Ahkâm El-Adliye, S. 3, Yıl 1978, sh. 129. Bu Karara göre *"temsilci vazgeçerse (kendi kendini azil ederse) Mahkeme, temsil olunanı oturumlarda hazır bulunmak üzere tebliğ edilmelidir; tebliğ edilmeden mahkeme, hakkında yüzüne karşı duruşma icra edemez"*.

Gayrları) kelimesi, sadece üçüncü kişileri kapsar. Temsil, temsilcinin menfaatine verilmişse, temsilci temsilcilikten vazgeçebilir; temsilci menfaatinin nerede olduğunu daha iyi bilir.

Sonuç olarak, temsilci ilgililerin bilgisi içerisinde temsilcilikten vazgeçmişse, temsil de sona ermiş olur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Eğer temsil, temsil konusu işlem bitmeden veya temsil eceli/süresi bitmeden önce sona erdirilmişse, yine de temsilci, işlemi, bunun bir zarara gelmeyeceği bir veya temsil olunanın bir zarara uğramayacağı bir aşamaya kadar, temsile devam etmelidir. Bu hüküm İrMK m. 949 yer almaktadır *“vekâlet, her ne sebebe dayanarak sona erdirilmiş olursa olsun temsilci, başlamış olduğu işleri, telef olmayacak aşamaya kadar götürmelidir; temsilcilik görevine devam etmelidir”*. Bu hüküm Mehz Mısır Medenî Kanununun m. 717/l’de *“vekâlet, her hangi bir sebepten dolayı sona ermişse, temsilci, işlerin telefe uğramayacak aşamaya gelinceye kadar başlamış olduğu işleri sürdürmelidir”*. Irak Medenî Kanunun temsilcinin kendi kendisini azletmesi/ vazgeçmesi (EL-İtızal) konusundaki tutumu İslam fıkhiyla da çok fazla farklılık arz etmemektedir. Özellikle temsilciyi kendi kendisini azletmeye zorlayan ciddî sebeplerin var olması veya karşı konulamayacak vakaların söz konusu olmasında durum böyledir¹⁶⁸.

¹⁶⁸Geniş bilgi için bkz. Mürşit El-Hayran, m. 972; Mecelletül Ahkâm El-Adliye, m. 1522.

Ş 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA TEMSİLİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Türk hukuk sisteminde, kural olarak temsil yetkisinin sona ermesi halinde artık temsilci temsil olunan adına veya hesabına hukukî işlemler yapamaz¹⁶⁹, artık temsil yetkisine sahip değildir. Buna rağmen temsilci her hangi bir hukukî işlem yaparsa, bu bir yetkisiz temsildir ve böyle bir işlemde doğan haklar ve borçlar artık temsil olunana ait olmaz¹⁷⁰. Kural olmakla beraber, TBK 36–37 maddelerindeki özel durumlar göz önünde tutularak, özellikle iyi niyetli üçüncü kişiyi ve iyi niyetli temsilciyi korumak veya yetkinin geri alınması halindeki durumun ihtiyacı karşısında, bu kuraldan yer ayrılmak gerekli duymuştur¹⁷¹.

Irak hukuk sisteminde ise bir kişi usulüne ve ilgili kanunun kurallarına göre, bir başkasının temsilcisi olarak bir kanunî işlem yaparsa, söz konusu hukukî işlem temsil ilişkisi altında toplanan kişiler hakkında hüküm ifade eder. Temsil ilişkisi altında toplanan kişiler temsil olunan, temsilci bir de temsilci ile üçüncü kişi (El- Gayr) iki çeşit ilişki düşünülebilir: Birincisi temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki temsil ilişkisi, ikincisi ise, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki temsil ilişkisi¹⁷².

¹⁶⁹ Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 198; Tekinay, sh. 163; Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 267.

¹⁷⁰ Eren, sh. 408–409; Ferit, H, Sayman/ Halid, K, Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 1958, sh. 312; Tunçomağ, sh. 263; Reisoğlu, sh. 133; Akintürk, sh. 72; Feyzioğlu, sh. 431; Belgesay, sh. 117; Oğuzman/ Öz, sh. 184.

¹⁷¹ Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 271.

¹⁷² El- Senhüri, sh. 536.

II. TEMSİL OLUNAN İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDAKİ İLİŞKİ

Türk hukuk sisteminde, Temsil olunan temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirmiş olup da, bu yetkinin geri alındığını bildirmemiş olursa iyi niyetli üçüncü kişilere karşı yetkinin kaldırıldığı ileri sürülmez¹⁷³. TBK m. 34/III hükmüne göre “*temsil olunan kimse gerek sarahaten gerek delaletten verdiği salâhiyeti diğer kimselere bildirdiği halde bu salâhiyetin tamamen veya kısmen ref ettiğini bildirmemiş olursa salâhiyetin bu suretle ref’ini üçüncü kişilere karşı dermeyan edemez*”.

Temsil olunan, yetkinin geri alındığını bildirmesi üçüncü kişinin yetkinin kaldırıldığını her hangi bir biçimde öğrenmesi anlamına gelir. Bu sebeple, temsil olunan yetkiyi geri aldığını şahsen bildirebileceği gibi, bir araç (haberci) vasıtasıyla da bildirebilir. Temsil yetkisi üçüncü kişilere sirküler (genelge) ile duyurulmuş ise, geri alınması da aynı yola başvurulmalıdır. Meselâ, temsilci yurt çapında gezerek belirli yerlerdeki firmalarla temsil olunanın adına bağlantı kurmaktadır. Piyasada baş gösteren gelişmeler karşısında temsil olunan bu bağlantıları kurmaktan vazgeçmişse, fakat gezgin olan temsilcisini o anda nerede bulabileceğini de bilmiyorsa, en azından bağlantı kurulacak firmaları arayarak telefon, teleks, telgraf araçlarla onları durumundan haberdar etmelidir. Bunu yapmışsa artık temsilci durumdan haberdar olmaksızın o kişilerle hukukî işlem yapsa da, bu hukukî işlemler temsil olunanı bağlamaz. Temsil yetkisinin ölüm ya da TBK m. 35’teki belirtilen diğer sebeplerden (işin tamamlanması, sürenin bitmesi, gaiplik, iflâs. vs) biri ile sona ermesi halinde ise durum farklıdır. Bu gibi durumlarda üçüncü kişilerin iyi niyetli korunmamıştır¹⁷⁴.

¹⁷³Eren, sh. 409; Ayfer, Kutlu, Sungurbey, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa İn Contrahendo, (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul 1988, sh. 39.

¹⁷⁴Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 199;

Irak hukuk sisteminde ise, temsilden amaç, temsilcinin yapmış olduğu hukukî işlemin, temsil olunan hakkında kanunî ve iktisadi hüküm ifade etmesi veya sonuç doğurmasıdır. Bunun da gerçekleşmesi için temsilcinin, temsil olunanın adına ve kendi iradesini temsil olunanın iradesi yerine geçirerek bir hukukî işlem yapmakla gerçekleşir; bu da ya anlaşmalı (temsil olunanın rızası ile) olarak ya da kanunî temsilde olduğu gibi kanun hükmüyle yapılır. Hatta bazen fuzulî temsil (Yetkisiz Temsil) durumunda olduğu gibi, temsil olunanın hiçbir rızası olmadan da yapılabilir¹⁷⁵. Temsilci hukukî işlemi, kendisine verilen temsil yetkisinin sınırlarını aşmadan icra ettiği zaman, söz konusu hukukî işlemin sonuçları temsilcinin hukukî alanından geçmeden ve her hangi belirli bir tedbir almadan doğrudan doğruya temsil olunanın hukukî alanında doğmuş olur ve bunun hakkında hüküm ifade eder. Temsil olunan da bu hukukî işleme dayanarak üçüncü kişilerden temsilcinin aracılığına gerek olmadan hak talebinde bulunabilir; karşı tarafta temsilcinin aracılığına gerek olmadan doğrudan doğruya temsil olunandan söz konusu hukukî işlemin meydana getirdiği karşı borçlarını yerine getirme talebinde bulunabilir. Böylece temsil olunanın de temsilcinin de birbirlerine karşı doğrudan doğruya dava açma hakkı vardır. Bu konu IrMK m. 942 hükmüne göre *“akdin hüküm ve sonuçları taraflarını bağlar; temsilci, kendisine verilen vekâlet çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlediği halde bunun hüküm ve sonuçları temsil olunanı bağlar”*. Mısır Medenî Kanununda ise aynı konu m. 105’de *“temsilci, kendisine verilen temsil yetkisi çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlediği halde, bu akdin meydana getireceği hak ve yükümlülükler temsil olunana aittir”* şeklinde ifade edilmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi de bu konudaki kararların da *“temsilci, kendisine verilen vekâlet çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlerse, bunun hüküm ve sonuçları temsil olunana aittir; dava temsilciye*

¹⁷⁵“Ortak, ortak malla ilgili koruma işlerini yaparken, kendi payında asaleten ve diğerlerinin payında, itiraz etmedikleri halde, vekâleten işlem yapmış sayılır. Vekâlet hükümlerine dayanılarak söz konusu kişiye karşı dava açılır. Söz konusu ortak koruma işlerini diğer ortakların haberi olmadan gerçekleştirilmişse, işlem yetkisiz (tasarrufal fuzulî/fuzulî tasarrufu) temsille icra edilmiş addolunur ve bunun hükümlerine dayanılarak kendisine karşı dava açılır (fuzala davası)”. 1063 sayılı, 16.12.1970 tarihli ITMK, Mecelletül EL-Kaza, S. 1, Yıl 1971.

karşı değil temsil olunana karşı açılmalıdır” ifadelerine yer vermiştir¹⁷⁶. Genel kural temsilcinin temsil olunanın adına yaptığı hukukî işlemlerin temsil olunan hakkında hüküm ifade etmesidir; ancak bu genel kural bazı istisnaları vardır. Bunların ilki temsilcinin hile kullanarak temsil olunanın adına hukukî işlem yapması durumudur, bu durumda söz konusu hukukî işlem temsil olunan hakkında hüküm ifade etmez. İkincisi, temsilcinin temsil yetkisini temsil olunanın menfaatine değil, kendi menfaatine kullanması durumundur; bu durumda da temsil, temsil olunanın hakkında hüküm ifade etmez. Meselâ, kişinin rehin konusunda temsilci ataması ancak temsilci temsil olunanın malları üzerine onun menfaatine değil, kendi alacaklıları lehine rehin koymasında durum böyledir. İşte bu durumda temsilci temsil yetkisini kendi menfaatine kullanmıştır, bunun için söz konusu hukukî işlem temsil olunan hakkında hüküm ifade etmez.

III. TEMSİLCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDAKİ İLİŞKİ

Türk hukuk sisteminde, Türk Borçlar Kanunu temsil yetkisinin sona ermesi durumunda ayrıca iyi niyetli temsilciyi de korumuştur¹⁷⁷. Gerçekten TBK m. 37/1 hükmüne göre *“temsilci kendi salâhiyetin hitam bulduğuna vâkıf olmadığı müddetçe, temsil olunanın yahut halefleri, bu salâhiyet henüz baki imiş gibi onun muamelesi ile alacaklı ve borçlu olurlar”*¹⁷⁸. Yani temsilci, temsil yetkisinin sona erdiğini bilmediği sürece temsil olunan veya halefleri bu yetki bulunuyormuşçasına temsilcinin işlemleriyle alacaklı ve borçlu sayılmışlardır. O halde temsil olunanın ölümüne rağmen bunu bilmeyen temsilcinin yaptığı hukukî işlemler ölenin mirasçıları için hüküm doğuranın alacak ve borçlar onlara ait olur. Yani temsilcinin temsil yetkisinin sona

¹⁷⁶ “kira sözleşmesi vekâletle yapılmışsa, bu sözleşmeden dolayı meydana gelen davada kanunî hasım temsil olunandır” ,4 sayılı, ITMK 24.04.1971 tarihli Mevsuatil Fıkıh Vel Kaza Lil-Düvel El-Arabiye, C. XXVI, sh. 1068; 749 sayılı, 24.06.1964 tarihli ITMK, Mevsuatil Fıkıh Vel Kaza Lil-Düvel El-Arabiye, sh. 1050.

¹⁷⁷ Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 204.

¹⁷⁸ Bazı hukukçular sözü edilen hükmün, temsil yetkisine (azil) yoluyla son verilmesi halinde uygulamayacağı fikrindedirler. Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 206.

erdiğinden haberi olmaksızın yaptığı hukukî işlemler geçerlidir ve temsil olunanı bağlar. Meselâ, temsil olunanın akıl hastalığına tutulduğunu geç öğrenir veya onun temsil yetkisini geri aldığına ilişkin mektubu postada geç eline geçerse, bu arada yaptığı hukukî işlemler temsil olunanı bağlar¹⁷⁹. Ancak TBK m. 37/II hükmüne göre “*üçüncü kişilerin, salâhiyetin nihayet bulduğuna vâkıf oldukları suretler müstesnadır*”. Yani, temsilci temsil yetkisinin sona erdiğini bilmediği halde bile, temsil olunan sorumlu olur. Ancak hukukî işlem yaptığı üçüncü kişilerin temsil yetkisinin temsil olunanın tarafından yetkinin geri alındığını biliyorlarsa, hukukî işlem temsilcinin bilgisi olmazsa da geçerli değildir ve temsil olunanı bağlamaz. Çünkü hukukî işlemi yapan ve durumu bilen üçüncü kişilerin yetkisi olmayan bir temsilci ile hukukî işlem yapmamaları gerekir. Meselâ, Ali’nin temsil yetkisi sona ermiştir ve Ali bu sona ermeyi henüz bilmemektedir. Ancak temsil olunan adına hukukî işlem yaparken iyi niyetli üçüncü kişi olan İhsan, Ali’nin temsil yetkisinin sona erdiğini biliyor ise yapılan hukukî işlemler hükümsüz sayılır¹⁸⁰.

Temsil yetkisi sona erdiğinde elinde yetki belgesi bulunan temsilci onu temsil olunana geri vermek ya da mahkemeye bırakmakla (tevdi) etmekle yükümlüdür¹⁸¹. TBK m. 36/I hükmüne göre “*temsıl yetkisi natık vesikayı haiz olan temsilci, vazifesi hitam bulduğu takdirde, onu temsil olunana iade yahut mahkemeye tevdi etmeğe mecburdur*”. Eğer temsil olunan veya halefleri temsilciyi buna zorlamazlarsa ve bundan dolayı iyi niyetli üçüncü kişilerin uğrayacağı zararları gidermekle yükümlü olurlar TBK m. 36/III¹⁸². Burada söz konusu olan zarar olumsuz menfi zarardır. İyi niyetli üçüncü kişiler temsil yetkisinin sona ermesine karşın elinde yetki belgesi bulunan temsilciyi gerçekten yetkili sayarak onunla hukukî işlemlere girişmeleri yüzünden uğrayabilecekleri zararların tazminini talep edebilir. O halde üçüncü kişinin TBK m. 36/II dayanarak zararın giderim isteminde bulunabilmesi için bağıca

¹⁷⁹ Aydın, Zevkliler, **Borçlar Hukuku Genel Hüküm**, Ankara 2001, sh. 107.

¹⁸⁰ Haluk, Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borçlar İlişkileri**, C. II, Ankara 1977, sh. 412.

¹⁸¹ Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 274.

