

25-112

İkinci Teşrin 1940

No. 1-133

Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktörü

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres : Galata, Bahtiyar han — Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretile beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

SELEDİ
SÜTÜK
0/125-12

İSTANBUL

HANRI ZELLİQ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1940

MAHKEME İÇTİHATLARI

JURISPRUDENCE

Temyiz İcra ve İflâs Dairesi No. 939/3821 Tarih 12/12/940

Alacaklı : Helios Müessesatı Umumî mümessili Leon Sultani

Borçlu : Osman Kayabaş

Temyiz edilen karar : Takibte bulunan Helios Müessesatı umumî mümessili Leon Sultaninin senetli (400) lira alacak hakkında borçlu Osman Kayabaşa tebliğ ettirdiği ödeme emrine karşı bunun tarafından serd edilen itirazın refini istemesi üzerine yapılan duruşma ve tetkikat neticesinde : mübrez sicilli ticaret gazetesine nazaran alacaklı müessese namına takibte bulunan Leon Sultaninin mezkûr müessese-nin umumî mümessili isede 3499 numaralı avukatlık kanunun 50 inci maddesinde bu kanun hükümleri dairesinde avukatlık levhasına kaydı icra edilmemiş veya muvakkat vesika istihsali suretile bu hakkı iktisap etmemiş olanların şahıslarına ait olmıyan her türlü dava evrakı-nı tanzim ve icra muamelelerini takip veya avukatlara mahsus diğer selâhiyetleri istimal etmelerinin menedildiği yazılı olmasına ve şu suretle avukat olmıyan adı geçenin alacaklı şirket namına icra takibinde bulunmağa selahiyeti bulunmamasına mebni selahiyetsiz olarak yapılmış olan işbu takibin iptalini karar verildiği beyanından ibarettir.

Temyiz eden : Alacaklı Helios müessesatı umumî mümessili Leon Sultani.

TEMYİZ KARARI

Temyiz dilekçesinin müddeti içinde kaydedildiği anlaşılup kabu-lü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü.

Alacaklı şirketin mümessili sıfatile takibte bulunan Leon Sultaninin avukatlık şeraitini haiz olmadığından bahsila tarafından yapılan takibin iptaline karar verilmiş isede ticaret kanununun 95 inci maddesinde memur kendisine tevdi olunan ticaretin icrası için ifa etmiş olduğu muamelattan mütevellit borçlardan dolayı âmiri namına mahkemelerde

dava ikamesine selâhiyeti ve aleyhinde de dava açılması caiz olduğu yazılı olup işbu madde hükmünün hadisede mabihittatbik olup olmayacağı mülâhaza ve tetkik olunarak neticesine göre karar verilmek lazımgelirken bu madde hükmünün tatbiki lazımgelip gelmiyeceği düşünölmeksizin takibin iptaline karar verilmesi kanuna muhalif olduğundan mümeyyizünbîh kararın bu sebepten icra ve ve iflas kanununun 366 ve H. U. M. kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve aşağıda yazılı masarifin ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 12/12/10 tarihinde ittifakla karar verildi.

••

Bu ilâmda bahs mevzuu edilen mümesilik hakkında Profesör Hirşden bir irdel (etüd) istedik lutf ettikleri yazıyı şükranle aşaya geçiriyorum.

I

Kanunca tipik bir surette tanzim edilen ticarî temsil münasebetlerinde mümessile, hususî bir dava selâhiyeti verilmesine hacet olmaksizin temsil edilen namına dava ikame ve aleyhine dava açılmak ve diğer bütün usulî muameleleri icra etmek hususunda umumî bir selâhiyet bahşedilmektedir.

Bu tipik temsil nevilerine müteallik başlıca hükümler şunlardır: Ticaret Kanununun 95, 96, 1034/3, 1068/2, 1302/2 ve Borçlar Kanununun 450, 453/2. nli maddeleri.

Avukatlık kanununun 23 üncü ve 50 inci maddelerinin, saydığımız bu hükümler üzerine, her hangi bir tessir icra edip etmediği meselesi mezkûr davanın nüvesini teşkil etmektedir.

