

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL – İCRA İFLAS)
ANABİLİM DALI

**MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS
HUKUKUNDA TAKAS**

YÜKSEK LİSANS

Serhat Tolga SEZER

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

Ankara 2010

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL İCRA İFLAS)
ANABİLİM DALI**

**MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKUNDA
TAKAS**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof Dr. Ramazan ARSLAN

Tez Jürisi Üyeleri
Adı ve Soyadı

İmzası

- 1) **Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**
- 2) **Yrd. Doç. Dr. Alim TAŞKIN**
- 3) **Yrd. Doç. Dr. Emel HANAĞASI**

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1
A. ÇALIŞMANIN AMACI.....	1
B. ÇALIŞMA PLANI.....	2
C. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ	2
1. TAKASIN ŞARTLARI.....	4
I. TAKASIN OLUMLU ŞARTLARI	4
i. ALACAKLARIN KARŞILIKLI OLMASI (MÜTEKABİLİYET)	4
ii. BORÇLARDA ÖZDEŞLİK (MÜMASELET)	8
iii. MUACCEL OLMASI	12
iv. DAVA EDİLEBİLİR OLMASI	13
II. TAKAS HAKKININ OLUMSUZ ŞARTLARI	15
i. TAKAS HAKKININ SÖZLEŞME İLE ENGELLENMİŞ OLMASI.....	16
ii. TAKAS HAKKININ KANUN İLE ORTADAN KALDIRILMASI	21
D. USUL HUKUKUNDA TAKAS	23

1. MEDENİ USUL HUKUKUNDA TAKAS.....	24
I. TAKAS HAKKININ KULLANMASINDAN SONRA DAVA AÇILMASI.....	24
II. TAKAS HAKKININ DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ.....	30
i. Hukuki Niteliği	31
a. Maddi Hukuk Teorisi	31
b. Usuli İşlem Teorisi.....	33
ii. Takasın Dava İçerisinde İleri Sürülme Biçimleri.....	36
a. Derdest Davada Savunma Olarak Takasın İleri Sürülmesi.....	36
b. Karşılık Dava	43
ba. Karşılık Dava Şartları.....	45
baa. Asıl Davanın Derdest Olması.....	46
bab. Karşılık Davanın Aynı Yargılama Usulüne Tabi Olması	46
bac. Asıl Dava İle Karşılık Dava Arasında İrtibat Bulunmalıdır	
bbca. Takas Talebi.....	49
bbcb. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunması	51
bbd. Karşılık Davanın Caiz Olması.....	51

bbe. Takasın Cevap Lahiyasından Sonra İslahla İleri Sürülmesi	51
c. Takas Definin Kesin Hüküm Açısından İncelenmesi	55
2. TAHKİMDE TAKAS	56
E. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA TAKAS.....	62
1. İCRA HUKUKUNDA TAKAS	62
I. Genel Bilgi	62
II. Genel Haciz Yolunda Takasın İleri Sürülmesi	63
III. Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takip	69
IV. İlamlı İcrada Takas	71
2. İFLASTA TAKAS	78
I. Genel Bilgi	78
II. İflasta Takasın Şartları	80
III. Takas Yapılamayacak Olan Haller	83
IV. Takasa İtiraz	86
V. İflasın Ertelenmesi ve Konkordato Hallerinde Takas.....	92
SONUÇ	98
BİBLİYOGRAFYA	100

KISALTMALAR

AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bknz .	Bakınız
BK.	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
HD.	Hukuk Dairesi
E.	Esas
EÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu
H.G.K.	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İİK.	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
MK	Medeni Kanun
m.	Madde
S.	Sayı
s.	Sayfa
TTK	Türk Ticaret Kanunu
T.	Tarih
vd.	ve devamı

GİRİŞ

A. ÇALIŞMANIN AMACI

Takas, hakkın kullanımı açısından yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanımı, alacak verecek ilişkilerinde yeni bir davaya ya da icra takibine gerek kalmadan, tarafların birbirlerine karşı olan edimlerini ifa etmelerine imkân sağlamaktadır. Takas bu açıdan hukuk usulünün temel ilkelerinden olan usul ekonomisine büyük katkı sağlamaktadır.

Bu sayede mahkemelerin ya da icra dairelerinin iş yüklerinin artırılmasının ya da farklı davalarda, aynı konunun tekraren hüküm altına alınmaya çalışılmasının önüne geçilmiştir. Ancak, günümüz hukukunda takas hakkının kullanılmasının sınırlarının tam olarak çizilmesi gerekmektedir. Zira özellikle bankalar ve finans kuruluşları ile kurulan hukuki ilişkilerde, ciddi manada bu kurumlar lehine ve farkında olmadan hatalar yapılmaktadır. Ayrıca bundan başka, hukuki ilişkilerde takas hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin çizilmesi gerektiği inancındayız.

Bu çalışmanın amacı, takasın, usul ve icra hukukunda hakkın korunması ve savunulması açısından etkin biçimde ve ne şekilde kullanılabileceği konusunu izaha çalışmaktır.

B. ÇALIŞMA PLANI

Giriş kısmında çalışmanın amacı ve çalışma planı incelenecektir. Bundan sonra çalışmamızda takasın maddi hukuk açısından incelemesi yapılacak ve takas kavramının hukuki niteliği incelenecektir. Çünkü takasın maddi hukukta gösterdiği etkiler, buna paralel biçimde usul hukukunda da bir takım sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bunu takiben, takasın usul hukukunda nasıl kullanılacağı incelenerek, bu inceleme esnasında tahkim konusu da ele alınacaktır. Daha sonra icra ve iflas hukukunda takas irdelenecektir. İflasın ertelenmesi ve konkordato hallerinde de takasın nasıl sonuçlar vermekte olduğu görülecektir. Son olarak da, sonuç kısmı ile çalışmanın genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

C. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Takas Borçlar Kanunu'nun 118. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda açık olarak bir tanım verilmemiştir. Doktrinde ise takas, karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi¹ ya da bir borcun, bir karşı alacağın "takas alacağının" feda edilmesi suretiyle sona erdirilmesi olarak tanımlanmıştır². Akıntürk³; takası karşılıklı ve birbirine benzeyen iki alacağın, büyüğünden küçüğünün tenzil edilmesi suretiyle karşılıklı olarak sona

¹ Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994 s. 1; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 2000, s. 436; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 1225.

² Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1972, s. 722; Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007, s.310.

³ Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 172..

ermesi şeklinde tanımlamıştır. Takas BK. m.68/1'de öngörülen, alacaklının kısmi ödeme kabul etmeme hakkına bir istisna oluşturmaktadır⁴.

Hem takas beyanı hem de kendisine bağlanmış bulunan borcu sona erdirmeye etkisini gösterebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Takas edilecek alacakların; karşılıklı, aynı cinsten, ifası istenilebilir olması ve borcun da ifa edilebilir olması gerekir⁵.

Takas, tarafların birinin irade beyanı ile meydana gelir. Taraflardan birinin karşılıklı alacakları ortadan kaldırma iradesini diğer tarafa bildirdiği takdirde, bu alacaklar daha az olan miktarca, sona erer⁶. Kural olarak, takasın hüküm doğurabilmesi için diğer tarafın onayına gerek yoktur. Bu yönüyle takas, karşı tarafa ulaşması gereken, tek taraflı bir hukuki işlem ve yenilik doğuran bir haktır⁷. Takas hakkının kullanılması ile, diğerine oranla az olan borç tamamen, çok olan borç ise az olan borç oranında ortadan kalkacaktır. Karşılık borçları bu şekilde sonra erdiren takas, bu yönüyle bozucu yenilik doğuran bir haktır⁸.

Takas ile borç sonra erdiğinden, faizin işlemesi, borcun sona erdiği kabul edilen tarihte durur, temerrüt sona erer ve cezai şart kalkar. Bu hukuki sonuçlar, takas imkânı olan karşılıklı (mütekabiliyet) anına göre belirlenir⁹. Bunun sonucu olarak takas beyanı ile her iki alacak da kesin olarak ortadan kalkar.

⁴ Uygur, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, s. 4066.

⁵ Acar, Faruk, Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklılar Arasında Teselsül, Ankara 2003, s. 249.

⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, s. 769.

⁷ Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 1999, s. 330.; Önen, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Kuralları, Ankara 1974, s. 223, Eren. s.1225.

⁸ Demirbaş, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 69; Eren, s. 1225; Uygur, s.4068

⁹ Uygur, s.4069.

Takasın meydana getirdiği bu sonuç, geri alınamayacağı gibi, her iki tarafın anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz. Ancak, tarafların takasın sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmaları, takas edilen alacakların aynı içerikle yeniden kurulması şeklinde yorumlanabilir¹⁰.

Takas yenilik doğuran bir hak olduğu için, alacakların sona ereceği zamanın, takas beyanına karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sonuçlarını doğurması ve alacakların bu anda sona ermesi gerekirdi. Ancak BK. m. 122/2’de başka bir görüş benimsenmiş ve buna göre, takasın, takas edilen alacak hakkının, bu hakkın takasa elverişli olduğu anda sona erdireceği hükme bağlanmıştır¹¹.

Takas, borçlunun hem kendi alacağını hem de karşı tarafın alacağını sona erdirdiği ve dolayısıyla her iki alacak üzerinde tasarrufta bulunduğu için tasarruf işlemidir. Bu nedenle, borçlunun takas edilecek alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunması gerekir, tasarruf yetkisi yoksa takas beyanı hukuki sonuç doğurmaz¹².

Bir alacak üzerinde rehin tesis edilmişse (MK. m. 868), takas rehin alan aleyhine, dürüstlük ilkesine aykırı olarak ileri sürülemez¹³. Takasın etkisi geçmişe yürür, yani takas edilen alacak ve borç takas imkânının doğduğu andan itibaren ortadan kalkar, o andan itibaren faiz işlemesi de sonra erer¹⁴.

¹⁰ Eren, s.1231.

¹¹ Eren, s.1231.

¹² Eren, s.1226.

¹³ Ayan, s. 310.

¹⁴ Ayan, s.313; Eren, s.1232.

Takas beyanında bulunan bir kimse ile karşı taraf arasında takas edilebilecek birden çok karşılıklı alacak ve borç mevcutsa, takasta bulunan kişi, hangi alacağın hangi borcu ile takas ettiğini takas bildiriminde açıklamalıdır¹⁵.

1. TAKASIN ŞARTLARI

İki alacak arasında takasın yapılabilmesi için bazı şartların olması gerekmektedir. Bunlar olumlu şartlar ve olumsuz şartlar olarak ikiye ayrılır. Öncelikle olumlu şartlar incelenecektir. Takasın olumlu şartları; alacakların karşılıklı olması, bu alacakların aynı kapsam ve nitelikte olması ve karşılıklı alacakların muaccel olması gerekmektedir. Tekinay¹⁶; bu şartlara ayrıca karşılıklı alacakların geçerli olması ve dava hakkı ile teyit edilmiş bulunmaları gerektiğini de eklemiştir. Takasın olumsuz şartları ise, hem kanundan hem de sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

I. TAKASIN OLUMLU ŞARTLARI

i. ALACAKLARIN KARŞILIKLI OLMASI (MÜTEKABİLİYET)

Alacakların karşılıklı olması, iki kişinin karşılıklı olarak birbirine borçlu olmasıdır¹⁷. Bu iki alacak, aynı borç ilişkisinden doğabileceği gibi, farklı hukuki nedenlerden de kaynaklanabilir¹⁸. Henüz doğmamış veya takas anında sona ermiş

¹⁵ Eren, s.1232.

¹⁶ Tekinay, s. 770.

¹⁷ Reisoğlu, s. 331.; Ayan, s.311.

¹⁸ Çuhacı, Şemsettin, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme, İstanbul 2000, s. 166; Aral, s.18; Uygur, s.4066.

alacaklar takas edilemez. Çünkü bu durumda birbirini sona erdirecek alacaklar bulunmamaktadır¹⁹.

Ancak borçluların, karşılıklı alacakları takasa konu olabilir. Bu nedenle, kefil kendisine ileri sürülen kefalet borcunu, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu alacakla takas edemez. Aslında kefilin, asıl borçluya ait olan diğer defi ve itirazları kullanabilmesi, sadece asıl borçlunun kendisine bu konuda yetkili kılması halinde geçerli olur. Lakin takas hakkını kanun koyucu bu yetkinin dışında bırakmıştır. BK. m. 119, kefile asıl borçlunun takas dermeyan etme hakkının bulunduğu hallerde, alacaklıya ifadan kaçınma hakkı vermektedir. Kanun, burada kefile geçici bir defi hakkı tanımıştır. Lakin kefil, alacaklının bir takas hakkı olduğunu bilmeden edada bulunursa verdiği geri alamaz²⁰.

Ancak, kefil alacaklıya karşı bir alacağa sahipse, bu alacakla kefalet borcunu takas edebilir. Asıl borçlu bu takas oranında asıl borçtan, kefil de kefil olduğu borçtan kurtulur²¹. Asıl borçlunun kefalet ile teminat altına alınmış borcuna karşılık, alacaklıdan olan alacağını takas etmesi halinde de, BK. m. 122/2 gereği asıl borcun sona erdiği oranda kefalet borcu da sona erecektir²².

Asıl borçlu, kendisine ait defilerden feragat etse dahi, kefil kural olarak bunlardan yararlanır. Bu husus, asıl borçlunun kendi davranışıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinden kaynaklanmaktadır. Ancak takas defi, bunun istisnası olup, asıl borçlu takas hakkından feragat ederse, bu feragat kefil hakkında da hüküm

¹⁹ Eren, s.1227.

²⁰ Reisoğlu, Safa, Kefilin Defi Hakları, BATİDER, C. I, s.200; Şahan, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 136; Uygur, s.4066.

²¹ Aral, s.20; Reisoğlu s. 332; Gülçin, Elçin, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, s. 37 vd.,

²² Yavuz, Nihat, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2009, s. 190; Şahan, s. 135.

ifade edecektir²³. Zira takas hakkı BK m.119 uyarınca yenilik doğurucu bir hak olması sebebiyle, asıl borçlunun takas hakkından feragat etmesi durumunda, kefilin BK. m. 119'da kendisine tanınan geçici defiyi kullanamayacaktır.

Ayrıca üçüncü şahsın yararına yapılan sözleşmelerde, borçlu, üçüncü şahsa karşı olan borcunu, diğer tarafın kendisine olan borcuyla takas edemez²⁴.

Aynı durum müteselsil borçlular bakımından da söz konusu olmaktadır. Zira müteselsil borçlulardan birinin alacaklıdan olan alacağı ile, diğer müteselsil borçlular, müteselsil borçluluktan kaynaklanan borcunu takas edemezler. Çünkü diğer müteselsil borçlular, bu meyanda üçüncü kişidir, ancak kendi alacakları ile alacalıya olan borçlarını takas edebilirler²⁵. Aynı şekilde müteselsil alacaklılar da, müteselsil alacaklı diğer arkadaşının borcu için kendi alacağını takas edemez²⁶.

Bir işletme çeşitli şubelere sahip bulunsa bile tek bir kişi sayılır. Bu şubelerden birine borçlu, diğerinden alacaklı olan bir kimse, bu kişiye karşı işletme alacak ve borcunu takas edebilir. Ancak şubeler tüzel kişiliğe sahipse bu mümkün değildir²⁷.

Karşılık ilişkisinin istisnası alacağın temlik durumunda görülür²⁸. Alacağın temlik edilmesi durumunda, BK. m. 167 hükmü geçerlilik kazanır. Bu hükme göre, alacağın temlik edildiğinin öğrenildiği tarihte, borçlunun temlik edenden bir alacağı

²³ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2008, s.568.

²⁴ Reisoğlu, s. 331; Akyol, Şener, Tam 3. Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s.223; Eren, s.1227; Uygur, s.4066.

²⁵ Akıntürk, s.173; Canyürek, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler 2003, s. 73; Eren, s.1227.

²⁶ Acar, s. 252, “ *Borçlu bir müteselsil alacaklıdan alacağı ile başka bir müteselsil alacaklının ifa talebiyle karşılaşınca, takas beyanında bulunamaz. Böyle bir durumda takas için gerekli olan karşılıklı olma şartı oluşmaz.*”; Acar, s.254; Uygur, s.4066.

²⁷ Eren, s.1227.

²⁸ Eren, s.1227; Uygur, s.4067.

mevcut ise, bu alacak vadeye bağlanmış olsa bile, temlik edilen alacaktan önce muaccel olması kaydıyla, borçlu bu alacağını temlike konu teşkil eden alacakla takas edebilir²⁹.

İİK. M. 120/2, karşılık ilişkisinin diğer bir istisnasıdır. Bu maddeye göre hacze iştirak etmiş alacaklıların hepsi veya içlerinden biri, üçüncü kişideki alacağın tahsili için ya da üçüncü kişiye karşı sahip olduğu dava açma hakkını üzerine alabilir. Yani bu alacaklılar, tahsil için borçluyu temsil ederler. Ancak bunlar borçlunun haklarına halef olmazlar. Borçlunun takip alacaklısına karşı takas hakkı devam eder.

MK. 884 maddesi gereğince borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli gayrimenkul sahibinin, borçlunun tabi olduğu kurallar gereğince, borcu ödeyerek gayrimenkul üzerindeki ipoteği kaldırabilir, ödediği borç için alacaklı yerine geçebilir. Uygur³⁰; bunu takasta aranan karşılıklı olma şartının bir başka istisnası olduğunu belirtmiş, bu istisnai hükümden BK. m. 109/1'deki halefiyet kuralından yararlanmak suretiyle menkul rehinleri için de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Bundan başka kanunla gelen bir başka istisna ise TTK. m. 1301'dedir. Madde hükmüne göre sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer. Yani sigortacı sigorta ettirenin halefi konumuna geçer. Sigortacı, sigorta ettiren adına takip ettiği rücu tazminat davalarında, takas talebinde bulunabilir. Mahkeme bu takas talebine göre karar vermek zorundadır³¹.

Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesi, mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandıramaz demiştir.

²⁹ Dayanırılı, Kemal, Alacağın Temliki, Ankara 2008, s. 219 vd.; Uygur, s.4067.

³⁰ Uygur, s.4067.

³¹ 3. HD., 10.02.1992 T., 1992/5599 K., 1992/2037 K.

Ancak aynı madde de bankanın takas hakkını kullanmasını istisna olarak görmüştür. Bu şekilde karşılıklı alacaklı olan mevduat sahibi ve bankadan, bankanın takas hakkı korunmuştur.

ii. BORÇLARDA ÖZDEŞLİK (MÜMASELET)

Takas olması için, takas konusu şeylerin aynı cinsten ve neviden olması gerekmektedir. BK. m. 118 hükmüne göre; bir miktar paranın ya da nitelikleri özdeş olan başka malları karşılıklı olarak borçlu olanlar takas yoluyla borçlarını sonlandırabilirler. Borçlanılan edimlerin ifade birbirlerinin yerine geçebilecek nitelikte olması gerekir³². Yani ferdiyle belirlenmiş borçlarda takas mümkün olmadığı gibi, mahiyetleri ve cinsleri farklı olan borçlar da takas edilemez³³. Para borçlarında tarafların birbirine karşı borçlu oldukları para birimi aynı ise, bu borçlar aynı türdendir³⁴. Para borçları ile hizmet veya maddi edim borçları aynı türden olmadıkları için birbirleriyle takasları mümkün değildir³⁵.

Borç konuları arasında ayniyetin daha başlangıçtan itibaren bulunması zorunlu değildir³⁶. Alacakların özdeşliği, takas beyanının yapıldığı ana göre belirlenir³⁷. Alacaklardan birinin ya da ikisinin de çekişmeli olması³⁸ da takasa engel değildir³⁹, yani takas, beyan edildiğinde alacakların aynı cinsten olması yeterlidir.

³² Aral, s. 30; Berki, Şakir, Borçların Sükutu, AÜHFD 1955, C. XII S. 1-2, s.221.

³³ Ayan, s. 31; Eren, s.1228.

³⁴ Eren, s.1227.

³⁵ Eren, s.1228.

³⁶ Tunçomağ, s.728; Aral, s. 30.

³⁷ Ayan, s. 311; Eren, s.1228; Uygur, s.4067.

³⁸ BK. m. 118/2 "Alacaklardan biri, münazaalı olsa bile takas dermeyan olunabilir."

³⁹ Eren, s. 1229; Uygur, s.4066.

Takas konusu alacağın, başka bir mahkemede dava konusu yapılmış olması, takas definin ileri sürülmesine engel teşkil etmez.

Takas edilecek alacaklardan birinin kamu hukukundan, diğerinin özel hukuktan doğması da mümkündür. Ancak kamu alacağının özel alacakla takas imkânı sadece kamu kuruluşlarına tanınmıştır⁴⁰. Yani kamu kuruluşunun kamu hukukundan kaynaklanan vergi, harç gibi alacakları takasa konu değildir, ama bu kuruluşların özel hukuktan kaynaklanan alacakları her zaman takasa konu edilebilir.

Aynı türden olan borçların ifa yerleri, aynı yer olabileceği gibi, farklı yerler de olabilir. Keza bu alacakların uyumsuzluk halinde dava edilecekleri mahkemeler de farklı olabilir⁴¹.

Nomer⁴²'e göre; para borcunun konusu, bir para primi ile ifade edilmiş değer in sağlanmasıdır. Borçlanılan para biriminin, alım gücüne göre değeri değışse dahi, rakamla ifade edilen itibari (nominal) değeri esas alınır. Bu sebeple para borcunun bir meblağ⁴³ borcu olduğu söylenebilir.

Ödeme aracının farklılığı borcun konusu ile ilgili değil, ifanın tarzı ile ilgilidir. Ancak tarafların önceden belirli bir para primi ile borcun ödenmesini kararlaştırmış olmaları durumu bunun dışındadır⁴⁴. Efektif ödeme kaydı içeren yabancı para borcu ile milli para borcunun birbiriyle takası tartışmalıdır. Aynı şekilde kıymetli evraktan kaynaklanan borç ile para borcunun takası da tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre, aynı para birimi üzerinden olmayan borçlar aynı cinsten

⁴⁰ Eren, s.1228.

⁴¹ Aral, s. 30; Eren, s.1228; Uygur, s.4067.

⁴² Nomer, Haluk, Para Borçlarının Takas Edilebilirliği, İÜHFİM, C:LVII, S.1-2, 1999, s. 242 vd.

⁴³ BK. m. 118'de de para borcu için bir miktar meblağ ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁴ Nomer, s.244.

borçlar olarak kabul edilmezler. Memleket parası borcu ile yabancı para borcu aynı cinsten değildir. Keza farklı para birimlerinden olan karşılıklı yabancı para borçları da aynı cinsten değildir. BK. m.83/2 gereğince borçlu borcunu memleket parası ile ödemeyi tercih ederse, alacaklar aynı cins olur. Bu sayede takas imkânı yabancı para borçlarında teknik olarak borçluya verilmektedir, çünkü seçim hakkı ona aittir. Alacaklı borcu memleket parası ile talep etme hakkı olmadığı için takas hakkı da yoktur⁴⁵. Ancak taraflar, sözleşmeye aynen ödemek gibi bir hüküm koyarlarsa borçlunun da böyle bir takas imkânı kalmayacaktır. Bunun sebebi olarak da aynen ödeme kaydının, para borcunu değer sağlama borcu olmaktan çıkarıp, onu bir mal borcu haline getirdiği düşüncesi gösterilmektedir⁴⁶.

Her ne kadar doktrinde farklı paraların aynı cinsten görülmesi gerektiği ifade edilse de, hem alacaklıya hem de borçluya takas imkânı tanınması gerektiği belirtilmiştir. Takasa konu borçların para birimlerinin konvertibil yani rahat değiştirilebilir olması durumunda, takas imkânı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak paranın konvertibil olup olmadığının taraflar arasında tespiti zor olabilir. Bundan başka paranın değerinin piyasa şartlarına göre ani değişiklikler göstermesi, hem taraflar arasında hakkaniyetin sağlanmasının engellenmesine, hem de taraflardan birisinin kötü niyetli davranışına sebebiyet verebilir. Zira günümüzde küresel ekonomik krizler ve de ülke ekonomilerindeki ani değişiklikler, tarafların menfaat dengesini ziyadesiyle bozabilir. Sabah değerli olan bir para birimi, öğleden sonra oluşan ani bir krizle, diğer para birimi karşısında ani ve sert düşüşlerle normalden daha değersiz hale gelebilir. Bu nedenle farklı para birimleri arasında bu

⁴⁵ Nomer, s. 250.

⁴⁶ Nomer, s.251.

şekilde takasa imkân verilmesi taraflardan birisinin menfaatini önemli bir biçimde zedeleyebilir.

Buna karşılık efektif (aynen) ödeme kaydı içermeyen yabancı para borcu, milli para borcu ile takas edilebilir⁴⁷. Bu Borçlar Kanunu madde 83/2 gereğidir. Zira maddede aynen ödeme kaydı yoksa borcun vadesinde yabancı paranın rayici değerinde borç son bulacaktır.

Tüm bu tartışmaların cebri icra için geçerli olmadığı açıktır. Zira aynen ödeme kaydı olsa dahi, alacaklı, BK.m.83/3 hükmü gereğince memleket parası ile tatmin edilecektir. Alınacak harç da, yabancı paranın o günkü memleket parasına olan karşılığı olacaktır. Bu durumda borçlunun da, alacaklının da takas talep etmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Takas yapılırken, yabancı paranın değerinin tespit anı BK. m. 122/2 gereğince takasın hüküm doğurduğu an, yani takasın yapılabileceği andır. Bu nedenle değer tespiti yapılırken, takas beyanının yapıldığı an değil, takasın hüküm doğurduğu, takasın yapılabileceği ilk andaki kur esas alınmalıdır⁴⁸. Hukukumuzda muacceliyet anındaki kur esas alınır. BK. m.83/2 hükmü gereğince muacceliyet anındaki değer geçerlidir. Buna göre, takasta da yabancı para borcunun muaccel olduğu an esas alınacaktır. Ancak BK. m. 83/3 hükmü gereğince, alacaklıya ister fiili ödeme günü isterse de vade tarihindeki yabancı para rayicinden birisini seçme şansı verilmiştir. Bu durumda takas beyanı yapıldığında, alacaklı için vade günündeki kurun mu yoksa

⁴⁷ Eren, s. 1228.

⁴⁸ Nomer, s.258.

fiili ödeme günündeki kurun mu daha karlı olduğu tespit edilip, ona göre takas yapılacaktır⁴⁹.

Bundan başka yabancı para borçlarında, borçlunun seçimlik hakka sahip olduğu durumlarda⁵⁰ (BK. m.83/2) ve borçlunun takas beyanında bulunabileceği durumlarda, takasın yapılacağı an, en erken, takas beyanının yapıldığı andır. Buna göre takas beyanının yapıldığı andaki kur esas alınmalıdır.

İflasta da İİK. m.198 ile konusu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesi nedeniyle, karşılıklı alacakların konusunun paraya dönüşmesi ve takasın mümkün hale gelmesi sağlanmıştır⁵¹.

iii. MUACCEL OLMASI

BK. m. 118/1'de takasın şartı olarak alacağın da muacceliyet kesbetmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Kanundaki ifadenin tersine her iki alacağında muaccel olması şart değildir, takas beyan edenin alacağının muaccel, borçlunun alacağının ise ifa edilebilir olması yeterlidir⁵².

İki alacaktan biri muaccel, biri ifa edilebilir olduğunda, sadece alacağı muaccel olan alacaklı takas hakkını kullanabilir⁵³. Ancak Borçlar Kanunu buna bir istisna getirmiş ve m. 121 ile iflas durumunda alacaklıların müflisten olan alacaklarının muaccel olması beklenmeden, alacaklarını takas edebileceğini

⁴⁹ Nomer, s.259.