¹⁸² Eren, sh. 421; Esener, **Salâhiyete Müstenit Temsil**, sh. 208; Zevkliler, sh. 108; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 274.

iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, temsil olunan veya haleflerinin yetki belgesinin geri verilmesi konusunda temsilciyi zorlamayı ihmal etmeleri ve üçüncü kişinin iyi niyetli olmasıdır.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil ilişkisinin en bariz özelliklerinden birisi temsilcinin, temsil olunanın adına ve hesabına hukukî işlem yapmasıdır. Bu hukukî işlemin meydana getirdiği hak ve bağlayıcılıklar temsil olunana temsilciyi değil, temsil olunanı ve üçüncü kişileri (EL Gayrı) bağlar. Çünkü söz konusu kişilerin yapılan sözleşmenin hakiki taraflarıdır; temsilci, hukukî işlemi temsil olunanın adına yapmış olsa da kendisi bu hukukî işlemin bir tarafı değil, buna yabancı olarak görülür. Yani temsilci, üçüncü kişilerle yapmış olduğu hukukî işlemle ilgili hiçbir hak kazanmaz ve hakkında hiçbir bağlayıcılık söz konusu olmaz. Temsilci, sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde üçüncü kişilere karşı dava açamaz, yapma ve fesih talebinde bulunamaz. Buna karşı, üçüncü kişiler de temsilciye karşı, kendisiyle yaptıkları hukukî işleme dayanarak dava açamaz, borçlarını yerine getirmeye zorlayamaz ve tazminat talebinde bulunamaz; temsilci bu hukukî işlemle ilgili alacaklı veya borçlu konumunda olmaz. Hukukî işlem biter bitmez temsilci, sözleşme ilişkisi alanı dışında olur. Kural temsil yoluyla yapılan hukukî işlemin temsilci hakkında hüküm ifade etmemesi ve temsilci ile üçüncü kişiler arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin meydana gelmemesidir¹⁸³. Temsilci bir kusuru varsa sadece üçüncü kişilere karşı sorumlu olur; eğer bir kusuru yoksa üçüncü kişi zarara uğramışsa bile temsilci hiçbir şekilde sorumlu olmaz. Meselâ, temsilciye bir çeki kabız etmek için yetki verilmişse, temsilci sadece kabız işleminden sorumludur, çekin sahte çıkması durumunda çekişme temsilciyi ilgilendirmez; çekin sahte çıkmasında dolayı çekişme temsil olunanı ve üçüncü kişiyi ilgilendirir. Burada ifade edilenler kanunî temsille değil, iradî temsille ilgilidir. Çünkü kanunî temsilde, özörlü veya kısıtlı bulunan temsil olunanın yapamadığı hukukî işlemleri temsilci yapar; temsilci davalı ve davacı olur, ifayı kabız eder ve ifade bulunur. Ancak yine de temsilci şahsî

¹⁸³ El-Zennun, sh. 53; El- Hâkim, **El-Vasit**, sh. 182; Sultan, sh. 38; Ebu Şit, sh. 123.

olarak üçüncü kişilere karşı bir hak iktisap etmez ve borçlu olmaz. Temsilci tarafından yapılan hukukî işlemin temsilci hakkında hüküm ifade etmeyeceği kuralı mutlak bir kural değildir, bu kuralın da bazı istisnaları vardır. Bu durumlarda temsilcinin de sorumluluğu söz konusudur. Temsilcinin, aynı anda kendisini asaleten ve temsil olunanı de temsilcisi olarak bir hukukî işlem yapması durumunda sorumluluğu doğar. Bazen de üçüncü kişinin borçla ilgili temsil olunanla güvenmeni, temsilcinin de bunun yanında sorumlu olmasını gerekli kılar. İşte temsilcinin, temsil yetkisini temsil olunanın lehine değil kendi lehine kullanması durumunda da temsilcinin sorumluluğu durumuyla karşı karşıya kalırız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

Ş 1. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN KAVRAMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI

Türk hukuk sisteminde¹⁸⁴, temsilin dayandığı temel esas temsil yetkisidir. Açık veya örtülü bir temsil yetkisi olmaksızın temsilci sıfatı kazanılamaz; temsil olunanın adına veya hesabına hukukî işlem yapılamaz, genel kural budur. Ancak hiç yetki olmadan da temsilin hukukî sonuçlar doğurduğu haller de vardır. Bu da yetkisiz temsilin özel bir çeşidi olup, Türk Borçlar Kanununda “*vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf*” adını almaktadır TBK. 410- 415. maddeleri¹⁸⁵. Meselâ, bir kimsenin temsil olunandan yetki almadığı halde onun adına veya hesabına hukukî işlem yapmasında durum böyledir¹⁸⁶. Aynı şey temsil olunan da fiil ehliyetine sahip olmadığı (temyiz gücüne sahip olmaması, küçük veya mahcur olması) halde temsil yetkisi vermesi durumu veya temsilci temsil olunanın verdiği yetkiyi aşarak yaptığı hukukî işlemler bakımından da gereklidir. Meselâ, 10 ton buğday alması için kendisine yetki verilmişken 30 ton buğday alması böyle

¹⁸⁴ Yetkisiz temsile ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz, Sungurbey, sh. 9; Akyol, **Temsil**, sh. 449; Feyzioğlu, sh. 431; Esener, **Yetkisiz Temsil**, sh. 114; Eren, sh. 410; Ergün, Özsunay, **Borçlar Kanunu**, C. I, 2. B, İstanbul 1983, sh. 143; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 720; Ardic, Oğuzhan / Emel, Ersol, **Borçlar Hukuku**, 5. B, Ankara 2007, sh. 78; Akintürk, sh. 73; Önen, sh. 80; Oğuzman/ Öz, sh. 189; İnan, sh. 339; Birsen, sh. 148; Tunçomağ, sh. 263, Reisoğlu, sh. 136; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 199, Belgesay, sh. 133; Şenyüz/ Fidan, sh. 33-34.

¹⁸⁵ Burada Türk Borçlar Kanun’un sistematigi bakımında bir noktaya temas etmek gerekir. Yetkisiz temsil ile ilgili olanlar bir yandan genel hükümler kısmında maddeler sevk edilmiş (TBK. m. 38–39), diğer yandan aktin muhtelif neveleri kısmında “vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf” tanzim olunmuştur (TBK. 410–415. maddeleri).

¹⁸⁶ Temsil yetkisinin verilmesindeki fesat (kışkırtıcı) üçüncü kişinin iyi niyetli ile ancak temsil yetkisinin temsil olunan tarafında geri alınması, temsilin süresinin bitmesi hallerde ve TMK. 933-901’ cı maddesinin gereğince menkul (taşınır) bir mala ait aynî bir hakkın kazanmasında ortadan kalkar. Buna karşı tapu sicilli ancak tapu siciline gösterilen güveni korur; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 274; Akyol, **Temsil**, sh. 451-452.

bir durumdur. Ancak yetkisiz temsilci bu miktarın sınırını bir az aşmışsa meselâ, 10 ton buğday yerine 11 ton buğday almış olabilir, böyle bir halde temsil olunan söz konusu hukukî işleme icazet vermekten kaçınırsa, dürüstlük (TMK. m. 2) kurallarına aykırı devranmış olur. Çünkü icazet vermek ve icazetten vermekten kaçınmak (imtina etmek) temsil olunanın serbest takdirine bırakılmıştır¹⁸⁷. Çoğu kez de yetkisiz temsilci temsil olunanın menfaatini korumak üzere yaptığı kanaate sahip bulunmaktadır. Meselâ, bir kimsenin seyahatte olan komşusunun kırılan pencere camını taktırmasında durum böyledir. İşte bütün bu durumlarda yetkisiz temsilden söz edilmektedir¹⁸⁸. Ancak yetkisiz temsilci, temsil olunanın adına hareket etmek zorundadır. Bu sebeple eğer yetkisiz temsilci hukukî işlemi kendi adına, temsil olunanın menfaatine hareket etmiş ise, burada temsil ilişkisi yoktur. Çünkü yetkisiz temsil sadece doğrudan doğruya temsilde söz konusu olur; dolaylı temsilde kurumun niteliği gereği yetkisiz temsilden söz edilemez. Yukarıda belirlediğimize göre temsil yetkisi, temsil gücünün temelini teşkil eder. Ancak yetki, temsilde temel teşkil ettiği halde yetkili olmayan bir temsilcinin, diğer bir kişinin adına veya hesabına yaptığı hukukî işlemleri hükümsüz saymak, hukuk vicdanını rahatsız eder¹⁸⁹.

TBK. m. 38/l yetkisiz temsili şu şekilde hükme bağlamıştır, “*bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir sözleşme yaptığı takdirde, bu şahıs bu sözleşmeye icazet vermedikçe alacaklı ve borçlu olmaz*”. Türk Borçlar Hukuku yukarıda bahsedilen durumları düzenlemiş ve belli şartlar altında yapılacak işlemlerin hükümsüz olmayacağını, yani bir takım hukukî sonuçlar doğuracağını göstermiştir. Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî işlem total bir hukukî işlem olup geçerliği temsil olunanın icazet vermesine bağlıdır. Bu maddenin açıklaması şöyledir ki, yetkisiz temsilcinin temsil olunan adına veya hesabına yaptığı hukukî işlemler temsil olunan

¹⁸⁷ Bununla beraber icazet vermekten kaçınma halinde eğer temsilci 39. maddeye gereğince sorumlu kalırsa, 412–413. maddelerine dayanarak temsil olunana rücu edebilir.

¹⁸⁸ Y4.HD. 10.12.1963, 12094/10599 kararına göre “*yetkisiz temsilciye yanlışlıkla veya temsilcilik sınırlarını bilmeden yapılan ödeme ödeyen borçtan kurtarmaz*” kararın tam metni için bkz; (Olgaç, sh. 176).

¹⁸⁹ Gürsoy, **Borçlar Hukuku**, sh. 271.

hakkında hükümsüzdür. Başka bir deyişle, temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerden dolayı temsil olunanı alacaklı ve borçlu yapamaz. Ancak temsil olunan kimse temsilcinin yaptığı bu hukukî işleme icazet (izin, onay) verirse bir hak edinir veya borç altına girmiş olur. TBK. m. 38/l icazet (izin, onay) tek taraflı, kurucu yenilik doğuran bir hukukî işlemdir ve sonradan bildirilen muvafakati ifade eder. Temsilcinin kendisine verilmiş bir yetkiye dayanmadan yaptığı hukukî işleme temsil olunan sonradan icazet verir. Başka bir deyişle, temsil olunan yapılan işleme icazet verirse doğrudan doğruya temsile ait sonuçlar işlemin yapıldığı tarihten itibaren meydana gelmiş olur¹⁹⁰. Görüldüğü gibi yetkisiz temsilde temsil olunan kimsenin verdiği bu izin sonradan verilmekle birlikte, daha önce meydana gelen hukukî işlemleri de sağlam bir hale getirmektedir.

Irak hukuk sisteminde ise¹⁹¹, yetkisiz temsil (Fuzala) birisinin kendisini ilgilendirmedığı halde bir olaya müdahil olmasıdır¹⁹². Buna karşılık yetkisiz temsilin şeriattaki anlamı, kendisini ilgilendirmedığı halde başkasının malı üzerinde tasarrufta bulunmadır. Gerçekten de hiçbir izin veya yetkisi olmadan başkasının malını satan, başkasını evlendiren veya boşandıran kişi İslam fıkhiinde yetkisiz temsile misal olarak gösterilebilir. Bunlar birer yetkisiz (fuzulî) tasarrufudur. Yetkisiz temsilin kavram anlamı ise, Mecellenin (Mecelle-tül EL-Ahkâm EL-Şeriye) 13. maddesinde “*kanunun verdiği izini*

¹⁹⁰YHGK 7.4.1965 tarihli ve 1-26-149 sayılı kararına göre “sonradan verilen icazet yetkisiz temsilcinin daha önce yapmış olduğu işlemlere de geçerlik verir” kararın tam metni için bkz; (www. Kazancı. com). Bu kural esas hukuk alanında dahi uygulandığı gibi Usul hukuk alanında ve özellikle davalarda temsil alanında dahi uygulanır. Temyiz gücüne sahip olmayanları korumak amacıyla konulmuş bulunan kanun hükümleri korunmak istenen kimselerin zararına sonuçlar doğuracak şekilde uygulanamaz. Bundan dolayı temsil ve buna gereken fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin vermiş olduğu temsil yetkisine dayanarak dava açmış olan avukatın, bu yaptığı işlemlere sonradan atanmış olan vasinin icazet vermiş olması halinde bu işlemler geçerlilik kazanır”. Açılan bir davaya sonradan verilen icazet içinde durum böyledir. YHGK 3.6.1964 tarihli ve 6-182/392 sayılı kararı için bak (www. Kazancı. com).

¹⁹¹ Fuzala: İslam Fıkhiinde ve bunun etkisinde kalan ülke hukuklarında, Türk hukukunda yetkisiz temsil kurumunu karşılayan kurumun adıdır. Fuzulî ise hiçbir yetkiye dayanmayan ve kendisini ilgilendirmeyen, başka kişiye ait bir malın üzerinde tasarrufta bulunan kişinin adıdır. Geniş bilgi için bkz; Mirkis, C. III, sh. 7-10; Selahattin, El-Nahi, sh. 188-189; El Senhüri, C. I, sh. 1052.

¹⁹² Haydar, sh. 95; Hüseyin, sh. 270; Enver Mahmud, Debur, **EL-Medhal Li-Diraset EL-Fikih EL-İslamî**, EL-Kahira, Darel Sakafa EL-Arabiye, sh. 4.

olmadan başkasına ait hak üzerinde tasarrufta bulunan kişidir” olarak tanımlanmıştır.

Yetkisiz temsil Mısır Medenî Kanunu m. 188’de şöyle tanımlanmıştır, *“bir kişinin, kasıtlı olarak ve hiçbir bağlayıcılığı (borcu) olmadan, başkası hesabına tasarrufta bulunmasıdır”*¹⁹³. Irak Medenî Kanunu’nda ise durum farklıdır. Gerçekten de, Irak Kanunkoyucusu, Mısır Medenî Kanunda olduğu gibi yetkisiz temsil müessesesine kapsamlı bir tanım getirmiş değildir. Ancak 1943 tarihli Irak Ticaret Kanunu 188. maddesinde yetkisiz temsil, borç kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir. Madde aynan şöyledir: *“bir tüccarın, başkası lehine yapmak zorunda olmadığı bir ticarî işlemde (işlem) bulunması durumunda, söz konusu kişiden bu ticarî işlemin ücretini alabilir. Başkası lehine ticarî işlemde bulunan tüccar bu işlem uğruna yapmışsa, yaptığı harcamaları harcadığı tarihten itibaren faiziyle birlikte, işlemin lehine gerçekleştiği kişiden alabilir”*¹⁹⁴. Ancak Ticaret Kanununda gelen bu hükmü genelleştirerek Irak Medenî Kanunu, yetkisiz temsili genel bir borç kaynağı olarak kabul ettiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü Irak Ticaret Kanununda genel kurallar, niteliği bakımından özel kurallardan sayılır. Aynı zamanda sözünü ettiğimiz bu kural da özel bir durumu (bir tüccarın başkasının menfaatine ticarî nitelikli bir fiilde bulunması) çözümlmek için kabul edilmiştir. Bu sebeple bahsedilen konuda kıyasta bulunmak veya bu hükmü genelleştirmek mümkün değildir. Irak Medenî Kanunu yetkisiz temsili, genel bir borç kaynağı olarak kabul etmiş değildir. Buna karşılıklı Irak Medenî Kanunu sebepsiz zenginleşmeyi genel bir borç kavramı kabul etmiştir. Dolayısıyla böyle bir olayda şartları bulunduğu halde sebepsiz zenginleşme hükümlerini yetkisiz temsile de uygulamak gerekir¹⁹⁵. Yukarıda da görüldüğü gibi, İslam doktrininde yetkisiz temsil kavramı, tanım ve şartları bakımından batı doktrininde bulunan yetkisiz temsil kavramından farklıdır. Daha önce de

¹⁹³ El-Nahi, sh. 188; El Senhûri, C. I, sh. 1052; Mirkis, sh. 29.

¹⁹⁴ El Senhûri, C. I, sh. 1052; Mirkis, sh. 35; El-Nahi, sh. 203.

¹⁹⁵ El-Nahi, sh. 203.

görüldüğü gibi, İslam fıkında yetkisiz temsil¹⁹⁶, hiçbir şarî izne dayanmadan başka bir kişinin malı üzerinde ancak bu kişinin menfaatine hukukî işlemde bulunan kişidir. Böylece İslam fıkında yetkisiz yapılan hukukî işlem acillik ve gereklilik niteliğinin bulunması gerekli değildir. Buna karşılıklı Avrupa doktrininde ise yetkisiz temsil, kasıtlı olarak (bilerek) bir kişinin hiçbir bağlayıcılığı olmadan, bir başka kişi hesabına, acil ve gerekli nitelikli bir fiilde bulunmamasıdır¹⁹⁷.

Yetkisiz temsile en bariz misal, malikin gıyabında çökmekte olan duvarının düzeltilmesi, başkasına ait bozulma tehlikesi olan ürününün satılması veya batma tehlikesinde olan geminin kurtarılması durumlarıdır. Bu gibi müdahaleler her iki taraf (başkasının işine karışan taraf (fuzulî) ve bu müdahaleden faydalanan taraf) hakkında karşılıklı yükümlülükle doğurur. Görüldüğü gibi, yetkisiz temsilden dolayı ortaya çıkan durum vekâlet akdinden dolayı ortaya çıkan durum arasında büyük benzerlik vardır. İkisinin arasındaki farklılık ise, yetkisiz temsilde tasarruftan faydalanan tarafın iradesinin (tasarrufun yapılmasında) bulunmamasıdır. Bunun için yetkisiz temsil sözleşme değil, sözleşme benzeri bir işlem olarak nitelendirilmektedir. İki kurum arasındaki benzerlik ve farklılıklar, yetkisiz temsilin benzer kurumlarda farkı başlığı altında, aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır¹⁹⁸. Vekilin, sözleşmeye göre kendisine tanınan yetkileri aşarak tasarrufta bulunması ve vekâlet süresi bittikten sonra da bu görevde devam etmesi durumunda yetkisiz temsil kurumunun bazı halleriyle karşı karşıya kalır¹⁹⁹. Gerçekten de bazen kişi kendi işini yürütürken buna ayrılmaz bir şekilde bağlı olan başka kişinin de işini yapmak zorunda kalır. İşte kişi yapmak zorunda olduğu işle ilgili yetkisiz temsilci (fuzulî) konumundadır. Bu durumu MMK. m. 189'da şöyle ifade edilmektedir *“işlerin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu durumlarda, kişi kendi işini yaparken bir başkasının da işini yaparsa, bu durumda yetkisiz temsil gerçekleşmiş olur”*. Yetkisiz temsilde önemli olan

¹⁹⁶ Haydar, sh. 99 (m. 112).

¹⁹⁷ Abdülhamit, El-Kaysi, **EL-Akit EL-Mevkuf**, Musul 1987, sh. 14.

¹⁹⁸ El-Nahi, sh. 225; Mirkis, sh. 14-15.

¹⁹⁹ Mursi, C. I, sh. 24.

kişinin niyetinin, bir başka kişi lehine bir işlem gerçekleştirmek yönünde olmasıdır²⁰⁰.