II

Bütün memleketlerde şekli ve maddî hukuk (Usul Hukuku ve Hukuku Hususiye) arasında bir tefrik yapılmaktadır. Bu tefrikten şu mühim kaide istihraç edilir:

Maddî Hukuk bir kimsenin diğer bir şahıs namına üçüncü şahıslara karşı dava açmak ve sair usulî muameleleri icra etmek selahi-

yetini haiz olup olmadığını, haiz olduğu takdirde hangi şartlar ve hudut dahilinde bu muamelelerin temsil edilene raci olacağını tespit eder. Buna mukabil usul hukuku kimlerin mahkeme huzurunda davayı takip ve adli muameleleri icra edebileceğini ve temsil selâhiyetinin ne şekilde ispat edileceğini tanzim eder.

Yukarıda sayılan Ticaret ve Borçlar Kanununun hükümleri maddi hukuk sahası dahilindedir, halbuki avukatlık kanununun 23 ve 50'inci maddeleri usul hukukuna aittir, zira bu iki madde Hukuk usulü muhakemeleri kanununun avukatlarla müdafilere tealluk eden hükümlerinin bir zeyli mahiyetindedir. (Av. K. 23'üncü maddesinin IV'üncü fıkrası).

Bu izahattan iki netice çıkarılabilir :

1) T. K. ve B. K. nın yukarıki hükümleri H. U. M. K. un 59 ve müteakkip maddeleri karşısında şimdiye kadar haiz olduğu vaziyeti muhafaza etmektedir. Bu maddeler hangi şart ve hudutlar dahilinde ticarî memur, ticarî mümessil, ticarî vekil veya kaptanın hususî bir dava vekâletine iktiran etmeksizin teşebbüs sahibi namına adli muamelelerde bulunabileceğini tespit etmektedir.

Misaller :

a) Mezkûr ticarî mümessiller kendilerine tevdi edilen ticaretin icrası zımında ifa etmiş oldukları muamelelerden mütevellit davalarda teşebbüs sahibi namına davayı takip için bir vekil tayin edebilirler.

b) Avukatlık kanununu nazarı itibara almaksızın bir gemi alacaklısı, donatanın kanunî mümessili olması sıfatıyla kaptana karşı dava ikame, ve tebliğatı donatan yerine kaptana yaptırabilir. Zira T. K. un 1302'inci maddesi mucibince dava donatana karşı açılabilceği gibi kaptana karşı da (gemi, bağlama limanında olsabile) açılabilir, ve kaptan aleyhinde verilen hüküm donatana da saridir.

Bu hüküm diğer ticarî mümessiller hakkında da kıyasen caridir.

c) Şifahî Usulü Muhakemeye tâbi olan işlerde, mezkûr ticarî mümessiller, kanunca bahş edilen selâhiyet dahilinde [hususî bir dava selâhiyetine hacet olmaksızın] mahkeme huzurunda davaları takip ve

adli muameleleri ifa edebilir. Çünkü Av. K. un 139 üncü maddesile 1220 sayı ve 11 nisan 1928 tarihli Kanun ilga edilmiştir. Bunun için H. M. U. K. un 61 inci maddesi bugün eski şeklinde tatbik edilmek icap eder (M. Reşit Belgesay aynı kanaattadır H. M. U. K. şerhi C. I. S. 189) H. M. U. K. un 61 inci maddesinin 3 üncü cümlesile «Vekilin baroda resmen mukayyet bulunan avukatlardan ve baro teşekkül etmeyen yerlerde dava vekillerinden intihap» edilmesi yolundaki kaide, şifahi usulü muhakemeye tâbi olan işlerde bertaraf edilmiştir. Demek oluyorki mezkûr ticarî mümessiller her halde sulh mahkemelerinde davayı takip ve her türlü usulî muameleleri ifa edebilir. Bundan başka İcra ve İflas Kanununun muaddel 4 üncü maddesine binaen icra selâhiyetini haiz sulh mahkemelerinin muamelelerine karşı vuku bulacak şikâyet ve itirazları da yapabilir.

d) Baro teşekkül etmeyen ve dava vekilli bulunmayan mahallerde ticarî mümessiller teşebbüs sahibi namına asliye mahkemesinde dahi davayı bizzat ikame ve takip edebilirler (H. M. U. K. 61/4 üncü cümlesi).

2) Ticaret ve Borçlar Kanunlarının yukarda sayılmış olan maddelerinin usul hukukuna tealluku yoktur.

