

BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE TAKAS VE DÂVADA KULLANILMASININ ARZETTİĞİ ÖZELLİKLER

Asistan Dr. Salm ÜSTÜNDAĞ

Gerek Alman medeni kanunu § 388 ve gerekse İsviçre — Türk Borçlar Kanunu madde 122 fıkra 1 e göre, takas beyanı, karşılıklı her iki alacağın makable şamil olarak sukutu neticesini doğuran, hususi hukuka müteallik bir inşai hakkın kullanılmasıdır¹. Zira, bu takas beyanı ile alacaklar makable şamil olarak ve başkaca bir muamele icrasına lüzum kalmaksızın sukut ederler (BK. 122/II ve aynı şekilde, BGB §389).

Takas müessesesinin bu tanzim tarzı dolayısıyla, dâvada çeşitli durumlar meydana gelebilir. İşte, çalışmamızın konusunu, bu çeşitli durumların bir sistem dahilinde tetkiki, teşkil etmektedir.

I — Takasın dâvanın dışında dermeyan edilmiş olması halinde meydana gelen çeşitli meseleler:

1. Dâva dışında dermeyan edilmiş olan takas beyanının, muteberliği, şartları ve hükümleri tamamen borçlar kanunu hükümlerine tâbidir. Bu yüzden takas beyanı, diğer inşai beyanların bağlı olduğu hükümlere tâbi bulunmaktadır.

2. Bu, dâva dışı vukubulmuş olan takasın, dâvada dermeyanına gelince: Böyle bir iddia ileri süren dâvalı, maddî hukuk mânasında bir itiraz (Einwendung) olmakla beraber, usul hukukuna müteallik geniş mânada bir defî dermeyan etmiş bulunuyor demektir². Dâvalı bu suretle dâvacının hakkını ortadan kaldıran bir vakıa ileri sürmekte olup, bu durum dâvalının dâva edilen alacak hakkında evvelce yapılmış bir ibra mukavelesine veya yapmış olduğu tediye istinat etmesinden farklı

1) Bu çözüm şekli müşterek hukuk için evvelce savunulmuş olupta revaç bulmamış olan bir düşüncedir (Nikisch, s. 264). Roma hukukunda takas, ya taraflar arasındaki mukavele ile, ya da bir mahkeme hükmü ile icra edilebilirdi. Bu bakımdan gerek Roma hukukunda, gerekse müşterek hukukta her mukavele dışı takas, bir usuli takastır (Prozessaufrechnung).

2) Maddî hukukun defî ve itirazları ile usul hukukunun defî ve itirazları arasındaki münasebet için bkz. Üstündağ, s. 101.

değildir³. Böyle bir durumda dâvacı, defi olarak dermeyan edilen takası veya onun muteberliğini inkâr ederse, mahkeme, dâvalının karşı alacağının mevcut olup olmadığını, bu alacağın takasa elverişli bulunup bulunmadığını ve takasın kanunî hükümlere uygun olarak yapıp yapılmadığını tetkik etmek mecburiyetindedir⁴. Mahkeme bu durumlara, tetkiki neticesinde müsbet cevap verirse, dâva, dâva edilmiş olan alacağın sukut etmiş bulunmasından dolayı reddedilecektir⁵. Demek oluyor ki dâvacı takas ile sukut etmiş bir alacağı dâva ederse, genel olarak ihtilâf karşı alacağın mevcudiyeti veya takasın muteberliği noktalarında toplanır. Zira, dâvalı takas defi ile dâvacının alacağını kabul etmiş (Anerkennung) bulunmaktadır⁶. O halde dâvada bütün ihtilâf karşı alacak etra-

3) Rosenberg, § 104, I, 2; Nikisch, s. 264; Schönke/Schröder/Niese § 51, IV, 1. İsviçrede bazı kanton kanunları, müşterek hukukun etkisi ile takasa matuf definin mütekabil dâva ile dermeyanını zaruri görmüşlerdir. Fakat bu çeşit hükümlerin, OR'nin takas hakkında kabul ettiği sisteme muhalif bulunduğundan tatbik imkânları bulunmadığı kabul edilmektedir (Gautschi, s. 168. Guldener, s. 220 ve 221). Zira, mahkeme dışında takas ileri sürdüğünü dermeyan eden dâvalı, artık dâva alacağı (Klageforderung) ile karşı alacağın (Gegenforderung) mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Bundan dolayı dâvalıdan, karşı alacağın henüz mevcut bir alacakmış gibi mütekabil dâva yolu ile dermeyan etmesi beklenemez (Guldener, s. 221 ve not 30 da zikredilen federal mahkeme kararı). Neuchatel usul kanunundan yapılan iktibas dolayısıyla, usul kanunumuzda da buna benzer bir hüküm mevcut bulunmasına rağmen, aslında bu hüküm, takas edilebilir taleplerin de mütekabil dâva yolu ile dermeyan olunabileceğini, göstermeğe matuftur. Yoksa, bu hüküm, takasın mutlaka karşı dâva yolu ile dermeyanı gerektiğini ifade etmez.