II. YETKİSİZ TEMSİLİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Türk hukuk sisteminde, yetkisiz temsil şu şekilde hükme bağlanmıştır. Bir kimse yetkisi olmadığı diğer bir şahıs adına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icâzet vermedikçe alacaklı ve borçlu olamaz (TBK. m. 38/I). Bir kimse başkası adına hareket etmesine rağmen, onun ya temsil yetkisi hiç yoktur; kendisine böyle bir yetki ne kanun ile ne hukukî bir işlem ile verilmiştir, ya kendisine verilmiş olan temsil yetkisini aşmıştır, ya da temsil yetkisi sona erdiği halde, sanki bu yetki devam ediyormuşçasına temsil ettiği kimse adına başkası ile işlem yapmıştır. Bütün bu hallerde yetkisiz temsil söz konusu olur²⁰¹. Bütün bu ihtimaller dâhilinde yetkisiz temsil işlemi meydana gelmiş olabilmektedir. Temsilci yetkisiz hareket etmekle, her zaman kötü niyet taşımaz. Bazen temsil olunan kişi adına menfaati de olabilir. Meselâ komşusu evde yokken duvarı yıkılmak üzere olduğu halde izin almadan daha büyük zararın ortaya çıkmasını engellemek için duvarın yıkılmasına engel olma adına yaptığı tasarruf komşusunun menfaatinedir²⁰². Yetkisiz temsilde sorumluluğun sözleşmeye mi yoksa haksız fiile mi dayandığı hakkında, doktrinde görüş birliği. Bazı yazarlar, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunu Türk Borçlar Kanununun m. 41 deki “*gerek kasten gerek ihmal ve taseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur*”, ifadesine dayandırmaktadırlar. Bu madde Borçlar Kanununda haksız fiilden doğan borçlar başlığı adı altında ele alınmaktadır. Diğer bir kısım yazarlar ise, sözleşme yapılmak için bir takım müzakereler cereyan ettiğini bunların temsil olunan tarafından tasvip edileceğini, temsilcinin adeta üstlenmiş durumda

²⁰⁰Muhammed Vahideddin Suvar, *Şerh’L Kanun EL-Medenî, EL-Nazariye EL-Amme Lil-İltizam, Masadir EL-İltizam*, sh. 348; El Senhûri, C. I, sh. 1053.

²⁰¹Feyzioğlu, sh. 431; Birsen, sh. 148.

²⁰²Birsen, sh. 148.

bulunduğunu ve fakat bu sonucun elde edilemediğini ileri sürerek olayda sözleşmeye dayalı sorumluluğun esasını görmekte-dirler. Üçüncü bir grup yazar yukarıdaki fikirleri kabul etmemişlerdir Onlara göre yetkisiz temsilci iyi niyetle hareket ettiği halde sorumluluğu sözleşmeye dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilmekte; bilerek ihmal ve tedbirsizlikle, üçüncü şahsı aldatmak isteyerek temsil yetkisi varmışçasına hareket etmişse sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu esasında aramaktadır²⁰³. Uygulamada yetkisiz temsil çok kez temsilcinin bilmeyerek kendisini yetkili zannetmesi veya temsil olunanın adına böyle bir hukukî işlemi yapmakta yarar görmesi hallerinde ortaya çıkmaktadır²⁰⁴. Yetkisiz temsilcinin işlemlerinin geçerli olduğunu savunan hukukçulara göre işlemin vekâlet ve temsil yoluyla yapılabilen türden olması ve sözleşmeyi bizzat yapan yetkisiz temsilci açısından da işlerlik kazanmasına imkân bulunmaması gerekir. Ayrıca hukukî işlemin yapıldığı sırada ona icâzet verebilecek birinin bulunması gerekir²⁰⁵.

Irak hukukunda, yetkisiz temsilin hukukî niteliği konusunda çok ciddi görüş ayrılıkları vardır. Bunlardan birincisi farazi vekâlet “vekâlet varsayımı” görüşüdür. Buna göre yetkisiz temsil zımnî veya varsayımlı (farazi) bir vekâletten başka bir şey değildir²⁰⁶. Her iki kurum arasındaki çok ciddi benzerlikler bu görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yetkisiz temsil, temsil olunanın yetkisiz yapılan hukukî işlemin kabulüyle vekâlete dönüşür. Ancak bu görüş eleştirilmektedir, çünkü vekâlet bir hukukî işlem olarak müvekkilin iradesi ve talebi sonucu meydana gelir. Yetkisiz temsilde ise böyle bir irade veya talep söz konusu değildir. Ayrıca vekâlet sadece hukukî işlemlerde mümkün olduğu halde, yetkisiz temsilin hukukî ve maddî işlemlerde meydana gelmesi mümkündür. Vekâlette vekilin harcamış olduğu tüm tutarlar konusunda müvekkile rücu hakkı vardır, oysa yetkisiz temsilde,

²⁰³ Birsen, sh. 151.

²⁰⁴ Reisoğlu, sh. 136.

²⁰⁵ Saritepe, sh. 41.

²⁰⁶ El-Senhüri, C. I, sh. 1056; Mirkis, sh. 19; El-Nahi, sh. 200.

yetkisiz temsilcinin sadece harcamış olduğu gerekli ve faydalı harcamalar konusunda temsil olunana rücu etme hakkı vardır²⁰⁷.

İkincisi de, yetkisiz temsil sebepsiz zenginleşmenin bir türü olduğunu savunmaktadırlar²⁰⁸. Bu görüşe göre yetkisiz temsilin kaynağı, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlem bir maddî fiildir. Kanaatimizce bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü sebepsiz zenginleşme kurumunun şartları yetkisiz temsilden farklıdır. Gerçektende yetkisiz temsilde kasıt şartı vardır. Buna karşılıklı sebepsiz zenginleşme kasıt şartını içermez. Bunun yanında sebepsiz zenginleşme hükümlerini yetkisiz temsile uyguladığımızda bu hükümler temsil olunanın yetkisiz temsilciye karşı olan borçları (gider, ücret ve tazminat) yorumlamaya yeterlidir. Buna karşılıklı aynı hükümler, karşı tarafın, yani yetkisiz temsilcinin temsil olunan lehine taahhüt ettiklerini icra etmeyi yorumlamak için yeterli değildir.

Üçüncü görüş de, yetkisiz temsilin bir sözleşme benzeri bir işlem olduğunu savunmaktadırlar²⁰⁹. Bu görüşü savulanlardan Fransız hukukçu Putih, yetkisiz temsili vekâlete yaklaştırmış ve yetkisiz temsili bir sözleşme benzeri bir işlem kabul etmiştir. Gerçektende Putih, hem vekâlette hem yetkisiz temsilde bir başkası için iş görme niyetinin varlığından hareket ederek yola çıkmıştır. Yazara göre yetkisiz temsilci bu cihetle vekile benzemektedir; edimleri vekilin edimleri gibidir. Putih, sözleşme benzeri işlemi “*insan tarafından yapılan iradî ve kanunî fiildir; bu fiil sonucu başkasına karşı ve bazen de karşılıklı borçların doğumuna neden olur*”. Bu teori aslında Fransız hukukunda benimsenen, daha önce Putih tarafından ortaya atılan ve borç kaynağını beşe ayıran (sözleşme, sözleşme benzeri, suç, suç benzeri ve kanun) görüştür. Bu görüşe göre, sözleşme ve sözleşme benzeri işlemlerde bir iradenin varlığından söz edilir, bu cihetle her ikisi arasında bir yakınlık vardır. Ancak aralarındaki fark, ilkinde gerçek ikincisinde ise farazidir. Böylece bu görüşte olanlar yetkisiz temsile sözleşme benzeri bir işlem

²⁰⁷ Mirkis, sh. 18–19.

²⁰⁸ Ebu Şit, sh. 565; Sultan, sh. 413; El-Senhüri, C. I, sh. 1054; El-Nahi, sh. 193; Mirkis, sh. 20.

²⁰⁹ El-Senhüri, C. I, sh. 1056; Mirkis, sh. 17; El-Nahi, sh. 190.

görmektedir; çünkü yetkisiz temsil, yetkisiz temsilcinin borç doğuran ve kanunî iradesinden dolayı meydana gelir. Bu teori bir diğer Fransız hukukçu Plenyon tarafından *“bu teori sözleşme benzeri işlemi, iradî ve kanunî bir işlem olduğunu tanımlamakta, ancak gerçekte bu işlem ne iradî ne de kanunîdir. Çünkü yetkisiz temsilde temsil olunanın iradesi olmadan ve izni ya da bilgisi olmadan başkası tarafından yapılan bir fiilden dolayı borç altına girmektedir. Oysaki temsil olunanın borcu başkası hesabı zenginleşmeye dayanmakta; bu zenginleşmede kuşkusuz kanunî değildir”* şeklinde eleştirilmiştir²¹⁰.

Dördüncü görüş ise, yetkisiz temsilden meydana gelen tüm edimleri kanuna dayandıran görüştür²¹¹. Beşinci görüşe göre, yetkisiz temsilde dolayı meydana gelen tüm edimlerin kaynağı doğrudan doğruya kanundur. Çünkü yetkisiz temsilin şartları gerçekleştiği an, yetkisiz temsilci ve temsil olunanın edim yüklenmesinin kaynağı kanunun kendisidir. Gerçektende bu görüşü savunanlardan Senhüriye göre *“yetkisiz temsil iradî bir işlemde dolayı meydana gelmiş olsa da, yetkisiz temsilcinin edimlerinin kaynağı doğrudan doğruya kanundur”*²¹². Burada iradî maddî işlemde kast, kanunu bu işlem üzerine yüklediği borçlar değil, yetkisiz temsilcinin arzu ettikleridir.

Kanaatimizce, yetkisiz temsilcinin borçlarının kaynağı doğrudan doğruya kanun değil, ancak yetkisiz temsilci tarafından işlenen maddî iradî tasarruf olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü kanun henüz maddî iradî işlemi, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi bir genel borç kaynağı olarak kabul etmemektedir. Ancak bu teoride eleştirilerden kurtulamamıştır. Çünkü bu teori temsil olunanın durumunu yorumlamaya elverişli olduğu halde, yetkisiz temsilci durumunu yorumlamaya müsait değildir. Çünkü yetkisiz temsil maddî iradî bir işlem yapmadığı zaman üzerine hiçbir edim yüklenmez. Oysa doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan

²¹⁰ El-Nahi, sh. 191.

²¹¹ Mirkis, sh. 24; El Senhüri, C. I, sh. 1055; El-Nahi, sh. 198.

²¹² El Senhüri, C. I, sh. 1055.

borçlar, borçlu tarafından işlenen bir fiilin mevcudiyetini gerektirmez²¹³. Yukarda ifade edildiği gibi, yetkisiz temsilin niteliğini belirlemek çok zordur; hiçbir görüş eleştirilerden kurtulmuş değildir. Bunun için bazı hukukçular yetkisiz temsilin diğer borç kaynakları gibi, taraflarına borç yükleyebilen özel borç kaynağı olduğunu kabul etmektedirler²¹⁴.

§ 2. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN ŞARTLARI

I. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SÖZLEŞMEYİ TEMSİL OLUNAN ADINA YAPMASI

Türk hukuk sisteminde²¹⁵, Borçlar Kanunu m. 32/I uyarınca temsilci tarafından başka bir kişinin adına ve hesabına yapılan hukukî işlem den doğan hak ve borçlar temsil olunan kişiye ait olur. Ancak yetki olmadan da bir kimse başka bir kimsenin adına veya hesabına hukukî işlem yapabilir. Bu durumda hukukî işlem den doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olmaz. Çünkü hukukî işlem den doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olması için temsil olunanın bu hukukî işleme icazet vermesi gerekir. BK m. 38/I uyarınca *“bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz”*. Ayrıca aracının başkası adına veya hesabına hareket ettiğini açıklaması gerekir, aksi halde yetkisiz temsilden söz edilemez. Başkası adına hareket temsilcinin açıkça, örtülü irade beyanı ile veya hal ve vaziyetten de onun adına hareket ettiğini anlayabilir.

²¹³ Adnan İbrahim, El-Serhan, “EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-Iraki Ve'l Mukaren”, Yüksek Lisans Tezi, 1981, sh. 113.

²¹⁴ El-Nahi, sh. 198; Mirkis, sh. 25.

²¹⁵ Esener, **Yetkisiz Temsil**, sh. 115; Özsunay, 143.

Irak hukuk sisteminde ise²¹⁶, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem ya bir hukukî işlem ya da maddî bir işlemdir. Böylece yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem vekilinkinden farklıdır. Gerçekten de vekilin yaptığı işlem münhasıran hukukî tasarruftan ibarettir. Yetkisiz temsilcinin, başkasına ait bozulabilen bir ürününü satması veya temsil olunana sunulan bir hibeyi (bağışı) kabul etmesi hukukî tasarruflarına misal olarak gösterilebilir. Yetkisiz temsilcinin, temsil olunanın evine düşen bir yangını söndürmesi. MMK 188 maddesine göre, “*bir kişi kasti (isteyerek) olarak bağlayıcılığı (borçlu) olmadan başka kişiye ait acil nitelikli bir işlemi yapması durumudur*”. Aynı Kanunun 189 maddesine göre, “*işlerin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu durumlarda, kişi kendi işini yaparken bir başkasının da işini yapar, bu durumda yetkisiz temsil gerçekleşmiş olur*”. MMK 190 maddesine göre ise, “*temsil olunan, yetkisiz yapılan işleme izin verirse vekâlette uygulanan kurallar burada uygulanır*”.

II. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN BAŞKASI ADINA HUKUKÎ İŞLEM YAPMA İRADESİNİN BULUNMASI

Türk hukuk sisteminde, bazen sözleşmeden doğan temsil yetkisi olmaksızın yapılan hukukî işlemler kişilerin kendi iradesiyle gerçekleşir ve yaptıkları sözleşmenin dolaylı diğer tarafı bazı sorumluluk altına sokabilirler. Yetkisiz temsilde bu tür şekilde yapılan bir hukukî işlemdir. Ancak bu tür hukukî işlemde bulunan kişinin temyiz olması gerekir²¹⁷.

Irak hukuk sisteminde ise, Türk hukuk sisteminden farklı olarak yetkisiz temsilin ikinci şartı olan “başkası adına hukukî işlem yapma iradesinin bulunması” şartı getirilmemiştir. Buna karşılıklı Irak hukukunda da “*yetkisiz temsilcinin niyeti başkasının menfaatine bir iş görmeye yönelik olmalıdır*” şeklindeki hüküm yetkisiz temsilin ikinci şartı olarak kabul edilmiştir²¹⁸. Bu

²¹⁶Geniş bilgi için bkz; El-Senhüri, C. I, sh. 1058; Debur, sh. 504; El-Nahi, sh. 209; Hüseyyin, sh. 270; Mirkis, sh. 37.

²¹⁷ Esener, **Yetkisiz Temsil**, sh. 116.

²¹⁸El Senhüri, C. I, sh. 1059; El-Nahi, sh. 112; Mirkis, sh. 58.

şarta göre yetkisiz temsilcinin başkası menfaatine iş görürken bunu isteyerek (kasten) yapıyor olmalıdır; temsil olunanın buna dair bilgisinin var olup olmaması önemli değildir. Yetkisiz temsilci de başkası menfaatine bir iş görme kastı yoksa (meselâ, yetkisiz temsilcinin, kendi işidir sanarak başkasının işini yapması durumunda) olaya yetkisiz temsile ait kurallar değil, sebepsiz zenginleşmeye özel kurallar uygulanır) . Senhüri bu duruma şu örneği vermektedir *“kişi, zilyetliğinde bulunan evde, kendi mülkü sanarak kendi menfaatine gerekli düzeltme ve bakım işlerini yaptıktan sonra evin kendisinin mülkü olmadığı veya evde başkasıyla ortak olduğu ortaya çıkarsa, söz konusu gerçek kişiye veya ev ortağına yetkisiz temsil kurallarına dayanarak rücu edemez. Şartları mevcutsa ancak sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanarak temsil olunana rücu edebilir”*²¹⁹.

Menfaat niyeti yetkisiz temsili, sebepsiz zenginleşmeden ayıran noktadır. Yetkisiz temsilci, başkası menfaatine onun işini gören kişidir, zenginleşen kişiye hiçbir hukukî sebebe dayanmadan kendi menfaatine hareket etmektedir. Ancak yetkisiz temsilci, yetkisiz işi yaparken aynı anda kendi menfaatiyle birlikte başkasının menfaatini de kastetmiş olabilir; bu mümkündür ve yetkisiz temsilin kuralının burada da uygulanmasına bir engel yoktur. Görülen işler arasında ortak bir bağ varsa, sözünü edilen durumla karşı karşıya kalırız. Meselâ, taşınmazda ortak olan şerik, söz konusu ortak taşınmazı kiraya verdiğinde veya yıkılmasını önlemeye yönelik tedbir alması durumunda, kendi ve diğer ortağı menfaatine hareket etmiş olur²²⁰. Bu olaya yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanması mümkündür. Çünkü burada ortak kişi (fuzulî konumunda olan ortak kişi) gördüğü işte şerikinin de menfaatinin var olduğunu bilerek ve isteyerek söz konusu işlemde bulunmuştur. Söz konu ortak kişinin kendi menfaatini göze alarak söz konusu işlemde bulunmuş olması ve hatta kendi menfaati olmasaydı işlemi ortağının menfaatine yapmayacağı kastının bulunması durumu etkilemez; yani olaya yetkisiz temsile has kurallar uygulanır. Ancak söz konusu kastın (görülen işlemde

²¹⁹ El-Senhüri, C.I, sh. 1061.