Almanya ve Fransa gibi asliye temyiz mahkemeleri huzurunda davayı takip ve adli muamelelerin icrası münhasıran avukatlara tahsis edilen memleketlerde bizzat teşebbüs sahibi dahi kendisine ait davayı mahkeme huzurunda takip selâhiyetini haiz olmadığından mezkûr ticarî mümessiller de maddî hukuk bakımından dava ikamesi selâhiyetini haiz olmakla beraber davayı takip etmeğe mezun değildirler.

Türkiyede ise avukatlar böyle inhisarî bir selâhiyete malik olmayıp dava ikamesine ehil olan her şahıs bilumum muhakimde davasını şahsen takip edebilir (Av. K. un 23/2 H. M. U. K. 59). Fakat bir şahıs davasını bizzat takip etmiyerek başka birisini tevkil etmek isterse yukarıda sayılan haller haricinde mutlaka baroda resmen kayıtlı bulunan bir avukatı seçmek mecburiyetindedir. Ticaret ve Borçlar Kanunlarının maddî hükümleri bu mecburiyeti değiştiremez. Bununla

beraber Temyiz mahkemesi, T. K. 95. inci maddesini nazarı itibara almadığı için icra hakiminin kararını bozmuştur.

III

Temyiz mahkemesinin kararı ilk nazarda maddî ve şekli hukuk arasındaki tefrike muhalif gözükmekte ise de umumen kabul edilen bu kaidenin yüksek mahkemenin nazarından kaçmış olduğunu kabul edemeyiz. Binaenaleyh 95. inci maddeyi zikretmesinin sebebinin aramak icap eder.

Temyiz mahkemesi bir usul meselesinin halinde maddî hukuka ait bir kaidenin nazarı itibara alınmasını bildirmektedir. Bu tarzı hareket ancak Usul kanununun maddî hukuka sarılı veya zımnî bir atıfta bulunması halinde caiz olabilir. O halde tetkik ettiğimiz meselede Usul Kanunun maddî hukuka bir atıfta bulunup bulunmadığını araştırmamız icap eder.

1) Yukarda söylediğim gibi dava ikamesine selâhiyetli olan her şahıs davasını ikame ve takip edebilir. Davaya ehliyet kanunu medenî ile tayin olunmuştur. Medenî Kanuna göre haklardan istifade ve hakları istimal ehliyetini haiz olan her şahıs mahkeme huzurunda bizzat dava ikame ve adlî muameleleri icra edebilir.

2) «Kanunî mümessiller dahi bu hakkı haizdir» H. M. U. K. un m. 59/2 daki bu hüküm Avukatlık Kanunu vasıtasıyla ilga edilmemiştir. Demek oluyorki kanunî mümessiller dahi hususî bir dava vekâletine hacet olmaksızın bu sıfat dolayısıyla temsil ettikleri kimsenin davalarını bizzat ikame ve takip edebilirler. Binaenaleyh kanunî mümessiller bir avukat veya dava vekili gibi hususî bir dava vekâletnamesine istinaden hareket etmeyip kanundan neş'et eden bir selâhiyete binaen temsil olunan şahıs gibi muamele görürler.

IV

H. M. U. K. bakımından «kanunî mümessiller» tabirinden ne anlamak icap eder?

Bu mefhum usul kanunlarında tarif edilmediğinden ötürü, zımnen maddî hukuka bir atıf yapılmış demektir. Yani maddî hukukta kanunî

mümessil telâkki edilen her şahıs usul kanununca da kanunî mümessil sayılır. Şu halde meseleyi hal etmek için hususî hukuk hükmelerine göre kanunî mümessilin kimler olduğunu ve hususile yukarıda zikredilmiş olan ticarî mümessillerin bu sıfatı haiz bulunup bulunmadıklarını tetkik etmek icap eder.

1. - «Kanunî Mümessil» tabiri Türk Hususî Hukuk kanunlarında nadiren kullanılmaktadır. Misal olarak K. M. in 16 ve 376 nci maddelerini zikretmek mümkündür. K. M. 16 nci maddesi mucibince mümeyyiz olan küçüklerle mahcurlar kanunî mümessillerinin rizası olmadıkça bizzat kendi tasarrufları ile iltizam edemezler 376 nci maddeye göre «kanunî mümessil» in bir manii zuhur eder veya bir işte kanunî mümessilin menfaati ile küçüğün veya mahcurun menfaati birbirine zıt olursa sulh mahkemesi kayyum tayin eder.