4) Nikisch, s. 264.

5) Nikisch, s. 264. Demek ki takasın dermeyanı, dâvanın reddini temin eden bir defidir (Rosenberg, S. 104, I, 2).

6) Nikisch, s. 264. Burada bir mürekkep ikrarın mevcudiyeti mevzu bahis değildir (Aksi fikirde, Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, s. 226-227). Zira ikrar hasım tarafından dermeyan edilmiş olan vakalara matuf olmasına rağmen, kabul ile hasım tarafından dermeyan edilmiş olan talep tanınmakta ve artık ikrardaki durumun aksine olarak mahkemenin bu talep hakkında nihai bir tetkiki bahis mevzuu olmamaktadır (Schönke/Schröder/Niese, § 52, IV, 26). İşte takas dermeyan eden dâvalı da, takas dermeyan ettiği miktar nisbetinde dâvacının dâva alacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Buradaki kabul zımnî mahiyettedir (Schönke/Schröder/Niese, § 53, III, 2 de kabulün sarîh ve zımnî olabileceğine işaret olunmuştur). Mahkeme bu durumda artık dâva alacağı ile iştigal etmeyecektir. Bütün isbat yükü dâvalının üzerinde bulunmakta olup, dâvalı karşı alacağını ve takası isbat etmek yükü altında bulunmaktadır. Mahkeme dâva alacağını, karşı alacağın varlığı halinde, ancak, dâvanın reddi için nazara alabilecektir.

finda toplanmakta olup, fakat bu alacağın HUMK. 290 gereğince senetle isbatı mecburiyeti yoktur. Çünkü, takas gerçi senede bağlı alacağın sukutunu tazammun etmediğinden, isbat şekli bakımından müstakil olarak mütalâa edilmek gerekir⁷. Fakat dâvalı, bir hukukî muamele olan takas beyanını, eğer takas edilen miktar elli liranın üstünde ise kanunî delillerle isbat etmek yükü altındadır.

Bu izahattan da anlaşılıyor ki, mahkeme sadece dâvalının karşı alacağı ile meşgul olacaktır. İşte bu yüzden Alman hukukunda ZPO § 322 fıkra II de, dâva sonunda verilen hükmün, karşı alacağın mevcut olmadığına dair kısmının da kesin kuvvete sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu suretle Alman hukukunda dâvalının karşı alacağının mevcut olmadığına dair mahkeme kararı da takas miktarının yüksekliğinde kesin ve tarafları bağlayıcı kuvvete sahip olmaktadır. Alman hukukundaki bu kaide, dâvalının defî ve itirazları üzerine mahkemece verilen kararların kesin ve bağlayıcı bir kuvvete sahip olmadıkları hakkındaki genel kaideye, bir istisna teşkil eder⁸. Zira, esas olarak dâvalının defî veya itirazlarının konusuna dâvacı karşısında bir mütekebil talep esas teşkil etse bile, bunlar mütekebil dâva yolu ile dermeyan edilmedikleri müddetçe, haklarında verilen kararlar kesin kuvvetten mahrumdurlar⁹. Ayrıca Alman hukukunda takasın gerek karşı alacağın hiç bulunmamasından dolayı reddi hâlinde, gerekse karşı talep mevcut olmasına rağmen takas ile sukut etmiş bulunmasından dolayı, dâvanın takas vâkiası sebebiyle karşı talebin yüksekliğinde reddedilmesi halinde, redde matuf kararların da kesin kuvvete sahip olduğu kabul olunmaktadır¹⁰. İsviçre hukukunda da aynı düşünce tarzı savunulmaktadır. Böylece mahkemelerin hem dâva alacağının ve hem de karşı alacağın takas ile sukut ettiğini tesbite matuf kararlarının kesin bir tesire sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹. Aksi halde, dâvacı ile dâvalının hukukî durumlarındaki muvazene bozulmuş olacaktı. Zira, dâva alacağı dâvanın kesin hükümlerle reddinden dolayı yeniden dâva konusu yapılamıyacak, buna mukabil karşı alacak takasa rağmen, bu takasın nizamına uygun bir şekilde yapılmadığından bahisle, yeniden bir dâva konusu olabilecektir. İşte bu durum dâvacı aleyhine olduğundan, ya her iki taraf için de aynı imkânlar tanınmalı, ya da iki