²²⁰ Sultan, sh. 405.

başkasının menfaatinin var olduğu kastı) işlem (müdahale) yapılırken var olması gerekir²²¹. Burada üzerinde durulması gereken nokta, yukarıda bahsedilen iki hal arasında bulunan ince farkın varlığı görmektir: bunlardan birinci hal: kişinin kendi işi olduğunu sanarak başkasına ait bir işi yerine getirmesidir. Bu halde yetkisiz temsil söz konusu değildir. İkinci hal ise, yetkisiz temsilci işi yaparken, belli bir kişi lehine yapıyor olduğunu sanarak, işi bir başka kişi lehine getirmesidir. Bu halde de şartları gerçekleştiğinden dolayı yetkisiz temsil vardır. Çünkü yetkisiz temsilcinin başkasına hizmetten başka bir kastı yoktur. Bu sebeple lehtarın şahsında hata yetkisiz temsilcinin üzerinden başkası menfaatine iş gördüğü niteliğini kaldırmaz. Daha önce de açıklandığı gibi kişinin kendi evini tamir ediyor olduğunu sanarak hareket etmesi daha sonra evin başkasının mülkü olduğu (kendine ait bir işi yerine getirdiğini sanarak bir başkasının işini yerine getirmesi hali) ortaya çıkarsa, yetkisiz temsilden söz edilmez. Çünkü olayda yetkisiz temsilde bulunması gereken niyet (kasıt) rüknü veya şartı yoktur. Bu yüzden olaya yetkisiz temsile özel kurallar değil, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin özel kurallar uygulanır²²².

III. YETKİSİZ TEMSİLCİ İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARASINDA BİR SÖZLEŞMENİN YAPILMIŞ OLMASI

Türk hukuk sisteminde, tarafların iradeleri TBK 1. madde anlamında karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklanmamış ise, esasen ortada geçerli bir işlem bulunmadığından yetkisiz temsil üzerinde durmaya gerek yoktur.

Irak hukuk sisteminde ise, Türk hukuk sistemindeki yetkisiz temsilin üçüncü şartı olan “*yetkisiz temsilci ile üçüncü kişinin arasında bir sözleşme yapılmış olmalıdır*” şartı kabul edilmiştir. Buna karşılıklı adı geçen hukuk sisteminde “*yetkisiz temsilcinin hiçbir bağlayıcılığı olmadan (borçlu olmadan)*

²²¹ El Senhüri, C. I, sh. 1059; Mirkis, sh. 59.

²²² Muhammed Kamil, Mursi, **Ahkamel EL-İltizam**, 1975, sh. 380.

başkasına ait bir iş görmesi” yetkisiz temsilin üçüncü şartı olarak kabul etmiştir²²³. Bu şarta göre yetkisiz temsilci hukuk kuralları veya anlaşma gereği hiçbir bağlayıcılığı (borçlu olmadan) başkasına ait bir işi görmüştür. Aynı zamanda yetkisiz temsilci söz konusu işi yapmaktan yasaklanmamış (nehiy edilmemiş) olması gerekir. Böyle bir yasaklama varsa, yasaklanan işi yapan kişi, yetkisiz temsilci sayılmaz. Bunun yanında kişinin bir işi yapmak için bağlayıcılığı varsa, daha önce vurguladığımız gibi, yetkisiz temsilden (fuzulîlikten) söz edilmez; bağlayıcılığın (borcun) kaynağının sözleşme, kanun veya mahkeme kararı olması bir şeyi değiştirmez. Vekâlet sözleşmesine göre başkası için bir işi görmekte yükümlülüğü olan kişi yetkisiz temsilci değildir²²⁴. Aynı zamanda mahkeme hükmü gereği bir işi yerine getiren (yediemin gibi) kişi veya kanun kuralları gereği (veli ve vasi gibi) bir işi yerine getiren kişi de yetkisiz temsilci sayılmaz. Buna göre zarar gören kişiye tazminat ödeyen işveren (metbû) , kanun gereği söz konusu tazminatı vermekte sorumlu olduğundan yetkisiz temsilci sayılmaz. Asıl olan temsil olunanın yetkisiz temsilcinin müdahalesine dair bilgisinin var olmamasıdır; bilgisi varsa durum dört varsayımdan başkası değildir: bunlardan, birincisi: temsil olunan baştan itibaren kendisi başkasının müdahalesini istemiş, bu durumda müdahaleyi yapan kişi yetkisiz temsilci değil vekildir. Daha sonra verilen icazette durumu vekâlete çevirir, burada başkasının müdahalesi yetkisiz temsilde gereken şartları haizse bile, bu icazet durumu vekâlete çevirir. MMK. m. 190 bu konudaki hükmü açıktır “*temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu müdahaleyi onaylarsa olaya vekâlete ait kurallar uygulanır*”. İkinci varsayım: temsil olunan müdahaleden haberdardır ve müdahalenin yapılmasını ve devamını yasaklar. Bu durumda başkasının müdahalesi yetkisiz temsil (Fuzulîlik) olarak değil, haksız işlem olarak

²²³ El Senhûri, C. I, sh. 1059; El-Nahi, sh. 215; Mirkis, sh. 64.

²²⁴ Fuzulî kişi işe başladıktan sonra, kendisi ilgili kişi tarafından vekâlet verilirse, vekâlet verilmeden önce yapılan iş bölümleri vekâlet sözleşmesine değil fuzala hükümlerine tabidir; vekâletten sonraki iş bölümleri ise vekâlet hükümlerine tabidir. Fuzulî kişi, yapıyor olduğu işi geçerli bir sözleşme gereği yaptığını sanıyorsa, daha sonra bu sözleşmenin batıl olduğu açıklanırsa, olaya fuzala hükümleri uygulanır. Vekâlet sınırını aşarak bir iş yapan kişi, söz konusu sınırı aştığı oranda fuzulî sayılır; Ebu Şit, sh. 563.

nitelendirilir. Bundan olarak söz konusu kişinin müdahalesi ya temsil olunana uğratılan bir zararla sonuçlanır bu durumda kusur sorumluluğu gerçekleşmiş olur, ya da müdahale sonucu temsil olunanın malvarlığında bir artma (zenginleşme) meydana gelir, bu durumda da sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır. Üçüncü varsayım: temsil olunan yetkisiz temsilcinin müdahalesinden haberdar olmasına rağmen sükût etmektedir (ne müdahaleye izin veriyor ne de karşı çıkıyor) bu durumda müdahalede bulunan kişi yetkisiz temsilci sayılır. Dördüncü varsayım: temsil olunan başkasını müdahale etmeye çağırmamakta, ancak müdahale sona erdikten sonra buna izin vermektedir, bu izin müdahale yapan kişiyi vekil konumuna getirir ve olaya vekâlete ait hükümler uygulanır.

IV. TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNE SAHİP OLMAMASI

Türk hukuk sisteminde, doğrudan doğruya temsilde temsilci temsil yetkisine dayanarak başkası adına veya hesabına hukukî işlem yapabilir. Bu hukukî işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunanın hukukî alanında gerçekleşir. Temsil yetkisi olmadan da bir kimsenin başkası adına veya hesabına hukukî işlem yapması olanaklıdır. Başkası adına veya hesabına hukukî işlem yapan kimsede temsil yetkisinin yukarıda da belirtildiği üzere çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Meselâ, temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması veya verilen temsil yetkisinin geri alınması (BK m. 34) ya da temsil yetkisinin kendiliğinden sona ermesi (BK m. 35) ya da temsilci kendisine verilen temsil yetkisini aşması (BK m.33). İşte bütün bu durumlarda yetkisiz temsil söz konusu olur²²⁵. Ancak konuyla ilgili dış temsil yetkisi ile iç temsil yetkisini ayırt etmemiz gerekir²²⁶.

²²⁵ Geniş bilgi için bkz; Sungurbey, sh. 11; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 278; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 264; Feyzioğlu, sh. 431.

²²⁶ Saritepe, sh. 23.

A. Dış Temsil Yetkisinin Verilmemiş Olması

Türk Borçlar Kanun hükümlerine göre temsil yetkisinin temsilciye yöneltilmesi şarttır. Çünkü temsil yetkisinin verilmesi bizzat iç temsil yetkisini ilgilendirir. Üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığını bilmeyerek yaptığı hukukî işlem yetkisiz temsil olarak nitelendirilemez ve sözleşme temsil olunan tarafından doğru bulunmasına gerek kalmadan meydana gelir. Temsilciye temsil yetkisi verilmediği halde üçüncü kişiye temsil yetkisinin bildirilmiş olması, iç temsil yetkisinin meydana gelmesi için yeterli değildir. Böyle bir halde görünüşte temsilden söz edilebilir. Görünüşte temsil iç temsil yetkisine dolayısıyla temsil yetkisinin verilmesine ilişkin bir konu olmayıp dış temsil yetkisini ilgilendirir.

B. İç Temsil Yetkisinin Verilmemiş Olması

İç temsil yetkisi verilmediği halde bir kimse kendisine hata veya hile ile yetkili göstermiş ise, yetkisiz temsilden söz edebiliriz. Bu göre temsil yolu ile yapılan sözleşmenin meydana gelmesine temsil olunan ile temsilci birlikte katılırlar. Böylece temsil olunanın iradesi ile temsil yetkisinin kapsamı içinde temsilcinin açıkladığı irade bileşik (müşterek) olarak karşı sözleşme tarafın iradesi ile birleşmek suretiyle sözleşme meydana gelmektedir. Böyle halde ne temsilci ne de temsil olunan tek başına o işlemin faileri olarak ele alınamaz. Bu söyleyiş göre temsil yolu ile yapılan bir sözleşmenin geçerli olup olmadığını tayin etmek için bu iradelerin ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bu görüş tarzı temsil olunan tarafından kapsamı belirtilen temsil yetkisi ile temsili birbirine karıştırdığından dolayı kabul edilmemiştir²²⁷.

²²⁷ Saritepe, sh. 23.

Irak hukuk sisteminde ise, Türk hukuk sistemindeki yetkisiz temsilin dördüncü şartı olan “*yetkisiz temsilci, temsil yetkisine sahip olmamalıdır*” şartı kabul edilmemiştir. Bunun yerine “*yetkisiz temsilcinin yaptığı iş acil (gerekli) nitelikli bir iş olmalıdır*” yetkisiz temsilin dördüncü şartı olarak kabul etmiştir²²⁸. Bu şarta göre yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlem (bu işlemin hukukî tasarruf veya maddî bir işleminden ibaret olması durumu değiştirmez) acil veya gerekli nitelikli olmalıdır. Faydası önemli de olsa yapılan işlemin sadece faydalı olması yetkisiz temsil kurumunun söz konusu olması için yetmez. Temsil olunanın lehine kârlı bir alışveriş yapmak, inşaat kurmak, su mecrası açmak veya komşu taşınmaz üzerinde şufa hakkı talebinde bulunmak... vs durumlar acil veya gerekli nitelikli değildir. Bu yüzden yetkisiz temsil da söz konusu olmaz. Acaba işin acil (gerekli) niteliğe sahip olup olması konusunda ayırım yapmak için ölçek nedir?. Temsil olunan yapabilme gücüne sahip olsaydı, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemi kendisi de yapardı sonucuna varıldığı takdirde, işlem gerekli niteliğe sahip sayılır²²⁹. Buna göre, bir kişinin başkasının borcunu ödemesi durumunda (eğer amaç, temsil olunanı hapisten kurtarmak değilse; borcun nafaka borcundan ibaret olması durumunda olduğu gibi idari hacizden kurtarmak veya mal varlığı üzerine icra yapılmaktan kurtarmak değilse) yetkisiz temsilden söz edilmez. Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem gereklilik niteliğine sahip değilse, temsil olunanın yetkisiz temsil kurumuna göre bir bağlayıcılığı (borcu yoktur); yapılan işlem daha önce açıklandığı gibi faydalı ve yararlı niteliğe sahip olsa da, ancak temsil olunan yetkisiz temsilcinin daha sonra yetkisiz temsilcinin müdahalesine izin verirse, vekâlet kurumunun hükümleri uygulanır²³⁰.

²²⁸ El-Senhüri, C. I, sh. 1072; El-Nahi, sh. 209; Mirkis, sh. 37.

²²⁹ El-Senhüri, C. I, sh. 1074.

²³⁰ Ebu Şit, sh. 560; Debur, sh. 504.

Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde acillik (gereklilik) niteliğinin var olup olmamasının tesbiti, müdahalenin yapıldığı zaman belirlenir. Yapılan işlem bir idari işlem değil, bir tasarruf işleminden ibaretse, işlemde gereklilik işleminin varlığı üzerine vurgu yapılmalıdır. Yetkisiz temsilcinin müdahalesi hukukî olmayabilir, bu durumda sorumlu sayılır ve haksız fiil sorumluluğu kurallarının uygulanması söz konusu olur.

MMK 195. maddesinde aynan, *“yetkisiz temsilci, işlemi yönetmesinde orta basiretli kişiden beklenen özeni göstermişse, beklenen sonuç gerçekleşmese bile, temsil olunanın (ilgili kişinin) temsilcisi sayılır”* hükmü yer almaktadır. Buna göre yetkisiz temsilcinin işlemi başarıyla sonuçlanması gerekli değildir. Aynı zamanda, yetkisiz temsilcinin işleminden meydana gelen faydaların, yetkisiz temsilcinin işlem sonucu yaptığı harcamalardan dolayı temsil olunana rücu edeceği zamana kadar devam etmesi gerekli değildir. Meselâ, yetkisiz temsilcinin onardığı evin yangın sonucu yok olması halinde, yetkisiz temsilcinin temsil olunana rücu etmesine mani değildir; yetkisiz temsilcinin rücu hakkı bakidir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz, yetkisiz temsilin söz konusu olabilmesi için, temsil olunanın, başkası tarafından yapılan müdahaleye dair bilgisinin var olmaması veya temsil olunanın bilgisi vardır ancak yapılmasını yasaklamış olması gerekir²³¹; ancak yasaklamanın kamu menfaati gereği kanunun yapılmasını emrettiği bir yükümlülükle ilgili olması bundan müstesnadır.

²³¹ El-Senhüri, C. I, sh. 1075; Suvar, sh. 360–361; Sultan, sh. 438.

§ 3. TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Yukarıda belirtildiği gibi Türk hukuk sisteminde, bir kimsenin temsil yetkisi bulunmaksızın, başka bir kimsenin adına ve hesabına hukukî işlemler yapmasına yetkisiz temsil denilir²³². Yetkisiz temsil çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir²³³. Temsilcinin temsil yetkisinin sona ermiş olması veya temsilcinin temsil yetkisinin sınırlarını aşarak hukukî işlem yapmış bulunması hallerinde de yetkisiz temsil söz konusu olur²³⁴. Bunlardan birincisi, temsilciye hiçbir yetki verilmemiş olmasıdır²³⁵. İkincisi, temsilciye temsil yetkisi verilmiş olmakla beraber, temsilci, bu yetkinin sınırlarını (konu, şahıs, kapsam vs bakımından) aşmış olabilir. Üçüncüsü, temsilciye temsil yetkisi verilmiş olmakla beraber temsil yetkisinin süresi sona ermiş olabilir. Dördüncüsü, temsil yetkisi vermiş olan kimsenin fiil ehliyetinin kaybolması (Batıl temsil yetkileri) de yetkisiz temsil doğurur. Beşincisi, temsilcinin temsil yetkisi temsil olunan tarafından geri alınması durumudur. Altıncı ise, müşterek temsil ilişkisi halinde temsilcilerden yalnız birisinin temsil olunan adına bir sözleşme yapması halinde de yetkisiz temsilden bahsetmektedir. Bu durumların tamamında, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerde hiçbir yetkisi yoktur ve kural olarak temsil olunan bağlamaz. Bu hukukî işlemlerden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait değildir. Sonuç olarak yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme temsil olunanın ne yararına ne de zararına olmak üzere doğrudan doğruya hiçbir sonuç doğurmaz.

²³² Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 278; Birsen, sh. 148; Önen, sh. 80.

²³³ Temsil ve Yetkisiz Temsil Sebebiyle Ortaya Çıkan Zararların Tazmini Hakkında geniş bilgi için bkz. İlhan, E, Postacioğlu, “Salâhiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini”, İÜHFM, C. XVII, sayı, 3–4, 1951, sh. 465.

²³⁴ Esener, **Yetkisiz Temsil**, sh. 121; Reisoğlu, sh. 136; Oğuzhan, sh. 79; Akintürk, sh. 74.

²³⁵ Oğuzman/ Öz, sh. 190-192; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, sh. 201.

Irak hukuk sistemi ise²³⁶, bu konuda Türk hukuk sisteminin aynı doğrultusunda olduğu için burada tekrardan kaçınmak amacıyla konuyu ele almayı doğru bulmuyoruz. Türk hukukunda yetkisiz temsilin sonuçları ile genel olarak aktardıklarımıza atıfta yetinmek istiyoruz. Yetkisiz temsilin sonuçlarını önce yetkisiz temsilci bakımından sonra temsil olunan bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

II. YETKİSİZ TEMSİLCİ BAKIMINDAN

Türk hukuk sisteminde, yetkisiz temsilci ile temsil olunanın arasında hiçbir hukukî ilişki geçerli (sahih) bir ilişki olmadığından yetkisiz temsilcinin, yaptığı hukukî işlem temsil olunanı kural olarak bağlamaz. Bu durumda yetkisiz temsilci yaptığı bu hukukî işlem ile temsil olunan için bir borç meydana getirmek istemiş ise, meselâ yetkisiz temsilci temsil olunanın evini yetki olmadan kardeşine kiralamış ise, temsil olunan bu kiralama sözleşmesinden dolayı asla borçlu olamaz. Üçüncü kişi ile hukukî işlem yapan yetkisiz temsilci, bu hukukî işlemde doğan menfi zarardan sorumludur. Ancak, yetkisiz temsilci yine geçersiz bir yetkiye dayanarak temsil olunana bir hak kazandırmak için hukukî işlem yapmış ise, kural olarak bu hak yine de temsil olunanı bağlamaz. Bununla beraber yetkisiz temsilci temsil olunanın adına bir hukukî işlem yaparken, temsil olunanın menfaatine uygun bir şekilde hareket etmiş ise, bu durumda vekâleti olmadan başkası hesabına iş görme hükümleri uygulanır (TBK. m. 410) yani temsil olunan borç altına girer ve hak kazanır²³⁷. Başka bir deyişle, eğer temsilci temsil olunanın menfaatine uygun bir şekilde hareket etmişse, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.