Bu iki hükümden anlaşılacağı veçhile K. M. in hükümlerine göre küçük ve mahcurları temsil etmeğe selâhiyettar olan şahısların yani veli ve vasinin kanunî mümessil olduğunda hiç bir şüphe yoktur. Kezalik I. I. K. un 226 nci maddesine nazaren «Masanın kanunî mümessili iflâs idaresidir. İdare, masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir.»

Kanunî mümessillik müessesesinin mahiyetini bu üç kanunî misal-den istihraç etmek istersek şu müşterek unsurları tesbit edebiliriz:

a) Veli, vasi veya iflâs idaresi mahiyetinde hareket eden kimseler kanunca tanzim ve tespit edilen ve küçük, mahcur, veya masanın menfaatlerine hizmet eden bir takım işleri görmekle mükelleftir. Yani kanun bir takım işlerin heyeti mecmuasını bir makam olarak kabul etmiştir. Binaenaleyh vasilik, velilik denilince görülecek bir takım vazifeler anlaşılır. Veli, vasi veya iflâs idaresi tarafından icra edilen bu vazifeler dolayısıyla elde edilen menfi ve müspet neticeler bu şahıslara değil temsil edilenlere racidir.

b) Makam (icra edilecek işler) işleri icra eden şahıslardan müstakildir. Meselâ tayin edilen bir vasi azledilebilir, bununla beraber yapılacak vesayet işleri devam eder; yeniden tayin olunan vasi tarafından ifa edilecektir. Ana ve baba velayeti icra hakkını haiz olduk-

ları nispette çocuklarının kanunî mümessilleridirler. Fakat velâyeti ifadan aciz olan ana ve babadan hâkim velâyet hakkını nezedebilir. Bu gibi hallerde mutlaka velâyet makamına merbut olan işler devam etmektedir, binaenaleyh bunların icrası için derhal bir vasi tayin edilir. (M. K. 274)

c) Makam, yapılacak işlerle beraber bu işlerin görülmesi için iktiza eden temsil selâhiyetini de ihtiva eder. Binaenaleyh mümessile verilen temsil selâhiyeti hududu makama merbut olan işlere tâbi olup hukukî bir tasarrufla değışterilemeyecek şekilde kanunca umumî ve tipik bir surette tespit edilmiştir.

2.— Saydığımız unsurlara istinaden kanunî mümessili şu suretle tarif edebiliriz:

Mümessil olarak hareket eden kimsenin haiz olduğu temsil selâhiyeti, şahsına merbut olmayıp bir makamdan sudur etmekte ve bundan dolayı şümül bakımından kanunca tipik bir surette tespit edilmiş bulunuyorsa bu şahıs kanunî mümessildir.

V

Bir çok kanunî hükümlerde kanunî mümessil tabiri kullanılmaksızın bazı şahısların diğerlerini tipik bir surette temsil etmesi hususunun tanzim edildiğini görmekteyiz. Mezkûr mümessiller dahi H. U. M. K. un 59 uncu maddesinde zikredilen kanunî mümessil tabirinin şümul dairesine girer mi?

1) Evlilik birliğini koca temsil eder (M. K. 154) Evin daimi ihtiyaçları için koca gibi karı dahi birliği temsil hakkını haizdir. (M. K. 155) Emvali şahsiyesi hakkında üçüncü şahıslara mütehaddis davalarda karıyı koca temsil ile mükelleftir. (K. M. 160)

Evlilikten doğan temsil münasebetlerini, bulduğumuz tarife nazaran kanunî mümessilik olarak tavsif edebiliriz. Zira temsil selâhiyeti muayyen bir şahsa bağı olmayıp umumî olarak her evlilik için koca veya karı makamında bulunan şahıslara bahş ve şümul itibariyle tipik bir surette tespit ve tahdit edilmiştir. Bundan anlaşılıyor ki karı kanunî selâhiyet hududu dahilinde yaptığı tasarruflardan dolayı kocaya karşı ikame edilen davalarda kocasının kanunî mümessili olarak onu her mahkeme huzurunda temsil edebilir.