⁵¹ Ayrıntılı açıklama için bkznz. dpnt. 309 vd.

⁵² Aral, s. 37; Reisoğlu, s.332 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 440; Eren, s.1229.

⁵³ Aral, s. 37.

belirtmiştir. Çünkü iflasın açıklanması ile müflisin tüm borçları muacceliyet kesbeder. Bu durumda takas için gerekli muacceliyet şartı oluşur. İflas küllü bir icra yolu olduğundan, bir kül halinde ve tek seferde müflisin borçları ödenecektir. Bu nedenle iflasın açılması ile kanun tüm alacakların alacağına muacceliyet kazanacağını belirtmiştir.

Kanun Koyucu takas alacağına muaccel olması şartına bir istisna getirmiştir. Bunu da BK. m. 167’de alacağın temlik hükümlerinde belirtmiştir. Şöyle ki; bu fıkra takas hükmüne getirilen bir kısıtlama olup, temlik edilen alacağın borçlusunun alacağı temlikin borçluya bildirilmesi anında muaccel değil ise, temlikten sonra muaccel olacak alacak için, temlik edilen alacağın borçlusu takas definden mahrum bırakılmıştır⁵⁴. Burada önemli olan öğrenme olup, temlikten sonra dahi eğer alacağın borçlusu temliği öğrenmemişse takas talebinde bulunabilecektir⁵⁵.

Geciktirici şarta bağlı alacaklarda ise şart gerçekleşmeden takas talep edilemez⁵⁶. Ancak şart bozucu ise, takas mümkündür, fakat şartın gerçekleşmesi durumunda alacaklı sebepsiz zenginleşme hükümlerince aldığı iadeye zorunlu olur⁵⁷. Aynı nedenle süreye bağlı alacak da takas edilemez⁵⁸.

iv. DAVA EDİLEBİLİR OLMASI

⁵⁴ Dayınlarlı-Dayınlarlı Temlik-, s. 197; Helvacı, Mehmet, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Kambiyo Senetlerinde Defiler, C.1., İstanbul 2007, s. 656.

⁵⁵ Aral, s. 44; Dayınlarlı- Dayınlarlı Temlik-. S. 198 vd.

⁵⁶ Önen, s.218; Tunçomağ, s. 730; Aral, s. 39; Oğuzman/ Öz, s.440; Ayan, s.312.

⁵⁷ Tunçomağ, s.730.

⁵⁸ Önen, s. 220; Aral, s. 40.

Bu şartın varlık sebebi, takasın, karşı tarafın iradesine rağmen karşılıklı iki alacağı sona erdiren hukuki bir kurum olmasıdır⁵⁹. Yani BK. m. 118'e göre, takasa konu bir alacağın olması için alacağın ifa edilebilir olması gerekir. Gerçekten bir kimsenin alacağı eksik borca taalluk ediyorsa, alacaklı bu alacağını dava edemeyeceğine göre takas da edemez⁶⁰. Buna karşılık, asıl alacağın dava edilebilir olması şart değildir. Takas hakkını kullanan kimse, eksik bir asıl alacakla da kendi alacağını takas edebilir⁶¹. Eksik borcunu ifa edebilenin bunu takas etmesi de mümkündür⁶².

Ancak kanun koyucu bunun da istisnasını BK. m. 118 de düzenlemiştir. BK. m. 118/3 ile zamanaşımına uğramış alacaklar için istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; zamanaşımı uğramış alacak, takas dermeyeran edilebileceği zamanda zamanaşımını ile sakıt olmuş değilse, onun da takası dermeyeran olunabilir. Alacaklı, alacağı zamanaşımına uğramadan önce borçlanmışsa takas mümkün, eğer alacaklının alacağı zamanaşımına uğradıktan sonra borçlanmışsa takas mümkün değildir⁶³. Buna göre, haksız fiilden doğan alacak takas beyan edildiği tarihte zamanaşımına uğramış olsa bile, dava tarihine göre zamanaşımına uğramış değilse, dava edilen alacakla takas edilebilir⁶⁴.

Takas alacağının defi hakkıyla yüklü olmaması şartı, BK.m. 118'e ve takas müessesesine hakim olan bir düşüncenin gereğidir⁶⁵. Takas için alacakların geçerli olması ve bunlardan birinin herhangi bir defi veya itiraza uğramış olmaması

⁵⁹ Aral, s. 51.

⁶⁰ Oğuzman/ Öz, s. 440; Eren, s.1229.

⁶¹ Eren, s.1229; Aral, s.54.

⁶² Eren, s.1229.

⁶³ Tunçomağ, s. 730; Reisoğlu, s. 333.

⁶⁴ Uygur, s.4068.

⁶⁵ Aral, s.51.

gerekmektedir. Yani kendisine karşı bir defa öne sürülebilen alacaklar da takas edilebilir, fakat bunlara karşı defa öne sürülmesi ile takas hükümsüz hale gelir⁶⁶.

Sözleşmelerin devrinde ise farklı bir durum söz konusudur. Sözleşmeden kaynaklanan alacaklarda taraflar sözleşmeyi devredecek olursa, yani BK. m. 143'deki müteselsil borçluluk söz konusu olduğunda, devirden önce borçlunun muaccel olmuş bir alacağı bulunursa, borçlu takas defini kullanabilecektir. Zira takasın geriye etkili şekilde yapılabileceği, sözleşmede kalan, yani sözleşmeyi devretmeyen, tarafın, sözleşmeyi yüklenene karşı devirden önceki alacaklardan dolayı takas beyan etme hakkı vardır⁶⁷.

Tam üçüncü şahıs yararına yapılan sözleşmelerde, sözleşme kuran borçlu, alacaklıdan olan talebini üçüncü şahsın alacağı ile takas edemez. Ancak borçlunun üçüncü şahıstan bir alacağı varsa bunu takas etmesi mümkündür⁶⁸.

BK. m. 118/2 daha ziyade, davalardaki muhakeme usulüne ilişkindir. Öyle ki, dava taraflardan birinin alacağına karşı diğerinin bir itiraz veya defa ileri sürmüş olması halinde, takasın etkisizliği hemen kabul edilmemeli, davanın sonu beklenmelidir⁶⁹. Zira ödemezlik defa gibi erteleyici defilere tabi alacaklarda takas, defa hakkı kullanıldığı takdirde ileri sürülemez. Aynı durum karşı tarafın seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borçlarda da söz konusu olur. Zira aksi halin kabulü,

⁶⁶ Tunçomağ, s. 731; Oğuzman/ Öz, s. 440.

⁶⁷ Ayrancı, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003, s. 146.

⁶⁸ Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s. 223.

⁶⁹ Tekinay, s. 774 vd.

takas bildiriyle birden çok ediminden birini seçme hakkına sahip olan karşı tarafın bu hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurur⁷⁰.

II. TAKAS HAKKININ OLUMSUZ ŞARTLARI

Takas hakkının kullanılabilmesi için, takasın olumlu şartlarının bulunması gerekliliğinden başka, olumsuz şartlarının da bulunmaması icap etmektedir. Taraflar takas beyanında bulunma hakkını, takastan feragat sözleşmesi ile ortadan kaldırmamış olmalı ve takas hakkının kullanımı kanun ile yasaklanmamış olmalıdır. BK. m. 124’de de borçlunun takastan feragati tek taraflı bir feragat olmaz. Yukarıda da belirtildiği şekilde bir feragat sözleşmesi ile olur⁷¹. Bundan başka takas hakkı kanunla da engellenmemiş olmalıdır. Aşağıda bu iki şart irdelenecektir.

i. TAKAS HAKKININ SÖZLEŞME İLE ENGELLENMİŞ OLMASI

Takasın düzenlendiği Borçlar Kanunu hükümleri esas itibariyle yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁷². Yani taraflar sözleşme ile kanun maddesi aksine hükümler koyabilirler. Taraflar sözleşme ile kanunda öngörülmemiş takas halleri düzenleyebilirler⁷³. Sözleşme ile takas hakkının kullanılması engellenebilir. BK. m. 124 hükmü buna müsaade etmektedir. Bu maddede düzenlenen takastan feragat, borçlunun tek taraflı bir irade açıklamasıyla değil, tarafların karşılıklı ve birbirine

⁷⁰ Eren, s.1229.

⁷¹ Eren, s.1230.

⁷² Aral, s.66.

⁷³ Eren, s. 1226.

uygun iradeleriyle kurulan bir sözleşmeyle gerçekleşir⁷⁴. Takas sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Takas sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği, sözleşmenin kurulması ve geçerliliği hakkındaki genel hükümlere tabidir⁷⁵.

Akdi takasta takas edilecek alacakların aynı türden olması, karşılıklı ve muaccel bulunması şartı aranmaz⁷⁶. Yukarıda belirtildiği üzere taraflar sözleşme ile takas şartlarını istedikleri gibi düzenleyebilirler. Örneğin swap sözleşmelerinde farklı işlemlerden kaynaklanan, farklı ifa tiplerine tabi tüm alacakların, muaccel olup olmamalarına bakılmaksızın takası söz konusu olabilir. Bu düzenleme ile muacceliyet ve aynı cinsten olma şartı taraflarca ortadan kaldırılabilir⁷⁷. Bu durum, takas hükümlerinin emredici hukuk kuralı olmamasının bir sonucudur. Takas hükümleri düzenleyici hükümler olduğundan, taraflar takasa konu olan alacakları isterlerse takas dışı bırakabilirler⁷⁸.

Borçlunun bir karşı alacağa sahip olduğunu bilerek, nakden ödeme taahhüdünde bulunması, borçlunun takastan feragat ettiği manasına gelmez⁷⁹. Ancak bazı Alman mahkeme kararlarında ilk talepte ödeme kaydını içeren bir garantinin bulunması durumunda, garanti veren bankanın zımnen takas hakkından feragat ettiği sonucuna varılmaktadır⁸⁰.

Hemen veya en kısa zamanda ödeme taahhüdü veya keşide edilen poliçede belirli bir vadenin öngörülmüş olması ve keşidenin kabul edilmesi takastan feragat

⁷⁴ Aral, s.66.

⁷⁵ Eren, s.1226.

⁷⁶ Eren, s.1226; Aral, s. 7.

⁷⁷ Keskin, Ayşe Dilşad, Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, Ankara 2008, s. 239.

⁷⁸ Eren, s. 1226.

⁷⁹ Aral, s.68.

⁸⁰ Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009, s.185.

manasına gelmez. Ancak borçlunun, takas yetkisi olduğunu bilerek, bir karzın mümkün olan en çabuk zamanda iade edileceğini taahhüt etmesi, takastan feragat sayılır⁸¹.

Garanti sözleşmelerinde, garanti veren, genel bir şekilde tüm defî ve itirazları ileri sürmekten feragat edebilmektedir. Bunun takası da kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, bu şekilde verilen genel bir feragatin takas hakkını da kapsadığını ileri sürmekte; diğer bir görüş ise, bunun takas hakkından feragat manasına gelmeyeceği kanaatini taşımaktadır. Canbolat⁸²; tüm defî ve itirazlardan önceden feragat etmenin mümkün olmayacağını belirterek, garanti verenin, tüm defî ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmesinin, sadece temel ilişki ve karşılık ilişkisinden -dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirerek- doğan defî ve itirazlara hasredilmesinin, garanti sözleşmesinden kaynaklanan defî ve itirazlardan da feragat ettiği manasına gelmeyeceğini ifade etmiştir.

Akdin kurulması esnasında, alacaklı, fiili yani aynen ifanın kendisine faydalı olacağını bildirmişse ya da borçlunun bunu dürüstlük kuralı gereğince bilmesi gerekiyorsa ve borçlu bunu bilerek sözleşme yapmışsa, zımni bir feragat sözleşmesinin olduğu kabul edilmelidir⁸³. Tam üçüncü şahıs lehine sözleşmede, borçlunun bu sözleşmeden doğan borcunu üçüncü şahıstan alacağı ile takas etmesinin, lehine taahhütte bulunanın menfaatine aykırı olduğu, akdin kurulması esnasında açıkça ortada ise ve bu durum borçlu tarafından bilinebilirse, takastan zımnen feragat söz konusudur⁸⁴. Örneğin garanti veren banka, takas beyanında

⁸¹ Aral, s.69.

⁸² Canbolat, s.184.

⁸³ Aral, s.69.

⁸⁴ Aral, s.70.

bulunarak, garantiden doğan borcunu, garanti alandan olan alacağı oranında sona erdirebilir.

Ancak edimi garanti edilenin, temel ilişkiden doğan alacağını, garanti veren bankaya temlik etmek suretiyle, bankanın, bu alacağa dayanarak garanti alana takas beyanında bulunması kabul edilemez⁸⁵. Zira edimi garanti edilenin alacağının temliki üzerine bu alacağa dayanarak garanti verenin takas beyanında bulunabilmesi, garantinin likidite sağlama amacına aykırılık oluşturacaktır⁸⁶.

Akreditif sözleşmelerinde de takas yasağı söz konusudur. Niteliği gereği akreditif açmakla, akreditif bankası kesin olarak akreditife yabancı alacaklarla, lehtarın akreditif alacağını takas etme hakkından feragat etmiş olur. Bu nedenle akreditif bankası, amirin veya herhangi bir üçüncü kişinin, lehtardan olan alacağını temellük ederek lehtara takas beyanında bulunamayacaktır⁸⁷.

Ancak akreditif bankasının, örneğin satıcıya açtığı krediden doğan alacağını, lehtarın akreditif alacağı ile takas etmesi mümkün olacaktır. Görevli bankanın, lehtara akreditif bedelini öderken, lehtardan olan bir alacağı ile takas beyanında bulunması da geçersizdir⁸⁸.

Alacağın temliki halinde de, borçlu, temlikten önce BK. m. 124 hükümlerince takastan feragat etmişse, temellük edene, yani temlik alana karşı da takas hakkını kullanamaz⁸⁹.

⁸⁵ Canbolat, s.183.

⁸⁶ Canbolat, s.183.

⁸⁷ Reisoğlu, Seza, Akreditif, Ankara 2009, s.199.

⁸⁸ Reisoğlu,- Reisoğlu Akreditif-, s.199.

⁸⁹ Dayınlarlı- Dayınlarlı Temlik-, s.222.

Takas yetkisinin kullanılması herhangi bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Bu itibarla bu yetkinin kullanılmaması ancak özel durumlar haklı gösteriyorsa, takastan feragat sayılır. Borçlunun borcunun sadece küçük bir kısmını takasla sona erdirmesi, kalan kısmı için takas hakkını kullanmaması halinde zımni bir feragatin kabul edilmesi gerekir. Onaylı ve dönülmez belgeli akreditiflerde takastan zımnen feragat edildiği kabul edilmektedir⁹⁰.

Takastan feragat ile ilişkin BK. m. 124 hükmü, esas alacağın borçlusu için geçerlidir. Alacaklı için herhangi bir feragat söz konusu değildir. Ancak taraflar sözleşme ile her iki tarafın da takastan feragat etmesini sağlayabilirler. Eğer takastan feragat sözleşmelerinde yoruma ihtiyaç duyulursa, takastan feragat eden borçlu lehine, sözleşmeyi kaleme alan aleyhine yorum kuralı uygulanır⁹¹.

Alacaklının, borcunu ödemekte aciz halinde olması durumunda borçlunun takastan feragat taahhüdü geçerli olmaz. Çünkü bu durumda feragat alacaklının ödeme kabiliyetinin olduğu varsayımı ile verilmiştir. Alacaklının ödeme kabiliyetini kaybetmesi ve feragat sözleşmesi nedeniyle borçlunun zarara uğraması beklenemez⁹². Alacaklının alacağı temlik edilse dahi, borçlu alacağı devir alana takastan feragatinin geçersizliğini ileri sürebilir⁹³. Takastan feragat sözleşmesi ile borçlunun takas talep etmesi geçersiz hale gelir. Takasla, sona erdirilmesi amaçlanan borç sona ermez.

⁹⁰ Aral, s.70.

⁹¹ Aral, s.71.

⁹² Aral, s.71, *Bir Alman Mahkemesi kararında da borçlunun aciz halinde olması durumunda, garanti alanın ödeme gücünün bulunmadığı durumlarda, garanti veren bankanın takas hakkını kullanmadan alacağını tahsil edemeyeceği durumlarda, ancak takas hakkının kullanılacağı belirtilmiştir.* Bknz. Canbolat s. 185.

⁹³ Aral, s 71; Ayan, s.311.

ii. TAKAS HAKKININ KANUN İLE ORTADAN KALDIRILMASI

BK. m. 123'ün kenar başlığı takasa kabil olmayan alacaklardır. Kanun koyucu, bu maddede, şu alacaklara ilişkin olarak borçluya takas imkânı vermemiştir:

- 1- Tevdi edilmiş veya haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş bulunan bir şeyin iadesine veya bedeline taallük eden mutalebeler.
- 2- Nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar.
- 3- Devlet ve vilayet ve köyler lehine olarak hukuku ammeden neşet eden alacaklar.

Söz konusu madde ile borçluya, alacaklıdan olan alacağına karşı takas yasağı getirmiştir. Ancak alacaklıya karşı böyle bir yasaklama getirmemiştir. Bu halde alacaklı kanunun kendisine tanıdığı korumadan zımnem feragat etmiş olur⁹⁴. Aral⁹⁵; bu kuralın ayrıca taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile de bertaraf edilebileceğini iddia etmektedir. Buna temel olarak da takasa ilişkin kuralların yedek hukuk kuralı olduğu ve madde metninden bunun aksi bir görüşün çıkamayacağını belirtmektedir.

BK. m. 123'de sayılan tevdi edilmiş veya haksız olarak alınmış ya da hile ile alıkonulmuş bulunan bir şeyin iadesine veya tazminine ilişkin alacaklar ile nafaka ve iş ücreti gibi alacaklarda takas hakkının kullanılması, alacaklının kabulüne bağlanmıştır. Bu alacaklarda ancak alacaklı kabul ettiği takdirde borçlu takası ileri sürebilir⁹⁶. Ancak bunlar alacaklının geçim ihtiyacından fazla olduğu takdirde,

⁹⁴ Aral, s.72.

⁹⁵ Aral, s.73.

⁹⁶ Eren, s.1230.

fazlanın takas edilmesi mümkündür⁹⁷. Ancak eğer takas talep eden borçlu, bu takas talebini, alacaklının haksız zilyetliğine karşı ileri sürüyorsa bu takas talebi geçerli olacaktır⁹⁸.

BK. m. 123/2'deki nafaka ve işçi ücreti gibi ifadesinden, bunların örnek olarak verildiği, kanun koyucunun buradaki saymasının sınırlayıcı olmadığı görülür. Amaç alacaklının veya ailesinin geçimi için fiilen ellerine verilmesi lüzumlu olan alacakların borçlunun tek taraflı beyanı ile takas edilememesidir. Bu gerekçeye göre, bunlardan başka, kaydı hayatla irat, ölünceye kadar bakma akitlerinden doğan alacaklar, cismani zarara uğrayan kimselerin tazminat olan alacakları iratlar, destekten yoksun kalanlara BK. m. 45'in son fıkrası gereğince ödenmesi gereken tazminatlar da borçlunun tek taraflı beyanı ile takas edilemezler⁹⁹.

Ancak işçinin kasten verdiği zararların tazmini için iş sahibinin takası her zaman mümkündür (BK. m. 333/2). Bundan başka uğranılan hakaret nedeniyle hükmedilen manevi tazminat alacakları ise, BK. m. 123/2 kapsamı dışındadır, bu nedenle tek taraflı beyan ile takası caizdir¹⁰⁰

Bundan başka 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu ile de bazı hallerde takas yasağı getirilmiştir. 5411 Sayılı Kanunun 109.maddesinin 4.fıkrası ile faaliyet izni kaldırıldıktan ya da fona devredildikten sonra bankanın alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinen borçluların, temlik yoluyla kazandıkları alacakları ile bankaya olan borçlarını takas edemeyeceğini, bu takas taleplerinin banka açısından geçersiz olacağı vaaz edilmiştir. Hükümet gerekçesinde de maddenin konuluş amacı olarak, bir bankanın kaynakları ve varlıklarının bankanın hakim ortakları veya yöneticileri tarafından istismar edilmesinin engellemesi belirtilmiştir¹⁰¹. Bankanın faaliyet iznini

⁹⁷ Eren, s.1230.

⁹⁸ “... Öte yandanı Borçlar Kanununun 123. maddesinin birinci bendi gereğince, haksız olarak veya hile ile alınmış bir şeyin veya bedelinin mutalebesi davasında, karşı tarafın başka bir alacak sebebiyle ileri sürdüğü takas ve mahsup iddiasının nazara alınması, davacının muvafakati şartına tabi kılınmış ise de, haksız zilyede(olayımızda manevi tazminat isteyen davacıya) karşı, şeyin veya bedelinin tazmini alacaklısı olan davalının takas beyan etmesi mümkündür.” 4. HD., 22.02.1988 T., 1988/391 E., 1988/1655 K.; Uygur, s.4071.

⁹⁹ Uygur, s.4094.

¹⁰⁰ Uygur, s.4094.

¹⁰¹ Türkiye Bankalar Birliği, Gerekçeli 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 2006,s. 337.

kaldırıldığı tarih veya fona devredildiği tarih, kurul kararının Resmi Gazetede ilan tarihidir¹⁰².

Söz konusu değişiklikten önce banka borçluları, banka alacaklılarından belli bir bedel karşılığında, bankadan olan alacaklarını alıp- ki bu bedel genelde banka alacaklısının sahip olduğu alaktan daha düşük bir bedel olmakta idi- bankadan olan alacağı ile takas etmekte idi. İflas masasının dolayısıyla diğer alacaklıların zararına olan bu takasa karşı İİK. m.201 gereğince itiraz edilmekteydi¹⁰³. Söz konusu takas işlemi banka borçlusunu belirli bir süre takipten korumakta ancak nihai bir çözüm olmamaktaydı¹⁰⁴.

Bu düzenleme, banka alacaklarının temlik edilmesi, izni kaldırılan ya da fona devredilen bankayı etkilemediği sürece geçerliliğini koruyacaktır¹⁰⁵.

D. USUL HUKUKUNDA TAKAS

Çalışmamızda buraya kadar takası maddi hukuk açısından değerlendirip, kısmi olsa da usul hukukuna atıflarda bulunduk. Bundan sonra takasın usul hukukunda yani hem icra hem de medeni usul hukukunda nasıl kullanıldığı, dava ve icra takiplerinde takasın nasıl kullanılabilceği, etkileri üzerinde durulacaktır.

Öncelikli olarak Medeni Usul Hukukunda takas kavramı incelenecek, takasın kimler tarafından kullanılabilceği, ne zamana kadar ileri sürülebilceği ve davaya etkileri üzerinde durulacaktır.

¹⁰² Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, C. II, s.1363; Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esaslar, İstanbul 2009, s.285.

¹⁰³ Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2007, s.1051.

¹⁰⁴ Reisoğlu,- Reisoğlu Banka- s. 1363.

¹⁰⁵ Reisoğlu,- Reisoğlu Banka- s. 1364.

1. MEDENİ USUL HUKUKUNDA TAKAS

Çalışmanın bu noktasında takas hakkının kullanılması anına göre inceleme yapılacaktır. Yani takas hakkının dava açılmasından önce kullanılması ve bundan sonra dava açıldığı anda kullanılacak savunma imkânları ve sonuçları incelenecektir. Daha sonra takas hakkının dava esnasında kullanılması irdelenecektir. Daha sonra tahkim hukukunda takas incelenecektir.

I. TAKAS HAKKININ KULLANMASINDAN SONRA DAVA AÇILMASI

Dava açılmadan önce taraflar arasında takas işlemi yapılmasının, aynı alacak için dava açılmasını engeller bir hali yoktur. Takas beyanı şekle bağlı değildir, ancak ispatı HUMK m. 288 ve ardından gelen maddelerin kurallarına bağlıdır¹⁰⁶. Zira, dava şartları bakımından incelendiğinde, dava konusuna ilişkin iki tane dava şartı olduğu görülür¹⁰⁷. Bunlar dava konusu hakkında kesin hüküm bulunmaması ve hukuki yararadır.

Davalının davadan önce takas hakkını kullandığını iddia etmesi, dava konusu alacağın kabul edildiği manasına gelir¹⁰⁸. Yani davalı mahkeme dışında yapmış olduğu takas beyanını ileri sürmekle, takas beyanının vardığı anda, davacının alacağının varlığını ikrar etmiş olmaktadır. Bu durumda, takas alacağının

¹⁰⁶ Uygur, s.4068.

¹⁰⁷ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 277.

¹⁰⁸ Topuz, Gökçen/ Topuz, Seçkin, Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFD. C. 57, S. 3, Ankara 2008, s. 721.

mevcudiyetini, takas şartlarını ve takas beyanının yapıldığını gerektiğinde davalı ispat edecektir.

Ancak, burada takasın maddi hukuk açısından defî mi, yoksa itiraz mı olduğu tartışmalıdır. Kılıçoğlu¹⁰⁹; takası maddi hukuk açısından defî olarak nitelendirmekte; ancak Aral¹¹⁰, takas defî kavramına karşı çıkmakta, bunun bir itiraz olarak değerlendirilmesi gerektiğini, takas savunması kavramının daha geçerli olduğunu öne sürmektedir.

Üstündağ¹¹¹; bunu maddi hukuk açısından bir itiraz, usul hukuku açısından ise geniş manada bir defî dermeyanı olarak görmektedir. Postacıoğlu¹¹² da; geniş manada defîleri, davacının dayandığı vakıaların inkârına gidilmeksizin, bu vakılardan çıkan hukuki neticeleri ortadan kaldıracak nitelikte maddi vakıaların ileri sürülmesi olarak tanımlamıştır. Geniş manada defîleri iki ayrı kategori altından irdelemekte, medeni hukuk anlamında itirazlar (einwendung ya da objection), diğeri de medeni hukuk anlamına defîler (exception) olarak adlandırmaktadır.

İtiraz, hakkın doğumuna mani olan veya hakkı sona erdiren vakıalar şeklinde tanımlanmaktadır¹¹³.

Ancak davadan önce yapılan takasın dava esnasında ileri sürülmesinin itiraz ya da defî olarak kabulü şu açıdan önemlidir. Hâkim bunu itiraz olarak görürse, dosyaya ibraz edilen delillerden, itirazın varlığını tespit edebilir ve bunu resen göz

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel, Ankara 2006, s. 639 vd.

¹¹⁰ Aral, s. 159.

¹¹¹ Üstündağ, Saim, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, İÜHFD 1959, C. 25, S. 1-4, s. 214.

¹¹² Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1966, s. 208 vd.

¹¹³ Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul- s. 208.

önüne alabilir. Ancak, hakim bunu defi olarak değerlendirecek olursa, resen bu defiyi gözetemez, taraflardan birinin bunu ileri sürmesi gerekir.

O zaman, davadan önce yapılan takasın hukuki mahiyetini incelemek gerekir. BK. m. 122/1 gereğince, takasın ileri sürülmesi ile borç sona erer¹¹⁴. Borcun sona erdiğinin ileri sürülmesi ise itiraz¹¹⁵ niteliğindedir¹¹⁶.

Zira mahkeme dışında ileri sürülen defi hakkı ile artık talep hakkı ortadan kalktığı için, buna rağmen dava açılmış olan hallerde, davalının artık defiyi inşa eden ve sabit olan vakıalara dayanarak edayı yerine getirmekten kaçındığı yargılamaya getirilen vakılardan anlaşılırsa, hakim bunu resen yani tıpkı bir itiraz gibi nazara alır ve hatta davalı gaip olsa dahi, davayı haksız olması sebebiyle reddeder¹¹⁷.