²³⁶Geniş bilgi için bkz; Sultan, sh. 403; Abdülkadir, El-Far, **Masadirül İltizam**, Masadirül Hak El-Şahsi Fil-Kanun El-Medenî El-Ürdüni 2001, sh. 254; El-Senhüri, C.I, sh. 1079; El-Nahi, sh. 216; Mirkis, sh. 107.

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 749.

TBK. m. 38’de “*bir kimse salâhiyeti olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz*”. Hükmü yer almaktadır. Bu özel durumu bir tarafa bırakırsak, genel olarak temsil olunan temsilcinin üçüncü kişiyle yapmış olduğu hukukî işleme icazet de verebilir. Başka bir deyişle, temsil olunan hukuk işleme icazet vermesi halinden bir geçersiz hukukî işlemi geçerli (kat’î) hukukî işlem haline getirir ve hukukî sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

Irak hukuk sisteminde ise, yetkisiz temsilin şartları bulunduğu halde yetkisiz temsilci ve temsil olunana karşı bazı yükümlülükten sorumlu olur. Bunlardan birincisi, yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesidir. Mısır Medenî Kanunu’nun 191’ inci maddesine göre “*Yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesi ve en yakın zamanda temsil olunanı yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesi gerekir*”. Bu maddeden amaç gizlice başkasının işlemlerine karışmayı engellemek aynı zamanda temsil olunanın menfaatini korumaktır. Yetkisiz temsilci izin veya bir talep olmadan yaptığı hukukî işleminden temsil olunana büyük zarar gelmemesi için çaba göstermesi gerekir. Ancak yetkisiz temsilci, temsil olunanın lehine yapılan bir işlemi engellemişse, o zaman yetkisiz temsilci temsil olunanın bu işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işlemi devam ettirmesi gerekir, Meselâ yangını söndürmek veya caddede kaza yapan sürücüyü hastaneye götürmede durum böyledir²³⁸. İkincisi, yetkisiz temsilci en yakın zamanda temsil olunana yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesidir. Yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesine göre, önce temsil olunanı yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesi gerekir. Bunun için yetkisiz temsilcinin bu yükümlülüğü birinci yükümlülüğün tamamlayıcısı olarak bilinmektedir. Bu bildiri veya haberdar etmenin amacı temsil olunana kendi

²³⁸ Sultan, sh. 407; EL-Far, sh. 259; El-Senhüri, C. I, sh. 1087; El-Nahi, sh. 218.

işini kendisi yapması için en uzun süre tanımaktır. Temsil olunan kendi işini yapması bir hak ve aynı zamanda görevdir. Buna göre yetkisiz temsilci bazı istisnai yükümlülüklerden kurtulabilir. Yukarıda belirlediğimiz gibi Mısır kanun koyucusu bu iki yükümlülüğü tek madde içerisinde düzenlemiştir²³⁹. Üçüncüsü ise, yetkisiz temsilci normal insanın gösterdiği özeni göstermesidir. Mısır Medenî Kanunu m. 192 hükmüne göre “ 1) *Normal bir insanın gösterdiği özeni yetkisiz temsilcinin de göstermesi gerekmektedir. Yetkisiz temsilci hatasından sorumlu olur ve bu hatasından dolayı meydana gelen zararın tazmini bazı durumlarda hâkim tarafından hafifletirilebilir.* 2) *Yetkisiz temsilci hukukî işlemi (işini) tamamen veya kısmen bir başkasına verdiği halde verdiği kişinin tasarrufundan sorumlu olacaktır.* 3) *Eğer hukukî işlem (iş) birden fazla yetkisiz temsilci tarafından yapılmaktaysa, bunun sonuçlarından da birlikte sorumlu olacaklardır*”²⁴⁰. Görünüyor ki, yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken normal insanın gösterdiği özeni göstermek zorundadır ve bu hukukî işlemi yaparken herhangi bir hata (yanlış) yaparsa bundan doğan zararın tazminini ödemekle mecbur kalır. Ancak bu sorumluluğu yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken temsil olunanın menfaatini korumak veya onun menfaatine zarar vermek konusunda bir ayırım yapmamız gerekir²⁴¹. Şunu belirtmemizde yarar var ki, burada yetkisiz temsilcinin yükümlülüğü bir sonuç doğurmak değil sadece özen göstermektir ve bu özen normal bir insanın gösterdiği özendir.

Yetkisiz temsilci hukukî işlemi eksik ya da bunu yaparken ihmal ederse ve bu eksik ya da ihmalden dolayı doğan zararın tazmini ödemek zorundadır. Ancak yukarıda belirlediğimiz gibi hâkim MMK. m.192 hükmüne göre, bazı durumlarda bu zarar hafifletirilir. Meselâ, yetkisiz temsilci komşusunun evindeki yangını söndürdükten sonra kapıyı kapatmayı unutması ve komşusunun evinden bazı eşyaların çalınması durumunda yetkisiz temsilci

²³⁹ Suvar, sh. 365; Mirkis, sh. 109; El-Nahi, sh. 219.

²⁴⁰ Mirkis, sh. 110; El-Nahi, sh. 218.

²⁴¹ Bu da IrMK. m. 420 aynı anlama gelmesini ifade etmektedir.

hatasından ve ihmalden sorumlu tutulacaktır²⁴². Bununla beraber yetkisiz temsilci, hukukî işlemin yapılması için tamamen ya da kısmen başka bir kimseyi görevlendirirse, bu kimse yetkisiz temsilcinin temsilcisi olarak kabul edilmektedir. Yetkisiz temsilcinin temsilcisi kendi hatasından yetkisiz temsilciye karşı sorumlu olduğu halde, yetkisiz temsilci kendisinin ve temsilcisinin hatasından temsil olunana karşı sorumlu olacaktır. Bu nedenle temsil olunan kanun hükmü ile yetkisiz temsilciye doğrudan doğruya dava açma hakkına sahip olurken, bu maddeye dayanarak yetkisiz temsilcinin temsilcisine dolaylı dava açma hakkına sahiptir. Yetkisiz temsilci ise temsil olunana sadece dolaylı dava açma hakkına sahiptir²⁴³.

Şu konuya değinmemizde yarar var ki, eğer bir hukukî işlemi birden fazla yetkisiz temsilci tarafından yapılıyorsa. Bunlar birlikte tazminat ödemek zorundalar mı yoksa her biri ayrı ayrı tazmin ödemek zorundadır?. Kural olarak birlikte tazminat ödemek varsayıma dayanmaz, anlaşma veya kanun tarafından belirlenmesi gerekir. MMK. m. 192/III hükmüne göre “*birden fazla yetkisiz temsilci aynı işi yapmaktaysalar, bunlar birlikte sorumludurlar*” . Şunu belirtmemiz gerekir ki, bu madde metni olmaz ise idi yetkisiz temsilciler arasından birlikte tazminat ödeme söz konusu olmazdı. Çünkü birlikte tazmin yukarıda belirlediğimiz gibi anlaşma veya kanun gereği ile meydana gelir²⁴⁴.

Görüldüğü gibi yetkisiz temsilciler aynı işi yapmıyorlarsa aralarında birlikte tazmin olmaz. Birden fazla yetkisiz temsilci var olması halinde bile, bunlardan her biri ayrı ayrı işler yapıyorlarsa aralarında birlikte tazmin olmaz çünkü işleri birbirinden farklıdır²⁴⁵.

²⁴² Sultan, sh. 441; El-Far, sh. 258; Abuşit, sh. 567; Mersi, **Ahkamel EL-İltizam**, sh. 391.

²⁴³ El-Senhürî, C. I, sh. 1074.

²⁴⁴ El-Senhürî, C. I, sh. 1076; El-Nahi, sh. 221; Mirkis, sh. 124.

²⁴⁵ Mirkis, sh. 124; El-Nahi, sh. 221.

III. TEMSİL OLUNAN BAKIMINDAN

Türk hukuk sisteminde, bir kimse yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına bir sözleşme yaparsa bu kişi (temsil olunan) icazet vermedikçe alacaklı ya da borçlu olmaz (TBK m. 38)²⁴⁶. Yani yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmenin tarafı, kendisine yetki vermediği için temsil olunan sayılmayacaktır. Aynı zamanda yetkisiz temsilci de yaptığı hukukî işlemlerle borçlu ve alacaklı sıfatını kazanamaz. Bunun tek istisnası, Ticaret Kanunun 590'de hükme bağlanmıştır. Buna göre *“yetkisi olmadığı halde bir kişinin temsilci sıfatı ile poliçeye imzasını koyan kişinin bu poliçeden dolayı bizzat sorumludur”*²⁴⁷.

Yukarıda ifade edildiği gibi yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî işlemler baştan itibaren temsil olunanı bağlamaz. Ancak, temsil olunan tarafından, bu hukukî işleme icazet (onay) verilirse hukukî işlem baştan itibaren hüküm doğurur ve temsil olunanı bağlar²⁴⁸. Temsil olunan kişi yetkisiz temsilcinin yaptığı hukukî işleme sarıh olarak icazet verebileceği gibi, zımnî olarak da icazet verebilir²⁴⁹. Bu durum yapılan hukukî işlemi benimseme, bundan elde edilen yararları kabullenme yetkisiz temsilcinin yaptığı işlere ses çıkarmama gibi icazettin varlığını gösteren davranış biçimlerden (delalet edici davranışlardan) çıkartılabilir. Meselâ, kambiyo senedi imza özel yetkisi

²⁴⁶ Y19.HD. 1.12.2004 tarihli ve 11928 sayılı kararına göre *“ Bir yıla yakın süre boyunca sözleşmeden doğan edimler itiraz edilmeden eylemli olarak yerine getirildiğine göre davalının sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili temsilci olmadığını ve sözleşme hükümleriyle bağlı tutulmayacağını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamındadır”* (İstanbul. Bar. Derg. 2005/1, sh. 282).

²⁴⁷ Y12.HD E. 14262, 28.09.2006 Tarihli ve 17678 sayılı kararına göre *“temsil salâhiyeti olmadığı halde bir şahsın, temsilci sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur”*. (www. Kazancı. Com)

²⁴⁸ Esener, **Yetkisiz Temsil**, sh. 127; YHGK E. 1962/7-68. 12.9.1962 tarihli ve 88 sayılı bir kararına göre *“onay davalardaki temsil için dahi uygulanır. Yetkisiz bir temsilcinin aşmış olduğu davaya, davacının onay vermesiyle önceki hukukî işlemler geçerlilik kazanır”*. (www. Kazancı. com). Ayrıca Y15.HD 23.3.1990 tarihli. E. 1990/94 ve 90/1337 sayılı kararına göre *“senetlerdeki ikinci imza kooperatifi temsil ve ilzama yetkili olmayan kişilerce atılmışsa kooperatifin onay verip vermediği araştırılmalıdır. Kooperatif onay vermişse senetlerden sorumludur”*. (Yarg. Kar. Derg. 1990, sh. 1358 veya www. Kazancı. Com); Birsen, sh. 149; Reisoğlu, sh. 137.

²⁴⁹ Temsil yetkisi vermek mahiyeti temsilci tarafından önce temsil olunan kimse adına yapılan hukukî işleme zımnî bir icazet meydana getirebilir. Ancak bunun gerçekleşmesi için temsil olunan kimsenin bu hukukî işlemekten haberdar olmalıdır; GÜRSOY, sh. 273, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Alttop, sh. 202.

verilmeyen temsilcinin, bu tür senetleri kendisinin adına imza ettiğini gördüğü halde, buna ses çıkarmamış ise imzalanan kambiyo senedi nedeniyle temsil olunan kişi sorumlu tutulabilir²⁵⁰. İcazet başkasının yaptığı bir sözleşmeyi sonradan onamaktadır. Bir üst kavram olan onam (muvafakat) önceden verilirse izin, sonradan verilirse icazet (onay) olarak adlandırılır ve sözleşmenin kurulmasından sonra verilmiş olması zorunludur²⁵¹. Başka bir deyişle, temsil olunan yapılan hukukî işleme icazet verirse, bu icazet geriye etkili olarak hüküm ifade eder. Sanki hukukî işlemi yapılırken temsilcinin temsil yetkisi varmış gibi doğrudan doğruya temsilin hükümleri cereyan eder²⁵². Ancak icazet verilene kadar bu hukukî işlem askıdadır, temsil olunanı bağlamaz. Buna karşın üçüncü kişi bu hukukî işlemle bağlıdır. Yetkisiz temsilci ile işlem yapan üçüncü kişi açısından sözleşmeden dönme imkânı söz konusu değildir. Burada sözleşmenin tarafı olup olmama konusunda yalnızca temsil olunanın bir seçim hakkı vardır. Bu bakımdan yetkisiz temsil neticesinde oluşan hukukî işlemin yaptırımını tek taraflı bağlamazlık olarak karşımıza çıkar. Yani icazetten önce hukukî işlem geçersiz olmakla birlikte geçersizliği askıda olan bir hukukî işlem konumundadır. 38'inci maddeye kıyas yolu ile temsilcinin tek taraflı hukukî işlemlerine ve vekâletsiz bir kimsenin beyan aktarmasıyla aktardığı beyanlara da uygulanır²⁵³.

²⁵⁰ Y11.HD. 30.11.1993, E.1992/9367, K. 1993/8158 “Yetkisiz temsilde temsil olunan, yetkisiz temsilcinin kendi adına imza atmasına ses çıkarmayarak, yetkisiz temsil imzasının sonuçlarını yüklediği durumlarda sorumluluğu vardır. Davalı banka, davacı şirketin temsil yetkisi bulunmayan Selahattin’inin şirket adına keşide ettiği çekleri ödediğini ileri sürdüğüne göre, davacı şirketin Selahattin’inin yetkisiz temsiline dayanıp (tahammül) gösterip göstermediğinin araştırılması gerekir”. (www. Kazancı. com).

²⁵¹ Y13.HD. 4.11.1982 tarihli 5279 E. 6504 sayılı kararında “önceden yapılan telefon satışı nedeniyle hak sahibi sonradan vekâletname vermesinin onay anlamına geldiği belirtilmiştir” (www. Kazancı. com). Bunun gibi Y15.HD 27.4.1979 tarihli. 624 E. 995 sayılı kararına göre “bir kimse adına veya hesabına yapılan sözleşmeye adına veya hesabına hareket edilen kişi tarafından yükleniciyle sözleşme yapana sonradan verilen vekâletname onay anlamını taşır” (www. Kazancı. com). Eren, sh. 412; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 280.

²⁵² Geniş bilgi için bkz: Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 722; Esener, Salâhiyete Müstenit Temsil, sh. 281; Eren, sh. 547’de “ icazetin geçmişe etkisinin icazetten önce yapılan hukukî işlemini etkilemeyeceğini, bu kuralın istisnası gibi göstermeleri isabetli değildir. Eğer yetkisiz temsile konu olan sadece borçlandırıcı işlemse (borç sözleşmesiye); esasen ortada etkilenecek”.

²⁵³ Diğer taraf sıfatını isabet edemeyen temsilcinin tek taraflı beyanını reddedebilir.

İcazet, temsil olunanın kendi izni olmadan onun adına yapılan hukukî işleme icazet vermesidir. Aynı zamanda icazeti temsil olunan verebileceği gibi, yetkili bir temsilcisi veya ölümü halinde mirasçıları da verebilirler. Temsilci veya üçüncü kişiye karşı tek taraflı bir irade beyanıyla yapılır ve varması gerekli bir hukuksal işlem niteliğindedir. Herhangi bir şekli yoktur açık veya örtülü şeklinde verilebilir ve kayıtsız şartsız olması ve yetkisiz temsilciyle yapılmış sözleşmenin olduğu gibi kabul edilmesine yönelik bulunması gerekir²⁵⁴. Sözleşmenin kurulmasından sonra verilen icazet yenilik doğuran işlem olup²⁵⁵, temsil olunanla üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisinin sonuç doğurmasını sağlar. Bu nedenle icazet geri alınamaz ve hiçbir geçerlilik biçimine bağlı değildir²⁵⁶. Bu nedenle de irade açıklamasıyla yapılabileceği gibi iradeyi gösteren davranışlarla de yapılabilir ve bu iradeyi gösteren davranışlar birer vakıa olarak her türlü kanıt (delil) ile ispatlanabilir. Ayrıca hukukî işlem bir geçerlilik biçimine bağlı olsa bile, onay hiçbir geçerlilik biçimine bağlı olmadan da verilebilir. Onay ilk olarak onaylanan sözleşme, sözleşmenin kurulduğu andan başlayarak sonuç doğurur²⁵⁷. *“Onayın yalnız temsilci durumunda değil hak sahibi olmayan kimsenin başkasının hakkında kendi adına harcamada bulunması durumunda da verilmesine ve bu durumda da harcama işleminin onayla geçerlik kazanmasına hiçbir engel yoktur”*²⁵⁸. Hukukta icazetin etkisi inkâr ve münakaşa edilemez. Çoğu zaman icazet sayesinde geçersiz olan bir hukukî işlem geçerli hale gelmektedir.

²⁵⁴ Temsil olunan ile yetkisiz temsilci arasındaki temel ilişki (iç ilişki) bir çok hallerde bir vekaletsiz iş görme niteliğini taşıyacaktır (TBK. m. 415) hükmüne göre *“iş sahibi yapılan işe icazet verirse, vekalet hükümleri câri olur”*. Burada söz edilen ve sırf iç temel ilişkiyle ilgili olan icazeti, dış ilişkide yer alan temsil yetkisine yönelik icazet ile karıştırmamak gerekir. Belirli bir olayda, icazetin sadece iş ilişkisiye yönelik olarak ver ilmesi mümkündür (TBK. m. 415). Bu durumda, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemi geçerli hale getiren TBK. m. 38 anlamında bir icazetten söz edilemeyecektir.

²⁵⁵ Eğer temsil olunan kimse irade sakatlığı nazara alınmak gerekiyorsa temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması, temsilci ve temsil olunanın aynı sözleşmede bulundukları halde icazet verildiği an esasa olacaktır.

²⁵⁶ İcazetten, hatta diğer tarafın kabul etmesi halinde bile rücu olunamaz. Bununla beraber taraflar icazet verilen sözleşmeyi geriye etkili olmayarak iptal eden, yani bir sözleşme yapmakta serbesttirler.

²⁵⁷ Y1.HD 4.6.1985 tarihli. E. 5206 ve 7255 sayılı kararın tam metni için bkz (www. Kazancı. com); Sungurbey, sh.51–68; Esener, **Borçlar Hukuku**, sh. 281–282; Feyzioğlu, sh. 433–434; Oğuzman/ Öz, sh. 177; Eren, sh. 480.

²⁵⁸ Sungurbey, sh. 55.

Üçüncü kişinin durumu ise, Temsil olunan kimse onay verinceye kadar sözleşme askıdadır. Onay vermek için belirli bir süre yoktur ancak yetkisiz temsilci ile hukukî işlem yapan kimse (üçüncü kişi) temsil olunandan uygun bir sürede sözleşmeye icazet verip vermeyeceğini beyan etmesini isteyebilir²⁵⁹. TBK. m. 38/II hükmüne göre, bu süre içinde sözleşmeye icazet verilmezse üçüncü kişi sözleşmeden dönebilir (bağlı olmayacak), yolundaki kuraldan bu sürenin sonuna kadar üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olduğu sonucu çıkmaktadır ki, sözleşme yetkisiz temsilcinin onayıyla (muvafakatiyle) da ortadan kaldırılamaz. Yetkisiz temsilci ve üçüncü kişi yetkisiz temsil olunanın kararını beklemek zorundadır. Üçüncü kişi uygun bir süre belirleyerek sözleşmeye icazet verip vermeyeceğini temsil olunandan isteyebilir. Bu sürede icazet verilirse sözleşme üçüncü kişi ile temsil olunanı tam olarak bağlar. Olumsuz yanıt verilir ya da hiçbir yanıt verilmemiş olursa askı durumu kalkar ve üçüncü kişi de sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur. Meselâ, Ahmet zengin bir iş adamıdır ve Ali de onun ergin (reşit) oğludur. Ali babasının Ahmet'in izni olmaksızın evden bir gümüş sora takımını İhsan'a satar ve bedelini kısmen alır. İhsan daha sonra Ali'nin bu satışta yetkisiz olduğunu babasının malını onun izni olmadan sattığını öğrenerek babası Ahmet'e başvurur. Uygun bir süre vererek satışı benimsemesini (satışa izin vermesini) ister Ahmet malın satışına izni olmadığını bildirirse yapılan sözleşme hükümsüzdür.

Yetkisiz temsil olunan kimse uygun süre içinde icazet açıklamasını yetkisiz temsilciye karşı yapıp da yetkisiz temsilci yine bu sürede üçüncü kişiye ulaştırırsa süreye uyulmuş olur. Üçüncü kişinin yetkisiz temsil olunanı sözleşmeye icazet verip vermediğini açıklamaya çağırmadan önce yetkisiz temsil olunanın yetkisiz temsilciye karşı açıkladığı icazet ya da icazetten kaçınmanın geçersiz olduğu kabul edilmektedir.

²⁵⁹ BK 106–107 ve MK 394/II–410/II göre amaçladığı hallerde olduğu gibi üçüncü kişi hâkime ek süre isteme talep hakkına sahip değildir. Fakat bazı yazarlara göre bu fark için bir sebep yoktur ve burada kanun koyucusunun büyük bir rolü vardır.

Irak hukuk sisteminde ise, temsil olunan yetkisiz temsilciye karşı bazı yükümlülüğünden sorumlu olacaktır²⁶⁰. Mısır Medenî Kanunu m. 195 bu yükümlülüğü bir madde içerisinde toplamaktadır. Bu maddenin hükmüne göre *“yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken hedefine ulaşmazsa bile normal bir insanın gösterdiği özeni gösterirse temsil olunanın temsilcisi sayılır. Bu durumda temsil olunan temsilcinin kendi adına yaptığı taahhütlerini ödemekle zorunludur, temsilciyi bu taahhütlerden dolayı tazmin etmek, temsilciye bu işlem için harcadığı gerekli ve faydalı masraflarını karşılamak beraber faizlerini ödemek ve temsilciyi yaptığı hukukî işleminden doğan zararını tazminatla karşılamak. Yetkisiz temsilcinin hiçbir ücret alma hakkı yoktur, yalnız yaptığı hukukî işlem kendi mesleği içerisindekilerden biriye ücret hak eder”*. Bu maddenin hükmüne göre temsil olunanın yetkisiz temsilciye karşı dört yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bunlardan birincisi, temsil olunana kendi adına yapılan taahhütlerini ifa etmekle zorunludur. Bu yükümlülük, ancak yetkisiz temsilci herhangi bir hukukî işlem yaptığında gerçekleşir. Bu nedenle yetkisiz temsilci kanun gereği ile temsil olunanın temsilcisi olur ve kanun hükmü ile hukukî işleminden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır. Bundan dolayı hukukî işleminden doğan bütün yükümlülüklerden yine o sorumlu olacaktır²⁶¹. Bütün bu hukukî işlemlerde herhangi bir izne gerek yoktur, çünkü izin yalnız üçüncü kişiler için gereken bir şarttır. Burada temsil olunan kanun gereği ile hukukî işlemin üçüncü kişi değil de bu hukukî işlemin tarafı sayılacaktır. İkincisi, yetkisiz temsilci temsil olunanın adına yapılan taahhütlerinden dolayı tazmin etmektir. yetkisiz temsilci hukukî işlemi kendi adına temsil olunanın hesabına veya menfaatini sağlamak için yaparsa, meselâ yetkisiz temsilci temsil olunanın evini tamir etmek için bir müteahhit ile sözleşme yaparsa, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunana ait olmayıp yetkisiz temsilciye ait olur. Yetkisiz temsilci bu sözleşmeden doğan hak ve borçları karşı tarafa ifade de bulunursa temsil olunanın geri isteyebilir üstelik bunların ifa ettiği

²⁶⁰ Geniş bilgi için bkz; Mirkis, sh. 128; El-Nahi, sh. 221.

²⁶¹ El-Senhüri, C.I, sh. 1078-1082.

günden itibaren faizlerini de isteyebilirler²⁶². Üçüncüsü, yetkisiz temsilcinin harcadığı masraflar, faizlerini geri vermek ve kendi mesleği içeriyorsa yaptığı işin ücretini vermektir. Temsil olunanın yükümlülüklerinden üçüncüsü gerekli ve faydalı masrafları yetkisiz temsilciye iade etmektir. Buna rağmen haddini aşan veya normalden daha çok masraf (mübalağa) olduğu halde bunu normal bir şekilde indirmek hakkına sahiptir²⁶³. Bu masrafların yanında da bunların kanunî faizleri de istisnai olarak dava açıldığı günden değil yetkisiz temsilcinin masrafları harcadığı günden itibaren sayılacaktır. Çünkü MMK genel kurallarına göre faizler dava açıldığı günden itibaren sayılacaktır²⁶⁴. MMK hükmüne göre temsil olunan temsilciye yaptığı iş için herhangi bir ücret ödemekle yükümlü saymıyor, ancak yetkisiz temsilci yaptığı bu iş kendi mesleği ile ilgiliyse o zaman ücret ödemek zorundadır. Başka bir deyişle, yetkisiz temsilcinin işini kiralayabilir. Meselâ, doktorun diğer bir kimseye muayene etmesi halinde. Dördüncüsü ise, yetkisiz temsilciyi hukukî işlem den dolayı uğradığı zararı tazmin etmektir. Yetkisiz temsilci hukukî işlem ve maddî işlem yaparken kaçınılmaz bir zarara uğramışsa, Meselâ yangın söndürürken kendi elbiseleri itlaf olması halinde temsil olunan bu zararın tazmini isteyebilir. Çünkü bu zarar yetkisiz temsilcinin hukukî işlemi yaparken harcadığı masraflardan sayılacaktır. MMK. m. 192/II hükmüne göre temsil olunanlar bir den daha fazlaysa birisinin ödemesi gerekir.

IV. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN OLUMSUZ VE OLUMLU ZARARDAN SORUMLULUĞU

Türk hukuk sisteminde yazarlar bu konuyu iki kısma ayırmışlardır. Bunlardan birincisi yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğudur, temsil olunan sözleşmeye icazet vermemesi durumunda²⁶⁵. Üçüncü kişi

²⁶² El Senhüri, C. I, sh. 1085; Abu Şit, sh. 570.

²⁶³ Geniş bilgi için bkz IrMK. m. 422 bunu karşılamaktadır.

²⁶⁴ Vekâletle ilgili MMK. m. 710 hükmüne göre “ müvekkil, vekile vekâlet sözleşmesi için harcadığı bütün masraf ve bunun kanunî faizlerini anlaştıkları andan itibaren ödemekle yükümlüdür”

²⁶⁵ Önen, sh. 82; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 734.

sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararının tazmini için yetkisiz temsilciye dava açabilir. Bu davanın açılabilmesi için temsilcinin kusurlu olması şart değildir. Bundan dolayı yetkisiz temsilci temsil yetkisi eksikliğini bilmesine hiçbir biçimde olanak bulunmadığını ispatlarsa bile bu sorumluluktan kurtulamaz. Başka bir deyişle temsilci kendisinin bu sığata sahip olduğuna iyi niyetle inanarak hareket etmiş olsa bile üçüncü kişinin menfi zararını tazminle yükümlü olur²⁶⁶. Bununla beraber yetkisiz temsilci, temsil olunan adına bir hukukî işlem yaparken temsil olunanın menfaatine ve tahmin olunabilecek maksadına uygun bir şekilde hareket etmişse, bu durumda vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır (TBK. m. 410 vd). Yani temsil olunan borçlu ve alacaklı olur. Meselâ, sokakta baygın bulunan bir yaralının tedavi ettirilmesi halinde, yaralı tedavi masraflarını ödemek zorunlu kaldığı gibi, kendisine takılan protez ve ortopedi alet ve (cihazlarıyla) malzemeler kazanacaktır. İkincisi ise, yetkisiz temsilcinin olumlu zarardan sorululuğudur. TBK. m. 39/II uyarınca, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması halinde, yani sözleşmeyi yaparken yetkisiz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa o takdirde hâkim onu daha fazla bir zarar-ziyan ödemeye mahkûm edebilir (TBK. m. 39/II). Yeter ki hakkaniyet “daha fazla tazminat”a hükmedilmesini gerektirsin²⁶⁷. Daha fazla zararın en yüksek haddi müspet zarardır. Hâkim bu takdirde temsil olunan adına taahhüt olunan edimin aynen yerine getirilmesine de bir tazminat şekli olarak kara verebilir (TBK m.43/I). Böyle bir karar pratik bakımdan sözleşmenin temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmuş sayılması ile aynı sonucu verecektir.

²⁶⁶Sungurbey’den naklen zararlar ilgili şu söylemektedir, “öğretide, sözleşmenin geçersiz kalmasıyla, özellikle şu zararlar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu kabul edilmektedir: sözleşme kurma giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ya da yerine getirilmiş olan edim, zarar görenin yerine getirdiği edimden elde edecek olduğu yararlanmalar ya da edimin hazırlanmış, yerine getirilmiş olması dolayısıyla uğranılan zarar ya da edimin kabulü için yapılan harcamalar ya da sözleşme cezası yükümlü, sözleşmenin geçerliğine güvenilerek başka bir sözleşme yapmak fırsatını kaçırmak yüzünden uğranılan zarar ya da geçersiz kalan sözleşmeyi göz önünde tutarak yapılmış olup da bu sözleşmenin sonuçsuz kalması yüzünden yerine getirilmeyen sözleşmelerden ileri gelen zarar giderimi”; Sungurbey, sh. 146.

²⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 737.

Sungurbey'den naklen "*Borçlar yasasının 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, yargıç zara gideriminin çeşidini belirtmek yolunda da takdir yetkisine sahiptir*". Bundan dolayı, hâkim kusurlu yetkisiz temsilciyi paraca zarar giderime mahkûm edebilir. Başka bir deyişle gerçekte temsil yetkisi bulunsaydı, temsil olunan kimsenin yerine getirmekle yükümlü olacağı edimi yerine getirmeye yetkisiz temsilciyi mahkûm edebilir. Meselâ, yetkisiz temsilci üçüncü kişiye bir mal satmışsa yargıç aynen zarar giderim olarak yetkisiz temsilciyi böyle bir malın teslimine mahkûm edebilir.

Kusurlu yetkisiz temsilcinin paraca zarar giderime mahkûm edilmesi durumunda "fark teorisi" uygulanır: yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin isteyebileceği edimin değeriyle üçüncü kişinin yerine getirilmeyerek kendi malvarlığında kalacak olan kendi ediminin (karşı edimin) değeri arasındaki değer farkını ödemeye mahkûm edilir. Buna karşılık, kusurlu yetkisiz temsilcinin aynen zarar giderime mahkûm edilmesi durumunda "mübadele teorisi" uygulanacak. Başka bir deyişle, üçüncü kişi de gerçekte temsil yetkisi bulunsaydı yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Bundan dolayı, üçüncü kişinin yetkisiz temsilcinin aynen zarar giderime mahkûm edilmesini istemesi durumunda, yetkisiz temsilci de üçüncü kişiye karşı kendi edimini yerine getirmediğini (yukarıdaki misalde: satış bedelini ödemediğini) borçlar yasası, m. 81'e kıyas yoluyla ileri sürebilir²⁶⁸. Türk Borçlar Kanunun 39. maddesine dayanan sorumluluk, Federal Mahkemenin de doğruladığı gibi bir haksız fiil sorumluluğu değildir. Burada sözleşmeye benzer bir ilişki ve bu ilişkinin ihlali söz konusudur. Yetkisiz temsilci, sözleşmeye ilişkin müzakerelerin gerektirdiği yükümleri ihlal etmiştir, bu sebeple de sözleşmeye aykırı davranışların tabi olduğu kurallar burada da kıyasen uygulanır.

Irak hukuk sisteminde ise²⁶⁹, yazarlar bu konuda Türk yazarların ayırdığı gibi ayırmamışlar. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere Mısır Medenî Kanunun 191 maddesinin gizli amacı bir kimse diğer bir kimsenin işine

²⁶⁸ Sungurbey, sh. 179.

²⁶⁹ El Senhûri, C. I, sh. 1089; El-Nahi, sh. 221; Mirkis, sh. 124.

karişmayı engellemektir. Ancak yetkisiz temsilci temsil olunanın işine karişursa durum nasıl olacaktır. Bu sorunun cevabı da MMK m. 192’de bulmaktayız. Bu maddeye göre eğer yetkisiz temsilci temsil olunanın işine karişursa, yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken normal bir kimsenin gösterdiği özeni göstermek zorundadır. Bununla beraber yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken kendi hatasından veya hukukî işlemi eksik ya da bunu yaparken ihmal ederse ve bunlardan dolayı meydana gelen bütün zararların tazminini ödemek zorundadır. Ancak hâkim MMK m. 192 hükmüne göre, bazı durumlarda bu tazminini hafifletirme yetkisine sahiptir. Ayrıca yetkisiz temsilci kendi işinin tamamını veya bir kısmını başka bir kimseye devrederse, devrettiği kimse yetkisiz temsilcinin temsilcisi sayılacak. Bunun hatasından yine de yetkisiz temsilci sorumlu olacaktır.

V. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVASI

Türk hukuk sisteminde, nedensiz zenginleşme TBK. m. 61–66 “ *haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar*” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu madde sadece nedensiz zenginleşme davasından bahsetmekle beraber, bu davadan önce üçüncü kişi istihkak davası açmak hakkına sahiptir. Çünkü sebepsiz zenginleşme davası ancak ikinci derecede söz konusu olur. Bu davanın gerçekleşmesi için bazı şartların da gerçekleşmesi gerekir. Meselâ, kanun iznin bulunmamasından ve icazetin verilmemesinin (reddi), temsil olarak başkasının adına hareket etmek, temsilcinin kusurlu olması şartı aranmaz²⁷⁰. Temsil olunan icazet vermekten kaçınması sebebiyle sözleşme kurulamayacak olursa, gerek yetkisiz temsilcinin gerekse üçüncü kişinin karşılıklı olarak birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi gerekecektir. İade esas itibariyle istihkak davası ile istenir. Çünkü her iktisabın haklı bir sebebe dayanması gerekir, bu mülkiyet hakkına dayanan bir davadır. Ancak, yetkisiz temsilci veya üçüncü kişi, sözleşme gereğince aynen (misli) eşya veya para

²⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi/ Serozan/ Arpacı, sh. 244; Kamil Tahir, Gürsoy, sh. 277; Birsen, sh. 152.

almış ise²⁷¹, bu eşya da onun malvarlığındaki aynı çeşitten (neviden) şeylerle karışmışsa ya da aynen (misli) olmayan bir şey almış olmakla beraber aldığı şeyi başkasına satmış ve teslim etmişse temsilciye karşı sadece şahsî bir dava olan sebepsiz zenginleşme davası açılabilir. Türk Borçlar Kanunu m. 39 sadece sebepsiz zenginleşme davasından söz etmekle beraber, istihkak davasını tamamen de reddetmiş değildir. Aynı maddenin 2 fıkrasına göre *“haksız mal iktisabı esasına binaen dava ikamesi, bu hallerin kâffesinde bâkidir”*. Kanunda sayılan tüm bu hallerde, temsilcinin yetkisiz olduğu, gerek kendisinin gerekse üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gerektiği haller ile bilmediği, bilmesinin de gerekmediği haller arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Özellikle temsilci 39’nucu maddenin 1–2 fıkralarına göre her hangi bir tazminat istemek hakkına sahip olmasa da verdiklerini sebepsiz zenginleşme davasıyla geri alabilecektir. Üçüncü kişi ise, söz konusu davayı yerine göre temsilciye veya temsil olunana yöneltebilir.

Irak hukuk sistemi ise²⁷², Mısır Medenî Kanun’ un m. 193 göre *“vekilin (temsilcinin) yetkisiz temsilden dolayı kazandığını temsil olunana geri verme ve hesap verme yükümlülüğünün olduğu gibi yetkisiz temsilcisinde aynı yükümlülüğü vardır”*. Aynı kanunun 706 maddesine göre *“1) vekil (temsilci) temsil olunanın malını kendi menfaati için kullanamaz. 2) Kullandığı halde bu kullanmadan dolayı malın kullandığı andan itibaren başlayan faizleri ve temsilcinin bizzat yanında kalan malın ikaz ettiği andan itibaren başlayan faizlerini isteyebilir”*. Bu iki maddeyi şöyle açıklayabiliriz; eğer yetkisiz temsilci temsil olunanın adına veya hesabına herhangi bir hukukî işlem yaparsa ve hak kazanırsa bu hakkı vekil gibi alabilir. Buna göre eğer yetkisiz temsilci temsil olunanın malını kendi menfaati için kullanırsa bunun kanunî faizlerini (%4) dava açıldığı andan değil kullandığı andan itibaren temsil olunana ödemesi gerekir. Yetkisiz temsil, temsil olunanın malını kendi menfaati için kullanmadığı zaman da yanında kalan malın temsil olunana iade etmek

²⁷¹ İstihkak davası sureti ile istirdat mümkün oldukça üçüncü kişi ne zarar ve ziyan, ne de nedensiz zenginleşme (haksız istirdadını) iddia edebilir.

²⁷² El-Senhüri, C. I, sh. 1089; Mirkis, sh. 121; El-Nahi, sh. 220.

zorundadır yoksa bunda doğan faizlerini dava açıldığı andan değil de ikaz edildiği andan itibaren temsil olunana ödemek zorundadır. Bütün bu hallerde yetkisiz temsilci hukukî işlem yapmaktadır. Eğer maddî işlem yaparsa, meselâ bir kimse diğer bir şahsın buğdayını toplaması halinde bu kimse bu buğdayı kendine ayıramaz. Yoksa tazmin vermek zorunda kalır ve kendi şahsı için kullanırsa bunu kullandığı andan itibaren kanunî faizlerini ödemek zorunda kalır²⁷³.

²⁷³ Mursi, C.I, sh. 394.

SONUÇ

Hukuk sistemleri, temsil ilişkisinden kaynaklanabilecek muhtemel kargaşa ve haksızlıkların önlenmesi amacıyla belirli kurallar koymuş ve insanların bu kurallar çerçevesinden hareket etmelerini sağlamışlardır. Türk ve Irak hukuk sistemlerinde temsil ilişkisinin temel esasını, temsilcinin temsil yetkisine haiz olup olmadığı bakımından kapsamına ilişkin hükümleri oluşturmaktadır. Söz konusu hukuk sistemlerinin genel olarak yetkili temsil ve özel olarak yetkisiz temsil bakımından kapsamına ilişkin hükümleri; büyük oranda benzerlik arz etmesine rağmen, birçok nokta da farklılık göstermektedir. Bunun sebebi de, adı geçen hukuk sistemlerinin farklı kaynaklara dayanmış olmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nun kaynağını İsviçre Medenî Kanunu oluştururken, Irak Medenî Kanunu'nun kaynağını Fransız ve Mısır Medenî Kanunları ile İslam Fıkhnın genel kuralları teşkil etmektedir.

Türk hukuk sisteminde, bir kimsenin hüküm ve sonuçlar başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere, o şahıs adına veya hesabına bir hukukî işlem yapma yetkisine temsil denir. TBK. m 32'e göre, yetkili bir temsilci tarafından diğer bir kimse adına veya hesabına yapılan hukukî işlemin alacak ve borçları, o kimsenin hukuk alanında doğacaktır. Irak Hukuk sisteminde ise, temsil kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yerine el-niyebe tanımı yapılmıştır. El-niyebe bir sözleşme olarak bir başkasının adına veya hesabına bir hukukî işlem yapmak vakiasını ifade eden terime el-niyebe adı verilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere temsil kurumu Irak Medenî Kanununda düzenlenmiş değildir. Irak hukuk sisteminde sadece vekâlet sözleşmesi vardır; temsil kurumu vekâlet sözleşmesi içerisinde ele alınmaktadır. Vekâlet sözleşmesi Irak Medenî Kanununun 927-949. Maddeleri arasında düzenlenmektedir. IrMK 927. maddesine göre vekâlet sözleşmesi bir kimse belli bir hukukî işlem için diğerin yerine geçmesidir. Bu madde de MMK 699. maddesini karşılamaktadır.

Temsilin şartlarının söz konusu ise, Türk ve Irak hukukları konusunda aynı hükümlere yer vermektedir. Temsilin çeşitleri ise, Türk hukuk sisteminde yetkili, yetkisiz, dolaylı, dolaysız, aktif, pasif, özel, genel, görünüşte, katlanma, birlikte, yalnız, kanunî, iradî temsilinden bahsederken, Irak hukuk sistemi sadece kanunî ve iradî temsil bahsetmektedir. Türk hukuk sisteminde, temsil yetkisi vermede bir şekli yoktur. Açık ya da örtülü olarak da verilmesi mümkündür. Temsilciye şekle bağlı bir hukukî işlem yapılması için yetki verilse bile bir şart sayılmaz. Ancak Irak Medenî kanunu bazı durumlarda temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilebileceğini kabul etmiştir avukat temsilciliği, hayat boyu bakım sözleşmesinin geçerli olmasını yazılı şekil şartına bağlamış (979-992 maddeleri) ve taşınmazla ilgili bağışlama, rehin (ipotek) ve mülkiyeti nakil sözleşmelerini resmi şekil şartına bağlamıştır (206- 1286- 1126 sırasıyla). Ehliyet konusunda her iki hukuk sisteminde temsil olunanın tam ehliyetli olması gerekir. Temsilci ise Türk hukukunda tam ehliyetli olması gerekmez. Irak hukukunda ise, temsilcinin durumu farklı iradî ya da ittifakî temsilde borçlu olmadığı için temsilcinin tam ehliyetli olması şart değildir (m. 930), kanunî temsilde ise temsilcini tam ehliyetli olması şarttır, çünkü bu tür temsilde temsil olunan zaten eksik ehliyetlidir. İrade sakatlığı ise Türk hukukunda temsil olunanın iradesi önemlidir, iradesi ikrah, hile ya da hata ile sakatlanmışsa temsil yetkisini iptal edebilir. Irak hukukunda ise, burada irade sakatlığı açısından temsilcinin iradesi önemlidir. Temsilcinin iradesi sakatlanmış ise hukukî işlem askıdadır, temsil olunan buna icazet ve ya iptal etme hakkına sahiptir (1986 IrMK taslağının 328 maddesi). Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması ise, Türk –İsviçre kanunlarında bu konuyla ilgili genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlar buna müsaade etmektedir. Temsilciye bu konuda özel yetki verilmişse veya temsil olunanın bu işlemde dolaylı bir zarara uğrama tehlikesi yoksa veya sözleşmenin niteliği bir menfaat çatışmasına imkân vermiyorsa. Misal, satış fiyatı tespit edilmişse veya fiyat borsa da kayıtlı ise temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması mümkündür. Irak hukuk sisteminde ise, Irak kanunkoyucunun bu durumla ilgili tutumu bunun yasak olmasıdır. Bunun sebebi ise iki irade söz konusu değil tek irade söz

konusudur o da temsilcinin iradesidir. İkinci sebebi burada iki menfaatin çatışması söz konusudur temsilci asıl olarak temsil olunanın menfaatinin korumak zorundadır burada korumak zordur (IrMK m. 592-589). Çifte temsil ise, Türk – İsviçre kanunlarından buna izin verilmemektedir. Çünkü bunlar çifte temsili ancak temsil olunanların istismar edilmediği veya temsil olunanlar tarafından açık temsil yetkisi verilmiş olduğu hallerde geçerli sayıyor. Irak hukuk sisteminde ise, durum aynı çünkü aynı anda iki tarafın menfaati için yeterli güvenceyi sağlaması mümkün değildir. Burada da iki istisna hariç işlem geçersizdir, bunlardan birisi temsil olunan icazet vermesi veya ticari, örf aykırı değilse. Temsilcinin yerine başkasının ikame etmesi ise, Türk hukuk sisteminde, kural olarak temsilci yerine başkasını ikame edemez. Çünkü temsil ilişkisi büyük ölçüde bir güven müessesesidir. Ancak, bu kurala uygun hareket etmek her zaman mümkün değildir. Halin icabına göre temsilci buna mecbur ise veya adet bu ikameye müsait ise, temsilci kendi yerine başkasını ikame edebilir. Irak hukuk sisteminde ise, kural olarak temsilcinin ikinci bir temsilci ataması mümkün değildir. Ancak vekâlet senedinde temsilcinin ikinci bir temsilci atayabileceği anlaşılıyorsa veya durum ve hukukî işlemin niteliği gereği temsil olunanın buna izin vereceği kabul edilebiliyorsa, temsilcinin ikinci bir temsilci ataması mümkündür. Temsilin sona ermesi ise, her iki hukuk bu konuda hemfikirdirler (TBK m. 34-35- IrMK m. 946).

Yetkisiz temsil ise, Türk hukuk sisteminde, temsilin dayandığı temel esas temsil yetkisidir. Açık ya da örtülü bir temsil yetkisi olmaksızın temsilci sıfatı kazanılamaz, temsil olunanın adına veya hesabına hukukî işlem yapılamaz, genel kural budur. Ancak hiç yetki olmadan da temsilin hukukî sonuçlar doğurduğu haller de var onlara da yetkisiz temsil denir. Irak hukuk sisteminde ise, IrMK' nu yetkisiz temsili, genel bir borç kaynağı olarak kabul etmiş değildir; IrMK' nu nedensiz zenginleşmeyi genel bir borç kavramı kabul ettiğine göre, şartları bulunduğu halde nedensiz zenginleşme hükümlerini yetkisiz temsile de uygulamak gerekir.

KAYNAKÇA

TÜRKÇE KAYNAKLAR

AKINCI, Şahin: **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya 1998.

AKINTÜRK, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, İstanbul 2006.

AKYOL, Şener: **Türk Medenî Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009. (Kısaltılmışı: **AKYOL**, Temsil).

AKYOL, Şener: **Temsil Teorisinde Ulak**, İstanbul 2007. (Kısaltılmışı: **AKYOL**, Ulak).

ARIK, Kemal, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Ankara 1964.

BAŞPINAR, Veysel: **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara 2004.

BELGESAY, Reşit, Mustafa: **Hukukî Muamelelerde Temsil**, İstanbul 1941.

BİLGE, Necip: **Borçlar Hukuku Dersleri**, Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958.

BİRSEN, Kemaleddin: **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, İstanbul 1967.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul 2008.

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

ESENER, Turhan: **Borçlar Hukuku**, C. I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969 (Kısaltılmışı: ESENER, **Borçlar Hukuku**).

ESENER, Turhan: **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Yetkisiz Temsil**, Ankara 1963 (Kısaltılmışı: ESENER, **Yetkisiz Temsil**).

ESENER, Turhan: “**Yetkisiz Temsil**”, İkinci Ticaret ve Banka Haftası, Mayıs 10–18- 1961, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1962.

ESENER, Turhan: “**Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması**”, AHFD 1957, S 1–4, sh.72–107

FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmettin: **Borçlar hukuku Genel hükümler**, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1976.

GÜRSOY, Kamil, Tahir: “**Vekâlet Sözleşmesinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları Temsil ve Vekâlet’e İlişkin Sorunlar**”, Sempozyum 14–16 Haziran 1976, İstanbul 1977, sh. 1–34.

GÜRSOY, Kamil, Tahir: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Ankara (Kısaltılmışı: **GÜRSOY**, Borçlar Hukuku).

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZANİ, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölümü**, İstanbul 1992.

İNAN, Ali, Naim: **Borçlar Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 1984.

KAYNAR, Reşat: **Türk Borçlar Hukuku Dersleri**, Genel Hükümler, İstanbul 1965.

NOMER, N, Haluk: **Borçlar Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul 2007.

OĞUZHAN, Ardiç/ ERSOL, Emel: **Borçlar Hukuku**, 5. Baskı, Ankara 2007.

OĞUZMAN, M, Kemal: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 1984.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, İstanbul 2005.

OLGAÇ, Sanai: **Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu**, Ankara 1976.

ÖNEN, Turgut: **Borçlar Hukuku**, Ankara 1996.

ÖZSUNAY, Ergün: **Borçlar Kanunu**, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1983.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2008.

POSTACIOĞLU, E, İlhan: “**Salahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın**

Tazmini”, İÜHFM, C. 17, S, 3 – 4,

REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, İstanbul 2006.

SARITEPE, Erdoğan: **İslam Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukukî Sonuçları**, Ankara 2001 (Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi).

SAYMEN, H, Ferit/ ELBİR, K, Halid: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul 1958.

SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977.

SUNGURBEY, Ayfer, Kutlu: **Yetkisiz Temsil**, Özellikle Culpa İn Contrahendo, (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.

ŞENYÜZ, Doğan/ FİDAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku**, Bursa 2001.

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Kanunu Özel İlişkileri**, C. II, 3. Baskı, Ankara 1987.

TEKİNAY, S, Selahattin/ AKMAN, Sermet/ BORCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Sulhi, Selahattin: **Borçlar Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 1974.

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Hukuku**, 4. Baskı, C. I, İstanbul 1969.

YAVUZ, Cevdet: **Türk-İsviçre-Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul 1983 (Doktora Tezi).

ZAPATA, Tahsin, Tan: **Borçlar Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2006.

ZEVKLİLER, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2001.

ARAPÇA KAYNAKLAR

ABDULBAKİ, Abdül- Fettah: **Nazariyetül EI-Akid vel İrade EI-Münferide**, Mısır 1984.

ABU ŞİT, Ahmet Hişmet: **Nazariyet EI-İltizem vil EI-Kenun EI-Medenî EI-Cediyd, Masadır EI-İltizem**, 2. Baskı, Mısır 1954.

ABU ZEHRA, Şih Muhammed: **EI-Mülkiye ve Nazariyetül EI-Akid**, 25. Baskı, EI-Kahire, Mısır 1983.

BEDİR, Mersi, Cemal: **EL-Niyebe Vil EI-Tasarrufat EI- Kanuniye**, 3. Baskı, Mısır 1980.

BEK, Ahmet, İbrahim: **Ahkem EI-Tasarruf An EI-Ğayır Bi-Tarik EI-Niyebe**, EI-Kahire 1940.

BEYAT, Süleyman, Beyat: **EI-Kaza EI-Medenî Fil Irak**, C. I – III. Baskı, Bağdat 1962.

BEZ, Rüstüm, Selim: **Şerh EI-Mecelle EI-Vekale**, C. 11, Beyrut 1928.

DEBUR, Enver Mahmud: **El-Medhal Li-Diraset El-Fikih El-İslemî**, El-Kahira 1998.

El-ABBUDÎ, Selman, Cesim: **El-Niyebe An El-Gayır vel-Tasaruf El-Kanunî**, Bağdat 1991 (Yayılanmış Doktora Tezi).

El-AMİRÎ, Sadun: **El- Nazariye El-Amme lil-İltizamet**, 1. Baskı, Bağdat 1965–1966.

El-FAR, Abdülkadir: **Masadirül İltizam**, Masadirül Hak El-Şahsi Fil-Kanun El-Medenî El-Ürdüni 2001.

El-HAKÎM, Abdül Mecid: **El-Vasit vi Nazariyetül El-Akid**, C. I, Bağdat 1967. (Kısaltılmışı: El-HAKÎM, El-Vasit).