7) Postacıoğlu, Şehadetle İsbat Memnuiyeti ve Hudutları, s. 184-185 ve orada zikredilen Temyiz mahkemesi kararları.

8) Rosenberg, § 150, II, 2.

9) Rosenberg, § 150, II, 2.

10) Nikisch, s. 265; Rosenberg, § 150, II, 2; Baumbach/Lauterbach § 322, 3.

11) Guldener, s. 257.

taraf için de bu imkânlar kapanmalıdır. Halbuki dâvacının alacağını tekrar dâva edebilmesi asla mümkün değildir. Zira, onun alacağı kesin bir hükümle reddedilmiştir. Bu bakımdan dâvalı için de takas dermeyeran ettiği alacağı takas miktarında tekrar dâva etmek imkânı, işte, dâvayı reddeden bu hükme her iki alacak bakımından da kesin kuvvet tanımakla, reddedilebilecektir. Nitekim İsviçrede münferit bazı kanton usul kanunları da, dâva sonundaki kesin hükmün karşı alacak hakkındaki bu tesirini, açıkça tanzim etmişlerdir¹².

Gerçekten karşı alacak hakkındaki karara da kesin kuvvet tanımazsak dâvacı sonradan açacağı yeni bir dâvada önceden mahkeme dışında dermeyeran ettiği takasın, borçlar kanunu hükümlerine aykırı olarak meydana getirilmiş olduğundan bahisle, meselâ, takasın salâhiyetsiz bir şahıs tarafından beyan edildiği veya takas beyanının irade fesadı sebeplerinden biri ile malûl olduğunu beyan ile, bu alacağı tekrar dâva edebilmek imkânını kazanacaktır. İşte bu netice taraflar arasındaki hukukî ahengi bozacağından dolayı tecviz olunamaz.

Dâva masrafları bakımından da meseleyi tetkik edecek olursak şu neticelere varmamamız gerekir. Prensip olarak bu durumlarda dâvacı dâva masraflarını tahammül edecektir. Zira, dâvacı, takas ile sukut etmiş alacağını dâva etmekle haksız durumda bulunmaktadır. Nitekim Usul Kanunumuzun 94. maddesinin II. fıkrası da bu şekilde tefsir müsaittir. Fakat karşı alacak dâvanın ikamesinden sonra doğmuş veya müaccel olmuşsa, dâvacının dâvası başlangıçta haklı bir şekilde ikame edilmiş olduğundan, usul kanunumuzun tevsie matuf hükümleri gözünde tutularak sonradan dermeyeran edilen takas ile durumda masraflar bakımından bir farklılık meydana gelir. Ve dâvalı masrafları tahammül etmek mecburiyetinde kalır¹³.

Bu suretle dâva dışında dermeyeran edilen takasın, dâvada ne şekilde beyan edilmesi gerektiği ve bu beyanın halihazır dâvaya ne suretle müessir olduğunu tetkik etmiş bulunuyoruz.

II — Takasın dâvada dermeyeranı :

Dâvalı karşı alacağını dâva dışında dermeyeran etmeyip, bizzat dâvanın içinde takas olarak ileri sürebilir. Bu durumda bulunan dâvalı artık, dâvadan önce vukubulmuş bir takas durumuna istinat etmemektedir. İşte, bu vakıanın ne şekilde ve nasıl anlaşılması gerektiği meselesi, Alman hukukunda uzun ihtilâf konusu olmuş ve bu konuda çeşitli görüş-

12) Guldener, s. 257 ve not 35 de zikredilen kanton usul kanunları.

13) Nikisch, s. 264; Rosenberg, §. 104, I. 2.

leri ileri sürülmüştür. Meselenin aydınlanabilmesi için bu düşüncelerin kısaca belirtilmesi gerekir.