Davalı bu suretle davacının hakkını ortadan kaldıran bir vakıa ileri sürmekte olup, bu durum davalının dava edilen alacak hakkında önceden yapılmış ibra sözleşmesine veya yapmış olduğu ödemeye isnat etmesinden farklı değildir¹¹⁸. Aynı şekilde doktrinde¹¹⁹; dava dışında takas beyanında bulunulmuşsa bu hususun davaya

¹¹⁴ Aral, s. 140.

¹¹⁵ Postacıoğlu - Postacıoğlu Usul-, s. 210 “... *itiraz, karşı tarafça dermeyan edilen hakkı, sukut ettiren bir vakıa olup, bu vakıanın taraflardan herhangi bir tarafında mahkemeye arz edilmesi ve hatta, mahkemeye usulü dairesinde ibraz edilmiş vesaikte anlaşılması kafidir*”

¹¹⁶ Topuz/ Topuz, s. 721.

¹¹⁷ Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 349. *Müellif aynı eserinin 350. sayfasında Yargıtay’ın bir kararına değinmekte ve dava dışı dermeyan edilen takas beyanı, davada medeni hukuk manasında bir itiraz teşkil edeceğini, o halde hakimın dosya kapsamından anlaşılması halinde buna resen dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. H.G.K., 12.04.1967, E.280, K.195; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, s. 3895.*

¹¹⁸ Üstündağ-Üstündağ Takas-, s. 214. *Takas iddiası ya evvelce beyan edilmiş olan takasın ileri sürülmesi veya doğrudan doğruya davada bir takas beyanı suretiyle olabilir. Her iki surette de onun medeni hukuk bakımından haiz olduğu karakter değişmez. İddia dava içinde yapılmış olsa dahi evvelce de söylediğimiz gibi gene medeni hukuk kurallarına tabidir.*” ;Ansay, Şakir Sabri, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 245.

¹¹⁹ Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006, s. 281.

diğer maddi vakıalar gibi getirilmesi gerektiği, dava malzemesi olarak davaya getirildiği takdirde mahkemece dikkate alınacağı belirtilmiştir.

O zaman davadan önce yapılan takas, mahkemede bir itiraz olarak ileri sürülecek, yani hakim tarafından resen göz önüne alınacaktır¹²⁰. Bu durumda mahkeme, maddi vakıayı resen araştırmaz ancak taraflarca ileri sürülen maddi olayın usulü dairesince mahkemeye arz edilmesi, bu maddi olayın yani takasın hukuki sonuçlarının hakim tarafından göz önüne alınması için kafidir¹²¹.

Hakim söz konusu itiraz ile takasın geçerliliğini, tarafların alacak miktarlarını kesin bir biçimde belirleyecektir¹²². Yani buradan çıkan karar kesin hüküm olacak ve taraflar bunu bir daha başka mahkemede dava konusu yapamayacaklar, yaparlarsa derdestlik itirazı ile karşılaşılabileceklerdir.

Zaten söz konusu itirazların usul hukuku çerçevesinde ileri sürülmesi şüphe götürmeyecek bir gerçektir. Çünkü yapılacak olan itiraz, davaya cevap sırasında yapılacak ve usul kuralları çerçevesinde zamanında ve usulüne uygun şekilde ileri sürülecektir.

Ancak savunmanın genişletilmesi bakımından, dava öncesi yapılan takasın itiraz ya da defii olarak kabulü önem taşımaktadır. Zira eğer bu, defii olarak kabul görürse, davalı tarafından esasa cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Çünkü

¹²⁰ Aral, s. 153; Karşı görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 639.

¹²¹ Postacioğlu- Postacioğlu Usul-, s. 209; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.309. *Ancak bugün genellikle kabul edildiği üzere takasın davada ileri sürülmesi onun hukuki niteliğini değiştirmez. Yani takas temel etkisini maddi hukuk alanında gösterir ve bir hukuki işlemdir. Maddi hukuk görüşü, mafeih bugün takasın usuli işlem karakterine sahip olduğu yolundaki usul hukuku görüşünün vardığı sonuçlar bakımından da bir fark bulunmuyo.;* Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 282.

¹²² Üstündağ -Üstündağ Takas-, s. 216 vd.

esasa cevap süresi ile birlikte takas defii ileri sürülmezse, bundan sonra ileri sürülmesi halinde, bunun geçerli olması ancak karşı tarafın bunu kabulüne bağılı olacaktır. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesi iddiasında bulunursa, cevap süresinden sonra ileri sürülen takas defii geçerli olmayacaktır. Bunun birkaç istisnası mevcuttur. Bunlardan birisi de ıslahıdır. Islah yoluyla da savunma genişletilebilir. Cevap süresi geçtikten sonra yapılan ıslah ile davalı savunmasını değiştirebilir. Bir diğeri ise dava açıldıktan sonra, davalının alacağı muaccel olursa, davalı davacıdan olan alacağı ile borcunu takas edebilir. Bu da savunmanın genişletilmesi yasağına girmemektedir. Bir başka istisna ise yukarıda belirttiğimiz üzere davacının rızasıdır. Bu rıza sarih olabileceğı gibi zımni de olabilir¹²³. Davacı tarafından herhangi bir itirazla karşılaşılmadığı sürece bu defii ileri sürülebilir.

Ancak, bu itiraz olarak kabul edilirse, burada da ikili bir ayrıma gideceğiz. Dava dosyasından anlaşılabilen itiraz sebepleri HUMK. m. 202/1 gereğince savunmayı genişletme yasağı kapsamına girmez¹²⁴. Ancak, dava dilekçesinden, dosya kapsamından ve davalı tarafından süresi içinde verilen cevap dilekçesinden söz konusu takas itirazı anlaşılmıyorsa, bu itirazların sonradan ileri sürülmesi savunmayı genişletme yasağı kapsamındadır.

Tüm bunlar düşünöldüğünde takasın maddi hukuk açısından bir yenilik doğuran hak olan takas hakkı, usul hukuku bakımından bir defii niteliğı taşımaktadır. Hakkın kullanıldığı ileri sürülmezse hakim tarafından resen nazara alınamayacağından takas hakkı bu bakımından bir defii görünümü arz etmektedir¹²⁵.

¹²³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Medeni Usul-, s.343.

¹²⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Medeni Usul-, s.342; Aral, s. 153.

¹²⁵ Demirbaş, s.69.

Açılmış olan bir menfi tespit davasında, davalı alacaklının davacıya karşı ileri sürmüş olduğu bir alacağın, davacı borçlu tarafından dava öncesi takas yoluyla sona erdiğini iddia edilirse, bunu ispat yükümlülüğü, davacı borçluya düşer. Çünkü davalının varlığını ileri sürdüğü hukuki ilişkinin hiç doğmadığını iddia etmeyip, bilakis bu ilişkinin doğduğunu bildirerek, başka bir nedenle bu hukuki ilişkinin son bulduğunu ileri sürmekteyse, bunun ispatı davacıya düşer. MK. m. 6 gereğince davacı bu hukuki ilişkinin doğduğunu bildiği, ancak son bulduğunu iddia ettiği için ispat külfeti davacıdadır¹²⁶.

Ancak davacı borçlu borcun takas yoluyla son bulduğunu iddia eder, davalı alacaklı ise yapılan takasın başkaca bir borç için yapıldığını iddia ederse, davalının bu beyanı, bağlantısız bileşik ikrar olduğu için bölünebilir. Yani davalının, yapılan takasın başka bir borç için olduğunu ispat etmesi gerekir¹²⁷. Bu durumda ispat yükü el değiştirmekte, davalının yine MK m. 6 gereğince iddiasını ispat etmesi gerekmektedir.

İcra takibi esnasında borçlu, borcunu ödeyip, daha sonra alacaklıdan olan bir alacağı ile icra borcunu takas ettiğini bildirip, ödediği paranın geri verilmesi için istirdat davası açamaz¹²⁸. Zira yukarıda¹²⁹ da incelediğimiz üzere takasın ileri sürülebilmesi için ortada karşılıklı iki alacağın var olması gerekmektedir. Borçlu icra takibinden kaynaklanan borcu ödeyerek sona erdirmiştir. Bu durumda karşılıklı iki alacak kalmamıştır. Ancak, davacı, icra takibine konu borcun önceden takas yoluyla

¹²⁶ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s.97; Erdoğan, Hasan, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2003, s.129; Uyar, Talih, İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C.2, s. 1128.

¹²⁷ Kuru- Kuru Tespit-,s.101; Erdoğan, s.130.

¹²⁸ Kuru- Kuru Tespit-, s.249.

¹²⁹ Bknz. dipnot 17 civarı.

sona erdiğini iddia ederek, kesinleşmiş bir icra takibinde, borçlu olmadığı bir parayı cebri icra tehditi altında öderse, parayı geri almak için istirdat davası açabilir¹³⁰.

II. TAKAS HAKKININ DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ

Takas hakkı dava esnasında da ileri sürülebilir. Taraflardan birisi talep etmediği sürece hâkim resen takas uygulayamaz¹³¹. HUMK m. 204 takasın dava esnasında karşılık dava olarak ileri sürüleceğini belirtmiştir. Ancak, takasın dava esnasında karşılık dava olmadan da ileri sürülebileceği hem doktrinde hem de Yargıtay¹³² kararlarında kabul edilmiş bulunan bir husustur. Bu sayede harç yatırılması da gerekmemektedir. Karşılık dava ile takas talebinde bulunulmuşsa, mahkemece de takas uygulanmış ve ortaya çıkan fark hüküm altına alınmışsa, hesaplanacak vekalet ücreti ve ilam harcı hüküm altına alınan miktara göre

¹³⁰ Kuru- Kuru Tespit-s.249,; Uyar- Uyar Tespit-, s.1988.

¹³¹ Ayan, s.313.

¹³² 4. HD., 02.10.1977, 5050/9059; “*Takas için karşılık dava açılması zorunlu olmayıp, sadece takas savunmasında bulunulmakla yetinilebilir. Bu takdirde dava harcı yatırılması gerekmez. Ancak karşı alacağın miktarı asıl davada istenen alacaktan daha fazla ise ve davalı bu fazlaya da hüküm altına aldırarak istiyorsa, o zaman fazla alacağın tahsili için harç yatırması gerekir*”, Kaçak, Nazif, Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s.696, ayrıca bkz. 4. HD., 14.11.1976, 9242/8717, İnal, Nihat, Hukuk Yargılama Usulü Yasası, 2003, s. 1118, 13. HD., 16.12.1976, 5170/8355 “*Davalı süresinde takas definde bulunarak borcundan senetli alacağının tenzilini istemiş, bu yön mahkemece de inceleme konusu yapılmıştır. Davalının takas etmek istediği karşılık dava açmasında usuli zorunluk yoktur. Davacının 15.2.1972 günlü cevaba cevap dilekçesinde, davalının takas defî hakkında gereken karşılık verilmiş olduğuna göre, mahkemenin bu isteğin açıkça yapılmadığı yolundaki görüşüne katılmak mümkün olmamıştır. Öte yandan takas definin niteliği gözönünde tutularsa davalının karşılık dava açma yükümü mevcut olmadığı gibi, harç yatırılması da zorunlu değildir. Takas defî veya karşılık dava şeklinde ileri sürülebilir. Borçlar Kanununun 118. maddesi hükmü de aynı paraleldedir. Mahkemece yapılacak iş, incelenmiş olan takas defî hakkında karar vermekten ibarettir. Aksine düşüncelerle verilen karar bozulmalıdır.*”, Yavuz, Nihat, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2007, s. 78; Uygur, s.4068.

belirlenecektir¹³³. Yani vekalet ücreti ve ilam harcı dava ve karşı dava miktarına göre değil, her iki tarafın alacakları takas edildikten sonra oluşan fark miktarına göre hesaplanacaktır.

Öncelikle davada takas beyanında bulunulmasının hukuki niteliği incelenecek, daha sonra hem takas beyanı hem de karşılık dava olarak takas ayrı ayrı incelenecektir.

i. Hukuki Niteliği

Takasın dava içerisinde ileri sürülmesinin nasıl anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Yani takasın dava sırasında ileri sürülmesinin bir usul işlemi mi yoksa bir maddi hukuk işlemi mi olduğu hususu tartışmalıdır.

Doktrinde iki farklı temel görüş benimsenmektedir: Birincisi maddi hukuk teorisi, diğeri ise usul hukuku teorisi. Bunlardan başka doktrinde karma nitelikli bir başka görüş de ileri sürülmektedir.

a. Maddi Hukuk Teorisi

Davalının aleyhine açılmış bir davada takas beyanı, maddi hukuka ilişkin bir işlemdir. Bu açıdan, mahkemede yapılan takas beyanı mahkeme dışında yapılmış bir takas beyanından farklı değildir. Takasın görülmekte olan bir dava esnasında beyan edilmesi onun hukuki niteliğini değiştirmez¹³⁴. Yani takas temel etkisini maddi hukuk alanında gösterir bir hukuki işlemdir¹³⁵.

¹³³ 4. HD., 31.03.1986 T., 1986/2153 E., 1986/3846 K., Uygur, s.4086.

¹³⁴ Aral, s. 154; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 282.

¹³⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 282.

Ancak takası davada ileri süren taraf, maddi hukuk anlamındaki bu işlemi, aynı zamanda da, savunma imkanı olarak usulü işlem olarak yapmaktadır¹³⁶. Yani takasın ileri sürülmesi çifte vakıa gibi görülmektedir¹³⁷.

Takasın geçerlilik şartları ve takas beyanının yapılması, maddi hukuka göre belirlenirken; takasın ileri sürülmesiyle, dava konusu alacağın sona ermesi, usul hukukuna tabi olan bir usuli işlem niteliğindedir¹³⁸. Ancak bu özelliğe rağmen, davada yapılan takas beyanı dayandığı usul işleminin akıbetini paylaşır -bu beyan sadece davada verilecek karar üzerinde değil- ve aynı zamanda taraflar arasındaki hukuki ilişkiler üzerinde de etkili olur¹³⁹.

Takasın geçerlilik şartları ve takas beyanında bulunulması maddi hukuka tabi iken, takasın ileri sürülmesi ve dava konusu alacağın sona ermesi usul hukukuna tabi bir usul işlemidir¹⁴⁰. Yani takasın olumlu ya da olumsuz şartları maddi hukuk açısından incelenmektedir. Muacceliyet, alacakların karşılıklı olması, alacağın dava edilebilir olması ve borçların birbiri ile özdeş olması gibi şartlar tamamen maddi hukuk tarafından incelenecektir. Ancak, takasın ileri sürülme anı ve iddia ve savunmanın genişletilmesi gibi hususlar usul hukukunun konusuna girmektedir.

Davada takas beyanı, maddi hukuka tabi olduğu için takas beyanının geri alınması mümkün değildir¹⁴¹. Ancak, usul hukukuna ait sebeplerden dolayı takas

¹³⁶ Topuz, Topuz, s. 724.

¹³⁷ Üstündağ- Üstündağ Takas-, s. 218; Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 515.

¹³⁸ Topuz, Topuz, s. 723; Üstündağ - Üstündağ Takas-, s. 218; Aral, s. 154, Üstündağ - Üstündağ Yargı-, s. 516.

¹³⁹ Aral, s. 154.

¹⁴⁰ Üstündağ - Üstündağ Takas-, s. 218.

¹⁴¹ Üstündağ - Üstündağ Takas-, s. 218.

talebi reddedilse veya davacı takastan feragat etse dahi takas geçerliliğini korur¹⁴². Çünkü takas talebi dava dilekçesi ile beraber ileri sürülmezse, davacının takas talebi, iddianın genişletilmesi yasağı savunmasına tabi olacaktır.

Bu teori, davacının davasının kabul edilmemesi nedeniyle reddi veya davacının davasını geri alması hallerinde dahi, takasın maddi hukuk ile ilgili olarak sonuçlarını ortaya çıkması bakımından eleştirilmektedir¹⁴³. Bu nedenden ötürü, davacının davası, esas hakkında bir karara varmaksızın sonuçlanırsa, davalı alacağını takastan dolayı, yeni bir dava ile dermeyeran edemeyecektir. Hâlbuki davalı, takası, aleyhine hüküm verilmesini önlemek maksadı ile ileri sürmüştür, bu durum gerçekleşmezse takası dermeyeran edilen alacağın, sonradan dava edilebileceği kabul edilmelidir¹⁴⁴. Aral¹⁴⁵, davanın kabul edilmemesi ya da davadan feragat edilmesi halinde, takas beyanının mahkemece dikkate alınmamasının, borçlar hukuku hükümlerine göre geçerli olarak yapılan bir takas beyanına bağlanan sonuçların geçerli olduğunu, bu sonuçların ortadan kalkamayacağını belirtmiştir. Bu konudan dolayı taraflar arasında ortaya çıkacak ihtilafların, tespit davası ile çözümlenebileceğini belirtmiştir.

b. Usuli İşlem Teorisi

Bu görüşe göre, dava esnasında yapılan takas beyanının, yalnızca usul hukuku hükümlerine tabi olduğu iddia edilmektedir.

¹⁴² Aral, s. 154.

¹⁴³ Üstündağ - Üstündağ Takas-, s. 218.

¹⁴⁴ Üstündağ- Üstündağ Takas-, s.218.

¹⁴⁵ Aral, s. 155.

Maddi hukuk işlemleri, dava esnasında yapıldıktan sonra, kendi vasıflarını kaybeder ve tek amacı hükmü etkilemek olan, sırf usuli işlem niteliği kazanır¹⁴⁶. Bu nedenle de vekil tarafından da davada ileri sürülebilir, davalının diğer müdafaa imkânları gibi daima geri alınabilir¹⁴⁷.

Davanın reddinden dolayı veya geri alınmasından ötürü, takas beyanı gerekli etkiyi doğurmaz, ancak mahkeme ilamında hüküm altına alınan takas beyanı maddi hukuka ilişkin sonuçlar doğurur¹⁴⁸.

Usul hukuku teorisinin kabul edilmesi durumunda ise, takasa ilişkin maddi hukukta öngörülen düzenlemelerin göz ardı edilmesi sonucu doğacaktır¹⁴⁹. Üstündağ¹⁵⁰; davada takasın maddi hukukun takasına benzer bir müessese olmakla beraber, bundan ayrı ve başka bir çeşit hukuki müessese olduğunu, çünkü usulü takasın usul hukukunun özelliklerinden dolayı, her usuli beyan gibi her şeyden önce başlangıçta yalnız bir iddiadan ibaret bulunduğunu belirtmektedir.

Bundan dolayı da davada takasın, davanın reddini temin etmek için davalı tarafından ileri sürülmüş bir iddia olduğunu, bununla davalının kendisine ait olan bir karşı alacağın mevcut olduğunu ve bu alacağın davacının alacağının bitmesi için kullanıldığını ifade etmektedir. Aynı doğrultuda bu iddianın usuli manada bir def'i¹⁵¹ olduğunu, bu nedenle bunun hangi şekilde kullanılacağına usuli kurallara tabi olduğunu belirtmektedir. Devam olarak maddi hukukun sadece karşılıklı alacakların

¹⁴⁶ Aral, s. 155.

¹⁴⁷ Üstündağ - Üstündağ Takas-, s. 220.

¹⁴⁸ Aral, s. 155; Üstündağ- Üstündağ Takas-, s. 220.

¹⁴⁹ Topuz/ Topuz, s. 724.

¹⁵⁰ Üstündağ- Üstündağ Takas-, s. 220 vd.

¹⁵¹ *Von Tuhr ise davada bulunulan takasın teknik manada bir def'i olmadığını (yani yerine getirilmesi lazım gelen edadan imtina), belki bir itiraz, yani mütalebe hakkını oratdan kaldıran bir vakianın dermeyan edilmesi olduğunu iddia etmektedir.*, Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku, çeviren Edege, Cevat, Ankara 1983, s 680.

nasıl ve hangi şartlarda takas ile sonlandırılacağını düzenlediğini, lakin bunun davada ileri sürmenin özelliklerini tam olarak düzenlemediğini iddia etmiştir. Takasın ileri sürülmesi ile zamanaşımının kesileceğini, bunun BK. m. 133/2 hükümlerinden ileri geldiğini, takas beyan etmekle alacakların sonlanmadığını, zamanaşımının kesildiğini, Borçlar Kanunu'nun bunu zamanaşımı kesmesi sebebi saymak ile maddi hukuktaki takasla usuli takası ayırdığını iddia etmiştir.

Aral¹⁵²; bu görüşe karşı çıkararak BK. m. 133/2'de takastan söz edilmeksizin, sadece mahkeme önünde defî yoluyla hak ileri sürme deyiminin yer aldığını, takas beyanının karşılıklı alacakları, miktarı az olan nispetinde sona erdiren ve varması gerekli bir inşai beyan olduğunu, oysa definin borçluya borcunu yerine getirmekten kaçınma imkanı veren bir hak olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle BK. m. 133/2'de yer alan defiden takasın anlaşılamayacağını ifade etmektedir.

Bunlar haricinde dava içerisinde ileri sürülen takasın hukuki mahiyetinin karma teori olarak ayrıca açıklandığı farklı bir görüş de vardır. Söz konusu görüşe göre, takasın davada ileri sürülmesi hem maddi hukuk hükümlerinin hem de usul hukuku hükümlerinin özelliklerini barındıran çifte mahiyetli bir işlem olduğu iddia edilmektedir¹⁵³. Bu görüşe göre, takasın ileri sürülmesi usul hukuku kurallarına tabidir¹⁵⁴. Bunun sonucu ise davada ileri sürülen takasın reddedilmesi, takasın maddi hukuk bakımından da geçerli olmaması sonucunu doğurur¹⁵⁵.

¹⁵² Aral, s. 157.

¹⁵³ Topuz/ Topuz, s. 724.

¹⁵⁴ Kaçak, s. 702, 4. HD., 14.10.1976, 9242/8718 “ *Takas karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi defî olarak da ileri sürülebilir ve defî olarak ileri sürüldüğü hallerde diğer savunmaların tabi bulunduğu yasaya hükümlerine tabi olur*”.

¹⁵⁵ Topuz/ Topuz, s. 724.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında¹⁵⁶; “Takas istemek hakkı davadan önce kullanılmadan ilk defa dava sırasında ileri sürülmesi halinde, hem bir usul muamelesi ve hem de maddi hukuka giren bir muamele teşkil edeceği cihetle ancak bu takdirde, beyanın müddet ve şekil şartları Usul Kanununa tabi olacağından Usulün 204. maddesi söz konusu olabilir.” diyerek bu görüşe paralel bir hüküm kurmuştur.

ii. Takasın Dava İçerisinde İleri Sürülme Biçimleri

HUMK m. 204 hükmünce takas, karşılık dava içinde düzenlenmiştir. Ancak takas sadece karşılık dava olarak değil; savunma olarak da derdest dava içinde ileri sürülebileceği yukarıda incelenmiştir¹⁵⁷. Öncelikli olarak takasın davada savunma olarak ileri sürülmesi incelenecek daha sonra ise karşılık dava içinde takas irdelenecektir.

a. Derdest Davada Savunma Olarak Takasın İleri Sürülmesi

Takas için ayrı bir karşı dava açma zorunluluğu yoktur. Davalı karşılık dava açmadan takas savunmasında bulunabilir¹⁵⁸. Doktrinde bazı yazarlar davalının takas etmek istediği karşılık alacağıın miktarı, asıl davada istenen alacak kadar veya ondan daha az ise, davalının karşılık dava açmada hukuki yararı olmadığını, takas

¹⁵⁶ H.G.K. 12.04.1967, 280/195, Kuru- Kuru Muhakeme-, s. 3895 vd.

¹⁵⁷ Bknz. Dipnot 51.

¹⁵⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz-Usul-, s. 568.

savunmasında bulunmasının yeterli olacağını belirtmektedir¹⁵⁹. Ancak, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁰, davalının karşılık dava açmaya zorlanamayacağına değinerek isterse takasın savunma olarak da davada ileri sürülebileceğini belirtmiştir.

Her ne kadar davalı, takas talep edilen alacaktan fazla alacağa sahip olduğunu düşünüyor ve bunu hüküm altına aldırarak istiyorsa da, davalının karşılık dava açmada menfaati vardır. Çünkü takasın defî olarak ileri sürülmesi, davanın takas edilebilir alacak oranında reddini sağlayabilirse de, karşı alacağın bakiye kısmının hüküm altına alınmasına imkan vermediği¹⁶¹ ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu görüş usul hukukuna hakim olan ilkelerden, tasarruf ilkesi ile çatışmaktadır.

Zira bu ilke gereğince hiç kimse dava açmaya zorlanamaz¹⁶². Mahkemeler, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığı kendiliğinden çözemez, yani davacının olmadığı yerde dava da yoktur¹⁶³. Yargıtay'ın da bazı kararlarında¹⁶⁴ ifade ettiği gibi fazlaya dair hakkı saklı kalmak kaydı ile davalı takas savunmasında bulunabilir. Çünkü davalının o dava açmada menfaati olup olmadığı, her özel duruma göre değişiklik gösterir, bunu genellemenin bizi gerçeklikten uzaklaştıracağı kanaatindeyiz.

¹⁵⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 569, bknz karşı görüş için Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 283.

¹⁶⁰ **4. HD., 02.10.1997 T., 5050/9059, “her ne kadar davalı tarafın aynı olaydan kaynaklanan zararı, davacı tarafın tazminini istediği zarar mimarından fazla olarak gösterilmişse de, bunun fazlaya ilişkin bölümü saklı tutulmuş olup yalnızca asıl alacak miktarı kadarının takas edilmesi(ve hatta duruşmanın son oturumunda, 2.250.000 lira olarak belirlenen zarar miktarının mahsubu) istenilmiş bulunmaktadır. O halde davalı tarafın vaki takas talebinin kabulüyle, 2.250.000 lira olarak saptanmış bulunan zararın, davacı tarafın hüküm altına alınan tazminat alacağından mahsup edilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru değildir.”**Ergün, Zafer, İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2005, s. 615; ayrıca bknz., 4. HD. 14.10.1976, 9242/8718; İnal, s.1139.

¹⁶¹ Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 277.

¹⁶² HUMK. m. 79.

¹⁶³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 214.

¹⁶⁴ Bknz. Dipnot 159.

Dava esnasında diğ er defilerle beraber takas ileri s ur lebilir. Bunu davalının terditli ileri s urd ğ n u a ıklamasına gerek yoktur, davalının takası ancak diğ er defilerin reddedilmesi Şartıyla beyan etmiŐ  sayılmalıdır¹⁶⁵.  unk  davalı karŐ ı alacağın davanın i inde takas olarak ileri s ur ld ğ  zaman, dava konusu alacak ile takas olarak beyan edilmiŐ  karŐ ı alacak da t k t lmiŐ  olacaktır. B ylece takas beyanı, davalının baŐ ka hi bir itirazında s z konusu olmayan, karŐ ı alacak bakımından, bir fedak rlık gerektirir. Bu sebeple takas davalı i in davanın reddinin sağlanmasında baŐ vurulması gereken son  aredir¹⁶⁶. Hakim  ncelikle, diğ er defileri incelemeli daha sonra takası deđerlendirmelidir¹⁶⁷. Bu durum terditli takas olarak adlandırılmaktadır. Terditli takas takası dava i inde beyan etmek isteyen davalının sırf bu beyanı ile davacının dava konusu yapılmıŐ  alacağının hemen kabul etmiŐ  olmamak i in takası diğ er defilerin yanında ileri s urerek, takas definin diğ er defileri ile a ık a veya zımnen bir terdit iliŐ kisine sokmaktadır¹⁶⁸. Eğer davalı a ık a terditli bir bi imde takası  ne s urerse, mahkeme  nce diğ er savunmaları inceledikten ve reddettikten sonra takas savunmasını g z  n ne alabilecektir.