El-HAKÎM, Abdül Mecid: **Şerh El-Kanun El-Medenî**, 1. Baskı, Masadır El-İltizam, C. V, Bağdat 1963 (Kısaltılmışı: El-HAKÎM, **Masadır El-İltizam**).

El-HAKÎM, Abdül El-Mecid: **El-Kâfi Fi Şarh El-Kanun El-Medenî El-Ürdüni Vel El-İraki Vel El-Yemenî**, Masadır El- İltizam, C. I, Ammen 1993 (Kısaltılmışı: El-HAKÎM, **El-Kâfi**).

El-KAYSI, Abdülhamit: **El-Akit El-Mevkuf**, Musul 1987.

El-NAHÎ, Salahaddin: **El-Kesip Dun Sebep Ve'l Fuzala Kemasdareyin Lil-İltizam**, 1958.

El- SENHÜRÎ, Ahmet, Abdurlazzak: **El-Vasit Vi Şarh El-Kanun El-Medenî**, C. I, 2006.

El-SENHÜRÎ, Ahmet, Abdurlazzak: **El-Vasit Vi Şarh El-Kanun El-Medenî**, C.VII, 2006.

El-SERHAN, Adnan İbrahim: **EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-İraki Ve'l Mukaren**, Bağdat 1986 (Yüksek Lisans Tezi).

El-SUUD, Ramazan, Muhammed: **El-Mucez vi Şerh El-Kanun El-Medenî**, Masadır El-İltizam, C. I, Bağdat 1963.

El-ŞERİF, Mahmut, Sadeddin: **Şerh El-Kanun El-Medenî El-İraki**, Nazariyeül El-İltizam, C. I, Masadır El-İltizam, Bağdat 1955.

El-YESİRÎ, Halit Azzuz: **El-Akdül Mukuf**, Bağdat 1985.

EL-ZENNUN, Ali, Hasan: **Şerh El-Kanun El-Medenî El-Iraki**, El-Nazariyetül El-Amme Lil-İltizam, Bağdat 1976.

HALİFE, Dünya: **“Al-Fazala vil El-Kanun El-Ürdünî”** Ürdün 1997.

HAYDAR, Ali: **Şerh’I Mecelle**, C. I.

HÜSEYYİN, Faraç, Ahmet: **EL-Mülkiye ve Nazariyetül El-Akid vil Şeriel El-İslemîye**, Mısır 1987.

MİRKİS, Süleyman: **Muhazarat Fil İsra Ala Hisap’I Gayır Fil Kavanin El-Arabiye**, El-Fuzala, C. III, 1966.

Mursi, Muhammed Kamil, **Ahkamel EL-İltizam**, 1975,

PAŞA, Muhammet, Mursi: **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediyd, El-İltizemat**, C. II, Masadır El-İltizemat, El-Kahire 1955 (Kısaltılmışı: PAŞA, **El-İltizemat**).

PAŞA, Muhammet, Mursi: **Şerh El-Kanun El-Medenî- El-Cediyd**, El-Ukud El-Müsemma, Akdil El-Vekale, Kahire 1949 (Kısaltılmışı: PAŞA, **Akdil El-Vekâle**).

SULTAN, Enver: **El-Nazariye El-Amme Lil-İltizam**, Masadır El-İltizem, Beyrut 1980.

SUVAR, Muhammed Vahideddin: **Şerh’L Kanun El-Medenî**, El-Nazariye El-Amme Lil-İltizam, Masadir El-İltizam, C. I.

ŞEHATE, Şefik: **Nazariyyetül İltizam vi El-Şeriat El-İslemî**, C. I, Tarafa El-İltizam, Mısır 1926 (Doktora Tezi).

TALEBE, Enver: **Şerh El-Kanun El-Medenî Masadır El-İltizam**, C. II, El-İskenderiye 1976.

EKLER

EK 1. TEMSİLE İLİŞKİN IRAK MEDENÎ HUKUKUNUN HÜKÜMLERİ

IrMK m. 927 “vekâlet sözleşmesi bir kimse belli bir hukukî işlem için diğerin yerine geçmesidir”. Bu madde de MMK 699. maddesini karşılamaktadır.

IrMK m. 928 “yetki ve buyruğa dair bir karine bulunursa vekâlet söz konusu demektir”.

IrMK m. 930 “1. Vekâletin geçerli olabilmesi için vekilin vekâletin konusu üzerinde kendi başına tasarruf edebilir biri olması şartı aranır. Kesinlikle aklî dengesi bozuk kimselerin veya temyiz kudreti olmayan küçüklerin vekil olarak atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olsa bile, kendisine açıkça zararlı olan işlemlerde vekil atanması geçerli değildir. Temyiz kudretine sahip küçüğün velisinin izni olmaksızın, kendisinin açıkça yararına olan tasarruflarda vekil atanması mümkün olduğu halde, hem kâr hem zarar riski taşıyan tasarruflarda vekil atanabilmesi için ticaret yapabilme izni almış olması gerekir. Vekil atanan kişi kısıtlıysa, vekâletin geçerliliği velisinin iznine bağlı olarak askıdadır. 2. Vekil de aklî dengesi yerinde temyiz kudretine sahip olması şart olarak gerektiği halde, vekilin baliğ olması şart değildir”.

IrMK m. 931 “vekâlet konusunu özelleştirerek vekâlet özelleştirilir. Vekâlet konusunu genelleştirerek vekâlet genelleştirilir”.

IrMK m. 932 “vekile, vekâlet konusu üzerinde mutlak yetki vermek mümkün olduğu gibi, sınırlı yetki de vermek mümkündür. Birinci durumda vekil vekâlet konusu üzerinde arzu ettiği tasarrufları yapabildiği halde, ikinci durumda vekilin yetkisi sadece özel bazı tasarruflarla sınırlıdır”.

IrMK m. 933. “Temsilci Temsil Olunanın Adına Hareket Etmesi”.

IrMK m. 938 “bir kişi kendi adına veya hesabına hukukî işlem yapmak üzere aynı sözleşmede iki kişiye ayrı ayrı temsil yetkisi vermişse bunlardan biri tek başına hukukî işlem yapamaz”.

IrMK m. 939 “bir izin veya yetkilendirme söz konusu değilse temsilci bir başkasına vekâlet veremez. İkinci temsilci temsil olunanın temsilcisi sayılır, birinci temsilcinin azledilmesi veya ölmesi ikinci temsilcinin vekâletini etkilemez”.

IrMK m. 942 “akdin hüküm ve sonuçları taraflarını bağlar; temsilci, kendisine verilen vekâlet çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlediği halde bunun hüküm ve sonuçları temsil olunanı bağlar”. Bu madde MMK m.105 karşılıkmaktadır.

IrMK m. 946 “vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü ya da ehliyetlerini kaybetmeleri, vekâlet konusu işin sona ermesi veya vekâlet için belirlenmiş sürenin bitmesiyle sona erer”.

IrMK m. 947/I “temsil olunan, temsilciyi azletme veya vekâletini takyit etme hakkına sahiptir; bunun aksi kararlaştırılmışsa, geçerli değildir”.

IrMK m. 947/II “vekâlet/temsil, başkalarının hakkı ile ilgiliyse, bunların izni olmadan temsilcinin azli veya vekâletinin sınırlandırılması mümkün değildir”.

IrMK m. 948 “vekâletin sona erdiği, buna dair bilgisi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilere karşı öne sürülemez”.

IrMK m. 949 “vekâlet, her ne sebebe dayanarak sona erdirilmiş olursa olsun temsilci, başlamış olduğu işleri, telef olmayacak aşamaya kadar götürmelidir; temsilcilik görevine devam etmelidir”.

IrMK m. 102 “küçüğün velisi babası, babasının vasisi, öz dedesi, dedesinin vasisi, mahkeme veya mahkemenin atadığı vasidir”.

IrMK m. 104 “kişi işitemiyor ve konuşamıyor, kör ve işitemiyor veya kör ve konuşamıyor olması sebebiyle iradesini açıklayamıyorsa mahkeme kendisine vasi atayabilir ve bu vasinin yetkilerini belirleyebilir”.

IrMK m. 79 “icap ve kabul sözlü olduğu gibi yazılı, şartla da olabilir”.

IrMK m. 34/I “insanoğlunun şahsiyeti doğumuyla başlar ve ölümüyle son bulur”.

**EK 2. TEMSİLE İLİŞKİN 78. NUMARALI 1980 TARİHLİ IRAK SINIRLI
EHLİYETLİLER GÖZETME KANUNUNUN (ISEGK) HÜKÜMLERİ**

m. 27 “*küçüğün velisi babasıdır, babasından sonra da mahkemedir*”.

m. 34 “*vasi küçüğün veya ceninin gözetimi için babasının veya mahkemenin atadığı kişidir. Ancak küçüğün menfaati göz önünde bulundurularak annesinin vasi olarak atanması tercih edilmelidir. Hiçbiri yoksa (anne, baba) mahkeme vasi atayana kadar sınırlı ehliyetliler dairesi çocuğun vasisidir*”.

EK 3. TEMSİLE İLİŞKİN IRAK EL-AHVAL E-ŞAHSIYA KANUNUNUN**m. 78 HÜKMÜ**

“kişi birden fazla kişiyi vasi olarak atayabilir, ancak bunlar birlikte vasidirler. Başka bir ifadeyle, bazı istisnalar dışında bu vasilerden birinin diğer vasilerden bağımsız olarak tek başına hukukî işlemde bulunması geçerli değildir”.

EK 4. TEMSİLE İLİŞKİN 43. SAYILI 1971 TARİHLİ IRAK TESCİL EL-İKARİ KANUNUN m. 99/I HÜKMÜ (taşınmaz tescili kanunu ile ilgili).

“temsilcinin veya üçüncü kişinin bir kişinin çıkarına verilmiş olsa bile vekâlet, temsilcinin veya temsil olunanın ölümüyle son bulur”.

EK 5. TEMSİLE İLİŞKİN 1943 TARİHLİ IRAK TİCARET KANUNU m. 188 HÜKMÜ

“bir tüccarın, başkası lehine yapmak zorunda olmadığı bir ticarî işlemde (işlem) bulunması durumunda, söz konusu kişiden bu ticarî işlemin ücretini alabilir. Başkası lehine ticarî işlemde bulunan tüccar bu işlem uğruna yapmışsa, yaptığı harcamaları harcadığı tarihten itibaren faiziyle birlikte, işlemin lehine gerçekleştiği kişiden alabilir”.

EK 6. TEMSİLE İLİŞKİN MİSİR MEDENÎ KANUNUN HÜKÜMLERİ

MMK m. 188 “bir kişinin, kasıtlı olarak ve hiçbir bağlayıcılığı (borcu) olmadan, başkası hesabına hukukî işlemde bulunmasıdır”.

MMK m. 189 “işlerin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu durumlarda, kişi kendi işini yaparken bir başkasının da işini yapar, bu durumda yetkisiz temsil gerçekleşmiş olur”.

MMK m. 190 “temsil olunan, yetkisiz yapılan işleme izin verirse vekâlette uygulanan kurallar burada uygulanır”.

MMK m. 191 “yetkisiz temsilci temsil olunanın kendisi hukukî işlemi yapmasına kadar yaptığı hukukî işleme devam etmesi ve en yakın zamanda temsil olunanı yaptığı hukukî işleminden haberdar etmesi gerekir”.

MMK m. 192 “1. Normal bir insanın gösterdiği özeni yetkisiz temsilcinin de göstermesi gerekmektedir. Yetkisiz temsilci hatasından sorumlu olur ve bu hatasından dolayı meydana gelen zararın tazmini bazı durumlarda hâkim tarafından hafifletirilebilir. 2) Yetkisiz temsilci hukukî işlemi (işini) tamamen veya kısmen bir başkasına verdiği halde verdiği kişinin hukukî işleminden sorumlu olacaktır. 3) Eğer hukukî işlem (iş) birden fazla yetkisiz temsilci tarafından yapılmaktaysa, bunun sonuçlarından da birlikte sorumlu olacaklardır”.

MMK m. 193 “vekilin (temsilcinin) yetkisiz temsilden dolayı kazandığını temsil olunana geri verme ve hesap verme yükümlülüğünün olduğu gibi yetkisiz temsilcisinde aynı yükümlülüğü vardır”.

MMK m. 706 “1) vekil (temsilci) temsil olunanın malını kendi menfaati için kullanamaz. 2) Kullandığı halde bu kullanmadan dolayı malın kullandığı andan itibaren başlayan faizleri ve temsilcinin bizzat yanında kalan malın ikaz ettiği andan itibaren başlayan faizlerini isteyebilir”.

MMK m. 195 “yetkisiz temsilci hukukî işlemi yaparken hedefine ulaşmazsa bile normal bir insanın gösterdiği özeni gösterirse temsil olunanın temsilcisi sayılır. Bu durumda temsil olunan temsilcinin kendi adına yaptığı taahhütlerini ödemekle zorunludur, temsilciyi bu taahhütlerden dolayı tazmin etmek, temsilciye bu işlem için harcadığı gerekli ve faydalı masraflarını karşılamak beraber faizlerini ödemek ve

temsilciyi yaptığı hukukî işlemde doğan zararını tazminatla karşılamak zorundadır. Yetkisiz temsilcinin hiçbir ücret alma hakkı yoktur, yalnız yaptığı hukukî işlem kendi mesleği içerisindekilerden biriye ücret hak eder”.

MMK m. 714 “vekâlet, vekâlet konusu işin sona ermesi veya vekâlet için belirlenmiş sürenin bitmesiyle sona erer”.

MMK m. 715/I “aksi kararlaştırılmış olsa bile, temsil olunan dilediği vakit vekâleti sona erdirebilir”.

MMK m. 715/II “vekâlet temsilci veya üçüncü bir kişinin çıkarına ilişkinse, temsil olunan, bunların izni olmadan vekâleti, sona erdiremez veya takyit edemez”.

MMK m. 716 “aksini kararlaştıran bir anlaşma olsa bile temsilci, dilediği zaman vazgeçebilir; temsil olunanı bilgilendirerek vazgeçme gerçekleşmiş olur”.

MMK m. 717/I “vekâlet, her hangi bir sebepten dolayı sona ermişse, temsilci, işlerin telefe uğramayacak aşamaya gelinceye kadar başlamış olduğu işleri sürdürmelidir”.

MMK m. 105 “temsilci, kendisine verilen temsil yetkisi çerçevesinde temsil olunanın namına bir sözleşme düzenlediği halde, bu akdin meydana getireceği hak ve yükümlülükler temsil olunanına aittir”.

ÖZET

SÜLEYMAN, Faris, İbrahim Türk ve Irak Hukuklarında Temsil, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Tezimizde Türk ve Irak hukuk sisteminde temsil kavramı, karşılaştırmalı şekilde ele alınmış ve incelenmiştir. Tezin üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, Türk ve Irak hukuklarında temsil kavramı incelenmiştir. Bir kimsenin başkası adına hukuki işlem yapmasına temsil denilmektedir. İkinci bölümde temsil çeşitleri ele alınmıştır. Temsil kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilir. Nitekim temsil kavramı Türk ve Irak hukuk sistemlerinde farklı şekillerde görülmektedir. Türk hukukunda temsilin çeşitleri, doğrudan temsil, dolaylı temsil, kanunî ve iradî temsildir. Irak hukukunda ise temsil kanunî ve iradî temsil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde, temsilin çeşitleri ile temsilin sona ermesi incelenmiştir. Temsil çeşitli şekillerde sona ermektedir. Temsil, temsil olunanın azli ile sona erebileceği gibi, temsilcinin istifası ile de sona erer. Bunun gibi, taraflardan birinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflas etmesi, tüzel kişiliğin sona ermesi, yetki süresinin dolması veya işin bitmesi hallerinde de temsil ilişkisi sona ermektedir. Üçüncü bölümde ise yetkisiz temsil kavramı ele alınmıştır. Yetkisiz temsilci kendisine temsil yetki verilmeyen kişinin başkası adına hukuki işlem yapmasıdır. Bu bölümde ise yetkisiz temsilin şartları ve hukuki sonuçları açıklanmıştır. Çalışmanın sonunda ise, eserimize ilişkin kanaatlerimiz, sonuç ve tezin kısa bir özetine yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. Temsil.
2. Temsil Yetkisi.
3. Temsilci.
4. Temsil Olunan.
5. Yetkisiz Temsilci.

ABSTRACT

SÜLEYMAN, Faris, İbrahim, invastigate representation in Turkish and Iraq law system, Master Thesis, Ankara 2009

This thesis, invastigate representation in Turkish and Iraq law system. It compares consept of representation in Turkish and Iraq law system.

This thesis consist of three chapter. Firs chapter examines, concept of representation in Turkish and Iraq law system. Someone's makes legal activity for another one in representation. Second chapter inspects, kind of representetion. Representation appears law and contract. Representation kinds is different Turkish and Iraq law system. Turkish law system accepts, direct, indirect, voluntary and legal representation. On the other hand, Iraq law system accepts, voluntary and legal representation. Second chapter inspects, kind of representation and this chapter studies, end of representation. Representation concludes some reasons. Representation concludes dismissal, resignation, death, loss of capacity to act, absence, ending legal personality, expiration, and completion of work. Third chapter researches, concept of unauthorized representation. Unauthorized representative, who isn't a representative, makes action for another one. This chapter studies conditions and conclusions of unauthorized representation. In the end of the thesis, includes opinions of this thesis, conclusion and summary of thesis.

Key words

1. Representation.
2. Authorized Representative.
3. Representative.
4. As Represented.
5. Unauthorized Representation.