2) Bir muamelekin tasfiyesi işini deruhte eden kimse mamelekte hak sahibi olan kimselerin menfaatlerini temin ve üçüncü şahıslara karşı temsil etmekle mükellefir. Tasfiye memurlarına kanunca bahş edilen temsil selâhiyeti şahsına merbut olmayıp tasfiye işlerinden sudur eder ve tasfiye edilecek mamelekin mahiyetine göre şümul itibariyle tipik bir surette tanzim edilmiştir. Bunun için yalnız iflâs masasının idaresi değil aynı zamanda bir terekenin resmi tasfiyesine memur edilen kimseler (K. M. 572), vasiyeti tenfiz memuru (K. M. 497), Ticaret Şirketleri ve diğer hükmi şahısların tasfiyesiyle meşgul olan kimseler (T. K. 228 453, 482 - K. M. 51) kanunî mümessil sıfatıyla makamlarına müteallik davaları bizzat takip edebilirler.

3) Cemiyetlerin idare heyetleri, anonim şirketlerin idare meclisleri, kollektif, komandit, kooperatif ve limited şirketlerin müdürleri gibi hükmi şahısları kanunca (K. M. 62 T. K. 172, 267, 318) temsil eden kimseler verdiğimiz tarife göre kanunî mümessil olarak tavsif edilebilirler. Çünkü bu hallerde de temsil selâhiyeti o kimsenin şahsına merbut olmayıp tevdi edilen makamdan sudur etmekte ve bundan dolayı şümulü bakımından kanunca tipik bir surette tespit edilmektedir (T. K. 319, 172) Bu sebebdan ötürü Alman M. K. un 26, 30, 86. inci maddeleri mücibince esas mukavelesnamesi hükümlerine göre hükmi şahısların temsiline memur olan uzuvlar kanunî mümessil mahiyetindedirler. Halbuki İsviçre ve dolayısıyla Türk M. K. da böyle sarıh bir hüküm bulunmamaktadır. Çünkü İsviçre ve dolayısıyla Türk vaznı kanunca kabul edilen daha doğrusu kanundan zahir olan nazariyeye göre hükmi şahıslar tıbbı hakiki şahıslar gibi yalnız medenî haklardan istifade ehliyetine değil, aynı zamanda medenî hakları kullanmak selâhiyetine de sahibdirler.

Bundan dolayıdırki hükmi şahısla uzuvlar arasında bir mümessillik münasebeti yoktur.

İsviçre ve Türk Hukununa göre hükmi şahıslar taraf ehliyetinden başka dava ikamesi ehliyetini de haiz olduklarından dolayı, uzuvlarının hareketi bizzat hükmi şahsın hareketi addedilir. Bu telâkki H. U. M. K. un 39 uncu maddesinde tezahür etmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 39: Ehliyeti haiz olan hükmi şahıslar, kanunî uzuvları vasıtasile ve icab eden mezuuniyet

istihsal ile hareket ederler. Aksi halde hâkim tayin edeceği müddet zarfında şeraitin ikmalı için muhakemeyi talika mecbur olduğu gibi davanın her halinde taraflardan her biri de bunu talep edebilir. Ancak müstacel işlerde hâkim davanın muvakkaten devamına karar verebilir.

Görülüyorki bu hükümde «Kanunî mümessil» mefhumu yerine «Kannunî uzuv» tabiri kullanılmaktadır. İsviçre ve Türk Kanununca kabul edilen tellekiye göre hükmi şahıs uzuvları tarafından temsil edilemez, uzuvlarile tecessüm eder. Bu nazariyeye nazaran Kanunî uzuvlar hükmi şahıs olarak bizzat her davaya bakabilmek selâhiyetini haiz olduğundan (H. U. M. K. 59/ I, Av. K. 23/2) H. U. M. K. 59/2 maddesinin kullandığı «Kanunî mümessil» tabirine dahil değildir.

Verdiğimiz izahattan anlaşılıyorki hükmi şahısların uzuvları nazari bakımından Kanunî mümessil tarifine dahil olduğu halde kanunun kabul ve lâfzen ifade ettiği nazariyeye göre kanunî mümessil mahiyetinde değildirler.

4) Ecnebi memleketlerde ve ecnebi kanunlara göre teşekkül etmiş olup Türkiyede şube veya acenta hane tesis ve küşadıyla faaliyette bulunan her nevi anonim ve sermayesi eshama münkasım şirketler, bankalar ve sigorta müesseseleri hakkında hukuki durum Türk şirketlerinden farklıdır.