Davalı savunmasında yine terditli olarak yapmıŐ , ancak ilk sıraya takas, ikinci sıraya  deme itirazını koymuŐ sa ne olacaktır. Bu durumda takas i in alacağın kanuni

¹⁶⁵ MuŐ l, Timu in, Medeni Usul Hukukunda Terdit İliŐ kileri, Ankara 2009, s.138.

¹⁶⁶ MuŐ l - MuŐ l Terdit-, s.138.

¹⁶⁷ *“HUMK’nun 74,75 ve 76. maddeleri h k mlerine g re hakim davacının bildirdiği maddi olay ve talep sonucu ile bağlı ise de, taraflar arasında ge en maddi olayda hangi hukuki sebebe g re h k m verileceğini resen tayin ve takdir eder. Bu itibarla kademeli olarak ileri s r len hukuki sebeplerden birinin diğ er hukuki sebebin incelenmesine imkan verir hukuki niteliği bulunduğu m ddet e terditli veya fazla hukuki sebep sırasıyla bir davada inceleme ve tahkik konusu yapılabilir”* 11. HD. 03.02.1984, 103/505, T rk, Ahmet, Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s.118 vd.

¹⁶⁸ MuŐ l - MuŐ l Terdit-, s.139.

varlığının olması gerektiğinden, öncelikle ödeme itirazı değerlendirilecek, daha sonra takas savunması incelenecektir¹⁶⁹.

Şarta bağlı takas beyanı geçerli değildir. Ancak terditli takas geçerlidir. Bunun nedeni olarak bir görüşe göre, dava konusu alacağın varlığı şartıyla- yani terditli- takasın ileri sürülmesi halinde şartlı takas söz konusu değildir. Çünkü dava konusu alacağın mevcut olması, takasın geçerli sayılması için bir hukuki şarttır¹⁷⁰. Başka bir görüşe göre ise, dava alacağının varlığı dava rizikosundan dolayı gelecekte gerçekleşmesi, şüpheli bir olay ve bu yüzden gerçek bir şarttır. Çünkü takas ileri sürüldüğü anda alacak henüz sabit olmamıştır. Takas olarak karşı alacak, dava konusu alacağın varlığı şartıyla ileri sürüldüğünden buradaki şart, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır¹⁷¹.

Bir başka görüşe göre de terditli takas halinde, davalı takası ister alacağının varlığına, ister dava alacağının mahkemece mevcut sayılması şartına bağlı olarak beyan etmiş olsun aynı sonuca ulaşılabacaktır. Takasa, bir şart ekleyerek dayanmak önem ifade etmeyecektir.

Gerçek bir şart mevcut olmadığından, takasın şartsız ileri sürüldüğü farz edilmelidir¹⁷². Her iki halde de mahkeme delil ikamesi teorisi gereğince önce dava konusu alacağı incelemelidir. Mahkeme, bu alacağın varlığını kabul ettiği takdirde ancak o zaman davayı takas sebebiyle reddetmelidir. Buna karşılık, mahkeme dava alacağının mevcut olmadığını kabul ederse, artık takası tetkik edip hakkında bir karar

¹⁶⁹ Muşul- Muşul Terdit-, s.139; Kuru- Kuru menfi tespit-, s. 78.

¹⁷⁰ Muşul- Muşul Terdit-, s.140; ayrıca bkz. dipot 159'daki Yargıtay Kararı.

¹⁷¹ Muşul- Muşul Terdit-, s.141.

¹⁷² Muşul- Muşul Terdit-, s.141.

vermesine gerek olmaksızın, davayı dava alacağının yokluğu sebebiyle reddedecektir¹⁷³.

Hangi gerekçe ile izah edilirse edilsin, terditli takasın kabul gördüğü aşikârdır. Hukukumuzda da davacıya birden fazla hukuki nedene dayanmaya imkan verilmektedir. Zira HUMK m. 179 davacının birden fazla maddi vakiyaya dayanmasına açıkça imkan tanımaktadır. Söz konusu madde de davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların gösterilmesi gerektiği belirtmiştir. Çünkü davacının bu taleplerini ileri sürmemesi, ileride ıslah hariç, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi savunması ile karşı karşıya gelme sonucunu ortaya çıkaracaktır¹⁷⁴.

Peki karşı alacağın çekişmesiz, davaya konu alacağın ise çekişmeli olması durumunda ne olacaktır? Bu konuda iki teori bulunmaktadır:

Davanın reddi teorisine göre, takas halinde davanın her ne olursa olsun reddedilmek gerekeceği muhakkaktır. Bu görüş, davalının takas beyan etmesi üzerine dava konusu alacağın varlığı hakkında karar verilmemesini ve davanın hemen reddedilmesini haklı görür¹⁷⁵.

Bu görüş karşısında delil ikamesi teorisi yer almaktadır. Bu görüş, mahkemenin önce dava konusu alacağın varlığı hakkında açıklık sağlamak zorunda olduğunu, dava konusu alacağın mevcut olduğu neticesine vardığı takdirde ancak o zaman karşı alacağı tetkik edebileceğini kabul eder¹⁷⁶. Bu durumda dava alacağı ihtilafli, fakat karşı alacak ihtilafsız olduğu takdirde, davacı davalı aleyhine hüküm

¹⁷³ Muşul- Muşul Terdit-, s.142.

¹⁷⁴ Türk, s.119.

¹⁷⁵ Muşul- Muşul Terdit-, s.144.

¹⁷⁶ Muşul- Muşul Terdit-, s.144.

verilmesi sonucuna ulaşamamasına rağmen, takasa ilişkin inceleme yapılmadan önce, ihtilafli dava alacağının mevcut olup olmadığı daima incelenmeli ve buna ilişkin deliller de ikame edilmelidir¹⁷⁷. Mahkemenin, ihtilafli dava alacağı hakkında delil talep etmesi gerekir. Mahkeme dava alacağını mevcut saydığı takdirde, davayı takas sebebiyle reddetmelidir¹⁷⁸.

Her iki teoride irdelendiğin de, uygulamaya ve hakkaniyetin sağlanmasına en yakın teorinin delil ikamesi teorisi olduğu kanaati tarafımızda oluşmuştur. Zira delil ikamesi teorisi ile takasın terditli yapılmasının mantığına daha uygun açıklama yapılmaktadır. Zira davalı, takas savunmasını diğer savunmaları göz önüne alınmadığında, hakim tarafından göz önüne alınsın diye yapmıştır. Diğer savunma silahları bittikten ve bunlar reddedildikten sonra, en son çare olarak takas talebi incelenecektir. Bu nedenle karşı tarafın alacağının var olup olmadığının incelenmesi, takas talep eden davalı için önemlidir. Zira yukarıda da açıkladığımız gibi takas söz konusu olabilmesi için geçerli bir alacağın ortada olması gerekmektedir. Eğer ortada geçerli bir alacak olmayacaksa, takas da söz konusu olmayacaktır. Zaten terditli olmayan bir takas talebi, mahkemece öncelikle değerlendirilecek ve borç sona ereceği için, mahkemenin davacının alacağının var olup olmadığının incelenmesine gerek yoktur. Usul ekonomisi açısından da bu şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Davalı tarafından yapılan takasa konu davalının alacağı başka bir davanın konusu olabilir. Davanın açılması takas savunması yapılmasına engel değildir. Bu savunmanın yapılması derdestlik iddiasını yanında getirmez çünkü takas defi ile

¹⁷⁷ Muşul- Muşul Terdit-, s.146.

¹⁷⁸ Muşul- Muşul Terdit-, s.146.

davalı, davacının alacağına sona erdiğini yani kendisini savunmaktadır. Bundan başka davalının önce açtığı dava tespit davası, takas beyanında bulunduğu dava bir eda davası ise dahi davalıya derdestlik savunmasında bulunulamaz¹⁷⁹.

Davada ileri sürülen takas cevap süresi içinde ileri sürülür ancak bu süre geçirildikten sonra da takas iddiasında bulunulabilir ancak bunun geçerliliği davacının savunmayı genişletme itirazı ile bağlıdır. Davacı tarafından yapılan savunmayı genişletme itirazı ile takas talebi geçersiz olur¹⁸⁰. Ancak bu davacı tarafından ileri sürülmezse hakim tarafından resen göz önüne alınmaz.

Takas talebine konu olan alacakların aynı neviden olma mecburiyeti yoktur. Yani maddi tazminat alacağı ile manevi tazminat alacağı dahi takas edilebilir¹⁸¹. Faizlerde anaparaya dahil olarak takasta istenir¹⁸².

Takas savunması ayrıca harca tabi değildir, ayrıca eğer takas talep eden davalının alacağı davacının alacağından fazla ise bu kısım için hüküm kurulamadığından vekâlet ücretine tabi değildir¹⁸³.

¹⁷⁹ Ansay, 211; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998, s. 84 vd.

¹⁸⁰ 19. HD., 29.03.1994, 4276/3024 “ Takas talebinin süresinde yapılmamış olması nedeniyle davacı, bu talebe karşı çıkararak HUMK.’un 202. maddesi uyarınca savunmanın genişletilmesine ve takas talebine muvafakati olmadığını bildirmiş bulunmasına ve olay sırasında aracı kullandığı anlaşılan davacının hasarın giderilmesi yönünden dava açmasında usule aykırı bir durum bulunmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir”, Kaçak-Kaçak Kanun-, s. 701; ayrıca bkz. 4. HD., 03.04.1963, 3852/3474; Kuru-Kuru Muhakeme-, s. 3903, 11. HD. 11.05.1984, 2636/2948, Kuru-Kuru Muhakeme-, s. 1827; Aral, s. 160; Uygur, s.4068.

¹⁸¹ 4. HD., 22.02.1988/1655 “BK. m. 118/1 fıkrası hükmünce iki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yek değerine mümasil baksa malları birbirinin borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Görüldüğü gibi maddede takas edilecek alacakların aynı neviden olması öngörülmemiştir. Diğer deyişle maddi tazminata ilişkin bir alacağın, manevi tazminata ilişkin bir alacakla takas ve mahsubunu engelleyen bir hüküm yoktur”, Kaçak- Kaçak Kanun-, s. 700.

¹⁸² İnal, s. 1141.

¹⁸³ 4. HD., 01.04.1986, 2277/2866, Kaçak- Kaçak Kanun-, 699.

Takas talep eden davalının, alacağı davacının alacağından fazla olduğu tespit edilirse, hakim bu fazlaya ilişkin hüküm kuramaz. Çünkü talepten fazlaya hüküm verme yasağı gereğince, hâkim davalının savunması ile bağlıdır, cevap dilekçesindeki talebi ile bağlıdır¹⁸⁴. Takas doğası gereği ancak tarafların beyanı ile ileri sürülebileceğinden hâkim tarafından resen göz önüne alınamaz. İki tarafa yüklediği yargılama giderlerini de kendiliğinden takas edemez¹⁸⁵.

b. Karşılık Dava

Davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada kendi hakkının da hüküm altına alınmasını isteyerek davacıya karşı bir dava açmasına karşılık dava denir¹⁸⁶. Davalı karşı dava ile kendi hakkının da hüküm altına alınmasını sağlar. Karşılık dava, davalının davacıya karşı cevap lahiyası ile açtığı davadır. Esas dava ile karşılık dava, müstakil davalardır. Eğer taraflar takas talebinde bulunmazsa, mahkeme her ikisi için ayrı ayrı karar vermek mecburiyetindedir¹⁸⁷. Basit yargılama usulünde ise davalı cevap vermek zorunda olmadığından, cevaplar ilk oturumda mahkemeye bildireceğinden ötürü karşılık davasını ilk oturumda açabilir¹⁸⁸. Seri yargılama usulünde de karşılık dava ilk cevap süresinde açılabilir. Sözlü yargılamada ise, davalı ilk oturumda karşılık davasını açabilir (HUMK. m.480). İki taraf ilk oturumda bütün

¹⁸⁴ Kuru-Kuru Muhakeme-, C.III, s. 3096.

¹⁸⁵ Kuru -Kuru Muhakeme-, C. III, s. 3097.

¹⁸⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 315; Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 566; Kuru -Kuru Muhakeme-, C.IV, s. 3889; Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul-, s. 214; Bilge, Necip/ Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 459; Uygur, s.4068.

¹⁸⁷ 15 HD., 18.09.1990 T., 1990/300 K., 1990/3422 E.; Uygur, s.4076.

¹⁸⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 274.

iddialarını karşılıklı olarak ileri sürebileceklerinden (HUMK. m. 479), davalının ilk oturumda karşılık davasını da sözlü olarak açabilmesi gerekir¹⁸⁹

Davalı, cevap lahiyasında davacının açmış olduğu davayı kabul etmiş olsa bile davacıya karşı bir karşılık dava açabilir¹⁹⁰. Zira yukarıda da incelediğimiz üzere, takas beyanı zımni olarak davacının alacağı kabulü manasına gelmektedir.

Yargıtay, cevap lahiyasında, harç ödenmeksizin isteklerin sıralanmasını bir karşı dava olarak değerlendirmemiştir¹⁹¹. Doktrinde¹⁹²; bu karar nedeniyle dava dilekçesinin zaruri unsurlarının, diğer ilk itirazlara söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Muşul¹⁹³ da; karşılık davanın müstakil, ayrı, bağımsız bir dava olduğu için dava şartlarının her iki dava açısından ayrı ayrı inceleneceğini belirtmiştir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında¹⁹⁴, yine yukarıdaki kararına paralel olarak harç yatırılmadan açılan karşı davanın, müstakil bir dava olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş, ancak karşı dava dilekçesinde belirtilen takas talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹⁸⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 572

¹⁹⁰ Kuru-Kuru Muhakeme-, s. 3890.

¹⁹¹ 14. HD., 01.05.1995, 8299/3947 “ *Dava tapulu taşınmaza el atmanın önlenmesi davasından ibaret iken, cevap dilekçesinde bu yerin MK. m. 724’e dayanarak bedeli karşılığı tescilli istenmiştir.Fakat bu defî olarak kalmıştır. Cevap dilekçesinde istek harçlandırılmamıştır. Mahkeme meni müdahale davasını red etmiş ve temliken tescile taalluk eden savunmayı kabul etmiş, son celse kararını verirken arsa değeri üzerinden MK. m. 724 uyarınca kararla birlikte harçlandırmış ve MK. m.724 dayalı bu isteği bu şekilde sonuçlandırmıştır. Oysa ki harçlar yasasına göre MK. m. 724 maddesine dayalı savunma harcı da verilirse temliken tescil işlemine dönüşmüş olur. Böyle davalarda arsa değerinin matrah alınması ile ¼ peşin harç alınır ve bakiyesi kararda ikmal edilir. Bu sebeple harcı verilmeden dava açılmış olmaktadır. Son celse kararlar harç alınmıştır. Böyle durumlarda usul ekonomisi düşünülemez. Bu sebeple zamanında harcı verilerek açılmış temlik ile ilgili istek davaya dönüşmeden, yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru görülmediğinden bozulması gerekmektedir”, İnal, s. 1136, benzer kararlar için 14. HD., 25.12.1997, 7117/9494; Ergün, s. 613; Muşul, Timuçin, Medeni usul Hukuku, Ankara 2009, s. 220.*

¹⁹² Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 274.

¹⁹³ Muşul- Muşul Usul-, s. 220.

¹⁹⁴ 15. HD., 23.01.1996 T., 1996/7217 E., 1996/285 K., Uygur, s.4077.

Karşılık dava açılması zımnen yapılmış takas yerine geçer¹⁹⁵. Karşılık dava ile de mahkemede birden fazla talebin incelenmesi söz konusu olacağından talep yığılması ortaya çıkacaktır.¹⁹⁶

Mahkeme karşılık davayı asıl dava ile birlikte görür. Bu sayede mahkemenin vermiş olduğu kararlar daha isabetli olur, çelişkili kararların çıkması engellenmiş olur¹⁹⁷. Karşılık davanın asıl dava ile birlikte görülmesi tahkikat ve yargılamanın daha çabuk ve kolay, yargılama giderlerinin az olmasına sebep olur¹⁹⁸.

Davaya müdahil olarak katılanlar aleyhine karşı dava açılmaz. Aynı şekilde onlar da karşılık dava ikamesinde bulunamazlar¹⁹⁹. Eğer böyle bir dava açılırsa, açılan dava göz önüne alınmadan karar verilmelidir²⁰⁰ Bir tarafı teşkil eden dava arkadaşları birbiri aleyhine böyle bir dava açamaz. HUMK m. 204/2’de sayılanlar haricinde asıl dava ile bağılılığı olan bütün iddialar karşılık davaya konu olabilir²⁰¹.

ba. Karşılık Dava Şartları

¹⁹⁵ Aral, s. 160; 13. H.D. 25.02.1991, 6723/2056, İnal, s. 1142.

¹⁹⁶ Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 162.

¹⁹⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 566; Kuru -Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3890.

¹⁹⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 566; Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 513; Kuru-Kuru Muhakeme-C.IV, s. 3890*Aslında burada takasın usul hukukuna hakim olan ilkeler açısından irdelenmesi de doğru olur. Takas bu özelliği ile usul ekonomisi ilkesinin yargılama esnasında hayat bulmasını sağlar. Yani adil yargılama ilkesinin, yargılamanın basit, çabuk ve ucuz unsurlarını birebir şekilde ortaya koymaktadır. Ayrıca bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkının da sağlanabilmesi için makul sürede yargılanma kistasına da temel sağlamaktadır.*

¹⁹⁹ Üstündağ - Üstündağ Yargı-, s. 379.

²⁰⁰ 17 HD., 28.12.2004 T., 2004/9913 E., 2004/ 14251 K. *“karşı davacı Belediye Başkanlığı vekili karşı dava dilekçesi ile araçta meydana gelen zararın davacı Hacı Kandemir, Kaski Genel Müdürlüğü, Cengiz Özdemir ve Başak Sigorta A.Ş den tahsilini talep etmiştir. Karşılık dava asıl davanın davacısına karşı açılmalıdır, asıl davada taraf olamayan üçüncü kişilere karşı dava açıldığı takdirde bu dava nazara alınmadan karar verilmesi gerekir. Mahkemece davalı olarak gösterilen Başak Sigorta A.Ş ye davalı değil, dava kendisine ihbar olunan konumundadır. İhbar edilen hakkında hüküm kurulması doğru değildir.”*

²⁰¹ Ansay, s. 244 vd; Bilge/ Önen, s. 459.

Davalının davacıya karşı açtığı davanın karşılık dava olması için belli başlı şartları taşıması gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde bunları esasa ilişkin şartlar ve usule ilişkin şartlar olarak ikiye ayrılarak incelense de biz böyle bir ayrıma gitmeden bir bütün olarak karşılık dava şartlarını inceleyeceğiz.

baa. Asıl Davanın Derdest Olması

Karşılık dava asıl davaya karşı açılır. Bundan dolayı asıl davanın derdest olması gerekmektedir²⁰². Karşılık dava, daha önce açılmış asıl davaya karşı, aynı mahkemede açılır. Zira karşılık davayı cevap lahiyasında açılacağından, yetkili ve görevli mahkeme davanın açıldığı yer mahkemesidir.

Asıl dava; geri alınma, feragat veya açılmamış sayılma gibi bir nedenle son bulmuşsa, artık böyle bir davaya karşı karşılık dava açılmaz²⁰³. Ancak asıl dava karşılık davanın açıldığı anda derdest olduğundan, asıl davaya karşı karşılık dava açılabilir.

bab. Karşılık Davanın Aynı Yargılama Usulüne Tabi Olması

Karşılık davanın dinlenebilmesi için, asıl davanın tabi bulunduğu yargılama usulüne tabi bulunması gerekir.

²⁰² Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 567; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 316; Muşul- Muşul Usul-, s. 221; Kuru- Kuru Muhakeme-C. IV, s. 3890.

²⁰³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 567; Kuru- Kuru Muhakeme-, C. IV, s. 3890; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 316.

İdari yargıya tabi bir davanın, karşılık davası adli mahkemelerde açılmaz. Açılırsa hakimin bunu resen göz önüne alır. Hakim bu durumda görevsizlik kararı verir²⁰⁴.

Hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya karşı açılmış olan karşılık davanın konusunun, taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi nedeni ile tahkimde görülmesi şartı varsa, hukuk mahkemesi bu karşılık davanın hakemde ayrı bir dava olarak görülmesini resen gözetemez. Hâkimin bunu gözetebilmesi için asıl davacının karşılık davaya vermiş olduğu cevap dilekçesinde tahkim itirazında bulunması gerekir. Taraflar bu itirazı, davanın her aşamasında her zamana ileri sürebilir²⁰⁵. Postacıoğlu²⁰⁶; bunun aksini savunmakta ve hakimin görevsizliği resen göz önüne alması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, Yargıtay, tahkim ve hakemle ilgili itirazların ilk itiraz olduğunu, bu nedenle davaya cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁷

Karşılık dava, özel görevli mahkemenin görev alanına girmekseyse, genel mahkemede görülmekte olan davaya karşı karşılık dava olarak açılmaz. Özel mahkemeye bu hususta başvurulur²⁰⁸. Bu durumda HUMK m. 481'in kıyasen uygulanması gerektiği ve özel mahkemenin görev alanına giren bir dava, genel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşılık olarak açılmışsa, genel mahkemenin her iki dava bakımından görevsizlik kararı vererek, her iki davanın da özel görevli

²⁰⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 567; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 316; Bilge/ Önen, s. 463; Postacıoğlu, s.216; Bilge/ Önen, s. 463.

²⁰⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 567; Bilge/ Önen, s. 463; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 316; Kuru- Kuru Yargılama-,C.IV s. 3892.

²⁰⁶ Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul-, s.217.

²⁰⁷ 4. H.D. 06.04.1972, 956/3075, Bilge/ Önen, s. 463; Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 516; bknz. Karşı görüş için Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul-, s. 217.

²⁰⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 567; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 316.

mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde özel mahkemenin görev alanına girmeyen karşılık dava da yine özel mahkemede görülebilmelidir²⁰⁹.

Sulh mahkemesinde görülmekte olan bir davaya karşı, asliye hukuk mahkemesinin görevine giren bir dava açılabilir²¹⁰.

Asliye hukuk mahkemesinde görülmekte olan asıl davaya karşı, eğer ticaret mahkemesinin işbölümü sınırlarına giren bir dava, yani ticari dava, açıldığında, asıl davalı iş bölümü itirazında bulunursa, her iki davada asliye ticaret mahkemesine gönderilmelidir. Aksi durumda ise asliye ticaret mahkemesi her iki davaya da bakabilecektir²¹¹.

İstinaf mahkemesinde karşılık dava açılmaz²¹².

bac. Asıl Dava İle Karşılık Dava Arasında İrtibat Bulunmalıdır

Asıl dava ile karşılık dava arasında bir irtibat ya da yakın ilişki bulunmalıdır. Bu olmazsa asıl davaya karşı açılan her dava karşılık dava olarak adlandırılmaz. Ancak takasın varlığında irtibat ya da yakın ilişki aranmaz. Çünkü açılan karşılık dava ile takas talebinde bulunan davalı, karşı davacı, iki alacağında tespit edilip, alacakların karşılıklı olarak sona erdirme talebi vardır. Bu nedenle açılan davalar

²⁰⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 567,

²¹⁰ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 568.

²¹¹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 567; Kuru- Kuru Yargılama-,C.IV s. 3893.

²¹² HUMK m. 426/R.

arasından irtibat ya da yakın ilişkiye gerek yoktur. Karşılıklı olarak alacaklı olunması yeterlidir.

bbca. Takas Talebi

HUMK. m. 204/1’de karşılık dava ile takas veya mahsup talebinin ileri sürülebileceği belirtilmiştir.

Davalının takas talebi için ayrıca karşılık dava açmasına gerek olmadığını yukarıda zaten ayrıntısı ile incelemiştik. Burada takas talep edeceği miktarın davacının talep ettiği miktardan daha fazla ise ve davalı bunu da hüküm altına aldirmek istiyorsa, bunu karşılık dava ile gerçekleştirebilir.

Davalının karşılık dava açtığını asliye hukuk mahkemelerinde cevap lahiyasında, basit yargılamaya tabi durumlarda ise ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda karşı dava talebini ileri sürebilecektir.²¹³ Bunun için ayrıca başvurma harcı ve peşin harç yatırması gerekmektedir²¹⁴.

Takas için karşılık dava açılması halinde mahkeme yargılama sonucunda davalının alacağından davacının alacağından fazla olduğuna karar verirse, asıl davayı takas nedeniyle reddeder ve davalının fazla alacağından davacıdan tahsiline karar verir²¹⁵.

²¹³ Postacıoğlu,- Postacıoğlu Usul- s. 216.

²¹⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 569; Kuru- Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3904.

²¹⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul- s. 569; Üstündağ- üstündağ Yargı, s. 519; Kuru - Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3905, 4. HD. 17.10.1971, 8728/10178 “*Asıl davanın reddedilmiş bulunması karşılık davanın incelenmesine engel değildir. Takas isteği savunma olarak değil de karşılık dava*

Eğer davalı davacının istediği alacağın mevcut olmadığı iddiasında ise, davacının alacaklı olmadığından davanın reddine ve kendisinin alacağının kabulüne dair karar verilmesini isterse, yani talepte takas olmazsa, iki dava arasında bağlantı olmadığından burada karşılık davanın şartları oluşmaz²¹⁶. Postacıoğlu²¹⁷; eğer davalının açacak olduğu dava, takas ya da bağlantı²¹⁸(irtibat) haricinde bir başka mevzudan dolayı açılıyorsa bu dava karşılık dava olarak kabul görmez ve bundan dolayı asıl davacının esasa cevap süresi içinde ilk itiraz olarak bunu ileri sürmesi gerektiğini ifade eder.

Bu durumda usulde terditli olarak takas talebi ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; davalının karşılık davasını, terditli olarak açarak, asıl davacının davasının reddine ve kendi alacağının kabulüne karar verilmesi, eğer davacının alacağı kabul edilirse, kendi alacağı ile davacının alacağının takas edilerek, kendisinin fazla alacağının kabulüne karar verilmesini talep edebilir²¹⁹.

Bu durumda mahkeme eğer davacının alacağının varlığını yapılan muhakeme sonucunda kabul ederse, karşılık davayı da inceleyerek hüküm kurar²²⁰.

Kuru²²¹; asıl davacının alacağının mevcut olmadığı kabul edilse bile, davalının karşılık davasının incelenmesine ve davalının karşılık davasının kabulü ya

biçiminde ileri sürüldüğüne göre mahkemece gerekli incelemenin yapılmasına ve esas davanın tamamı reddedilirse karşılık davanın verdiği sonuca göre gereken kararın verilmesi ve asıl davanın kısmen veya tamamen sabit olup karşılık dava da sabit olursa ve karşılık davada sabit olan tutar asıl davada sabit olan tutardan fazla ise asıl alacak tutarınca takas yapılarak geri kalanın hükmedilmesi gerekir. Sabit olan asıla alacak tutarı sabit olan karşılık davadan fazla ise yine takas yapılarak karşılık davanın reddine karar verilmesi gerekir.”

²¹⁶ Kuru- Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3906.

²¹⁷ Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul-, s. 216.

²¹⁸ Aşağıda incelenecektir.

²¹⁹ Kuru - Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3906, Aral, s. 162.

²²⁰ Kuru -Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3906.