1. Medenî hukukla ilgili teori (Die zivilistische Theori): Bu teoriye göre, takasın mahkemede dermeyanı olayında çifte vakıa (Doppel-tatbestand) vash görülmek gerekir. Bunlardan biri, hususî hukuka müteallik takas beyanının yapılması olup, bu vakıanın muteberlik şartlarını tamamen hususî hukuk tanzim eder. İkincisi ise, dâvalının bu suretle meydana getirilen alacağın sukutu vakıasına (Vernichtungstatbestand) istinadıdır. O halde birinci vakıa tamamen medenî hukuk esaslarına tâbi olmasına rağmen, ikinci vakıa tamamen usul hukukuna tabi olan bir usul muamelesidir¹⁴. Bu teoriden ayrıca şu neticeler çıkarılmaktadır: Her şeyden önce takasın medenî hukuk mânasındaki dermeyanı ile, bunun dâvada dermeyanı farklı anlarda yapılmak gerekir. Bundan başka, takas beyanı hususî hukuk tâbi olduğundan geri alınamayacaktır. Halbuki dâvada dâvalı bunun üzerine istinad etmekten vazgeçebilecektir. Ayrıca takas beyanının medenî hukuk mânasında bir temsilci karşısında dermeyan edilmesi gerekecektir. Dâvadaki vekilin bu sıfatı yoktur. Mademki bu iki ayrı muamele ile dâvada takasa istinat etmek imkânı hasıl olmaktadır, o halde, takas beyanı dâvada nazara alınmasa bile yine medenî hukuka müteallik hükümleri meydana getirecektir. Nitekim dâvanın geri alınması halinde dahi bu netice vukubulacaktır.

Bu teori, dâvacının dâvasının kabule şayan olmaması sebebiyle reddi veya dâvacının dâvasını geri alması hallerinde dahi, takasın medenî hukuk ile ilgili neticelerini meydana getirmesi bakımından tenkit edilmektedir. Eğer bu sebeplerle dâvacının dâvası, esas hakkında bir karara varmaksızın sonuçlanırsa, dâvalı alacağını takastan dolayı, yeni bir dâva ile dermeyan edemeyecektir. Halbuki dâvalı, takası, aleyhine mahkûmiyeti önlemek maksadiyle dermeyan etmiştir. Eğer bu durum gerçekleşmemişse, takası dermeyan edilen alacağın, sonradan dâva edilebileceği kabul edilmelidir¹⁵.

Bu gün bu teori, Alman hukukunda şu değişikliklerle savunulmaktadır: Dâvada takasın dermeyanı yukarıda izah edilen teorinin belirttiği gibi, çifte ve birbirinden ayrı iki muamele ile meydana getirilemez. Takasın mahkemede, başkaca bir muameleye lüzum olmaksızın dermeyanı ile, bu muamele takasın medenî hukuk bakımından mevcut neticelerini hemen meydana getirir. Bu bakımdan, dâvada dermeyan edilen takas, hem usul muamelesi ve hem de maddi hukuk ile ilgili bir hukukî mua-

14) Bu teorinin izahı için bkz. Gautschi, s. 13-14; ayrıca, Nikisch, s. 265.

15) Nikisch, s. 266.

meledir. O halde takasın mahkemede dermeyanında bir çifte vakıa değil, bilâkis çifte mahiyeti (Doppelnatur) olan bir muamele vasfı görülmek gerekir¹⁶. Madem ki, dâvada dermeyan edilen takas hem usulî ve hem de maddî hukuka müteallik bir hukukî muameledir, o halde bunun dermeyan şekli ve zamanı usul hukuku hükümlerine tâbidir¹⁷. Bu teori medeniyeci teorinin vardığı neticelere aynen varmakta, fakat iki ayrı muamele icrasına lüzum bırakmayarak, bunları dâvada birleşmiş olarak mütalâa etmektedir. Bu teoriden çıkan en mühim netice, gerçi takas usul muamelesi şeklinde yapılmakla beraber, yine bir inşai hak olmak vasfını muhafaza etmektedir. Bundan dolayı bu muamelenin iptali (meselâ, irade fesadından dolayı feshi gibi) tamamen medenî hukuk esaslarına tâbi olacaktır.