Ecnebi anonim ve sermayesi eshama münkasım şirketler muamelata başlamadan evvel şirketin esas mukavelesi dahilinde gösterilmiş olan muameleleri akt etmeğe ve vuku bulan muamelattan tevellüt eden her nevi davayı şirket namına ve hesabına olarak gerek müddei gerek müddeialehy sıfatıyla ve gerek diğer bir sıfatla mahkemelerin her derecesinde hazır bulunmağa mezun ve murahhas umumî bir vekilin tayinine mecburdur 10 İk. Teşrin 1330 tarihli Kanunun muvakkatın 1 inci maddesi). Sigorta Şirketinin teftiş ve murakabesi hakkındaki kanunun 4 üncü maddesine göre ecnebi sigorta şirketleri de Türkiye'de yalnız bir umumî vekil vasıtasıyla muamelatta bulunabilirler. Mezkûr umumî vekiller ecnebi hükmi şahısların uzvu mahiyetinde olmayıp Türkiyedeki faaliyet sahasına mahsus kanunî mümessillerdir. Umumî vekili tayin etmeksizin ecnebi müessese Türkiyede bir şube veya ecenta açamaz. Diğer taraftan Türkiyede mukim olan şahıslar böyle ecnebi müesseseler ile ticarî münasebetde bulunurken bun

ların teşkilat ve uzuvları hakkında bir tetkike ihtiyaç duymaksızın mezkûr umumî vekilin riza beyanına itimad edebilirler. Umumî vekile bahşedilen temsil selâhiyeti şahsına merbut olmayıp kanunca tespit edilen bir makamdan sudur ettiğinde şumulü itibarile tipik bir surette tanzim edilmiştir, binaenaleyh mezkûr ecnebi müesseselerin umumî vekilleri H. U. M. K. 59/2 maddesinin kabul ettiği manada kanunî mümessil olup ecnebi şirketleri her mahkeme huzurunda bizzat temsil ve davaya müteallik her muameleyi icra edebilirler.

Temyiz mahkemesinin tetkik ettiği meselede filî vaziyet bu merkezde ise — ki karardan istihraç etmek mümkün değildir — Helios müessesatı umumî mümessili 1330 tarihli kanunun 1 inci maddesile T. K. un 96 inci ve dolayısıyla 95 inci maddelerine göre kanunî mümessil olarak tavsif edilebilir ve bu sıfatla kendisine tevdi edilen ticaretin icrası için ifa etmiş olduğu muamelattan mütevvelit borçlardan dolayı âmiri namına mehakimde ikameyi davaya selâhiyetli olup her hangi bir mahkeme huzurunda davayı bizzat takip edebilir.

5) Bir ticaret gemisinin kaptanı bu sıfatla gerek donatanı gerek yükte hak sahibi olanları temsil eder.

a) Donatanın temsiline gelince: temsil selâhiyetinin şumulu, gemi bağlama limanında bulunduğu esnada dar olup gemi adamlarile aktedilecek hizmet mukavelelerine (T. K. 1067/2) nakl edilecek malların teslimümü ile konşumentoların ihdasına (T. K. 1183) ve gemi alacaklılarınca donatana karşı ikame edilecek davalara (T. K. 1302/2) şamildir. Gemi bağlama limanından çıktıktan sonra kaptanın temsil selâhiyeti daha geniş olup geminin iyi halde tutulması ve yolculuğu bitirmeğe yarayacak her türlü hukukî tassarruf ve işlerin yapılması ve navlun mukaveleleri akti ve kaptanın vazifeleri sırasına giren dava haklarının kullanılması hususlarını da muhtevidir (T. K. 1068) Bundan başka hususî şartların tehakkuku halinde 1067 ila 1071 inci maddelerde sayılan tasarruflarda bulunabilir. Kaptanın bu sıfatla ve kanunî selâhiyetleri içinde donatanı göstererek veya göstermiyerek yaptığı tasarruflarla donatan, üçüncü şahsa karşı hak iktisap eylediği gibi gemi ve navlun ile mes'ul de olur (T. K. 1074)

b) Yükte hak sahibi olan kimselerin temsiline gelince: Kaptanın temsil selâhiyetinin şumulü T. K. 1076, 1079-1091 inci maddelerinde

tespit edilmiştir. Kaptanın bu sıfatla ve kanunî selâhiyetleri içinde, yükte hak sahibini göstererek veya göstermeyerek yaptığı hukukî tasarruflar yükte hak sahibi olan kimse üçüncü şahıslara karşı hak iktisap eylediği gibi yük ile mes'ulde olur.