²²¹ Kuru - Kuru Muhakeme-,C.IV s. 3906.

da kısmen kabulü yani davacıdan alacaklı olduğu sonucu ortaya çıkarsa bu miktar üzerinden karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aral²²² da; mahkemenin davacının alacağının bulunmadığı kanaatine ulaşırsa, davayı sırf bu nedenden dolayı reddedeceğini ifade etmektedir.

bbcb. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunması:

Karşılık dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunmalıdır. Yoksa karşılık dava kabule şayan değildir. Asıl dava ile karşılık davanın aynı sebepten doğması ya da asıl dava ile karşılık davadan biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde iki dava arasında bağlantı, irtibat var sayılır²²³. Ancak takasta böyle bir şart gerekmemektedir. Zira takasta asıl amaç, borçlunun alacaklıdan olan alacağı ile alacaklının kendisinden olan alacağının takas edilmesidir. Takas bu şartın bir istisnasıdır.

bbd. Karşılık Davanın Caiz Olması:

Asıl dava ile arasında bağlantı bulunmayan ve takas veya mahsup talebi içermeyen bir dava karşılık dava olarak açılmaz.

bbe. Takasın Cevap Lahiyasından Sonra Islahla İleri Sürülmesi:

²²² Aral, s. 163.

²²³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 569.

Aslında bu konu yukarıda bazı bölümlerde kısım kısım incelenmiştir. İster defi olarak ister karşılık dava olarak ileri sürülsün HUMK m. 203 gereğince esasa cevap süresi içinde takası ileri sürmek gerekmektedir.

Peki esasa cevap süresi geçirildikten sonra defi olarak takası ya da karşılık dava olarak takası ıslahı ileri sürmek mümkün müdür?

Öncelikle takas ya da karşılık dava hakkının cevap lahiyasında kullanılmaması sonucu, asıl davacı tarafından karşılık davaya karşı ilk itiraz süresinde ya da savunma olarak esasa cevap süresinden sonra ileri sürülmesine karşı taraf itiraz etmez, zımni olarak kabul ederse, geçerlilik kazanacaktır. Aynı şekilde ıslahla takasın ileri sürülmesi ya da karşılık dava açılıp açılmayacağı tartışmalıdır.

Islah kurumu tarafların yargılamadaki usulü işlemlerin kısmen ya da tamamen değiştirilmesine veya düzeltilmesine yarar. Islah kurumu kanun koyucunun, usul hukukunda geçerli olan iddia ve savunmayı genişletme yasağına tanıdığı bir istisnadır. Buradaki irade tek taraflı, karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne gerek olmayan bir iradedir.

Buna göre çözülmesi gereken ilk problem karşılık dava açmanın usuli bir işlem olup olmadığının tespitidir. Yukarıda²²⁴ da ayrıntılı olarak incelendiği üzere karşılık dava açılması hem doktrinde hem de Yargıtay tarafından usuli bir işlem olarak kabul görmektedir. Bunun sonucu olarak karşılık dava açılmasında da cevap dilekçesi evresinden sonra ıslah yoluyla karşılık dava açılabileceği kanaati oluşmuştur.

²²⁴ Bknz dipnot 74 civarı.

Zira Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında²²⁵ özetle şu şekilde karar vermiştir; “... karşılık davacı davasını önce tapu iptali ve tescil davası açmış, ancak safahatta nizalı kesimin kendi parselinin çapı içerisinde kaldığını anlaması üzerine bozma kararından önce verdiği 28.10.1998 tarihli dilekçesi ile tapu iptali ve tescil isteminden vazgeçerek, dava konusu olan kısma davacı- karşılık davalıların elatma nedeniyle davasının elatmanın önlenmesi davası şeklinde görülmek üzere ıslah ettiğini bildirmiştir. Karşılık davacının bu talebi bozmadan önce yargılamayı uzatmaya yönelik bir istek niteliğinde görülerek reddedilmiş, bozma üzerine ise, bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

HUMK 83 v.d. maddeleri uyarınca ıslah, davanın taraflarından birinin usule ilişkin olarak yaptığı işlemi tamamen veya kısmen düzeltmesidir. Islah tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılır ve karşı tarafın muvafakatine de bağlı değildir. Taraflar karşı tarafın muvafakati olmadan iddia ve savunmayı değiştiremez ve genişletemezler.

Ancak ıslah yolu ile iddia ve savunmanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün olabilir. Şu hale göre, karşılık davacının dava açıldıktan sonra sebebinde, delillerde ve usule ilişkin diğer işlemlerde ıslah yolu davasının mahiyetini tamamen değiştirilmesinin mümkün olmasına ve bu ıslah talebini de bozmadan önce yaptığının anlaşılmasına, bu konuda yasal bir engel bulunmamasına göre, karşılık davacının bu talebi ile ilgili

²²⁵ 14 HD., 29.12.1999, 8622/ 9376, Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 348. Ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 577; Ancak Yargıtay bazı kararlarında usuli işlem olan cevap dilekçesinin verilmesi ya da zamanaşımı definin ileri sürülmesini ıslahla yeniden ileri sürülemeyeceğini ileri sürmektedir. Bknz. 11. HD. 28.05.2004, 11314/ 6003, 13. HD. 01.12.2000, 9903/ 10802.

gerekli araştırma ve incelemede yapılmak suretiyle oluşacak duruma göre bir karar verilmek gerekirken, yazılı nedenlerle karşılık davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş...”.

Ancak aksi görüşte olan Üstündağ²²⁶; karşılık davanın ne bir iddia ne de bir müdafaa sebebi olduğunu bilakis yeni bir dava olduğunu belirtmiştir. Kanunda müstakil dava ile müdafaa sebeplerinin ayrıldığını belirtmiştir. HUMK m. 202/1’de cevap lahiyasının içeriği belirlenirken müdafaa sebepleri ile karşılık dava aynı sırada sayılmıştır. Cevap lahiyasında ileri sürülmemiş müdafa sebeplerinin karşı tarafın kabulü (muvafakati) ile sonradan ileri sürülmesine izin veren HUMK. m. 202/2 de, ıslah yolu ile dermeyanına izin veren HUMK. m. 202/3 karşılık davadan bahsedilmemekte ve böylece müdafaa sebepleri ile karşılık davanın ayrılığına işaret etmiştir.

Ayrıca karşılık davanın ileri sürülmesine, davanın ileri safhalarında izin verilirse, dava talebinin ve karşı talebin aynı zamanda müzakere konusu olmasındaki menfaatleri çığneneceğini, karşılık davanın bu menfaati gerçekleştirmek için oluşturulduğunu, davalının bu şekilde yepyeni ve ayrı bir talep hakkını ileri sürmekte olduğunu bununda davanın değiştirilmesi ile sonradan karşılık bir dava ikame olunmasına engel olacağını belirtmektedir.

Bundan başka davanın seyri esnasında bazı iddia ve müdafaa sebeplerini devam eden muhakemeye sokulmamasının, onların yok olmasına sebep verecekken, sonradan ileri sürülmesi imkanı kapanmış karşılık dava için aynı sonuçları

²²⁶ Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 98.

doğurmayacağını belirtmiştir. Tüm bunlar ışığı altında böyle bir sonuca izin verilmesi sonucu muhakemenin uzayacağı görüşünü savunmaktadır.

c. Takas Definin Kesin Hüküm Açısından İncelenmesi

Takas sonucu davanın reddi halinde alacağın kesin hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği başka bir konudur.

Alman Hukukunda, takas sonucu alacağın sona ermesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesi halinde, davalının karşı alacağı da maddi anlamda kesin hüküm kapsamına girmektedir. Ancak, alacakla ilgili kararın, maddi anlamda kesin hüküm kapsamına girmesi için her ne kadar karşılık dava açılması gerekse de takas bir istisna olarak görülmüş ve maddi anlamda kesin hüküm olarak görülmüştür²²⁷.

Hukukumuzda bununla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Lakin açılan alacak davasının davalısı takas definde bulunsa ve dava reddedilirse, hüküm fıkrasında sadece alacaklının alacak davasında reddedildiği görülür. Karşı alacağın sona erdiği ise hükmün gerekçesinden²²⁸ anlaşılır²²⁹.

Ancak ileri sürülen takas, zorunlu olarak bu alacağı ve karşılık alacağı sona erdirdiğinden, bu hükmün bağlayıcılığı, yalnız dava edilmiş alacağın sona ermesine sebep vermez ayrıca takas edilen alacağı da kapsar. Aksi halde davalının alacağı yeniden başka bir davada ileri sürülebilirdi²³⁰. Yani takas edilen alacak, bir başka

²²⁷ Topuz/ Topuz, s. 728.

²²⁸ Hükmün gerekçesi genel olarak kesin hüküm teşkil etmemektedir.

²²⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 725; Topuz/ Topuz, s. 728.

²³⁰ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- Usul-, s. 725; Topuz/ Topuz, s. 728; Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 701.

davada ileri sürülürse kesin hüküm itirazı ile karşılaşacaktır. Zira verilen kararda takas edilen alacakta hüküm altına alınmıştır. Bunun tekrardan ileri sürülmesine izin verilmesi aynı zamanda usul ekonomisine de aykırı olur. Bu hak bir davada ileri sürülmüş ve takas oluna alacak hakkında da diğer alacakla beraber karar verilmiştir. Bunun tekrar mahkeme önüne taşınması, gereksiz yere mahkemenin meşgul edilmesine sebebiyet verecektir.

2. TAHKİMDE TAKAS

Tahkim yargılamasında da usul kuralları uygulanmaktadır. Zira herhangi bir usule, düzene sahip olmayan hakem kararlarının denetleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur²³¹. Hakemlerin tarafları dinlemeden, iddia ve savunmaları, varsa takas taleplerini ya da karşı dava ikamesine imkan vermeden karar vermeleri bir bozma sebebi teşkil etmektedir.

Karşı dava ile takas talebi ya da doğrudan doğruya takas talebi tahkim yargılaması içinde görülüp görülemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur. Bilindiği üzere HUMK m. 204 karşı davayı düzenlemektedir. HUMK m. 205 ise karşı davanın dinlenmesinin asıl dava ile irtibatlı olmasına bağlanmıştır. Davalı talebinin karşı dava olarak nitelendirilebilmesi için, karşı davanın, asıl dava ile irtibatlı ve asıl davanın tabi bulunduğu yargılama usulüne tabi olması gerekir²³².

²³¹ Balcı, Muharrem, İtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 192.

²³² Balcı, s. 198.

HUMK. m. 206 hükmü gereğince tetkik ve halli hakemlere ait olan bir konu mahkemelerde karşı dava yoluyla ileri sürülemez.

Üstündağ²³³; mahkemede görülmekte olan bir davaya karşı, hakemde görülmesi gereken bir alacak takas olarak görülebilir mi sorusunu sorduktan sonra, Alman Federal Mahkemesinin ve Temyiz Mahkemesinin bir kararını örnek olarak vermiştir. Bu karara göre taraflar, alacağın, hakem önünde dava konusu edebileceklerini tahkim sözleşmesi ile karara bağlamışlardır. Bu durumda tahkim sözleşmesinden kaynaklı bir yasak ortaya çıkmaktadır.

Hakem önünde açılan bir davaya, karşı açılacak olan karşılık davanın da yine hakem önünde incelenebilecektir²³⁴. Ansay²³⁵ ise aksi görüşte olup, hakem önünde, takas iddiasının ileri sürülebileceğini ancak karşılık davanın açılmayacağını çünkü bunun hakemler tarafından dinlenemeyeceğini, bunun tahkim dışında bir iddia olduğunu belirtmektedir.

Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararla²³⁶; karşı davanın tahkime konu olabileceğini belirtmiştir. Dayınlarlı²³⁷ ise daha açık bir ifade ile karşılık davadaki

²³³ Üstündağ- Üstündağ Yargı-, s. 947.

²³⁴ Karataş, İzzet/ Ertekin, Erol, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. 226.

²³⁵ Ansay, s. 416.

²³⁶ 15. HD., 15.11.1984, 1685/3521 “*Davalı A.K. ve M.Ç. Kollektif Şirketi karşılık davasını esas dava hakkındaki cevap layihasında bildirmek suretiyle ikame etmiştir. Bu durumda Hakem Kurulu asıl dava ile karşılık davayı birlikte incelemek ve karara bağlamakla yükümlüdür. Her iki davanın tahkikat safhası müşterek olup birlikte karara bağlanması gerekir. Tahkim sözleşmesinde aksine bir kayıt bulunmadığından tarafların ve Hakemlerin yapmış oldukları usul muameleleri hem asıl dava ve hem de karşılık dava yönünden geçerli sayılmalıdır.*

Kural olarak Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hüküm vermeye mecburdurlar. Ancak taraflar tahkim müddetini uzatabilirler. Bunun için iki tarafın da açık ve yazılı muvafakatları lazımdır. Ayrıca mahkeme Başkanı ve Hâkim, zaruret halinde tahkim müddetinin uzatılmasına karar verebilir. Asıl dava ile karşılık davanın tahkikat safhasının müşterek olması, birlikte incelenmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 203 üncü maddesinin açık hükmüdür. Asıl dava ile karşılık davanın tahkim sürelerini ayrı ayrı

talepler, taraflar arasında akdedilen sözleşmelerden kaynaklanıyorsa, hakem heyetinin bu davayı görmekte yükümlü olduğunu, eğer davalı, karşılık davacının talebi bu sözleşmeden kaynaklanmıyorsa hakemlerin davayı reddetmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Aynı şekilde doktrinde²³⁸, karşılık davada olduğu gibi takas defi ile ilgili de benzer yorumlar yapılmaktadır. Bir kısım doktrin yazarı, yapılan takas defi eğer taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinden ya da tahkime konu olan sözleşmeden kaynaklanıyorsa, hakem heyetinin takas defi hakkında karar verebileceğini belirtmiştir. Yani takas talep edilen alacakla, asıl davada talep edilen alacak arasında bir bağlantı bulunması gerektiğini iddia etmektedirler. Sözleşme ile tahkimin sınırları sıkı sıkıya belirlenmişse, karşılık dava ile takas talep edilemeyeceğini belirtmiştir. Bununda HUMK m. 533'ün 3. bendine uygun düşen bir yorum tarzı olduğu belirtilmiştir²³⁹.

Bunun aksi görüş belirten bir kısım doktrin yazarı ise; takas talep edilen alacakla asıl davanın konusu arasında bir irtibat bulunması gerekmediğini ileri sürmektedirler. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak, tahkim esnasında takas definin savunma amaçlı olarak kullanılmasının engellenmesi, hakemlerin bu konuda yetkili

hesaplamak veya ayrı ayrı sürelerle tabi olduğunu kabul etmek doğru görülmemiştir. Asıl davanın, ayrı karşılık davanın ayrı biçimde tahkim süresininin varlığını kabul etmek yanlış olmuştur.”

²³⁷ Dayınlarlı, Kemal, İç Tahkim, Ankara 2004, s. 74.

²³⁸ Postacıoğlu- Postacıoğlu Usul-, s. 646; Üstündağ - Üstündağ Yargılama-, s. 948.

²³⁹ Alman Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında dava konusu alacakla bağlantılı olan alacakların takasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Almanya da hakim olan görüşün bağımsız olarak ileri sürülmesi halinde başka bir mahkemenin yetkili olacağı alacağın takas edilemeyeceği yönündedir. Bucher, Eugen, Çev: Buz, Vedat, Ünal Tekinalp'e Armağan C. II, 2003, Yargılamada Takas Maddi Hukuka Dönüş, s. 617; Özbay, İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 189.

olmadıkları düşünülemez. Bu durumda davanın hakimi, defileride hakimidir kuralının bir görünümüdür yani bir davayı görmeye yetkili hakem, buna karşı ileri sürülebilecek defileri de incelemeye yetkili olacaktır²⁴⁰.

Kanımızca da tahkim konusunda takasın sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir. Zira ancak sorununun kaynağı olan hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmeden kaynaklanan alacakların karşılık dava ile takasa konu olması yerinde olacaktır. Yani taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesinde, sınırlar sıkı sıkıya belirlenmemiş ve bu sözleşmeden karşılık dava ile takasında ileri sürülebileceği anlaşılıyorsa, tahkim yargılaması esnasında, karşılık davanın da hakem önünde görülmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Ancak, taraflar yapmış oldukları tahkim sözleşmesi ile, hakem yargılamasına konu olacak hukuki anlaşmazlığı sıkı sıkıya belirlemişlerse, takas talebinin karşılık dava ile ileri sürülmesi uygun olmayacaktır. Aksi halde tahkim kurumunun mahkemeler yerine geçmeye, sadece belirli anlaşmazlıkların çözümü için var olan tahkim ya da hakem heyetinin bu sınırların dışına taşmaya başlaması sonucu ortaya çıkacaktır.

Eğer söz konusu takas talebinin, karşılık dava ile hakem önünde çözülmesi isteniyorsa, karşı tarafla bu konunun da hakem önünde çözülmesi için karşı tarafların anlaşması yerinde olacaktır. Zira bu sayede hakem heyetinin bu talebi incelemesinde yetki sorunu ortaya çıkmayacak ve anlaşmazlığın çözümünde daha rahat olacaktır. Bu çeşit bir çözüm usul açısından daha doğru olacağı kanısındayız. Bunun haricinde hakem yargılaması esnasında yapılacak olan takas definin her zaman ileri sürülebilecektir. Zira tarafların, yargılama esnasındaki defa haklarını kullanması,

²⁴⁰ Özbay, s.189.

onların en doğal hakkıdır. Hakeminde, görmekte olduğu uyuşmazlıkla ilgili defileri değerlendirmesi de uyuşmazlığın adil bir şekilde çözülmesi için gereklidir.

Milletlerarası Ticarete ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu Unidroit Prensipleri uygulanmaktadır. Uluslar arası tahkimde de kullanılan Unidroit Prensiplerine 2004 yılında takasa ilişkin hükümler konulmuştur.

Söz konusu hükümler incelendiğinde; kendisinden ödeme talep edilen ve borcunu takas eden taraf "ilk taraf", kendisine karşı takas talep edilen taraf da diğer taraf olarak anılmaktadır²⁴¹.

2004 yılında konulan prensiplerde; madde 8.1.1 uyarınca takasın şartları, karşılıklılık, aynı türden borçların söz konusu olması, alacakların muaccel olması, varlık ve miktarlarının kesin olması ve takas talep eden tarafın ifaya yetkili olmasıdır²⁴². Madde 8.1.2.'de borçların varlık ve miktarlarının kesin olması şartına bir istisna getirilmiş ve eğer her iki yanın borçları aynı sözleşmeden kaynaklanıyorsa, ilk taraf, diğer tarafın varlığı ve miktarı kesin olmayan borcunu kendi borcu ile takas edebilir²⁴³. Söz konusu düzenleme ile getirilen takas şartları hukukumuzdaki takas için gerekli olan şartlarla hemen hemen aynı olduğu görülmektedir.

Madde 8.2. takasa konu olacak para alacaklarının farklı para birimlerinde olmasını takasa bir engel olarak görmemiş ancak para birimlerinin serbestçe değiştirilebilir olmasını ve ilk tarafın borcunun münhasıran belli bir para primi ile

²⁴¹ Süral, Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008, s. 140.

²⁴² Süral, s.140 vd.

²⁴³ Süral, s.141.

ödeyeceğinin kararlaştırılmamış olmasını aramıştır²⁴⁴. Takas da bir ödeme türü olduğundan, m. 6.1.9.3.'de yer alan ödemenin yapıldığı tarihteki döviz kurunun esas alınacağı kuralı burada da uygulanır²⁴⁵.

Madde 8.3. uyarınca takas hakkı, diğer tarafa bildirilerek kullanılır, takas kendiliğinden olmaz ancak bir mahkeme kararına da gerek yoktur²⁴⁶. Takas bildirimının şartlı olması gerekir. Ancak bu kural hukukumuzdaki uygulama ile kısmen çelişmektedir. Yukarıda²⁴⁷ incelendiği üzere hukukumuzda geciktirici şarta bağlı alacaklar takasa tabi değildir, ancak şart bozucu ise söz konusu alacak takasa tabidir.

Madde 8.4. takas bildirimini içeriğine ilişkindir. Buna göre takas bildirimini, takasa konu olan borçları belirtmezse, diğer taraf, makul bir süre içinde, ilk tarafa takasa konu borcu veya borçları beyan edebilir. Böyle bir beyan yoksa, takas tüm borçlara orantılı olarak uygulanır²⁴⁸.

Madde 8.5 takasın sonuçlarına ilişkindir. Buna göre takas borçları sonra erdirir. Takas, takas bildiriminin yapıldığı anda hüküm ifade eder²⁴⁹. Faiz takas bildirimine kadar devam eder, takastan önce yapılan ödemeler geçerlidir, geri istenemez²⁵⁰.

Unidroit Prensiplerine göre, irade serbestisi prensibi gereğince, tarafların sözleşme ile takasın mümkün olmadığı hususunda anlaşmalarına ya da takasın

²⁴⁴ Süral, s.141.

²⁴⁵ Sürali, s.141.

²⁴⁶ Süral, s.141.

²⁴⁷ Dipnot 25 civarı.

²⁴⁸ Süral, s.141.

²⁴⁹ Süral, s.142.

²⁵⁰ Süral, s.142.

şartlarında değişikliğe gidilmesinde engel yoktur²⁵¹. Hukukumuzda da takas yardımcı yani emredici olmayan hukuk kurallarından olduğundan dolayı taraflar sözleşme ile aynı şekilde hükümler getirebilirler.

E. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA TAKAS

1. İCRA HUKUKUNDA TAKAS

I. Genel Bilgi

Genel olarak takas borcu sona erdiren bir defî olduğundan icra hukukunun birçok evresinde karşımıza çıkmaktadır. Bazı alacakların takas edilemeyeceği maddî hukuk açısından incelenmiştir. Maddî hukuk açısından takas kabil olmayan alacaklar İcra Hukuku açısından da haciz edilemez alacaklardır²⁵². Yani İİK m. 82 ve m.93/2 gereğince söz konusu alacaklar takasa konu olamayacaklardır²⁵³.

BK m. 123 hükmü gereğince bazı alacakların borçlu hilafî dışında takas edilmesi yasaklanmıştır. İşte bu alacaklar tek taraflî bildirimle takas edilemeyecekleri gibi aynı zamanda haciz de edilemezler²⁵⁴.

Borçlu isterse, kendisinin de alacaklıdan alacaklı olduğu, bildirerek takas iddiasında bulunabilir. Borçlu olmadığının tespiti içinde menfî tespit davası

²⁵¹ Süral, s.142.

²⁵² Uyar, Talih, İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1983, s. 383.

²⁵³ Ayan, s.310; Eren, s.1230.

²⁵⁴ Uyar- Uyar Haciz-, s. 384.

açabilir²⁵⁵. Yargıtay da birçok kararında²⁵⁶ buna cevaz vermektedir. Zira davalının böyle bir dava açmasında hukuki yarar vardır²⁵⁷. Ancak takas definin icra mahkemesinde öne sürülme olanağı bulunduğu, başka bir deyişle bu defi icra mahkemesinin sınırlı delil sitemi içinde kanıtlanabildiği sürece menfi tespit davası açmaya gerek yoktur²⁵⁸.

Takasa konu olan alacağın çekişmeli olsa dahi ileri sürülebileceği yukarıda incelenmiştir²⁵⁹. Yani borçlu, borçlu olmadığını, alacaklının alacağı ile ondan olan alacağını takas ettiğini belirterek, tespiti için menfi tespit davası açabilir²⁶⁰

Bunun haricinde İcra hukukunda takasın nasıl, ne zaman ve hangi şekilde ileri sürüleceği aşağıda incelenecektir.

II. Genel Haciz Yolunda Takasın İleri Sürülmesi

Genel Haciz Yolu ile, borçluya karşı yapılan icra takibinde, borçluya gönderilen ödeme emri sonucu, borçlunun borçlu olmadığını ispatlayacak bazı defileri vardır. Bunlardan biride takas defidir.

²⁵⁵ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s.14.

²⁵⁶ “Davacının istemi, niteliği itibarıyla İ.İ.K. m.72 maddesine uygun menfi tespit davasıdır. Davacı, aleyhinde yapılan takip konusu meblağa ait borcunun olmadığını saptanmasını istemektedir. Zira B.K. m. 118 ve müteakip maddeleri ile tanzim olunan takas, borcu sükut ettiren sebeplerdendir. Her ne kadar eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmaz ise de, davacı kendi alacağının, alacaklının alacağı ile takasını isteyerek borçlu olmadığını tespitini isteyebilir. Davacının talep ve davası, mücerret alacağının tespitinden ibaret değildir. Bu nedenle davaya bakılarak sonuca uygun karar verilmesi gerekir” 11. HD., 24.11.1975, 1975/6702 E., 1975/5197 K.; Kuru- Kuru Tespit-, s.14.

²⁵⁷ Bknz. bir önceki dipnotta bulunan Yargıtay Kararı.

²⁵⁸ Türk, s.101.

²⁵⁹ Bknz. dipnot 37 civarı.

²⁶⁰ Türk, s.102.

Borçlu imzaya itiraz dışındaki tüm diğer borca itirazlarını, eğer senet metninden anlaşılmıyorsa açıkça yapmalıdır. Senet metninden anlaşılmayan defileri açıkça yapmazsa takip borçlu aleyhine kesinleşecektir. Yani takas defini de borçlu açıkça bildirmek zorundadır²⁶¹. Eğer takas defini, borçlu açıkça ileri sürmezse takip alacaklısı tarafından icra mahkemesinde aleyhine açılan itirazın kesin kaldırılması için icra mahkemesine başvurduğunda da takas definde bulunamaz²⁶².

Takip kesinleştikten sonra takip borçlusu takip alacaklısından olan alacağı ile ona karşı olan takip kouu borcunu takas edebilir. Bu takas icra dairesi haricinde taraflar arasında yapılır. Eğer borçlu icra dairesi haricinde yapmış olduğu takas ile borcun sona erdiğini ispat etmek isterse, İİK m. 71 hükmünce İcra Mahkemesine başvurabilir. Olayda itfa olup olmadığı Borçlar Kanunu Hükümlerince değerlendirilecektir²⁶³

Takasa dayanarak icra takibinin iptaline karar verilebilmesi için takip kesinleştikten sonra takasın yapılmış olması şarttır. Takip tarihinden önceki ve takip tarihi ile ödeme emrine itiraz tarihine kadar ki itfanın mutlaka ödeme emrine itiraz yoluyla ileri sürülmesi gerekir²⁶⁴. İtirazın kesinleşmesinden önce yapılan takas, İİK m. 72 gereğince istirdat davasının konusudur.

²⁶¹ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkan, Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2007, s. 123; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006, s. 155; Postacıoğlu, İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 161.

²⁶² Kuru/ Arslan/ Yılmaz- İcra-, s. 156; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 123; Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008, s. 279.

²⁶³ Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1975, s. 125; Kiraz, Özgür, Taylan, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Ankara 2007, s.223.

²⁶⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz – İcra-, s. 229; Muşul – Muşul İcra-, s. 280, Üstündağ- Üstündağ İcra-, s.126.

Borçlu alacaklı ile yapmış olduğu takası, ancak alacaklı tarafından verilmiş imzası noterce onaylı, takas sonucu borcun sona erdiğini ortaya koyan bir belge ya da imzası alacaklı tarafından kabul edilmiş bir adi belge ile ispat edebilir²⁶⁵.

Çekişmeli bir alacağa dayanarak takas ileri süren borçlu, eğer alacağını bu belgelerden biri ile ispat edemiyorsa, icra mahkemesi borçlunun itirazının kaldırılmasına karar verir²⁶⁶. Borçlu tarafından çekişmeli alacağı için açılan alacak davası da icra mahkemesini etkilemez, icra mahkemesi de bunu bekletici sorun olarak görmez. Çünkü icra mahkemeleri belge üzerinden, takip konusu alacak için karar verir. Borçlu iddiasını İİK m. 68'deki belgelere dayandırarak ispatlayamıyorsa, mahkeme itirazın kaldırılmasına karar verir.