2. İkinci teoriye göre, dâvada dermeyan edilmiş olan takas, tam mânasile usuli mahiyettedir. Bu yüzden bunun dermeyan şekli, özellikleri ve hükümleri tamamen usul hukukuna tâbidir. Demek oluyor ki, dâvada takas özel bir çeşit hukukî müessesedir¹⁸. Bu düşüncelerden şu neti-

16) Von Tuhr/Siegwart, § 3, s. 29; Rosenberg, § 104, I, 2; Schönke/Schröder/Niese § 51, IV, 2. Türk hukukunda, Ansay, No. 117. Von Tuhr/Siegwart, § 3, s. 29 da ve § 20, X, 1 deki izahlarında, Usulî Muamelenin, medenî hukuk anlamında hukukî bir muameleyi ihtiva edebileceğini beyan ederek, bu halde dahi yapılan hukukî muamelenin usulün bir unsuru olmayıp, tamamen medenî hukuk esaslarına tâbi kalacağı fikrini ileri sürmektedir. Bundan dolayı bir dâvada dermeyan edilen takasın hemen takas durumunu meydana getireceğini belirterek, ayrıca, beyan edilmiş takastan rücu edilemeyeceği ve dâva geri alınsa bile takasın hükmünün yine mahfuz kalacağını beyan etmektedirler. Fakat bu müellifler OR 135/II, BK. 133 fıkra II deki müruruzamanı kesen mukabil defilerden bahsederken takası da bunlar içine ithal ederek, dâvada, dâvalının takas beyanı halinde takas nisbetinde müruruzamanın kesileceğini beyan ederek tezada düşmektedirler (Von Tuhr/Siegwart, § 81, I, 2, C ve § 81, not 23). Zira dâvada takas, ya bir medenî hukuk anlamında inşai haktır ve dâvada kullanılmasının da hiç bir özelliği yoktur. Binaenaleyh takas beyanı ile alacaklar hemen sukut etmiştir. O halde BK. 133/2 deki durum takas halinde tatbik yeri bulmayacaktır. Çünkü sukut etmiş bir alacak için müruruzamanın yeniden işlemesi mevzubahis olamaz. Yahutta dâvada takas bir defidir, işte bu halde BK 133/2 deki defi kavramına takasın ithâli bir mâna ifade edecektir. Nitekim İsviçreli müellifler OR 135/2 deki defi kavramı içine takası ithâl etmektedirler (Oser/Schönenberger OR 135, N. 13; Becker, Art 135, N. 21 de de takası bu defiler arasına ithâl ederek bilhassa terditli takas durumlarında bu hükmün mevcudiyetinin zarurî olduğuna temas etmektedir). Alman hukukunda takas dermeyanı açıkça bir müruruzamanın kat'ı sebebi olarak zikredilmiştir.

17) Schönke/Schröder/Niese § 51, IV, 2.

18) Bu teoriye usuli teori adı verilmekte olup, Kohler ve Hellwig ta-

celer çıkarılmaktadır. Dâvada takas dermeyanı bir usul muamelesi olup, mahkeme karşısında dermeyan olunmalıdır. Hattâ bu yüzden vekil tarafından da dâvada istimal olunabilir. Bundan başka, dâvalının diğer müdafaa imkânları gibi, daima geri alınabilir. Dâvanın kabule şayan olmasından dolayı reddi veya geri alınması halinde, takas beyanı gereken hükmü meydana getiremez. Yani mahkeme hükmünde nazara alınmayan takas, hususî hukuk bakımından dahi hükümsüzdür. Bundan dolayı bu teoriyi savunan müelliflere göre, Medenî Hukuk mânasındaki takas yanında, bir de usul hukuku mânasında özel bir takas şekli mevcut bulunmaktadır. İşte bu yüzden iki karşılıklı alacağın sukutu dâvada yapılacak takas beyanı ile olmayıp, ancak bir mahkeme hükmü ile vukubulur.

Bu teori müşterek hukukun bu konudaki çözüm şeklinin kuvvetle etkisi altında kalmıştır. Çünkü bu teori takas olayının vukuunu bir takas hükmünün (Kompensationsurteil) mevcudiyetine bağlamıştır. Bu durum ise medenî hukukun takasa hakkında kabul ettiği kaidelere açıkça muhalif bulunduğundan dolayı tenkit edilmiştir. Bu yüzden Alman hukukunda her iki teoriyi meczeden muhtelit bir görüş ortaya atılmıştır. Bu teoriye göre, gerçekten takas sırf usuli bir muameledir. Fakat bu muameleye medenî hukukla ilgili bazı hükümler eklenmiştir. Takastan dolayı dâvanın reddi halinde, takasın hükmü tamamen usuli olmayıp, hususî hukuk ile de ilgili bulunmaktadır. Fakat takasın hususî hukuk ile ilgili hükümlerinin doğabilmesi için, dâvanın mutlaka nihai bir mahkeme hükmü ile sona ermiş olması gerekir¹⁹.

Gerçekten dâvada takas maddî hukukun takasına benzer bir müessesese olmakla beraber, bundan ayrı ve başka çeşit bir hukukî müessesedir²⁰. Zira, usuli takas, usul hukukunun özelliklerinden dolayı, her usuli beyan gibi, her şeyden önce başlangıçta yalnız bir iddiadan ibaret bulunmaktadır. Dâvalı mahkemede takas iddiasında bulunmakla, kendisine, takasa elverişli bir alacağın aidiyetini ileri sürmektedir²¹. Bundan dolayı da dâvada takas, dâvanın reddini temin etmek için dâvalı tarafından ileri sürülmüş bir iddia olup, bunun ile dâvalı, kendisine ait olan bir karşı alacağın mevcut olduğunu ve bu alacağını dâva alacağının sukutu için kullanmak istediğini açıklamaktadır. Bu iddia her iddia gibi, usuli manada bir defa olup, bunun dermeyan şekli, muteberlik şartları, dâvada

rafından savunulmuştur. Teorinin izahı için bkz. Gautschi, s. 14-15; Nikisch, s. 265.

19) Bu teorinin izahı için bkz. Gautschi, s. 16; Nikisch, s. 266.

20) Nikisch, s. 266-267.

21) Nikisch, s. 267.

bir vekil tarafından kullanılıp kullanılmıyacağı gibi hususlar, usuli muameleler hakkındaki esaslara tâbidir²². Maddî hukuk sadece, iki karşılıklı alacağın nasıl ve hangi şartlar altında takas ile sukut edebileceğini tanzim etmiştir. Yoksa bunun dâvada dermeyanın özelliklerinden tan olarak bahsetmemiştir. İşte bu yüzden takasın dâvada dermeyanında usul hukukunun esasları gözönünde tutulmalı ve ancak bu kalıplar içinden geçerek alacağın subutu neticesine varılırsa, ancak bu halde maddî hukukun takas hakkındaki hükümleri bu defie eklenmelidir. İşte takasın dâvada dermeyanı ile, bu beyan maddî hukuk bakımından hemen müruruzamanı keser. Bu neticeyi Borçlar Kanununun 133. maddesinin 2. fıkrasından çıkarabiliriz. Nitekim bu hüküm de zımnen gösteriyor ki, takas dâvada dermeyan olunmuşsa, bu hemen her iki alacağın sukutu neticesini meydana getirememiştir. Eğer takas beyanı ile her iki alacak hemen sukut etmiş olsa idi, sukut etmiş bir alacak için müruruzaman süresinin kesilmesinden bahsedilmeyecekti. O halde açık olmamakla beraber Borçlar Kanunumuza göre, takas dâvada dermeyan olunmuşsa, dâva dışında olduğu gibi, hemen takas durumunu meydana getiremeyecektir. İşte Borçlar Kanunumuz dâvada takas beyanını bir müruruzamanı kesme sebebi saymakla, maddî hukuktaki takastan, usuli takası ayırmak istemiştir²³. Bundan dolayı, dâvadaki takasın her iki alacağı sukut ettirici özel hükmü, mahkemenin dâvalının iddiasını kabul ederek dâvayı takastan dolayı reddetmesi ile vukubulacaktır²⁴. Bu durumda, dâvalı takas defini dâvalının mahkûmiyeti için değil, bilâkis dâvanın reddi için dermeyan ettiğiinden, ortada bir mütekabil dâva yoktur²⁵. Kaldı ki dâvada dermeyan edilen takası bu şekilde mütalâa etmek usul hukuku esaslanna daha uygundur.

Eğer dâva geri alınır veya kabule şayan olmadığından dolayı reddedilirse, dâvalının karşı alacağı, takas define rağmen, mevcut olarak kalır. Hattâ bu alacağın defi ile müruruzamanı da kesilmiş olduğundan yeni başlamış olan müruruzaman süresi içinde dâvalı karşı alacağını yeni bir dâva ile dermeyan etmek imkânına sahiptir²⁶.

İşte bu düşünce şekli, gerçi dâvadaki takası bir defi olarak nazara almakla müşterek hukukun çözüm şekline yaklaşmış isede, bu hukuk

22) Nikisch, s. 267.

23) Nikisch, s. 267. Alman hukukunda da BGB § 209, II, nr. 3 te dâvada takas defi, müruruzamanı kesme sebebi sayılmıştır.

24) Nikisch, s. 267.

25) Rosenberg, § 92, s. 432.

26) Nikisch, s. 267. Bu çeşit hükümlere misâl olarak bkz. Üstündağ, s. 37 not 34.

çevresinin vardığı neticeden şu noktada ayrılmıştır: Takas durumu müşterek hukukta olduğu gibi hâkim hükmü ile meydana gelecektir, ama bu hüküm makale şamil olarak alacakları sukut ettirecektir (BK. 122, fıkra II de zikredilen anda). Gerçi, medenî hukukun hukukî muameleleri usulî muamele kalıbı içinde dermeyeran edilmiş olsa dahi, yine medenî hukukun esaslarına bağlı kalır. Fakat takas bakımından mevzuatımız hükümlerini bu sistemden ayrılarak izah etmek daha kolaydır. Dâvada takas halinde ,mahkeme tatkası tasvip ederse, he riki alacak takas edilebilecekleri andan itibaren sukut etmiş olur. İşte mahkemenin takastan dolayı dâvayı reddeden hükmü, bu vasfı ile makale şamil inşai bir tesire sahiptir²⁷.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 204. maddesinin 1. bendi, dâvada takasın, bir mütekabil dâva şekli olduğunu belirtmiştir. Bu hüküm, takasın dâvada mutlaka mütekabil dâva şeklinde dermeyeran edilmesi gerektiğini ifade etmez. Bu hükmün mânası şudur: Takasa elverişli talepler de mütekabil dâva yolu ile dermeyeran olunabilirler. Demek oluyor ki, dâvalı dâvada, karşı alacağını, dâva alacağına karşı takasını defî yolu ile ileri sürebileceği gibi, bundan başka karşı alacağını mütekabil dâva yolu ile de dermeyeran edebilecektir. İşte dâvalı bu ikinci yola, dâvacının alacağı hakkında da bir takım şüphelere sahip ise başvuracaktır. Bu suretle hareket eden dâvalı, dâvacının dâva alacağını kabul etmediği gibi, bu alacağın mevcut olup olmadığı hakkında mahkemeye yapılacak olan araştırmalara da mani olmak istememiştir. O halde takasa elverişli alacaklar mütekabil dâvaya konu teşkil etmişse, gerek dâva alacağı gerekse karşı alacak hükme kadar henüz taraflar arasında ihtilâflı bulunmaktadır²⁸.

Dâvalı karşı alacağını mütekabil dâva yolu ile dermeyeran etmekle, dâva ve karşı dâva alacağının müştereken müzakereye tâbi ttularak karara müştereken ulaşılmasını temin etmek istemiştir²⁹. Taraflar arasın-

27) Nikisch, s. 267. Alman Hukukunda takas, terditli (Eventualaufrechnung) olarak da dermeyeran olunabilir. Rani dâvalı bu durumlarda, takasın dermeyeranını bir iç usulü vakıaya bağlamaktadır. Bu vakıalarla dâvalı bilhassa takas yanında, dâva alacağının mevcudiyetini inkâr eder veya takastan başka mevcut olan defilerini, dâva alacağına karşı dermeyeran ederek, ancak bunların gerçekleşmesi halinde, takas definin nazara alınmasını ister. Mahkeme önce, bu vakıaları hal ederek, bunların ademi mevcudiyeti neticesine varırsa, yani dâva aacağıının tam olarak varlığı neticesine varırsa, ancak bu halde takas defini nazara alacaktır (Rosenberg, § 104, 1, 3; Nikisch, s. 268-269).

28) Gautschi, s. 123.

29) Alman hukukunda, mütekabil dâvada, taleplerden biri diğerinden önce olgunlaşmışsa, olgunlaşan talep için kısmî bir hüküm verilmesine rağmen,

da alacaklar hükme kadar ihtilâflı olduğuna göre, her iki tarafta iddia ettiği alacak hakkında müstakil isbat vasıtaları dermeyeran etmek zorundadırlar. Burada bir sual hatıra gelebilir. Bu taleplerin mevcudiyeti halinde hâkim, her iki tarafı da mahkûm eden bir hüküm mü verecektir? Bu soruya menfi cevap vermek gerekir. Zira, hâkim tarafından her iki talep de likid hale getirilince, artık bu talepler dâva edilebilirlik vasıflarını kaybederler. Zira, roma hukukundan gelen bir kaideye göre, "dolo facit qui petit quod redditurus est" yani, iade ile mükellef olduğu şeyi geri isteyen kimse hile yapmış sayılır. Bu kaide gereğince artık, hukukî talepler hukukî himayeden mahrum hale gelmiş sayılırlar³⁰. İşte hâkim, bu iki takas edilebilir alacağın mevcudiyeti neticesine varırsa, bu prensip gereğince, bu iki talebin birbirini karşıladığı nisbette, bu taleplerin dâva edilebilmek vasfının eksikliğinden dolayı, dâvayı reddedecektir³¹. Ancak bu iki talepten biri diğerini aşıyorsa, işte bu halde, bu bakiye için mahkûmiyet kararı verebilecektir.

İsviçrede bazı kanton usul kanunları, mütekabil dâvada, taleplerin birbirinden ayrılığını kabul ederek, aynı ayn müzakereye tabi tutmaktadırlar. Bu sistem her iki talebin takas edilebilir olduğu hallerde, dâvalı aleyhine olur. İşte bu hallerde dahi, karşı dâvacının takas dermeyeran edebilmesi için, bu kanton kanunları bazı özel hükümler ihtiva etmektedirler.³²

Çalışmamızın neticesi olarak diyebiliriz ki, dâvalı, karşı alacağını isterse mütekabil dâva yolu ile, isterse takas defi ileri sürerek dermeyeran edebilir. Ve bu hallerde dâvacının dâvasını reddettirebilir. Dâvalı asli dâvanın talebi bir hakem mahkemesinde karara bağlanmak gerekiyorsa, mütekabil dâva yolu ile dermeyeran edemiyeceğine göre bu hallerde karşı alacağını takas defi yolu ile ileri sürerse daha kuvvetli bir duruma kavuşmuş olacaktır. Zira, defi yolu ile dermeyeran ettiği karşı talebi bu mahkemede incelenebilecektir³³. Bu bakımdan dâvalı bilhassa bu durumlarda, karşı alacağını defi yolu ile ileri sürmelidir.

Saim ÜSTÜNDAĞ

taleplerin konusunun aynı olduğu hallerde buna cevaz verilmemektedir (Rosenberg, § 92, s. 436).

30) Bu prensip bugün MK. 2 den çıkarılabilir. Zira iade ile mükellef olduğu şeyi dâva eden kimse hakkını suiistimal etmiş demektir. Bu bakımdan vaki talebi hukukî himayeden mahrumdur. Bu kaidenin diğer bir tatbik şekli için bkz. Üstündağ, s. 117.

31) Gautschi, s. 122 vd.

32) Guldener, s. 219 ve 220 deki izahata bakınız.

33) Nikisch, s. 269.

BİBLİOGRAFYA

- ANSAY S. Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, 5. Bası, Ankara 1954.
- BAUMBACH/LAUTERBACH; Zivilprozessordnung, 22. Auflage München und Berlin 1954.
- BECKER; Kommentar Zum Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 1 - 183, Bern 1941.
- GAUTSCHİ, Hans; Verrechnungenrede und Widerklage im Schweizerischen Prozessrecht, Bern 1946, Diss.
- GULDENER Max; Beweiswürdigung und Beweislast nach Schweizerischem Zivilprozessrecht, Zurich 1955.
- GULDENER, Max; Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Band I-II, Zürich 1958-1958.
- NIKİSCH, Arthur; Zivilprozessrecht, 2. Bası Tübingen 1952.
- POSTACIOĞLU, İ.; Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İst. 1952.
- POSTACIOĞLU, İ.; Medenî Usûl Hukuku Dersleri; İst. 1957 (Teksir).
- ROSENBERG, Leo; Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht, 7. Bası, München und Berlin 1956.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/NIESE; Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.
- TUHR, Von; Borçlar Hukuku, cilt I ve II, İst. 1952 (Tercüme, Cevad Edege).
- ÜSTÜNDAĞ Saim; Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İst. 1959.