Verdiğimiz tarife göre, kaptan, birinci şıkta donatanın, ikinci şıkta yükte hak sahiplerinin kanunî mümessilidir; çünkü kaptanın haiz olduğu temsil selâhiyeti şahsına merbut olmayıp kaptanlık işlerinin ifasından sudur etmekte ve bundan dolayı şumulü bakımından kanunca tipik bir surette tesbit edilmiştir.

Alman müellif ve mahkemeleri, kaptanın, yükte hak sahiplerinin kanunî mümessili olduğunu ittifakla kabul ettiği halde [Pappenheim: Handbuch des Seerechts. B. I. 298 - Schaps - Mittelstein - Sebba Anm. 6 § 535 H. G. B. Wüstendörfer in Ehrenbergs Hdb. s. 617], donatanın kanunî mümessili olduğunu kısmen inkâr etmektedirler. Wüstendörfer'e nazaren (sah. 584) kaptanın temsil selâhiyeti tayin hadisesinden yani donatanın akdî bir riza beyanından sudur etmektedir. Shaps'a nazaran (Anm. 2 zu § 526, Anm. 1 zu § 527) temsil selâhiyeti kanunî olmakla beraber donatan ile kaptan arasındaki hizmet mukavelesinden neş'et eder. Buna mukabil Pappenheim (Hdb. des Seerechts III 225) çok doğru olarak, hizmet mukavelesi aktedilmesinden temsil selâhiyetinin değil geminin idaresine müteallik bilumum işleri yapma mükellefiyetinin doğduğunu ileri sürmektedir.

Demek oluyor ki kaptan, bu sıfatla ve kanunî selâhiyetleri içinde donatanın menfaatlerini korumak maksadile yaptığı tasarruf ve işlerden doğan davalarda donatanın kanunî mümessili olarak bizzat bütün mahkemeler huzurunda usulî muamelelerde bulunabileceği gibi, yükte hak sahiplerinin menfaatlerini temin etmek maksadile yaptığı iş ve tasarruflardan doğan davalarda alâkali olan yükte hak sahibi bulunanların kanunî mümessili olarak bizzat bütün mahkemeler huzurunda bilumum adli ve usulî işleri yapabilir.

6) Donatma iştiraki, Alman ve dolayısıyla Türk Hukukuna göre hukukî şahsiyeti haiz olmadıktan dolayı donatma iştirakini temsile ehil olan gemi müdürüne uzuv nazarile bakılamaz.

Bundan başka donatma iştirakinde bir gemi müdürü bulunması zarurî değildir. Çünkü T. K. 1033 üncü maddesine göre gemi müdürü-

nün tayini müşterek donatanların ihtiyarına bırakılmıştır. Bundan dolayı uzuvlar hakkında yukarıda 3 No. altında verilen izahat gemi müdürüne kabili tatbik değildir. Müşterek donatanlar bir gemi müdürünü tayin ettikleri taktirde müdür donatma iştirakının üçüncü şahıslara karşı işletme icabından olan hukuki tasarruflarını ve bütün işlerini yapmağa izimli sayılır. Gemi müdürü müşterek donatanların isimlerini göstermeksizin dahi selâhiyeti dahilinde hukuki bir tararrufta bulunursa donatma iştirakı bununla üçüncü şahıslara karşı hak iktisap ve borç iltizam etmiş olur. (T. K. 1035, T. K. 1034)

Zikrettiğimiz hükümlerden anlaşılacağı veçhile gemi müdürü donatma iştirakının kanuni mümessilidir; çünkü temsil selâhiyeti donatma iştirakının ittihaz ettiği karardan neş'et etmeyip gemi müdürlüğü vazifesinden sudur etmekte ve bundan dolayı şümulü bakımından kanunca tipik bir surette tespit edilmiştir. Alman müellif ve mahkemeleri de bu kanaattedirler Alman Temyiz Mahkemesinin kararları: (Cilt 42, s. 73, Schaps Ann. 2 zu § 493 — Wüstendörfer 474)

Gemi müdürü bu sıfatla ve kanuni selâhiyetleri içinde donatma iştirakının menfaatlerini temin etmek maksadile yaptığı iş ve tasarruflardan doğan davalarda müşterek donatanların kanuni mümessili olarak bizzat her mahkeme huzurunda tekmlil dava ve usul işlerini yapabilir.