Borçlu çekişmeli karşılık alacak ile takip konusu alacağı takas ettiğini ve bu nedenle borçlu bulunmadığı bildirerek, alacaklıya karşı bir menfi tespit davası

²⁶⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- İcra-, s. 229; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 297; Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 254; Kiraz, s.223.

²⁶⁶ Kuru-Kuru İcra-, s. 254, 12 HD. 27.06.2006, 11099/14044 “ *Borçlu vekili borcu doğuran hukuki ilişkiyi kabul edip, itirazını takas-mahsup diğer bir anlatımla takas-mahsup yolu ile ödeme olgusuna dayandırdığına göre, takip dayanağı belgelerin anılan kanunun 68/1 maddesinde belirtilen belgelerden olup olmadığına bakılmaksızın, borçlunun takas-mahsup iddiası üzerinde durulmalıdır. Çünkü anılan madde yazılı belgelerle ispatlanacak olan(hukuki ilişki ve borçtur. Borçlu hukuki ilişki ve borcu kabul edip takas mahsup yolu ile ödediğini ileri sürdüğüne göre kabul edilen bir hususun ayrıca İİK. m. 68/1’de yazılı belgelerle ispatına yer olmadığına kabul edilmelidir. (H.G.K. 04.12.1985, 1984/12-527 E. 984 K.) Bu durumda borçlunun takas iddiası üzerinde durulmalıdır.*

H.G.K. 12.10.1994 tarih ve 1994 tarih ve 1994/251-593 sayılı kararında da benimsendiği üzere dar yetkili icra tetkik merciinin yargılama usulü göz önünde tutulduğunda, takip hukuku bakımından takas ve mahsup iddiası kural olarak;

1) Takasa konu alacağın İİK.’nun 68. maddesindeki belgeye dayalı bulunması

2) Bu alacakla ilgili olarak icra takibinin yapılmış ve takibin kesinleşmiş olması

3) Alacağın ilama bağlanması hallerinde nazara alınabilir.

Somut olayda borçlunun takasa konu ettiği alacağını yukarıda açıklanan nitelikte bir belge ile ispatlayamadığına göre mahkemece borçlunun faize yönelik itirazları değerlendirerek oluşacak sonuca göre alacaklının itirazının kaldırılması isteminin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Oskay, Mustafa/ Koçak, Çoşkun/ Deynekli, Adnan/ Doğan, Ayhan/ İİK. Şerhi C. II., Ankara 2007, s.1470.

açarsa, mahkeme, icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verebilir²⁶⁷.

Peki, 3.kişinin banka mevduat sahibine yapmış olduğu icra takibi esnasında, bankaya İİK. m. 89/1 gereğince haciz ihbarnamesi gönderirse ve bankada takas defini ileri sürerse ne olacaktır? Banka ile mevduat sahibi arasındaki cari hesap sözleşmesi hesaba yazılan alacakların takasına ilişkin bir sözleşmeyi içerir. Bu tasarrufi sözleşme gereği takas, ayrıca takas beyanına gerek olmadan kendiliğinden gerçekleşir²⁶⁸. Ancak takasın ne zaman gerçekleşeceği tartışmalıdır. TTK. m. 88/4 ve 92/2 yorumlanınca takasın, hesap dönemlerinin sonunda her iki sütunun toplamı elde edildikten sonra gerçekleştiği görüşü vardır. Zira her iki maddede de hesap devresi sonunda “zimmet ve matlubu teşkil eden tutarlar birbirlerinden çıkarıldıktan sonra” denilmiştir. Bunun sonucu olarak takasın hesap dönemi sonunda gerçekleşeceği görüşü doğmuştur²⁶⁹. BK. m. 122/2 hükmü gereğince de iki borç takas edilebilecekleri andan itibaren sakıt olmuş addolunur kuralı öngörülmüştür. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²⁷⁰ “TTK. m. 95 uyarınca cari hesap kesilmeden alacak muaccel olmaz. Bu itibarla, işleyen cari hesaba karşı takas definde bulunulamaz” diyerek, takas anının ancak hesap kesimi zamanı olduğunu ifade etmiştir. Gerçektende tarafların alacak verecek ilişkisinin devamlı surette değiştiği ve bunun cari hesapta tutulduğu bir ekonomik ve hukuki ilişkide, tarafların alacaklı borçlu olduğunun tespiti ancak hesap devresi sonunda ortaya çıkacaktır. Yani cari hesap sözleşmesince uygulanan haciz sonrası TTK. m. 98 gereğince, haciz işlemi sonucu, tarafların bakiyesi ortaya çıkartılır ve bu bakiyeye takip alacaklısının haczi uygulanır.

²⁶⁷ Kuru- Kuru İcra-, s. 254.

²⁶⁸ Tekinalp, s.452.

²⁶⁹ Tekinalp, s.452.

²⁷⁰ 19. HD.04.03.1994 T., 1994/4547 E., 1994/1990 K., Uygun, s.4072.

Ancak bankaların alacaklı cari hesaplarında ise böyle bir uygulamaya gerek olmadığından, takip alacaklısı, takip borçlusunun tüm bankadan olan alacağını üzerine haciz koyabilir.

Her iki durumda da, alacaklının alacağı üçüncü bir şahsın haklarıyla takas şartlarının gerçekleşmesinden önce ilzam edilmiş olduktan sonra, alacaklıya karşı yeni bir alacak hakkı meydana gelse, bu alacak da takasa konu olamaz. Yani alacaklının alacağı, takas şartları gerçekleşmesinden önce haciz veya rehin edilmiş olması veya rehin muamelesinin bildirilmesi ile alacaklının takas hakkı sona erer²⁷¹.

Banka takip borçlusundan alacaklı ise ancak birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce her iki alacak da muaccel olmak şartı ile, takip borçlusuna olan borcu ya da zimmetinde sayılan borcu ile takip borçlusundan olan muaccel alacağını takas edebilir²⁷². Banka haciz ihbarnamesinin tebliği anında da takas iddiasında bulunabilir, ancak alacakların muaccel olması gerekmektedir, eğer takip borçlusunun bankadaki alacağı muaccel bir alacak olduğu halde, bankanın takip borçlusundaki alacağı muaccel bir alacak değil ise banka borcu ile alacağını takas edemez²⁷³.

Takip borçlusunun banka nezdinde haczedilen alacağı müeccel ise, o zaman, bankanın takip borçlusundan olan müeccel alacağının vadesinin daha önce olması halinde, banka alacağı ile borcunu takas edebilir, ancak takip borçlusunun alacağının vadesi, bankanın alacağının vadesinden önce ise a zaman banka borcu ile alacağını takas edemez²⁷⁴.

²⁷¹ Uygur, s.4066.

²⁷² Kuru, Baki, Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002, s.75.

²⁷³ Kuru- Kuru Banka-, s.75.

²⁷⁴ Kuru- Kuru Banka-,s. 76.

Kuru²⁷⁵; Bankanın takas hakkını kullanabileceği hallerde, banka, birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden sonra takip borçlusuna borcunu ödemiş olsa bile, banka takip borçlusuna olan borcu ile ondan olan alacağını takas edebileceğini, çünkü birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden sonra, bankanın takip borçlusuna yapmış olduğu ödeme takip alacaklısına karşı geçerli olmadığını iddia eder. Yani banka takip alacaklısına karşı borçlu olmaya devam ettiğini söyleyerek, banka bu borcu ile takip borçlusundan olan alacağını takas edebileceğini söylemektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira takasın şartlarından biri de alacakların karşılıklı olmasıdır²⁷⁶. Bankanın takip borçlusuna borcunu ödedikten sonra karşılıklı bir alacaklı olma durumu ortadan kalkar. Zira takip borçlusu, bankadan olan alacağını tahsil etmiş olur. Bankanın yapmış olduğu ödemenin geçersizliği, takip alacaklısı ile banka arasındaki hukuki durumda ileri sürülebilir. Denildiği üzere Banka takip alacaklısına karşı borçlu olmaya devam eder. Bu durumda bankanın takip alacaklısına olan borcu ile bankanın takip borçlusundan olan alacağı takas edilmektedir. Bu tamamen takasın şartlarına aykırıdır. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere takas karşılıklı iki alacaklının birbirinden olan alacakları için yapılır.

Yukarıda yapılan açıklamalar, aynı şekilde uygulamada sıkça kullanılan haciz müzekkeresi içinde kullanılabilir. İİK. m. 359 ve 367 gereğince icra müdürlükleri yaptıkları işlemler gereğince herkesle doğrudan doğruya muhaberede bulunabilirler ve talep edilen mevcudu daireye teslim mecburdur. Uygulamada kullanılan haciz müzekkeresi de buradan kaynaklanmaktadır. Alacalı illaki borçluya İİK. m. 89/1

²⁷⁵ Kuru- Kuru Banka-, s. 76.

²⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. dipnot 17 ve 259 civarı.

gereğince haciz müzekkeresi gönderme mecburiyeti yoktur²⁷⁷. Amaç menkul haczi olduğu için aynı şekilde İİK. m. 88 hükümlerine tabidir. Bu nedenle takasa ilişkin açıklamalar haciz müzekkeresi içinde de uygulanacaktır.

İtiraz edilmiş olunan bir icra takibi alacağı temlik edilmiş olabilir. Yeni alacaklıda itirazın kesin olarak kaldırılması için dava açabilir. Bu durumda, itirazın kaldırılması davasında itiraz eden borçlunun yeni alacaklıdan alacağı varsa takas itirazını ileri sürebilir²⁷⁸. Bunun haricinde alacağı temlik edenden bir alacağı bulunursa ve bu alacak temlik edilen alacaktan önce muaccel olmuşsa, bu alacağını temlike konu teşkil eden alacakla da takas edebilir²⁷⁹.

III. Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takip

Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte takas borca itirazlar arasında sayılır. Takas borcun itfa edildiği manasına gelir. Borçlu eğer takasla borcun sonlandığı iddiasında ise beş gün içerisinde İcra Mahkemesine itiraz etmek zorundadır²⁸⁰.

²⁷⁷ “Borçlunun üçüncü kişilerdeki (bankadaki) alacağı-mevduatı menkul hükmündedir. Bu nedenle, bankadaki mevduatın haczi menkul haczi gibi yapılır. Ancak, bankadaki mevduat hakkında haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline, yani bankaya gidilmesine gerek yoktur. Haciz tutanağı icra dairesinde düzenlenir ve haczi yapan memur, alacaklı ve borçlu tarafından imza edilir. Bu işlemlerin tamamlanması ile borçlunun bankadaki mevduatı haczedilmiş olur. Haczin tekemmülü için bankaya İİK'nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesinin de ayrıca tebliğ edilmiş olması şart değildir.” H.G.K, 1999/12-1003 E., 1999/1017 K., 01.12.1999 T.

²⁷⁸ Kiraz, s.260.

²⁷⁹ Bknz. dipnot 29 civarı.

²⁸⁰ Kuru/ Arslan/ Yılmaz – İcra-, s. 402; Pekcantez/ Atalay/ Özkan/ Özkes., s. 298; Muşul-Muşul İcra-, s. 886.

Borçlunun takas itirazı takibi durdurmaz, yani alacaklı borçlunun mallarının haczini talep edebilir. Ancak bu malların satışı durur. Hakim, eğer takasın yapıldığını borçlunun ibraz ettiği bir senet ya da belgeden tespit ederse takibin geçici durdurulması için tedbir kararı verebilir²⁸¹.

Borçlu yalnız takip alacaklısından olan karşılık alacağına dayanarak takas itirazında bulunabilir; diğer senet alacaklarından(hamillerinden) olan alacağına dayanarak takip alacaklısı olan yetkili hamile karşı takas itirazında bulunamaz²⁸².

Borçlu takas itirazında borcun ertelendiğini resmi belge ya da imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş belgelerden biri ile ispat edebilirse, itirazı kabul olur²⁸³. Eğer reddolursa borçlu icra inkar tazminatına hükmolunabilir.

Alacaklı İİK. m. 169 A/ III gereğince çağırıldığı ilk duruşmaya gitmezse, icra mahkemesi alacağın itiraz edilen miktarı kadar takibin durdurulmasına karar verir.

Bundan başka takas nedeniyle senedin bedelsiz kaldığını belirterek, menfi tespit davası da açılabilir. Takas defini icra mahkemesinde ileri sürememiş ya da ileri sürmüş ama talebi reddedilmişse, menfi tespit davası ile senedin bedelsizliği ileri sürülebilir. TTK. m. 599 gereğince takas doğrudan doğruya defilerden olup, istisna olarak, kambiyo senedinin düzenlenmesine sebep olan temel borç ilişkisine dayanmamaktadır²⁸⁴. Yani keşideci takas defini lehtara karşı değil, karşı alacaklı olduğu senet hamiline karşı ileri sürebilir. Bedelsizlik aynı zamanda bir kişisel defi olduğundan ancak senet lehtarına karşı ileri sürülebilir. Takas defi bunun istisnası

²⁸¹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz – İcra-, s. 403; Muşul- Muşul İcra-, s. 894.

²⁸² Kuru- Kuru İcra-, s. 672.

²⁸³ Üstündağ- Üstündağ İcra-, s.430.

²⁸⁴ Türk, s.129.

olup ancak karşı alacaklı olduğu senet hamiline karşı ileri sürülebilir²⁸⁵. Bu takasın şartlarından karşılıklılık ilkesinin gereğidir.

Genel Haciz Yoluyla takipte, İİK. m.89/1 gereğince gönderilen haciz ihbarnameleri için yaptığımız açıklamalar burada geçerlidir. Bu nedenle tekrardan bu konu ile ilgili burada açıklama yapılmayacaktır.

IV. İlamlı İcrada Takas

İİK. m. 33 hükmünce, icra emrini alan borçlu, borcun takas nedeniyle itfa edilmiş olduğu iddiasında ise ilamın icrasının geri bırakılması için icra mahkemesine ya da icra dairesine başvurabilir.

İcra emrinin tebliğinden evvel alacaklı ile borçlu takas yaptıktan sonra, icra emri gelmiş ise, yedi gün içerisinde icra mahkemesinden borcun geri bırakılmasını istemek zorundadır²⁸⁶. Borçlu, ancak bu iddiasını yetkili mercilerce re'sen düzenlenmiş ve onaylanmış, imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş belge ile ispat edebilir²⁸⁷. Yani başka bir mahkeme ilamında takasa konu alacak tespit edilmişse, icra mahkemesi takasın kabulüne karar verir. Aynı mahkeme ilamında bulunan karşılıklı alacaklarda takasa konu olabilir²⁸⁸. Bundan başka icra emrinin tebliğinden sonra da takas talebinde bulunulabilir. İİK m. 33 söz konusu talepte bulunulması için

²⁸⁵ Türk, s.129.

²⁸⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- İcra-, s. 443; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 329.

²⁸⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz- İcra-, s. 443; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 329; Kuru- Kuru İcra-, s. 809; Postacıoğlu- Postacıoğlu İcra-, s. 656.

²⁸⁸ **“Her iki tarafın alacağı aynı ilamdan kaynaklanmasına ve istenebilir hale gelmiş bulunmasına göre, mercice takas definin kabulüne karar verilmesi gerekir”**, 12. HD.,03.04.2000, 4423/5039, Uyar (İflas), s. 809, Üstündağ- Üstünağ İcra-, dipnot 188, s.397, Postacıoğlu- Postacıoğlu İcra-, s. 630.

noterlikçe resen düzenlenen veya onaylanan belgelere dayanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak Uyar²⁸⁹; borçlunun, imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş belgelere dayanarak da takas talebinde bulunabileceğini ileri sürmüştür.

Borçlunun ileri sürdüğü alacağın dayandığı ilamla, kendisinden istenen alacağın kaynağı ilam birbiri ile çelişiyorsa, söz konusu çelişkinin İİK m. 33'ü esas olarak çözümü yerine, HUMK m. 445/10 ve m. 450/2 çerçevesinde, yani yargılanmanın yenilenmesi yolu ile giderilmesi gerekmektedir²⁹⁰.

Üstündağ²⁹¹; takibe konu olan alacağa karşı, borçlu takas talebini, İİK m. 33'de sayılan belgelere dayanarak yapıyor ise, borçlunun takas beyanının icraya son vermesi gerektiğini belirtir. Burada BK m. 118/2 hükümlerinin uygulanmayacağını söyler²⁹². Ancak Yargıtay aksi görüşü kabul etmekte, takasın İİK. m. 33'de belirtilen itfa itirazı kapsamında değerlendirmektedir. Takasın ispatının, BK m. 118'e uygun şekilde ispatlanması gerektiğini kabul edilmektedir²⁹³. Bu yaklaşımın sonucu ise takasın, ilamlı icrada nasıl ileri sürüleceğini belirler. Yargıtay takas'ı itfa türü yani İİK m. 33 doğrultusunda değil de BK m. 118 kapsamında değerlendirdiğinden dolayı

²⁸⁹ Uyar, Talih, İcra Hukukunda İlamlı Takipler, s.426.

²⁹⁰ Uyar- Uyar İlamlı-, s.432.

²⁹¹ Üstündağ- Üstündağ İcra-, s.397.

²⁹² Postacıoğlu bunu şu şekilde açıklamaktadır; *“Temyiz mahkemesinin bu mevzuda kendine başlıca mesnet yapmak istediği BK. m. 118'in tetkikine girersek; kanun bu maddeyi sevk etmekle sadece alacağın nizalı olması keyfiyetinin takasa mani teşkil etmeyeceğini ifade etmiş oluyor. Yani, nizanın mevcudiyetine rağmen alacak muteber suretle takasa mevzu yapılabilecek ve binaenaleyh borç nizan nihayet bulduğu tarihte değil, nizalı alacağa ait takas beyanının yapıldığı tarihte sukut etmiş olacaktır. Kanunun maksadı bundan ibarettir. Yoksa hadisede takasa mani olacak başkaca usul hükümleri varsa kanun bunların nazara alınmayacağını kast etmemiştir. Nitekim, von Tuhr da, davada yeni vakıalar dermeyeran etmek imkanının münselip olduğu bir safhada, takas olarak nizalı alacağın serdedilmesi halinde, bu defin nazara alınmasına imkan bulunmadığını ve bu bakımdan BK. m. 118 hükmünün tesirsiz kalacağı kanaatinde. Hatta, von tuhr, sarahaten İcra ve İflas Hukukunda takasın dermeyeran şartlarını, İcra ve İflas Hukukunun tayin ettiği normlar dahilinde mütalaa eylemektedir.”*, Postacıoğlu- Postacıoğlu İcra-, s. 655.

²⁹³ Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s.557.

takas talebinin sadece icra tetkik merciine değil icra dairesine yapılması yolunu da açmış bulunmaktadır.

Ayrıca, İsviçre Hukukunda, ilama bağlı bir alacağa karşı, borçlu tarafından ileri sürülen takasın, itirazın kaldırılma prosedüründe nazara itibara alınabilmesi için, bu karşı alacağın İİK m. 68'deki belgelerle ispatı gerekli görülmektedir. Aksi takdirde, itirazın kaldırılması hakkındaki muhakemede alacaklının talebinin reddi için hiçbir belgeye bağlı olmayan bir karşı alacağın dahi takas olarak dermeyan edilebilmesine imkân tanınmış olur. Borçluya her durumda mesnetsiz bir karşı alacak iddiası ve takas talebi ile takibe engel olma imkânı verilir.

İİK m. 33 gösterilen vasıfta belgelere dayanmayan bir karşı alacağa sahip olan hüküm ve takip borçlusu, bu karşı alacağa takas itirazını ileri süremeyeceği gibi, karşı alacağı hakkında da daha önce bir dava açmış olsa bile, bu davaya konu olan alacağı ileri sürerek dahi derdest takibe etki edemeyecektir. Yani derdest bir dava dahi, icra mahkemesine yapılan itirazda icra takibini karşı bekletici mesele dahi olarak görülmez²⁹⁴. Borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılmış olan davadaki alacak iddiasını, takipte takas itirazına konu yapılması, icranın geri bırakılmasına sebebiyet vermeyecektir. Hatta söz konusu davaya bakmaya yetkili olan mahkeme tedbir yoluyla ilamın uygulanmasının geri bırakılmasına karar vermeye dahi yetkisi yoktur²⁹⁵.

H.G.K.'nun vermiş olduğu kararında²⁹⁶ icra tetkik merciinin sınırlı yetkilere sahip olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, icra tetkik merciinin yargılama usulü göz

²⁹⁴ Üstündağ- Üstündağ İcra-, s.398, Postacıoğlu- Postacıoğlu İcra-, s. 655 vd.

²⁹⁵ Uyar- Uyar İlamı-, s.433.

²⁹⁶ H.G.K., 1994/12-251 E., 1994/593 K., 12.10.1994 T.

önüne alındığında, ancak şu üç hal olduğu zaman, merciinin takas iddiasını irdeleyebileceği belirtmiştir; Takasa konu alacak İİK m. 68'deki belgelere dayanıyorsa, bu alacakla ilgili takip yapılmış ve kesinleşmişse ya da alacak ilama bağlanmış durumdaysa, merciinin takas talebini irdeleyebileceğine karar vermiştir.

Borçlunun yapmış olduğu ilamsız takip kesinleşmişse, borçlu tarafından takasa konu edilebilir. Ancak borçlu tarafından yapılan ilamlı takip kesinleşmemişse söz konusu takip takasa konu olamaz. Mesela o ilamlı takip hakkında icranın geri bırakılması kararı alınmışsa bu takipten kaynaklı alacak başkaca bir borç ile takas edilemez²⁹⁷.

Peki borçlu tarafından alacaklının alacağına karşı takas talebinde bulunulan icra takibi hakkında herhangi bir şikâyet varsa ne olacaktır? Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²⁹⁸; alacaklı vekilinin takas talep edilen alacak hakkında usulsüz tebligat nedeniyle şikâyet olduğunu, bu nedenle takibin kesinleşmediği iddiası ile takasın ret olunması gerektiği iddiasının aksine söz konusu şikâyetin ön mesele olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararın irdelenmesi gerektiği inancındayız. Zira yukarıda da açıklandığı üzere takasa konu olabilecek icra takibi kesinleşmiş bir icra takibidir. Ancak şikâyete konu olmuş bir icra takibi her zaman kesinleşmiş bir icra takibi değildir. Zira, bazı şikâyet konuları her zaman, takip kesinleştikten sonra dahi ileri sürülebilir. İİK m. 22 gereğince şikâyet icra takibini durdurmaz. Takibin durması ancak merciinin bu yönde karar vermesi ile olur. Eğer mercii bu yönde bir karar vermemişse takip işlemleri devam edecektir. Bu durumda, şikâyet nedeniyle takibin kesinleşip kesinleşmediği kararını bekletici neden

²⁹⁷ Uyar- Uyar İlamlı-, s.433.

²⁹⁸ 12.HD., 1994/11383 E., 1994/11155 K., 26.09.1994 T .

yapmak usul ekonomisi açısından gerekli olduğu inancındayız. Zira, takas talebinde bulunan borçlunun takas talebinin önüne geçip, bu talebin geçersiz sayılması için kötünietli alacaklılar tarafından bu yol denenebilir. Ayrıca bazı kötünietli borçlular, kendi hükmi şahsiyetleri üzerinde herhangi bir malvarlığı bırakmayarak, söz konusu malvarlığını kaçırabilir. Ancak hem onun borçlusu aynı zamanda alacaklısı böyle bir tutum içinde olmayabilir. Söz konusu takas talebinin sadece şikâyet nedeniyle ret olunması takas talep eden borçlunun alacağını tahsil edememe olasılığını ortaya çıkarabilir. Bu nedenle söz konusu şikâyetlerin ön mesele olarak kabul edilmesinin takas talep eden borçlunun da alacağını tahsil edebilmesi açısından gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

Bundan başka, itirazın kaldırılması muhakemesinde ihtilafli bir karşı alacağın tahkikine girişilemeyeceğini iddia etmiştir. Zira bu muhakemenin basit esaslar çerçevesinde cereyan edeceğini, hatta karşı alacak hakkında derdest bir dava mevcut olsa bile, itirazın kaldırılması muhakemesini bu davanın sonucunun beklenmesi için ertelenemeyeceğini iddia etmiştir.

Takas itirazına konu edilen alacak aynı ilamda yer alacağı gibi başka bir ilamda yer alabilir. Takasa konu ilamın icra takibine konulması ve kesinleşmesi de zorunlu değildir²⁹⁹. Ancak takasa konu ilam bozulmuşsa ortada bir ilam olmayacağından, söz konusu ilama dayanarak takas talebinde bulunulamayacaktır.

²⁹⁹ Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 558, 12. HD. 14.03.2006, 2386/5157 “*Takas konusu edilen alacak ilama bağlanmış bulunduğundan borçlunun bu ilama dayanarak takas definde bulunmasında yasaya uymayan bir husus yoktur. Ayrıca dayanak, ilamın kesinleşmesi de zorunu değildir. O halde mahkemece istemin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir.*”

Bu talep geçersiz olacaktır³⁰⁰. Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında³⁰¹ da aynı şekilde eğer takasa konu olan ilamın kesinleşmesine gerek olmadığını ancak ilgili dairece ilamın bozulmasının, ortada hüküm altına alacak bir alacak bulunmadığı sonucu doğuracağını belirtmiştir. Bundan dolayı söz konusu ilamın takasa konu olamayacağını belirtmiştir. Ancak bu durumda istisnası mevcuttur. Boşanma davalarında ilamla hüküm altına alınan eş ve çocuklar için nafaka, ilam kesinleşinceye kadar devam eder. Söz konusu ilam bozulsa dahi etkisini kesinleşinceye kadar devam ettirecektir. Bu nedenle bozulmuş bir ilamda geçen nafaka alacağı takasa konu olabilecektir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarından bazı ilamlara dayalı alacakların takasa konu olamayacağına hükmetmiştir. Bunlar; ahlaki bir görevin yerine getirilmesi için yapılan ödemelerin,- nafakaya mahsuben yapıldığı açıkça belirtilmedikçe- nafaka borcundan mahsup edilemeyeceğini, nafaka borçlusunun, nafakada takdir edilen çocuğa yaptığı tahsil giderlerini, nafaka borcundan mahsup edemeyeceğini, nafaka, işçi ücretleri gibi mutlaka alacaklının eline geçmesi gereken alacakların, başka bir borçla takas edilemeyeceğini belirtmiştir³⁰².

Bundan başka Yargıtay; takip borçlusunun, takip alacaklısında olan, ister takip dayanağı ilamda isterse başka bir belgede yer alsın, mukabil alacağı ile takip konusu ilamda aleyhine hükmedilen borcu süreye bağlı olmadan, doğrudan doğruya

³⁰⁰ 12. HD., 2007/106 E., 2007/2832 K., 20.02.2007 T. “*Ne var ki; ilamın somut olayda da gözlendiği gibi birleşen dosya yönünden hükmedilen alacak miktarı için bozulması halinde ortada bir ilamın varlığından söz edilemeyeceği cihetle takas ve mahsuba konu edilemez. İcra mahkemesi ilamların hüküm bölümünü aynen infazla yükümlü olup, yorum yaparak sonuca ulaşılması da mümkün değildir.*”

³⁰¹ H.G.K., 1994/12-251 E., 1994/593 K., 12.10.1994.

³⁰² Uyar- Uyar İlamlı-, s.435.

icra dairesine ya da tetkik merciine başvurarak takas edebileceğini kabul etmektedir³⁰³.

İlamda bulunan tüm alacak kalemlerinin takasa tabi olup olmadığı da başka bir konudur. Örneğin ilamda yargılama gideri olarak sayılan vekâlet ücreti takasa konu olabilir mi? HUMK m. 423 muhakeme masrafları arasında vekalet ücretini saymaktadır. HUMK m. 424’de mahkeme ilamında adı geçen vekâlet ücretinin ancak iki taraf arasında geçerli olacağını belirtmiştir. 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 164/5 maddesi gereğince vekâlet ücretinin avukata ait olduğu ve takas edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle ilamda yazılı bulunan vekâlet ücreti takasa konu olamaz³⁰⁴

İcra emrinin tebliğinden sonraki bir dönemde borcu takas ettiği iddiasında ise her zaman³⁰⁵ icranın geri bırakılmasını icra mahkemesinden talep edebilir³⁰⁶. Ancak tabii ki itiraz süresi takibin son bulmasına kadardır. Takas iddiasını, borçlu noterlikçe resen düzenlenmiş ve onaylanmış bir belge veya icra tutanağı ile ispat edebilir³⁰⁷. Bunun haricinde icra mahkemesinde alacaklı tarafından karşılık alacağın varlığı ikrar edilirse, borçlu alacağını ispatlamış sayılır³⁰⁸.

Takas talebi ret olunan borçlu, söz konusu kararı temyiz etmek için ancak alacağı karşılayacak nakit, teminat mektubu depo etmek ya da mercice kabul edilecek menkul rehini ya da gayrimenkul ipoteğini göstermek zorundadır. Eğer

³⁰³ Uyar- Uyar İlamı-, s. 424, 12. HD., 2001/16840 E., 2001/17933 K., 05.11.2001 T.

³⁰⁴ H.G.K., 2004/12-213 E., 2004/ 215 K., 07.04.2004 T.

³⁰⁵ Kaçak, Nazif, İlamlı İcra, Ankara 2007, s.484; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 330,

³⁰⁶ Kuru/ Arslan/ Yılmaz-İcra-, s. 445; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s.330; Üstündağ-Üstündağ İcra-,s. 401.

³⁰⁷ 12. HD., 24.03.1986, 9672/3203, Kaçak- Kaçak İlamı-, s. 484.

³⁰⁸ Kuru- Kuru İcra-, s. 810; Üstündağ- Üstündağ İcra-, s.398.

takas talep eden borçlunun borca yeter miktarda malı haczedilmişse yukarıda sayılan teminatları göstermeye gerek yoktur.

İlamlı takiplere karşı ayrıca, borcun takasla sona erdiğine dair menfi tespit davası açılması yoluna gidilebilir³⁰⁹. Borçlu, aleyhindeki ilamlı takibe karşı açtığı menfi tespit davasında, sadece hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkan ve borcu sona erdiren ya da ödemekten kaçınma yetkisi veren nedenlere dayanabilir³¹⁰.

2. İFLASTA TAKAS

I. Genel Bilgi

İflas hukukunda takas İİK'nun. 200 ve 201. maddelerinde düzenlenmiştir. BK m. 121'de de iflas halinde takası düzenleyen hükümler mevcuttur. Bundan başka, kanun koyucu, İİK m. 195 ve 198'de de müflis alacaklısına takasın muacceliyet aynı cinsten olma şartları açısından kolaylıklar getirmiştir³¹¹.

İflasta takasın kabul edilmesiyle, müflisin hem borçlusu hem de alacaklısı olana takas yetkisine haiz olmayan alacaklıları karşısında üstünlük sağlanmıştır. Zira, müflisin hem alacaklısı hem de borçlusu olan kişiler takas beyan etmek suretiyle alacaklarına kavuşabildikleri halde, sadece alacaklı olanlar, tasfiye sonunda alacaklarına düşecek iflas hissesiyle yetinmek zorundadır. Bu sonuç, yani, müflis

³⁰⁹ Türk, s.173.

³¹⁰ Türk, s.174.

³¹¹ Aral, s. 102; Üstündağ, Saim, İflas Hukuku, İstanbul 1998, s.82.

alacaklısının takas sonucu, alacağının tamamını tahsil edebilmesi, takasın teminat fonksiyonu gereğidir ve hakkaniyete aykırı olduğu söylenemez³¹².

Prensip itibariyle her alacaklının, alacağını, müflise olan borcu ile takas edebileceğini gördük. Buradaki alacaklı kavramı içine hem iflas alacaklısı ve hem de masa alacaklısı dâhildir. Bununla beraber, iflas alacaklısının alacağı karşısında, müflisin alacağı hacze kabil bir alacak değil ise, iflas alacaklısının takas dermeyan edememesi gerekir. Aksi halde müflise ait bulunan ve haciz kabil olmayan bir alacak, iflas alacaklılarının tatmini için kullanılmış olacaktır³¹³

Yukarıda belirttiğimiz gibi İcra ve İflas Kanunu, iflas halinde takasa izin vermektedir. Ancak iflas halinde takas hakkını kullanan alacaklıyı, diğer alacaklılardan iyi bir konuma yerleştirdiği için, kanun diğer alacaklıların hakkını korumak ve muvazaalı işlemlerin önüne geçmek için takas hususunda bazı kıstaslar getirmiştir.

Alacaklı ile borçlu, borçlunun iflası halinde alacaklının takas imkânını kolaylaştıran kayıtları kararlaştıramazlar. Yani diğer iflas alacaklılarının aleyhine karşılıklılık şartını değiştiren veya İİK m. 200/2'nin uygulanmasını bertaraf eden anlaşmalar yapılamaz³¹⁴. Bu tür anlaşmalar, iflas halin de münhasır olmasalar dahi, iflasta geçerli olmaz. Bunun aksine bir kabul, takas yetkisine sahip olmayan iflas alacaklılarını koruyan hükümleri anlamsız kılar. Alacaklı böyle bir takas yetkisini

³¹² Aral, s. 102.

³¹³ Üstündağ-Üstündağ İflas-, s. 83

³¹⁴ Aral, s. 103.

İİK m. 278 uyarınca iptal davası açılması hakkı saklı kalmak kaydıyla, iflasın açılmasından önce kullanılabilir³¹⁵.

Buna karşılık, tarafların iflas halinde alacaklının takas imkânını güçleştiren veya tamamen bertaraf eden anlaşmalar- takastan feragat anlaşması gibi- yapabilirler. Ancak, bu anlaşmaların tarafların iflası halinde uygulanacakları taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, alacaklıyı bağlamaz. Zira bu anlaşmalar, kural olarak, borçlunun edimde bulunulacağına güvenilerek yapılır³¹⁶. Çünkü iflas hali sonucunda müflis tüm mal varlığı ile borçlarından sorumlu olacaktır. İflas halinin günlük hayatta istisnai bir durum olarak görülür. Asıl olan tarafların iflasa tabi olmadan iş hayatlarına devam edecekleri düşüncesidir. İflas halinin bu nedenle takastan feragat sözleşmesinde ayrıca düzenlenmesi gerekir. İflastan sonra, alacaklı alacağını, müflise olan borcu ile takas etmeden tahsil edemeyecektir. Bu da taraflar arasında hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır.

II. İflasta Takasın Şartları

Kural olarak iflasta takas yetkisine müflisin alacaklıları ve iflas idaresi yetkilidir. Ancak İİK m. 200’de öngörülen takas yasakları, iflas alacaklısı içinde geçerlidir. İflas idaresi için geçerli olan hükümler BK m. 123’deki hükümlerdir³¹⁷.

³¹⁵ Aral, s. 103.

³¹⁶ Aral, s.103.

³¹⁷ Aral, s.107.

Müflisin iflas açılmadan önce yapmış olduğu takastan feragat sözleşmesi, iflas halinde iflas idaresini bağlar³¹⁸.

Öncelikle iflasta takasın şartlarına bakmakta fayda vardır. İflasta takas, BK'nun takasla ilgili hükümlerine benzerlik gösterir. Ancak, iflasta takas, BK'na oranla iki bakımdan kolaylaştırılmıştır;

Birinci olarak BK'na göre takas edilecek iki borcun da muaccel olması gerekir(BK m. 118/1). Oysa müflisin müeccel borçları iflasın açılması ile muaccel hale gelir (İİK m. 195). Ancak bunun istisnası İİK m. 195/1 gereğince, borçlunun gayrimenkul mallarının rehni suretiyle teminat altına alınan alacaklardır. Buna göre müflisten alacaklı olan bir iflas alacaklısı, alacağı muaccel olmasa bile, iflas ile alacağı muaccel hale geleceği için, alacağını, müflise olan borcu ile takas edebilir³¹⁹.

Ancak kanunumuzda müflisin müeccel olan alacakları için herhangi bir çözüm getirilmemiştir. Üstündağ³²⁰; bu konuda kanunumuzda bir düzenleme olmadığını, İsviçre doktrininde ve uygulamasında buna cevaz verildiğini belirterek, iflasta, şarta veya gayrimuayyen bir vadeye bağlı bulunan alacakların dahi takas edilebilmesinin Borçlar Hukuku prensiplerine aykırı olarak caiz olduğunu belirtmiştir. Yani İsviçre Hukukunda, alacaklardan birinin ya da her ikisinin bir vadeye veya şarta bağlı olması takas dermeyanına engel değildir.

Örneğin factoring sözleşmesinde factor tarafından iktisap edilen alacağın sonradan mevcut olmadığı anlaşılırsa, bu takdirde, factorun, alacağın mevcudiyetinin

³¹⁸ Aral, s.107.

³¹⁹ Kuru (İcra), s. 1060.

³²⁰ Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 83; ayıca bknz. Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 474; Kuru/ Arslan/ Yılmaz-İcra-, s. 592.

tekeffülüne ilişkin talebi, iflas alacağı olarak masaya yazdırılabilir. Ancak, böyle bir durumda factor, müşteriye, iflasın açılmasından önce bloke hesapta oluşan borcu, müflis müşterinin alacağı, ile bu şekilde oluşan alacağını takas edebilir. Ancak bunun için, alacakların iflasın açılmasından önce en azından şarta bağlı olarak doğmuş olması gerekir³²¹.

İkinci olarak BK'na göre, takas edilecek iki borcun konusunun aynı olması, ya da para veya birbirine mümasil- aynı cins ve nitelikte mallar- olması gerekir. Buna göre, mesela para borcu ile buğday alacağı takas edilemez. İflasta, iflasın açılması ile konusu para olmayan alacaklar paraya çevrildiğinden(İİK. m. 198) müflisten bir mal alacak olan kişi, bu malın değeri ile, müflise olan para borcunu takas edilebilir hale gelir³²².

Alacağı ile müflise olan borcunu takas etmek isteyen iflas alacaklısı, alacağını masaya yazdırmak zorunda değildir. Fakat alacaklı takas iradesini masaya herhangi bir şekilde bildirmelidir³²³. Ancak müflise olan borcunu masaya bildirmek zorundadır. İflas alacaklısı olan şahıs takas dermeyeran etmek isterse, ya da İİK m. 219/2 gereğince kendi alacağını beyan ile burada takas iradesini açıklar.

Özellikle masa, alacaklıdan müflise olan borcunu isteyince alacaklının alacağı ile borcunu takas ettiğini masaya bildirmesi gerekmektedir. Bu halde, iki borç takas

³²¹ Tercan, Erdal, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, İflasın Factoring Sözleşmesine Etkisi, Ankara, s. 445 vd.

³²² Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 83; Kuru- Kuru İcra, s. 1060; Bilgen, Mahmut, İflas Davaları, Ankara 2008, s.559; Pekcanitez/ Atalay/ Özkan/ Özekes, s. 474; Kuru/ Arslan/ Yılmaz – İcra-, s. 592; Muşul- Muşul İcra-, s. 1157.

³²³ Kuru- Kuru İcra-, s. 1060; Bilgen- Bilgen Dava-, s. 559; Deynekli, Adnan, İflasın Vergi Alacağının Tahsiline Etkisi, Ankara 1998, s. 72.

edilebilecekleri andan itibaren, en geç iflas anından itibaren, sona erer³²⁴. Aynı şekilde iflas masası kendi alacağını, müflisin alacaklısının iflas alacağı ile istisnaen takas edebilir. Zira böyle bir takas, iflas alacağı takasla tamamen sona ermediği takdirde, iflas masasına zarar verebilir. İflas masası bu yetkisini yerinde kullanmazsa kendisine karşı, müflisin diğer alacaklıları tarafından şikayet yoluna başvurulabilir ve sorumlu olur³²⁵.

İflas idaresi, iflas alacaklısının takas beyanı karşısında, iflas alacağını ve takası kabul ederse, karşı alacak nispetinde iflas alacağı reddeder. Ancak, iflas idaresi alacaklının takas yetkisini reddederse masanın alacağını iflas masasının iflas alacaklısına vereceği miktar nispetinde takas olarak dermeyan edebilir³²⁶.

Alacaklının alacağı sıra cetveline kabul edilmemişse ve alacaklı süresi içinde sıra cetveline itiraz davası açmamış olsa bile, alacaklı, bu reddedilen alacağı ile müflise olan borcunu takas edebilir³²⁷. İflas idaresi, bir iflas alacaklısının yaptığı takas beyanının, alacaklının ileri sürdüğü alacağın mevcut olmadığı gerekçesiyle, kabul etmezse, masa, alacağını tahsil için alacaklıya karşı alacak davası açmak, veya ilamsız icra takibi yapmak, zorundadır. Bu davada, davalı alacaklı, takas defini ileri sürerek veya karşılık dava açarak, iflas alacağının varlığını mahkemeye tespit ettirebilir³²⁸.

III. Takas Yapılamayacak Olan Haller

³²⁴ Kuru- Kuru İcra-, s. 1060; Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 83; Aral, s.105.

³²⁵ Aral, s.106.

³²⁶ Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 84.

³²⁷ Kuru- Kuru İcra, s. 1060; Bilgen- Bilgen Dava-, s. 559.

³²⁸ Kuru- Kuru İcra-, s. 1060; Bilgen- Bilgen Dava-, s. 559.

İcra ve İflas Kanunda, iflas alacaklılarını korumak için bazı hallerde takas yapılmasına cevaz verilmemiştir. Bu halleri İİK m. 200’de düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla şöyledir;

1. Müflisin borçlusu, iflas açıldıktan sonra müflisin alacaklısı olmuşsa, borcu ile iflastan sonra edindiği alacağını takas edemez. Müflisin borçlusu, iflas açıldıktan sonra müflise karşı iktisap etmiş olduğu alacağı iflas masasından isteyemez.³²⁹. Ancak borçlu, borcunu iflas masasına ödemek zorundadır. İflas masasından bir talep hakkı olmayan borçlunun, iflas masasına ödemesi gereken borcunu bu alacak ile takas etmesine izin verilse idi bundan müflisin alacaklıları zarar görürdü³³⁰.

Müflisin borçlusu, iflastan sonra, bir iflas alacaklısının alacağını temellük etse, borcu ile temellük ettiği bu alacağı takas edemez³³¹.

Factoring sözleşmelerinde de müşteri, factore devrettiği üçüncü kişideki alacağı ile factore olan borcunu, iflas idaresi üçüncü kişiden tahsil etmiş ise takas edebilmelidir. Ancak iflas idaresi alacağı üçüncü kişiden tahsil edememişse, takas mümkün olmamalıdır, takas caiz kabul edilmemektedir³³².

2. Müflisin alacaklısı, iflas açıldıktan sonra müflisin ya da iflas masasının borçlusu olmuş ise, alacaklı alacağı ile iflastan sonraki borcunu takas edemez. Bu haldeki alacaklının alacağı sadece bir iflas alacağıdır ve iflas tasfiyesi sonucunda genellikle tam ödenmeyecektir. Ancak, alacaklının iflas masasına ödemekle yükümlü

³²⁹ Kuru- Kuru Tespit- s. 1061.

³³⁰ Kuru- Kuru Tespit-, s. 1061; Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 84.

³³¹ Kuru- Kuru Tespit-, s. 1061.

³³² Tercan, s. 441.

olduğu borç aynen iflas masasına girecektir. Burada da, diğer alacaklıların korunması söz konusudur³³³.

3. Alacaklının alacağı hamili yazılı bir senede dayanmakta ise, alacaklı, bu alacağı ile müflise olan borcunu takas edemez. Bunun sebebi hamiline yazılı senetlerin devri için bir ciro gerekli olmayıp, bu senetlerin sadece el değiştirmesi yeter. İşte bu sebeple senedi elinde bulunduran şahsın bu senedi ne zaman, iflasın açılmasından önce mi yoksa sonra mı, iktisap ettiğinin tespiti imkansız olduğundan bu tarzda bir hüküm konulmuřtur³³⁴

4. Anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin iflası halinde, ortaklar, esas mukavele gereğince verilmesi gereken hisse senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısmına ilişkin borçlarını veya konması taahhüt edilen ve fakat konmamış olan sermaye borçlarını, bu şirketlerden olan alacakları ile takas edemezler.

5. BK. m. 123'deki hallerde takasın mümkün olmaması, iflasta da geçerlidir. Alacaklı, takasın geçerli olmadığını yukarıdaki hallerde, takas beyanında bulunursa, iflas idaresi bunu kabul etmez ve iflas alacağı sıra cetveline alınır. İflas alacağı için masa da ayrılan hisse, alacaklının masaya olan borcuna eşit veya borçtan fazla ise, iflas idaresi, borca eşit olan hisseyi masada alıkoyar ve hisse ile borç arasındaki fark için iflas alacaklısı aleyhine takip yapar veya dava açar³³⁵.

³³³ Kuru- Kuru Tespit -,s. 1061.

³³⁴ Üstündağ- Üstündağ İflas-, s. 85; Muşul- Muşul İcra-, s. 1158.

³³⁵ Kuru- Kuru İcra-, s. 1061; Bilgen- bilgen Dava-, s. 560; Muşul- Muşul İcra-, s. 1158.

Bunlardan anlaşılın, esas olarak takasın yapılabilmesi için, her iki alacağın hukuki sebebinin de esas itibariyle iflastan önce doğması gerekmektedir. Takas için esas olan iflasın açılma anıdır³³⁶.

İflasın açılmasından önce doğmuş olan bir alacak, müflisin borçlusu tarafından iflasın açılmasından sonra kazanılmış ise yine takasa elverişli sayılmaz. Çünkü müflisin borçlusu, iflasın açılması anında takas dermeyan edebilecek durumda değildir³³⁷.

Gerçi alacak iflasın açılmasından önce doğmuş olması sebebiyle bir iflas alacağı ise de, takasa elverişli değildir. Hatta müflisin borçlusu bu alacağını iflasın açılmasından sonra iktisap ederken iflasın açılmış olduğunu bilse de bilmese de durum değişmez³³⁸.

Ayrıca müflisin borçlusunun bu alacağı ivazlı veya ivazsız iktisap etmiş olması da önemli değildir. Aynı hüküm müflisin borçlusunun bu alacağı külli veya cüzi intikal yoluyla kazanmış olması halinde de bir tefrik yapmaksızın uygulanır³³⁹.

IV. Takasa İtiraz

Müflisin bir borçlusu, iflasın açılmasından önce, alacaklısının aciz halinde bulunduğunu bilerek, iflas masasının zararına olarak, kendisine veya bir üçüncü kişiye takas suretiyle bir menfaat sağlamak için, müflise karşı bir alacak ihdas etmiş

³³⁶ Üstündağ-Üstündağ İflas-, s. 84.

³³⁷ Üstündağ-Üstündağ İflas-s. 85; Muşul- Muşul İcra-, s. 1158.

³³⁸ Muşul- Muşul İcra-, s. 1158; Üstündağ-Üstündağ İflas-, s. 85.

³³⁹ Üstündağ-Üstündağ İflas-, s.85.

olursa, bu takasa mahkemede itiraz edilebilir³⁴⁰. Bunun açılan bir davada defî olarak ileri sürülmesinde de herhangi bir kanuni engel yoktur³⁴¹.

Takasa itiraz basit yargılama usulü hükümlerine tabidir. Bu nedenle, itiraz karşısında verilen kararın temyiz süresi adli tatilde de işlemeye devam eder³⁴².

5441 Sayılı Bankacılık Kanununun 109. maddesinde şu şekilde bir hüküm bulunmaktadır. Faaliyet izninin kaldırıldığı veya Fona devredildiği tarihten itibaren bankanın alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinen borçlular, temlik yoluyla edindikleri alacakları ile bankaya olan borçlarının takasının yapılması veya mahsup edilmesi talebinde bulunamaz. Bu sonucu doğuracak takas ve mahsup işlemleri banka açısından geçersizdir³⁴³.

İİK. m. 201 uyarınca takasa itiraz edebilecek olan iflas idaresidir. Ancak ikinci veya daha sonraki alacaklılar toplantısında, iflas idaresi tarafından mahkemeye başvurulup takasa itiraz edilmesinde masa menfaati gözükmese, isteyen iflas alacaklısına takasa itiraz davasına takip yetkisi verilebilir³⁴⁴.

Bu halde, müflisin bir borçlusu, iflasın açılmasından önce alacaklısının aciz halinde bulunduğunu bilerek müflise karşı bir alacak iktisap etmiştir. Yani müstakbel müflisten alacaklı olan bir kişinin alacağını devralmıştır. Borçlu bunu yaparken,

³⁴⁰ Kuru- Kuru İcra-, s. 1062.

³⁴¹ 19. HD., 11.06.1998, 2888/ 4113, Muşul-Muşul İcra-, s. 1164.

³⁴² 19. HD. 07.11.2002, 6875/ 7231, Bilgen- Bilgen Davası-, s. 574.

³⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. dipnot 95 civarı.

³⁴⁴ Muşul-Muşul İcra, s. 1159.

kendisine veya üçüncü kişiye bir menfaat sağlamayı düşünmüştür. Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlar bu yöndedir³⁴⁵.

Takasa itiraz, bir dava şeklinde olur. Bu iptal davası şeklinde gibidir. İİK m. 277'nin farklı bir uygulamasıdır. Bu hükme göre;

Alacağın iktisabı iflasın açılmasından önce olmalıdır³⁴⁶. Müflisin borçlusu, bu alacağı, iktisap ettiği anda, müflisin aciz halinde bulunduğunu bilmelidir. Müflis borçlusu bu alacağı, kendisine veya bir üçüncü şahsa bir menfaat temin etmek ve masayı bu suretle zarara sokmak kastı ile ihdas etmiş olmalıdır. Aksi halde takasa itiraz edilemez³⁴⁷.

³⁴⁵ Kuru- Kuru İcra-,s. 1062; Aral, s. 122; 19. H.D. 11.05.2006, 1239/5158 “...**Takasa itiraz İcra ve İflas Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiş olup, takasa itiraz edilebilmesi için, müflisin borçlusunun alacağı iktisap ettiği anda müflisin aciz halinde bulunduğunu bilmesi, alacağın iflasın açılmasından önce iktisap edilmiş bulunması ve müflisin borçlusunun bu alacağı kendisine veya üçüncü bir şahsa menfaat temin etmek ve masayı zarara uğratmak kaydı ile ihdas etmiş olması gerekir. Bankanın faaliyetinin durdurulduğu ilan edildiğinden, bankaya borçlu olan davalının bankanın aciz halinde bulunduğunu bildiğinin kabulü gerekir.İflaşın açılmasından önce temlik alınan alacakla borcun takası talebi masayı zarara sokmaktadır.**

Zira aciz halinde bulunan bankanın borçluları iflas halinde borçlarını masaya tam olarak ödeyecekler iken borçlunun alacaklıları iflas masasında paylarına düşecek oranda alacaklılarını alabileceklerdir, icra ve İflas Kanununun 201. maddesindeki düzenlenmenin amacı aciz halinde bulunan borçlunun borçluları ile onun alacaklılarının hileli muameleler yaparak iflas masasının zarara sokulmasını önlemek ve diğer alacaklıların menfaatini korumaktır (Üstündağ Saim İflas Hukuku 5. Baskı İstanbul 1998, s.86)

Somut olayda takasa itirazın koşulları gerçekleşmiştir. Davalı tarafından açılan aynı takas nedeniyle borç kalmadığı iddiasına dayanan menfi tespit davası da reddedilmiştir.

Mahkemece takas iddiası kabul edilmeyerek menfi tespit davası reddedildiğine göre aynı takas iddiasına dayanan savunmanın kabulü isabetsizdir. Mahkemece bu yönler gözetilerek davacı banka iflas masasının talepte haklı olduğu miktar saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

³⁴⁶ 19. HD., 07.07.2005 T., 2004/11866 E., 2005/7701 K., “ İ.İ.K. m. 200/2 göre müflisin alacaklısı iflas açıldıktan sonra müflisin veya masanın borçlusu olursa takas yapılamaz.”

³⁴⁷ Üstündağ- Üstündağ İflas-, s.86.

Bu dava, iflas kararı veren ticaret mahkemesinde açılmalıdır. Muşul³⁴⁸, a göre borçlunun muamele merkezinde bulunan Ticaret Mahkemesi de yetkilidir³⁴⁹. Davacı, iflas idaresidir veya davayı takip yetkisi İİK. m. 245 gereğince kendisine devredilmiş olan alacaklıdır. Takasa itiraz davası, müflisin takas yapan borçlusuna karşı açılır³⁵⁰.

İflas idaresi takasa itiraz davasını kazanırsa, takas hükümsüz kalır. Müflisin borçlusu, borcunu tam olarak iflas masasına öder, devralmış olduğu alacağı ise ancak iflas alacağı olarak iflas masasına yazdırabilir³⁵¹.

Peki müflis, müflisin de ondan alacaklı olduğu, alacaklının borcu ile müflisin alacağının takas edebilir mi? İflasın açılması ile müflisin iflas masasına ait mal ve haklar üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklılara karşı geçersizdir. Söz konusu geçersizlik nisbi bir geçersizliktir, bu geçersizliği ileri sürmek iflas idaresine aittir. Tasarruf işleminden amaç masanın mevcudunu azaltıcı işlemlerdir³⁵². Bu nedenle müflis tek başına, alacaklısına karşı takas talebinde bulunamaz. Ancak müflisin yapmış olduğu bu tasarruf işlemi masanın yararına bulursa, bu tasarrufa icazet verebilir³⁵³. İİK. m. 225’de iflas idaresinin görevlerini saymıştır. Buna göre iflas idaresi, masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir. İflas idaresi, iflası en hızlı ve tarafların menfaatine uygun şekilde iflasın sonlandırılması ile yükümlüdür. İİK. m. 200’de ise müflis alacaklısının, alacağını, müflise olan borcu ile takas edebileceğini belirtmiştir.. Eğer müflisin yapmış olduğu takas beyanı, iflasın kaldırılmasına sebebiyet verirse üçüncü kişi ve müflis yapılan takas beyanının yani

³⁴⁸ Muşul-Muşul İcra-, s. 1160.

³⁴⁹ 19. HD., 19.10.2000, 5938/6931 “...İflasa karar vermiş olan ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki diğer ticaret mahkemeleri de, takasa itiraz davalarına bakmaya yetkilidir”

³⁵⁰ Kuru-Kuru İcra-, s.1063.

³⁵¹ Kuru- Kuru İcra-, s.1063.

³⁵² Kuru/Arslan/Yılmaz- İcra-, s.573.

³⁵³ Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra-, s.573.

tasarrufun geçersizliğini ileri süremez³⁵⁴. Masada söz konusu halde, müflisin borcu kalmaması halinde iflasın kaldırılmasını talep edebilir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında³⁵⁵ şu şekilde hükmetmiştir; *“Taraflar arasındaki davadan dolayı, (İstanbul Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi)nce verilen 9.3.1989 tarih ve 248-118 sayılı hükmün temyizen tetkiki davacı iflas idaresi vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmasıyla; dosyadaki kağıtlar okunda, gereği konuşulup düşünüldü:*

Müflis Kollektif Şirket ve (Ş.D) iflas idaresi birinci sıraya kayıtlı alacaklı T. Orient Kuhlespeclition G.M.B.H. Firması'nın alacağına (196.000.000) TL. olarak masaya kaydedildiğini, müflis kollektif şirketin bu alacaklıdan borç miktarından daha fazla alacaklı olduğunu, müflis vekiline iflas idaresince gönderilen meşruhatlı tebligatta müflisin karşı alacağına bulunduğunu, ödeme varsa vesikalarının ibrazının istendiği, ödeme vesikası ibraz edilmediği takdirde müflisin takas iddiasının kabul edileceği bildirildiği halde herhangi bir beyanda bulunulmadığını, diğer alacaklıların alacaklarının ödendiğini ve iflasın kapatılmasına muvafakat ettiklerini, birinci sıradaki alacağın da takas mahsup yoluyla ödendiğini ve müflislerin borcu kalmadığını iddia ederek tasfiye işlemleri tamamlandığından müflisler hakkındaki iflasın kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece, dosya üzerinden yapılan inceleme ve alınan bilirkişi raporu sonucu, İİK'nun 200 ve BK'nun 118. maddelerine göre sadece müflis alacaklılarına takas hakkı verildiği, masanın takas sureti ile borcun ödendiği sonucuna varmasının yasal olmadığı gerekçesiyle iflasın kaldırılması talebinin reddine karar verilmiştir.

³⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra-, s.573.

³⁵⁵ 19.HD., 19.06.1989 T., 1989/2496 E., 1989/3861 K.

Kararı, davacı iflas idaresi vekili temyiz etmiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere dava, İİK'nun 182. maddesine dayalı iflasın kaldırılması istemine ilişkin bulunmaktadır. Anılan maddede açıkça belirtildiği gibi; borçlunun bütün alacaklılarının taleplerini geri aldıklarına dair bir beyanname veya tekmil alacakların itfa olunduğuna dair bir vesika ibraz etmesi veyahut da konkordatonun mahkemece onanmış olması hallerinde iflasın kaldırılması mümkün bulunmaktadır.

Mahkemece İİK'nun 200. maddesi hükmüne dayanılarak, iflasta sadece alacaklılara takas hakkı verildiği, iflas idaresine ise böyle bir hak tanınmadığından bahisle dava reddolunmuş bulunmaktadır. İflas İdaresi'nin 24.2.1989 tarihli iflasın kaldırılması istemine ilişkin talep metni ile ekli dosya içeriğinden, diğer iflas alacaklılarının alacaklarından feragat etmiş buldukları anlaşıldığına göre BK'nun 118. maddesinin tüm borçlulara tanıdığı takas hakkından müflis borçlunun da yararlanması ve yasada bu hakkı önleyici açık bir hüküm de bulunmaması karşısında bu hakka dayanarak iflasın kaldırılmasını istemek hak ve yetkisinin bulunduğu ilke olarak kabul edilmesi gerekir. Bu hakkın mahkemece kabul edilemeyeceğinin ilke olarak benimsenmesi doğru görülmemiştir.

Ne var ki, yukarıda da değinildiği gibi, İİK'nun 182. maddesi iflasın kaldırılabilmesi için tüm alacaklıların iflas istemini geri aldıklarına ilişkin onların imzalarını içeren bir belge veyahut bütün alacaklıların alacaklarının itfa olunduğuna ilişkin bir vesikanın mahkemeye ibrazı gerekmektedir. Dava konusu olayda ise, iflas idaresince, takas dermeyeran edilen alacaklı yabancı şirketin

imzasını taşıyan talebin geri alındığına ilişkin bir belge ibraz edilmediği gibi takasın alacaklı tarafından kabul edildiğine ilişkin bir belge veya bu takasın hukuken sonuç doğurduğuna diğer bir deyişle takas yolu ile borcun söndürüldüğüne ilişkin vesika niteliğinde bir mahkeme kararı da ibraz edilmemiştir. Sadece borcun takas edildiğine ilişkin alacaklıya iflas idaresince yapılan bir tebligatın İİK'nun 182. maddesi anlamında iflasın kaldırılmasını temin edecek bir vesika (belge) niteliğinde kabul edilmesi mümkün bulunmadığından iflasın kaldırılması istemine ilişkin davanın reddi sonucu, itibariyle doğru görüldüğünden kararın onanması gerekmiştir.”

Söz konusu karar incelendiğinde, Yargıtay takas talebinin müflis tarafından da istenebileceğini belirterek, bunu BK m.118 hükmüne dayandırmaktadır. Kanımızca verilen kararın sonucu doğru, ancak sonuca ulaşılma şeklinin yanlış olduğu kanaatindeyiz. Zira iflas durumu, özel bir durum olup, BK m. 118'deki takas halinin istisna olmayan durumlar göz önüne alınarak düzenlendiği düşüncesindeyiz. Zira iflasın açıklanması ile müflisin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını yukarıda izah etmiştik. Ancak yapılan tasarruf işlemi ile iflas prosedürünün amacına ulaşacak olması halinde, söz konusu tasarruf işlemine izin verilebileceği yine yukarıda irdelenmiştir. Buna göre, BK m.118 hükmüne atıf yerine, tasarruf işleminin iflası ortadan kaldırması nedeniyle, alacaklının itiraz edemeyeceği kararın gerekçesi olmalıdır. Takas ile müflisin borcu kalmaz ise, müflisin iflasının kaldırılmasının mümkün olduğu görülmektedir.

V. İflasın Ertelenmesi ve Konkordato Hallerinde Takas

İflasta takas için konulan hükümler aynı şekilde iflasın ertelenmesi prosedüründe de geçerlidir³⁵⁶. Zira İİK m. 289/5 gereğince iflasta takasın düzenlendiği İİK m. 200 ve 201 hükümleri aynen iflasın ertelenmesi kurumundan da uygulanacaktır. Bu maddelerin uygulanmasında iflasın ertelenmesi kararının ilan tarihi esas alınır. Takası ileri sürme hakkı, maddi hukuktan kaynaklanan bir hak olduğundan³⁵⁷, iflasın ertelenmesi kararı kural olarak takas hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez³⁵⁸. Zira erteleme kararının etkileri takiplerin durmasına yönelik olduğundan (İİK m. 179/b) mahkeme de ancak takip hukukuna ilişkin muhafaza tedbirleri alabilir³⁵⁹. Yani malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirler alınmalıdır, mahkemenin maddi hukuk açısından sonuç doğuracak tedbirler verilmemesi gerekir. Bu nedenle aynı zamanda iflası ertelenen tüzel kişiye borçlu olan alacaklılar, iflasın ertelenmesi kararına rağmen, borçlusuna olan alacaklarını, borçları oranında tahsil edebilir. İflasın ertelenmesi süresi içinde takas hakkının kullanılması ihtiyati tedbir yoluyla engellenilemez³⁶⁰.

Okan³⁶¹, mahkemelerce, iflasının ertelenmesini isteyen borçluların alacaklılarının maddi hukuktan kaynaklı takas hakkının kısıtlanmamasını eleştirmiş, takip hukukuna kaynak veren alacağına temelinin maddi hukuktan kaynaklandığını söyleyerek, bu durumun iflasın ertelenmesinin mantığıyla bağdaşmadığı belirtmiştir.

³⁵⁶ Atalay, Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2006, s. 157; Bilgen, Mahmut, İflasın Ertelenmesi, Ankara 2008, s. 107.

³⁵⁷ 19 HD. 2007/2159 E., 2007/6816 K., 28.06.2007 T. “...İflasın ertelenmesi halinde alınacak ihtiyati tedbirlerin maddi hukuka ilişkin hak ve def’ileri engellemesi, üçüncü kişilerin maddi hukuka dayalı haklarını etkilememesi gerekir. Mahkemece verilen kararın hüküm kısmınının 5 sayılı bendinde takas, mahsup, hapis, protesto ve temlik gibi hukuki işlem ve def’ilerin durdurulmasına dair verilen karar kabul şekli itibari ile yukarıdaki ilkelere aykırıdır.”

³⁵⁸ Ermenek, İbrahim, İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009, s. 365; Muşul- Muşul Ertelenme-, s. 173; Bilgen (Ertelme), s. 106.

³⁵⁹ Akil, Cenk, İflasın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri, BATİDER 2009, C.XXV S.11, s.148; Öztekin, Selçuk, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi 2005, S. 53, s. 66.

³⁶⁰ Ermenek, s. 367; Muşul- Muşul Ertelenme-, s.173.

³⁶¹ Yılmaz, Okan, İflasın Ertelenmesi Taleplerinde Muhafaza Tedbirleri, EÜHFD 2007, C.II, S. 1-2, s. 316.

Zira iyileştirme projesinde belirtilen hususların gerçekleştirilmesi için zorunlu nakit ihtiyacı olduğunu, bununda bu yolla sağlanmasının zor olduğunu belirtmiştir. Ancak yazarın söz konusu görüşlerine katılmak mümkün değildir. Öncelikle İİK. m. 179/B metni incelendiğinde, açıkça madde metninde takiplerle ilgili düzenleme yapıldığı, asıl olanın şirket mallarının muhafazası olduğu görülmektedir. Bundan başka TTK m. 324/2'de açıkça şirket mallarının muhafazasından bahsetmektedir. İflasın ertelenmesinde asıl olan, borçluların üzerine gelmesinden bunalmış ve icra baskısı altındaki borçlu tüzel kişiye, bir nefes alma şansı verilmektedir. Böylece iflasın ertelenmesini isteyen malları üzerine haciz konulamayacak, ya da satışı gerçekleştirilemeyecek bu sayede tüzel kişinin şirket bütünlüğü korunacak ve çalışması engellenmeyecektir. Böyle bir mola alan tüzel kişi, bu sayede toparlanacak ve borca batık durumdan kurtulup yeniden artıya geçmesi sağlanacaktır. Yargıtay'ında birçok kararında³⁶² belirttiği gibi, iflasın ertelenmesi kurumu, erteleme talebinde bulunan şirketin menfaati kadar bu şekilde alacaklı olanların menfaati de göz önünde tutulmalıdır. Bu şekilde düşünüldüğünde, iflasın ertelenmesini talep eden şirketten hem alacaklı hem de borçlu durumda olan, takas talep eden alacaklının bu takas talebinde, kendi borcunu ödeme düşüncesi kadar alacağını da kurtarma çabasında olduğu unutulmamalıdır.

Eğer iflasın ertelenmesini talep eden şirketin muvazaalı davranışlar içine girebileceği düşünülürse maddi tedbirlerden ziyade iflasın ertelenmesinde başka kurumların daha ciddi ele alınması gerekir.

³⁶² 19. HD., 2009/1340 E., 2009/4479 K., 14.05.2009 T., 19HD., 2006/4390 E., 2006/6210 K., 08.06.2006 T.

Ülkemizde, iflasın ertelenmesinde kayyumluk sisteminin ciddi bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Zira, ülkemizde mahkemeler tarafından söz konusu iflasın ertelenmesi davalarında atanan kayyumların büyük bir çoğunluğu denetim kayyumu görevi yapmaktadır. Söz konusu kayyumlarda ayda bir kere iflasın ertelenmesini talep eden şirkete uğramakta, iflasın ertelenmesine tabi şirketin yetkilisi veya muhasebecisinin kendisine verdiği, ya da vermeyi uygun gördüğü, bilgilere göre kayyumluk görevini devam ettirmektedir. Bu şekilde iflasın ertelenmesi davalarında alacakların kaderi iflasın ertelenmesini isteyen insafına bırakılmaktadır. Genellikle de ilk erteleme süresi sonunda içi boşaltılmış şirketlerle karşılaşmaktadır. Bu nedenle iflası ertelenen şirketin, olmayan borçlar ve alacaklar türeterek, bunları takas yoluyla, şirketten para kaçırılmasının önüne geçilmesi isteniyorsa, mahkemelerin yönetici kayyum ataması gerekmektedir³⁶³. Zira ancak bu sayede alacaklılarında menfaati korunmuş olacaktır.

İflasın ertelenmesi, iflastan farklı olarak alacakların vadesine herhangi bir etkide bulunmadığından dolayı, her türlü alacak takasa konu olamaz. Alacakların takasa konu olabilmesi için BK m. 118'deki şartların sağlanması gerekmektedir³⁶⁴.

Erteleme süresi içinde şirketin alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla ve kötü niyetle yapacağı işlemler bakımından, İİK . 200'de getirilen düzenleme ile

³⁶³ “Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyum atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyuma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyumun onayına bağlı kılmakla da yetinebilir” Atalay, Oğuz, İflas Hukukundaki Yenilikler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 S. 2, 2004, s. 492.

³⁶⁴ Ermenek, s.367.

iflasta takası kısıtlayan hükümler, iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte yürürlüğe girer, bu hükümler uygulama alanı bulur³⁶⁵. Yani İflasın ertelenmesinden sonra;

- Erteleme kararından sonra alacaklılardan birisi borçlu ya da alacaklı hale gelmişse,
- Alacaklının alacağı hamiline yazılı bir senede dayanıyorsa,
- Takas hakkını kullanacak olan alacaklı, iflası istenen şirketin sermayedarı ve sermaye koyma borcunu yerine getirmemişse, bu alacaklılar takas hakkını kullanamaz. Bu hükümlerin uygulama zamanı olarak iflasın ertelenmesi kararının ilan edildiği tarih esas alınmalıdır³⁶⁶.

Konkordato da İİK m. 289/5 hükmünün İİK m. 200 ve 201'e yapmış olduğu atıf gereğince iflasta takasla ilgili kullanılan hükümler kullanılacaktır. Yine bunun geçerliliği İİK m. 289/5 gereğince konkordato mühletinin ilanı ile başlar. Konkordato mühleti verilmesi ile birlikte, borçlunun müeccel borçları, kendiliğinden muaccel hale gelmez. Borçlar ancak vadeleri doldukları anda muacceliyet kazanırlar. Bu kural adi konkordato için geçerlidir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordato da ise, bu bağlamda durum iflasta olduğu gibidir.³⁶⁷

³⁶⁵ Çavdar, Seyit/ Biçkin, İnci, İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006, s. 119; Muşul- Muşul Ertelenme, s.174.

³⁶⁶ Ermenek, s. 367.

³⁶⁷ Tanrıver, Süha, 4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2004, s. 543.

Bu durumda adi konkordato anında alacakları muaccel olmayan alacaklı, konkordato isteyene olan borcunu takas edemeyecektir. Malvarlığının terki suretiyle yapılan konkordatoda ise konkordato kararının kesinleşmesi ile borçlunun alacaklılarının alacakları muaccel hale gelecektir³⁶⁸.

İflas dışı konkordato, iflasına karar verilmiş olan borçlunun teklifi ve iflas idaresinin görüşüyle birlikte alacaklılara bildirilir. Bu teklif ikinci alacaklılar toplantısı ya da bundan sonra alacaklılar tarafından değerlendirilir. Konkordato teklifi kabul edilirse, iflas idaresi iflasa karar veren mahkemeden iflas kararının kaldırılmasını talep eder. Bundan sonra konkordato alacaklısı, aynı zamanda konkordato borçlusuna borçlu ise takas ederek kalan alacağını komişere yazdırabilir. Konkordato alacaklısı, alacağını komişere bildirirken takas yapmamışsa, konkordato tasdik edildikten sonra alacağının tamamı ile borcunu takas edebilir³⁶⁹.

Konkordato borçlusuna borçlu olan bir kişi, bir konkordato alacaklısının alacağını devir alırsa bu halde borçlunun borçlusu, borcunu ancak devir aldığı konkordatoda alacağına konkordatodan düşen pay ile takas edebilir. Aynı şekilde, borçlusunun borçlusu, borçluya konkordato mühleti verildikten sonra bir konkordato alacağı devir alırsa, borcunu ancak, devir aldığı konkordato alacağına ileride konkordatonun tasdiki halinde düşecek olan pay ile takas edebilir³⁷⁰.

³⁶⁸ Ercan, İbrahim, İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008, s. 340.

³⁶⁹ Kuru- Kuru İcra-, s. 1300.

³⁷⁰ Kuru- Kuru İcra-, s. 1300.

SONUÇ

Takas hakkının etkin kullanımı, Türk Adli sistemi için gereklidir. Çünkü iş yükü yeterince ağır olan mahkemelerin, tarafların birbiri ile olan uyuşmazlıkları farklı davalarda ileri sürülmesi ile daha da artacaktır. Takas hakkının kullanılması ile mahkemeler aynı yargılama esnasında birden fazla hukuki uyuşmazlık konusunda karar verebileceklerdir. Bu durum, usul hukukuna egemen olan ilkelere usul ekonomisinin gereğidir.

Takas hakkının, Borçlar Hukukunda da emredici nitelikte düzenlenmemesi aslında yukarıda zikrettiğimiz bu düşüncemizi destekliyor. Zira, kanun koyucu taraflara isterlerse takasa ilişkin kendi kurallarını oluşturmaya izin vermiştir. Bunun sonucu olarak taraflar aralarındaki çekişme azalabilir. Taraflar alacaklarının ifasında ya da borçlarını yerine getirmesine kolaylık sağlanmaya çalışılmıştır. Eğer taraflar kendileri bir takas sözleşmesi yapmadıysa kanun koyucu, takas hakkının kullanılmasını belirli bir düzene koymuştur.

Takas hakkının kullanılması, tarafların edimlerini ifa edebilmeleri açısından önem arz eder. Edimlerini tahsil edemeyen ya da edemeyecek durumda olan kişiler bu nedenle bu hakkın kullanılmasında bazı kötünietli davranışlar içine girebilmektedir. İşte bu tür kötünietli davranışların önüne geçmek için kanun koyucu bazı düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır. Bankacılık Kanununun da yapılmış olan düzenlemeler buna verilebilecek en iyi örneklerden birisidir. Zira fona devredilen bankaların borçluları ve de alacaklılarının takas hakkını kullanarak, diğer alacaklılar aleyhine sonuçlar ortaya çıkarmaktaydılar. Kanun ile fona devredildikten sonra banka borçlularının, banka alacaklılarından alacağın temlik yoluyla edindikleri alacakları ile bankaya olan borçlarının takasına yasak getirilmiştir. Aynı şekilde külli icra hukukunda diğer alacaklıların haklarının korunması için takası düzenleyen bazı hükümler konulmuştur. Bu hükümlerin konulma amacı aslında takasın sonuçlarında

gizlidir. Zira takasın yapılması ile artık her iki alacak da sona ereceğinden, artık ortada herhangi bir alacak söz konusu olmayacaktır. İşte takasın bu etkisi tarafların, aslında belki de borçlu olmadıkları halde, borçlu kabul edilip alacaklarına eksik kavuşulmasına yol açacaktır. Bilindiği üzere takasta kullanılan alacağın çekişmeli olup olmaması önemli değildir. İncelediğimiz üzere çekişmeli alacak dahi takasa konu olmaktadır.

Ayrıca takasın ileri sürüldüğü yerde bazı tartışmalara sebebiyet vermiştir. Özellikle tahkim esnasında yapılacak takas ya da açılacak karşılık dava ile ileri sürülecek takas bu tartışmaların ana kaynağıdır. Zira tahkim istisnai bir durumdur. Taraflar tahkim sözleşmesi ile, bazı hukuki ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini isteyebilir. Tahkim esnasında taraflardan biri, tahkim sözleşmesi ile belirlenen hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak ile, başka bir hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağını takasa konu yapabilmektedir. Her ne kadar, bir kısım görüş bunun olamayacağı kanaatindeyse de, hem doktrinde büyük bir kısım hem de Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında, bu halde yapılan takasın geçerli olacağı görüşü kabul edilmiştir. Gerçekten de, tarafların takas defii hakkını kullanılmasının engellenmesi, tahkim esnasında, hakemin önüne gelen defilerden birini inceleyememesi adil yargılamayı engelleyecektir. Ayrıca tarafların savunma hakkının engellenmesidir. Bu nedenle tahkim esnasında takas definin ileri sürülmesi mümkündür.

Ancak aynı şeylerin tahkim esnasında, açılan karşılık dava da söyleyemeyiz. Çünkü takas definden farklı olarak, karşılık dava da, karşılık davayı açan takas edilen miktardan fazla alacağı varsa bunun da hüküm altına alınmasını sağlayacaktır. Bu ise, tarafların tahkim sözleşmesine konu olmayan hukuki bir konunun, tahkim önünde incelenmesine sebebiyet vermektedir. Dediğimiz gibi tahkim istisnai bir durumdur. Ancak taraflar anlaşırca bir uyuşmazlığı hakem yargılamasına taşıyabilirler. Tarafların üzerinde anlaşmadıkları bir konunun tahkimde görülmesi mümkün değildir. Son olarak, her ne kadar Yargıtay, tahkimde açılan karşı davaya cevaz vermişse de, yukarıda belirttiğimiz üzere sadece tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hukuki ilişkiye dayalı karşılık davaya cevaz verilmesi düşünülebilir.

BİBLİYOGRAFYA³⁷¹

- Acar, Faruk Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklılar Arasında
Teselsül, Ankara 2003
- Akıntürk, Turgut Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971
- Akil, Cenk İflasın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri,
BATİDER 2009, C.XXV S.11
- Akyol, Şener Tam 3. Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006
Deren Yıldırım, Nevhis
- Alıcı, Yaşar Bankacılık Kanunu Şerhi, 2007
- Ansay, Şakir Sabri Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960
- Aral, Fahrettin Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994
- Atalay, Oğuz Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir
2006 (Atalay borca batıklık)
- Atalay, Oğuz İflas Hukukundaki Yenilikler, Yeditepe Hukuk
Fakültesi Dergisi, C.1 S. 2, 2004
(Atalay iflas hukuku)

³⁷¹ Bir yazarın, birden fazla eserinden, birden fazla yararlanılırsa yapılan kısaltma ayrıca belirtilecektir. Kısaltma verilmeyen eserlerde yazarların soyadı yer alacaktır.

Ayan, Mehmet	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2007
Ayrancı, Hasan	Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003
Balcı, Muharrem	İtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1999
Berki, Şakir	Borçların Sükutu, AÜHFD 1955, C. XII S. 1-2
Bilge, Necip/ Önen Ergun	Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978
Bilgen, Mahmut	İflas Davaları, Ankara 2008 (Bilgen dava)
Bilgen, Mahmut	İflasın Ertelenmesi, Ankara 2008 (Bilgen erteleme)
Bucher, Eugen	Çev: Buz, Vedat, Ünal Tekinalp'e Armağan C. II, 2003, Yargılamada Takas Maddi Hukuka Dönüş
Canbolat, Ferhat	Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009
Canyürek, Murat	Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, 2003
Çavdar, Seyit/ Biçkin, İnci	İflas ve İflasın Ertelenmesi
Çuhacı, Şemsettin	Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, Takas Ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme, İstanbul 2000

Dayınlarlı, Kemal	Alacağın Temliki, Ankara 2008 (Dayınlarlı temlik)
Dayınlarlı, Kemal	İç Tahkim, Ankara 2004 (Dayınlarlı tahkim)
Demirbaş, Harun	Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007
Deynekli, Adnan	İflasın Vergi Alacağının Tahsiline Etkisi, Ankara 1998
Ercan, İbrahim	İcra ve İflas Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008
Erdoğan, Hasan	Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2003
Eren, Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008
Ergün, Zafer	İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2005
Ermenek, İbrahim	İflasın Ertelenmesi, Ankara 2009
Gülçin, Elçin	Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları
Hanağası, Emel	Davada Menfaat, Ankara 2009
Helvacı, Mehmet	Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Kambiyo Senetlerinde Defiler, C.1., İstanbul 2007
İnal, Nihat	Hukuk Yargılama Usulü Yasası, 2003

Kaçak, Nazif	Emsal İctihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002 (Kaçak Kanun)
Kaçak, Nazif	İlamlı İcra, Ankara 2007 (Kaçak İlamlı)
Karataş, İzzet/ Ertekin, Erol	Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara1997
Keskin, Ayşe Dilşad	Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, Ankara 2008
Kılıçoğlu, Ahmet	Borçlar Hukuku Genel, Ankara 2006
Kiraz, Özgür Taylan	İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Ankara 2007
Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder	Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007 (Kuru/ Arslan/ Yılmaz Medeni Usul)
Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder	İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006 (Kuru/ Arslan/ Yılmaz İcra)
Kuru, Baki	Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001 (Kuru Muhakeme)
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006 (Kuru İcra)
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara, 2003 (Kuru Tespit)

Kuru, Baki	Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002 (Kuru Banka)
Muşul, Timuçin	İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2008, (Muşul İcra)
Muşul, Timuçin	Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009 (Muşul Usul)
Muşul, Timuçin	Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, Ankara 2009 (Muşul Terdit)
Muşul, Timuçin	İflasın Ertelenmesi, İstanbul, 2008 (Muşul Erteleme)
Nomer, Haluk	Para Borçlarının Takas Edilebilirliği, İÜHFİM, C:LVII, S.1-2, 1999
Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 2000
Oskay, Mustafa/ Koçak, Çoşkun/ Deynekli, Adnan/ Doğan, Ayhan	İ.İ.K. Şerhi Ankara 2007
Önen, Turgut	Borçlar Hukuku Genel Kuralları, Ankara 1974
Özbay, İbrahim	Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004
Öztek, Selçuk	İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi 2005
Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet	Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006
Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkan, Meral/ Özekes Muhammet	İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2007
Postacıoğlu, İlhan	Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1966 (Postacıoğlu Usul)

Postacıoğlu, İlhan	İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 (Postacıoğlu İcra)
Reisoğlu, Safa	Borçlar Hukuku, İstanbul 1999
Reisoğlu, Safa,	Kefilin Defi Hakları, BATİDER, C. I
Reisoğlu, Seza	Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007 (Reisoğlu Banka)
Reisoğlu, Seza	Akreditif, Ankara 2009 (Reisoğlu Akreditif)
Süral, Ceyda	Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008
Şahan, Gökhan	Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009
Tanrıver, Süha	Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998 (Tanrıver Derdestlik)
Tanrıver, Süha	4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi, Yeditepe Hukuk Fakóltesi Dergisi, C.1, S.2, 2004, (Tanrıver İcra)
Tekinalp, Ünal	Banka Hukukunun Esaslar, İstanbul 2009
Tekinay, Selahattin Sulhi	Borçlar Hukuku, İstanbul 1974
Tercan, Erdal	Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, İflasın Factoring Sözleşmesine Etkisi, Ankara

Topuz, Gökçen/ Topuz, Seçkin	Takasın Davada İleri Sürülmesi, A.Ü.H.F.D. C. 57, S. 3, Ankara 2008
Tunçomağ, Kenan	Borçlar Hukuku Genel Hükümler
Türk, Ahmet	Menfi Tespit Davası, Ankara 2006
Türkiye Bankalar Birliği	Gerekçeli 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 2006
Uyar, Talih	İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1983 (Uyar Haciz)
Uyar, Talih	İcra Hukukunda İlamlı Takipler (Uyar İlamlı)
, Uyar, Talih	İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C.2 (Uyar Tespit)
Uygur, Turgut	Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003
Üstündağ, Saim	Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arzettiği Özellikler, İÜHFD 1959, C. 25, S. 1-4 (Üstündağ Takas)
Üstündağ, Saim	Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 1997 (Üstündağ Yargı)
Üstündağ, Saim	İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 (Üstündağ İddia)

Üstündağ, Saim	İcra Hukukunun Esasları İstanbul 1975 (Üstündağ İcra)
Üstündağ, Saim	İflas Hukuku, İstanbul 1998 (Üstündağ İflas)
Von Tuhr, Andreas	Borçlar Hukuku, çeviren Edege, Cevat, Ankara 1983
Yavuz, Cevdet	Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2008
Yavuz, Nihat	Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2007 (Yavuz, Tespit)
Yavuz, Nihat	Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2009 (Yavuz Kefalet)
Yılmaz, Okan	İflasın Ertelenmesi Taleplerinde Muhafaza Tedbirleri, EÜHFD 2007, C.II, S.1-2