7) Borçlar Kanununun 449 ve 453 üncü maddelerine tarif edilen «ticarî mümessil“e» ve ticarî vekil“e bahşedilen temsil selâhiyeti mahiyetine gelince: tekmlil İsviçre ve Alman müellifleri ve mahkemelerine nazaran mezkûr mümessillik münasebeti kanuni olarak telakki edilmeyip, iş mukavelesinden neş'et eden ve yalnız şümulü itibarile kanunca tespit edilen rizai bir temsil münasebeti olarak tasvif edilmektedir. Fakat etüdümüzde gösterdiğimiz veçhile, bir mümessilin kanuni mümessil sıfatını haiz bulunup bulunmaması onun tayin suretine değil temsil selâhiyetinin sudur ettiği bir makama merbut olup olmamasına göre taayyün eder.

Muayyen işlerin heyeti mecmuası kanunca bir kül halinde ve tipik bir surette (yani bu işlerin yapılması icap eden bütün haller hakkında cari olmak üzere) tanzim edilmişse bu işlerin icrası zimmında zaruri olan ve kanunca hududu çizilen temsil selâhiyeti, kanuni mahiyettir. Çünkü bu temsil selâhiyeti makama merbut olup bu makamı işgal

eden şahıs mevcut olmadığı müddetçe hüküm ifade etmez. Tüccarın ticarî mümessil veya vekil tayinine mecbur olmaması ve tayin ettiği takdirde bu şahsın seçiminde muhtar bulunması keyfiyeti kanunilik vasfını ihlal etmez. Ticarî mümessil ve vekillerin vaziyeti bu hususta donatma iştirakindeki gemi müdüründen farksızdır. Alman nazariyesine göre gemi müdürünün temsil selâhiyetini kanunî olarak kabul eden kimse, ticarî vekil ve mümessili de kanunî mümessil olarak tanınması icap eder.

Verdiğimiz izahat neticesinde anlaşılmıştır ki bu şahıslar kanunen tespit edilen hudut dahilinde akt ve icra ettikleri muamelelerde tüccarın kanunî mümessili dirler ve bundan dolayı mezkûr muamelelerden neşet edecek davalarda mahkeme huzurunda tüccar namına bilumum adli ve usuli muameleleri yapabilirler.

8) Yukarıki hüküm neticesinde T. K. un tarif ettiği tüccar memuru da tüccarın kanunî mümessilidir. Memura tevdi edilen temsil hakkı ticaret sicilline kayd edilecek bir tasarrufla tüccar tarafından tahdit edilebilirse de böyle bir tasarruf bulunmadığı takdirde memura kanunen bahş edilen temsil selâhiyeti üçüncü şahıslara karşı umumî addolunur, ve hangi ticaret için verilmişse onun icrası zımında lâzım gelen bütün muamelatı ihtiva eder. Demek oluyor ki «tüccar memurluğu» müessesesi bir makam olarak vazı kanun tarafından kabul ve bu makamın göreceği işlerle bunların görülmesi için zaruri olan temsil selâhiyeti kanunca tespit edilmiş bulunduğundan bu selâhiyetin tahdidi imkânı, hukuki tavsif bakımından ehemiyetli değildir.

VI

Noktai nazarımız kabul edilecek olursa Temyiz mahkemesinin kararı doğru ve gerek kanuna gerek menfaatler vaziyetine uygun telleki edilebilir. Temyiz mahkemesi T. K. 95inci maddesine icra hâkiminin nazarı dikkatını celbetmekle tüccar memurunun kanunî mümessil olup olmadığının tetkiki hususunda ihmal edildiğini kast etmiştir zannederiz. Çünkü tüccar memuru kanunî mümessil mahiyetinde ise H. U. M. K. 59 ve AV. K. 23 üncü maddesine göre tüccar namına dava ikame ve takip edebilir.

Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch