

**Bilgi Toplumunda Hukuk
Ünal Tekinalp'e Armagan**

*Law in the Information Society
Essays in Honour of Ünal Tekinalp*

Recht in der Informationsgesellschaft
Festschrift für Ünal Tekinalp

Cilt II/ Volume II / Band II

I. Giriş*1. Sorunun Ortaya Konusu*

Takas (Aufrechnung, Verrechnung; compensatio ve bu Latince kökenden türetilen diğer modern terimler) günümüzdeki anlayışa göre maddi hukuk sahasında gerçekleşen bir olaydır. Borçlu borcundan, alacakliya karşı sahip olduğu alacağı feda etmek suretiyle kurtulmakta ve karşılıklı alacak ve borçların sona ermesine yol açmaktadır. Takasın maddi hukuka ilişkin sonuçlar doğurduğu yönündeki tespitten hareket edildiğinde, bir yargılamada iki alacağın karşı karşıya gelmesi durumunda, ister yargılamadan önce ister yargılama esnasında takas beyanında bulunulsun¹, kaçınılmaz olarak kendiliğinden usul hukukuna ilişkin bazı sonuçlar ortaya çıkacaktır:

- Davalı tarafından takasın ileri sürülmesi(takas definde bulunması veya yargılamadan önce takas definde bulunduğunu iddia etmesi) halinde mahkemece karara bağlanacak olay, konu itibarıyla genişleyecektir: Davanın karara bağlanabilmesi için, ilaveten takas edilen alacağın mevcut olup olmadığının da araştırılması gerekecektir.
- Eger takas alacağı, - bağımsız olarak ileri sürülmüş olsa idi-, dava edilen asıl alacağı bakan mahkemeden başka bir mahkeme tarafından karara bağlana-

* Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, Festschrift für Reinhold Geimer (zum 65. Geburtstag), München 2002, 97-137

** Prof. Dr., Bern Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

*** Doç. Dr., A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ Takas definde bulunulması yerine takas alacağının karşı dava yoluyla ileri sürülmesi halinde de temel problem değişmeyecektir. Karşı davaya ilişkin olarak belirtmek gerekir ki, karşı davayı açan şahıs, karşı dava konusu alacağın takasına ilişkin bir talepte bulunmak zorunda olmayıp, ilk dava konusu alacağı tartışma konusu yapmakla yetinebilir. Gerçi hem karşı davanın davacısı hem de davalısı karşı davanın kabul edilmesi hali için takas beyanında bulunabilir; ancak bununla yükümlü değildir.

cak bir alacak ise, davacıya takas alacagina ilişkin savunması bakımından başka bir yargılama empoze edilmiş olacaktır. Milli hukuk sahasında dahi tereddütle karşılanan bu durum, takas alacağı bakımından başka bir ülke mahkemesinin yetkili olması halinde daha da sakıncalı bir hal olacaktır.

- Bu sonuçlar, devlet yargısı ile tahkim yargısı arasında bir yetki kayması meydana gelmesi halinde daha da dramatik bir hale gelecektir: Davacıya devlet mahkemesi önünde tahkim kaydına tabi bir karşı alacağın ileri sürülmesi, onun belki de kararlaştırılan tahkim imkânından yararlanamamasına yol açacak, ya da tahkim yargılamasında davacı, karşı alacak hakkındaki kararı da, güveni kaybolmasına rağmen, davayı karara bağlayacak tahkim heyetine bırakmak zorunda kalacaktır.
- Dava edilen alacak takas nedeniyle sona erdiği için, yargılama, takas edilen alacakların bir birinden ayrı değerlendirilerek karara bağlanması, yani önce (muhtemelen artık mevcut olmayan) dava edilen alacak hakkında, daha sonra ise takas alacağı hakkında karar verilmesi caiz değildir; en azından ilk kararın tam anlamıyla geçerli, yani icra edilebilir bir karar olması halinde durum böyledir.

Takasın doğurduğu usul hukukuna ilişkin bu sonuçlar sinir asiri yargılamalar ve bilhassa tahkim bakımından özel bir önem taşımaktadır. Ayrıca eklemek gerekir ki, takas, sadece dava malzemesinin genislemesine ve yargılamanın gecikmesine yol açması nedeniyle dahi sorunlara yol açabilir ve bu nedenle takasın maddi hukuk açısından bazı sınırlamalar tabi tutulması, hukukun tecellisi için de bir gereklilik haline gelecektir (buna ilişkin olarak bkz. asa. V/1 ve VII/3).

2. Takasın Temel Prensipleri ve Tezler

Takas karşılıklı alacakların az olana tutarında itfasına yol açar; compensatio habet effectum solutionis eski bir deyiştir². Davalı bir alacağını takasta kullanırsa bu, dava konusu alacağın ifa edildiğinin ileri sürülmesi anlamını tasir ve borcun fiilen ifa edildiği iddiasına benzeyip, onun gibi değerlendirilmesi gerekir. Tek ve bölünemez bir dava konusu (dava konusu ihtilafli alacağın mevcudiyeti) söz konudur. Dava konusuna ilişkin inceleme, alacak ve doğuş sebepleri yanında, aynı

² Dig.16, II, § l'in kenar başlığına ilişkin olarak bu şekilde Stryk (dn. 56): Ayrıca anılan yerde: ...nihil intersit, an debitor solverit, an compensaverit. -Lauterbach (dn.56) N.XXV: ..Etsi enim haec compensatio ficta & imaginaria solutio dicatur, effectum tamen verae solutionis producit, ita, ut nihil interest, solverit debitor an pensaverit (varsın takas sadece fiktif bir ifa olarak nitelendirilsin; borçlunun takasta bulunması veya ödemesi arasında bir fark yoktur.).

şekilde ileri sürülen ifa iddiasını da kapsayacaktır³. Takas, davanın karara bağlanabilmesi için zorunlu olarak takas alacağının da hükme bağlanmasını gerektirecektir.

Yukarıda belirtilen, maddi hukuktan hareketle yargılama hukukuna ilişkin olarak varılan bu sonuçlar yargılama hukuku öğretisi ve uygulamasının önemli bir kısmı tarafından reddedilmektedir. Bu satırların yazarı da sonuç itibarıyla aynı görüşü benimsemekte, hattâ kısmen daha da ileri gitmektedir. Ancak yargılama hukukçularının ve uygulamasının, burada ele alınan sorun bakımından maddi özel hukuku dikkate almadıkları gerçeğini de göz ardı etmemektedir. Bu hususun da düşünülmesi gerekmektedir. Esas itibarıyla maddi hukuka gönül veren bu satırların yazarı, her şeyi tekrar yoluna koymak için su tezi ortaya atmaktadır:

Maddi takas hukukunun eleştirilerek yeniden gözden geçirilmesi yargılama hukuku ile maddi hukuk arasındaki ahenği yeniden tesis edebilir. Görülecektir ki, maddi hukukun takas hükümlerine ilişkin genel kabul gören anlayış, varlığı zaruri bir dizi takas yasasını gözden kaçırmaktadır. Burada ele aldığımız çözüme bağlanması gereken sorunlara günümüzle kıyaslanamayacak ölçüde daha fazla ilgi gösteren hukuk tarihine bir bakış, ek takas yasakları kabulünün gerekliliğini ve haklılığını gözler önüne serecektir. Takas yasaklarının bu şekilde genişletilmesi, yargılama hukuku öğretisi ve uygulamasının arzu ve isteklerini de her bakımdan karşılayacaktır⁴.

³ Bu, esasi itibarıyla hiç kimse tarafından tartışma konusu yapılmayan asikâr bir husustur. BGB'nin 1888/96 tarihli tasarısının gerekçesinde yer alan şu cümleler bu hususu gözler önüne sermektedir: „Nasil ki ifa iddiasında bulunan bir kimse bunu ispat etmek zorunda ise, takasın şartlarının mevcudiyetini de bunu ileri süren tarafın ispat etmesi gerekir. Takasta bulunan kişi, sadece takas hakkından yararlanmakta ve bununla karşılıklı alacakların ipso iure sona ermesine yol açmaktadır. Takas durumunun (takasın şartlarının) mevcut olması maddi anlamda bir defa doğurmaz. Takasın kullanılması, tıpkı ödeme gibi, alacaklinin tatmin edildiğine ilişkin maddi anlamda bir itiraz meydana getirir. Takas hakkının kullanılmasından önce her iki alacak, takas durumundan (takasın şartlarının mevcut olmasından) hiç bir şekilde etkilenmeksizin karşı karşıya bulunurlar“.

⁴ Tespit edilen bu hareket noktası, maddi hukuk açısından takasın ve ana hatları ile usul hukukuna ilişkin olarak çıkarılan sonuçların esas alınmasını gerektirir. Buna karşılık burada usul hukuku öğretisinin gerekçelerinin tartışılması ne gerekli ne de mümkündür. Konuyla ilgili olarak şu önemli ve ayrıntılı çalışmalara işaret etmek gerekir Klaus Peter Berger, Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren, in RIW 1998 (s.426-432); aynı yazar, Der Aufrechnungsvertrag, Tübingen 1996; Gerhard Wagner, Die Aufrechnung im Europäischen Zivilprozess, in IPRax 19/1999, s.65-76. -Avrupa özel hukukun geleceğine ilişkin gözlemleri de ihtiva eden takasa ilişkin bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz. Reinhard Zimmerman, in Festschrift für Dieter Medicus, s.707-739.

Burada bu çalışmanın tamamlanmasından sonra yayınlanan takas hukukuna ilişkin iki çalış-

3. Günümüz Yargılama Hukukundaki Görüşlerin Maddi Hukuka Aykırılığı

Aşağıda, yargılama hukukunda savunulan görüşlerin, maddi hukuka, en azından İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve bunları takip eden kodifikasyonların takasa ilişkin hükümlerinin lafzına ne ölçüde aykırı düştüğü açıklanacaktır.

a) Genel Usul Kanunları

Genel usul kanunları burada incelediğimiz soruna çok nadir olarak temas etmektedir. Alman Usul Kanunu, İsviçre'de kantonal usul kanunlarının çoğunluğu, 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuka Dair İsviçre Federal Kanununun 8. maddesi ve 2000 tarihinden beri özel hukukta yetkili mahkemeye dair Federal Kanun(CH/GestG), burada zikredemeyeceğimiz çok sayıdaki diğer usul kanunlarında olduğu gibi, takasa ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemekte, sadece bağlantılı karsi davalar(konnexe Widerklagen)⁵ bakımından, ki takas da buna dahildir⁶, özel yetki öngörmektedir. Alman Usul Kanunu ve CH/GestG gibi, Özel Hukuk ve Ticaret Hukukunda yetkili Mahkeme ve Mahkeme Kararlarının Tenfizine ilişkin Lugano anlaşması da benzer hükümler ihtiva etmektedir⁷. Yetkili

manın da anılması gerekir: Pascal Pichonnaz, La compensation; Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Fribourg 2002; Heidi Kerstin Jauch, Aspekte der Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit, Rechtsvergleichende Studie Deutschland/Schweiz, Diss. Bern, Konstanz 2001.

- ⁵ Alman Usul Kanunu(D/ZPO) § 33/1: Karsi dava, „eger karsi talep dava yoluyla ileri sürülen talep ile veya bu talebe karsi ileri sürülen savunma vasıtalarıyla bağlantı içinde ise." ve CH/GestG vom 24.3.2000; AS 2000, 2355, Art.6: "Karsi dava- (1) Eger karsi dava asil dava ile maddi bir bağlantı içinde ise asil davanın açıldığı mahkemede karsi dava açılabilir. (2) Asil dava herhangi bir nedenle düşse bile, mahkemenin yetkisi devam eder."
- ⁶ Karsi davanın caiz olması, mantiken (Argument afortiori veya im maiore minus) karsi alacağı sadece def'i yoluyla, takas hakkını kullanmak suretiyle ileri sürülmesinin de caiz olduğu manasına gelir. Dava açılmasına izin verilen durumlarda, bir talebin def'i yoluyla ileri sürülmesi de mümkün olmalıdır. Ancak bunun tersi her zaman doğru değildir.
- ⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğunun 27.9.1968 tarihli Özel Hukuk ve Ticaret Hukukunda Yetkili Mahkeme ve Kararların Tenfizine İlişkin Brüksel Anlaşması, 16.7.1988 tarihli anlaşma, keza 16.9.1988 tarihli Lugano Anlaşması, her biri 6. maddelerinin 3. bendinde meseleyi düzenlemektedirler: "Açılmış bir dava ile aynı sözleşmeye veya maddi olaya dayanan karsi davalarda, davanın görüldüğü mahkeme" yetkilidir.(Aynı şekilde Avrupa Birliğinin Özel Hukuk ve Ticaret Hukukunda Yetkili Mahkeme ve Kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin 22.10.2000 tarihli Yönergesinin 6. maddesinin 3.bendi; yayım tarihi 16.1.2001, Abl.L. 12/1; yürürlük tarihi 1.3.2002). Ancak Avrupa mahkemesi, bağlantılı olma şartının(Konnextitätserfordernis) sadece karsi davalar bakımından aranacağını, buna karşılık sadece savunma amacıyla takas definde bulunulması halinde geçerli olmayacağını kabul etmektedir (EUGH.

mahkemeye ilişkin bu normlar, dava konusu alacağın takas ölçüsünde sona erdiğini kabul eden maddi hukuk ile uyum içindedir. Ancak bir çok yazarın yaptığı gibi, bu hükümlerin karsit anlamından, bağlantılı olmayan karsi alacaklar bakımından mahkemenin yetkisinin bulunmadığı ve dolayısıyla takasın caiz olmadığı sonucu çıkarılırsa usul hukuku ile maddi hukuk arasında bir çelişki meydana gelecektir⁸.

b) Tahkim ve Yetki Anlaşmalarına İlişkin Düzenlemeler

Milletlerarası Tahkime İlişkin UNCITRAL-Model Kanun ve 1997 tarihinden itibaren büyük ölçüde bu kanunu takip eden Alman Usul Kanunu (yeni §§ 1025-1066) takasa ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemektedir. 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kanunu da soruna açıkça temas etmemektedir. Gerçi "davaya cevap" ile ilgili m. 19/3 hükmünde su düzenlemeye yer vermektedir." Davalı aynı

Urt. v. 13.7.1995; kars. NJW 1996, s.42/43), ki bu görüş ikna edici değildir. Buna karşılık İRAN-US Claims Tribunal, müstakar içtihatlarında, isabetli olarak, karsi dava ve takas imkânları arasında paralellik bulunduğunu kabul etmektedir (bu hususta bkz. Berger, yukarıda dn.4, s.429).

Çevirenin notu: Bu hususta, tercüme ettiğimiz bu çalışmanın tamamlanmasından kısa bir süre sonra yayınlanan bir Alman Federal Mahkemesi kararı ve bu kararın doktrindeki yankıları üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. Alman Federal Mahkemesi, yukarıda anılan Avrupa mahkemesi kararı karşısında Alman hukukunda yargılamada kullanılan takas bakımından Alman mahkemelerinin yetkisinin bulunmasının gerekli olup olmadığının doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmiş, ancak bu tartışmaya ilişkin bir tavir takinmamıştır. Yüksek mahkeme yargılamada kullanılan takas bakımından EuGVÜ Art.6 bent 3 hükmünün uygulanmamasını kabul etmekle beraber, karsi dava ile takas arasında bir benzerlik bulunduğunu, bu nedenle karsi davaya ilişkin § 33 ZPO hükmünün burada kıyasen uygulanabileceğini ve dava konusu alacakla bağlantılı olan alacakların takasının mümkün olduğunu belirtmektedir; bkz. BGH, Urteil v. 07.11.2001 - VIII ZR 263/00 (BB 2002, 14-16 = WM 2002, 102-104 = RIW 2002, 146-148 = BGHR 2002, 171-173 = ZAP 2002, 259= EWiR 2002, 249= MDR 2002, 410-412 = NJW 2002, 2182-2184 = NJVW-RR 2002, 573-574 = ZIP 2002, 821-824 = JZ 2002, 605-607= IPRax 2002, 299-301). Bu kararı değerlendiren Gruber, yüksek mahkemenin vardığı bu sonucu eleştirmektedir. Yazara göre, madem ki karsi dava ile takas arasında büyük benzerlik mevcut olup, karsi davaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerekir, o takdirde kıyasen uygulanması gereken hüküm § 33 ZPO değil, EuGVÜ Art.6 bent 3 hükmü olmalıydı. Çünkü Alman hukuku bakımından karsi davayı düzenleyen hüküm EuGVÜ Art.6 bent 3 hükmüdür. Yazar, her iki hükmün karsi davanın koşullarını farklı düzenlemesi nedeniyle bu tartışmanın pratik bir öneme de sahip olduğunu belirtmektedir; bkz. Gruber, R, IPRax 2002, 285-289; kars. ayrıca Heß, B. \ Müller, A., JZ 2002, 607-610 .

- ⁸ Alman Usul Kanununun § 145/III hükmü, bağlantılı olmayan bir karsi alacak bakımından takasın ileri sürülmesi halinde, bu alacağın ayrı müzakere edileceğini öngörürken, § 302/1 hükmü, takasa ilişkin karar saklı kalmak kaydıyla, asil alacak hakkında karar verilmesine izin vermektedir. Ancak bu usul hükümleri, mahkemenin takas alacağı bakımından karar verme yetkisinin bulunmaması halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme ihtiva etmemektedir.

sözleşmeye dayanan karsi dava açabilir veya takas amacıyla aynı sözleşmeden kaynaklanan alacaga dayanabilir". Ancak bu düzenleme ile bağlantılı olmayan (ve genellikle de tahkim kaydına tabi olmayan) taleplerin takasına engel mi olunmak istendiği anlaşılamamaktadır. Böyle bir sonuç maddi takas hukukundan açıkça uzaklaşılması anlamına gelirdi. İsviçre'de tahkime ilişkin kantonlar arası anlaşma (Konkordat)⁹ bakımından durum açıktır: Bu anlaşmanın müellifleri, maddi hukuka göre takas alacağının sona ermesi sonucunu usul hukuku bakımından da kabul etmeye ve tahkim heyetine tahkim kaydına tabi olmayan alacak hakkında da karar verme yetkisi tanımaya hazır degillerdi. Anlaşmanın 29. maddesi, yetkili mahkeme önünde dava açılması için bir süre vererek tahkim yargılamasına ara verilmesini düzenlemektedir. Kuskusuz bu düzenleme, hukukun icrasını kabulü mümkün olmayan bir biçimde gecikmesine yol açacaktır¹⁰.

Tahkim kurumlarının tahkime ilişkin düzenlemelerine gelince: Milletlerarası Ticaret Odasının halen yürürlükte olan tahkime ilişkin kuralları (daha önce yürürlükte olan bütün kuralları gibi) takasa ilişkin özel bir hükme yer vermemektedir. Diğer tahkim kurumları bakımından da muhtemelen durum böyledir. Yetki eksikliğine rağmen, karşılıklı alacaklarının takasını herhangi bir ihtirazi kayıt önemeden tamamen kabul eden bizim bildiğimiz tek tahkim düzeni, Zürih Ticaret Odasının tahkime ilişkin kurallarıdır¹¹. Tahkim heyetinin takas alacakları hakkında karar verme yetkisine sahip olması, yukarıda belirtildiği gibi, maddi takas hukukundaki klasik anlayış ile tam bir uyum içindedir(ancak bu durum konuya ilişkin tereddütleri azaltmamaktadır).

c) Doktrin ve Uygulama

Her ikisinde de görüş birliği mevcut olmayıp, akla gelebilecek çeşitli olay grupları için farklı görüşler savunulmaktadır. Ancak Almanya'da genel eğilim, bağımsız olarak ileri sürülmesi halinde başka bir mahkemenin yetkili olacağı alacakların takas edilemeyeceği yönündedir¹². Bu görüş tahkim kaydının bulunduğu

⁹ Bu anlaşma, Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun çıktığı 1987 yılından beri sadece İsviçre içindeki tahkim bakımından geçerlidir.

¹⁰ Sinirleyici bir yorumla bu sonucu hafifletmeye çalışan Federal Mahkeme içtihadı için bkz. BGE 116 la 154. Kars. ayrıca Jean-François Poudret, Compensation et Arbitrage, in Le droit en action, hrsg. von Jean Marc Rapp/Michel Jaccard, Lausanne 1996, s.361 vd.

¹¹ Zürih Ticaret Odasının Milletlerarası Tahkim Kuralları (1989 yayını) Art.27: „Takas - Takas edilen alacak tahkim kaydına tabi olmasa, hattâ bu alacak bakımından başka bir tahkim veya yetki anlaşması mevcut olsa bile, tahkim heyeti takas defini karara bağlamaya yetkilidir.“

¹² Bu nedenle, bu çalışmada ele aldığımız değişik konulara ilişkin önemli açıklamalar yapan Berger (dn.4; s.426-432) su tespitte bulunmaktadır: "Almanya'da hakim olan görüş, başka bir mahkemenin yetkisine tabi alacakların takasının kural olarak caiz olduğunu değil, olmadığını kabul etmektedir.“

durumlar bakımından mutlak hakim görüştür: Tahkim heyeti önünde, tahkim kaydına tabi olmayan bir alacağın takasının ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır¹³. Buna karşılık tahkim kaydına tabi bir alacağın devlet mahkemesi önünde takası bakımından bu ölçüde bir görüş birliği mevcut degildir¹⁴.

Karsi alacaga ilişkin olarak yapılmış bir yetki anlaşmasının, bu alacağın başka bir ülke mahkemesi önünde ileri sürülmesine engel teskil edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır¹⁵.

II. Genel Olarak Takas Kurumu

Önce, maddi hukukta takasın esaslı unsurları üzerinde, usul hukukuna ilişkin sorunların çözümünde de temel teskil edecek bazı açıklamalarda bulunmak yararlı olacaktır.

1. Temel İlkeler

Karşılıklı alacak ve borçların takas suretiyle sona ermesi, alacakların karşılıklı olması(yani alacağın ve borcun sahibinin aynı şahıs olması), bunların muacel

¹³ Burada sadece Reinhold Geimer, in Zöller, Zivilprozessordnung(18. eski bası 1993), Rn.54 zu § 1025 zikredilecektir: „Tahkim sözleşmesi, tahkim yargılamasında dava edilen alacaga karsi, tahkim yargılamasına tabi olmayan bir alacağın takas edilemeyeceğine ilişkin anlaşmayı da ihtiva etmektedir(maddi hukuk açısından şartları gerçekleşmiş bir takasın mahkeme önüne getirilememesi/ileri sürülememesine ilişkin usuli yasak)". Yazar sonra şöyle devam etmektedir: "[devlet mahkemesi] önündeki bir yargılamada, tahkim kaydına tabi tutulmuş bir karsi alacak ile takas göz önünde tutulmamalıdır". Geimer, incelememizin bundan sonrasında da esas alınacak hakim görüşü Internationales Zivilprozessrecht, 4.Aufl. 2001, Rz.3818, adli eserinde su şekilde açıklamaktadır: "Alman içtihatları, bağlantılı olmayan karsi alacaklar bakımından, tereddüt halinde, usul hukukuna ilişkin bir takas yasagi bulunduğunu kabul etmektedir....Tahkim anlaşması ile bağlı olan taraf, devlet mahkemesi önünde, dava edilen alacaga karsi, tahkim kaydına tabi olan alacağı takas ettiğini ileri süremez; zira bu tür durumlarda tahkim heyetinin değil, devlet mahkemesinin karar vermesi tatminkâr olmayacaktır. [BGHZ 38, 254=NJW 63, 243 ve diğer atıflar]. Bunun tersi durumlarda ise, tahkim heyetinin bir takas itirazi üzerine, tarafların açıkça tahkim heyetini yetkili kılmak istemedikleri bir alacak hakkında karar verebilmesi, yetki tecavüzü oluşturur.“

¹⁴ Hans W. Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht, Wien 1973, s. 27, yazar, (BGHZ 23, 17'yi zikrederek) hakem heyeti önünde tahkim yasagi bulunduğunu kabul etmekte, ancak tersi durumlarda tahkim kaydına tabi bir alacağın devlet mahkemesi önünde takasını caiz görmektedir(s.34, Fashing III, s.577'ye yola ile). Bu bir çelişkidir ve tahkim kaydına tabi alacakların devlet mahkemeleri önünde dava edilemeyeceği şeklindeki temel kuralla bağdastırılması son derece güçtür.

¹⁵ Bu konuda kars. Haimo Schack, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, Rn.458-461.

ve ifa edilebilir olması ve aynı türden edimlere ilişkin olması şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Taraflar arasında sözleşme ile varılan mutabakat, her iki yönden de hukuki durumu değiştirebilir. Bir alacağın münferit olarak talep edilebilmesi imkânini ortadan kaldıran bir takas zorunluluğu öngörülebilir (bir cari hesap anlaşmasının mevcudiyeti halinde durum böyledir. Cari hesap terimi kullanılmamış olsa bile, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin ticari mantığının bunu gerektirmesi halinde de aynı şey söz konusudur.). Aynı şekilde, tarafların açık veya örtülü bir anlaşması ile, takas imkâninin ortadan kaldırılması da mümkündür¹⁶.

Her iki alacağın karşılıklı olarak ve aynı anda sona ermesi takasın kavramsal bir unsurunu teşkil eder: Karşılıklı alacak ve borçların ya her ikisi takas ile sona erer ya da hiçbiri¹⁷. Bu bağlamda sıkça tartışılan "terditli takas" (Eventualkompensation) değinmek gerekir: Takas ile ifa edilecek esas alacak mevcut değil ise, bu husus saklı tutulmamış olsa bile, takas alacağı da ifa edilmiş ve sona ermiş sayılamaz. Bu nedenle yargılamada kullanılan takas hakkı ister istemez terditli bir takastir; çünkü böyle bir takas kanun gereği ancak, esas alacaga ilişkin davanın takas beyanında bulunan davalının talebine rağmen kabul edilmesi halinde sonuç doğuracaktır¹⁸.

¹⁶ Sözleşme ile takasın devre dışı bırakılması, tarafları takas hakkını kullanmama yükümlülüğü altına sokmamakta, tipki sözleşmesel bir temlik yasasının alacağın temlikine engel olması gibi, tarafların takas hakkını kullanma imkânini ortadan kaldırmaktadır. Takas edilebilirlik, temlik edilebilirlik gibi (veya bunların devre dışı bırakılması) maddi hukuka göre söz konusu alacağın ayrılmaz bir parçasını oluşturur. (Bu nedenle temlikle birlikte temlik edilen alacaga ilişkin olarak kararlaştırılmış tahkim kaydı da intikal eder; çünkü temlik edilebilirlik gibi, hakkın icrası imkânı da alacağın ayrılmaz bir parçasıdır).

¹⁷ Takasın ya karşılıklı alacakların her ikisini sona erdireceği ya da hiç gerçekleşmeyeceği aşikâr bir husustur; ancak yine de her ihtimale karşı bu hususa Ulpian tarafından işaret edilmiştir; kars. Dig 16, 27, 1: Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: Eger yargıç takasa müsaade etmez ise, takas edilen alacak varlığını muhafaza eder. Ve Windscheid (9. Aufl. von Kipp; 1906 Bd II p.479, § 349, zu BGB Zif. 3): "Alacaklardan biri mevcut değilse, diğeri de ifa edilmez, ki bu takasın caiz olması bakımından da geçerlidir." Veya Planck, Komm. zu BGB § 389, Zif. 3 (başlık): "§ 389 da öngörülen sonuç, takasın caiz ve geçerli olması halinde meydana gelir." Bir mahkeme takas alacağının incelenmesini reddeder ve davayı takas olmaksızın kabul ederse, bu sadece usul hukuku açısından sonuç doğurur; davalı tarafından takas beyanında bulunulmuş olsa bile, mahkeme kararı maddi hukuk açısından herhangi bir sonuç doğurmaz. Davalı karşı alacağını ayrı bir dava ile talep edebilir; kabul edilmiş dava alacağının takibi esnasında takas beyanında bulunabilir veya gerekirse menfi tespit davası açabilir.

¹⁸ Takas beyanının, alacağın maddi hukuk anlamında mevcut olması şartına bağlı olması nedeniyle, kural olarak yargılamada yapılan takas beyanından, takas suretiyle sona erdirilmek istenen karşı alacağın kabul edilmiş olduğu sonucu çıkarılamaz; sonuç itibarıyla bu yönde daha önce Cocceius (dn.56) Quaestio 18.

Bazı borçların takas suretiyle itfasi imkânı mevcut değildir. Devlete karşı olan alacakların takasının caiz olup olmadığı sorunu antik çağa kadar geri gider. Günümüzde buna ek olarak aile hukukuna ilişkin nafaka talepleri vb. bakımından da takas imkânı sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada bizi mesgul eden usul hukukuna ilişkin sorunlar karşısında, kodifikasyonlarımızda yarım yamalak düzenlenen takas yasalarının genişletilmesi gerekmektedir (bu husus için bkz. aşağısı ve özellikle IV).

2. Takas Kendiliginden mi Yoksa Def'i Yoluyla mi Gerçekleşir?

Takas kurumunu borçlu olduğumuz Roma kaynaklarında, takasın sonuçlarını kendiliginden meydana getireceği görüşü hakimdir¹⁹. Bu görüşün karşısında, o zamandan beri ve özellikle de [Roma hukukunun] resepsiyonu dönemlerinde, takasın ancak buna ilişkin bir taraf beyanı üzerine (compensatio per exceptionem) gerçekleşeceği görüşü yer almaktadır. Yeni çağda Althusius, bu her iki türü, birbirinden farklı, ancak eşit bir biçimde yan yana duran fenomenler olarak takdim etmektedir²⁰. Ancak yazar bu temel esasi tespit etmekle yetinmemekte, bu iki türü birbirinden ayırmamıza yarayacak kriteri de belirtmemektedir. Buna göre ipso iure-takas likit ve tartışmalı olmayan alacaklarla sınırlı olup, bunun dışında kalan durumlarda takasın def'i yoluyla ileri sürülmesi gerekir²¹. Bu tespitin temelinde, mantiki bir zorunluluk olarak, takasın ancak konusun ne olduğunun kesin bir biçimde belli olması halinde sonuç doğuracağı düşüncesi yatmaktadır²².

¹⁹ Dig. 16,2,21 (Paulus): Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari ... (Herkes tarafından karşılıklı borçların kendiliginden takas edildiği görüşü savunulduktan sonra...), ipso iure-modeli daha açık bir şekilde Justinianus'un Codex'inde ifade edilmektedir (Cod.4,31,4): Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet... (karşılıklı olarak para borçlanıldığı tespit edildiği takdirde, takası hukuken (kendiliginden) gerçekleşmiş saymak gerekir...), ve özellikle Cod.4,31,14 pr., burada Justinianus imparatorluk emrimesinde su direktifi vermektedir: Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus ... (Bütün davalar bakımından hukuken (kendiliginden) gerçekleşen takası öngörüyoruz...).

²⁰ Althusius J., Dicaeologicae libri tres ...; 1. Aufl. 1617 (burada zikredilen Nachdruck [Aalen 1967] der Ausgabe Frankfurt 1649): Compensatio esi duplex: alia quae fit ipso iure, alia quae fit per exceptionem (Lib. II cap. XVI par. 16, S. 576: "İki türlü takas vardır: Biri otomatik olarak hukuken, diğeri def'i üzerine gerçekleşir").

²¹ Aynı yer (dn.20) par. 18: Burada likit olmayan alacaklara ilişkin takasın def'i yoluyla ileri sürülmesi gerektiği, takasın sonuçlarını ilk olarak her iki alacağın likit olduğunun Pretor kararı ile tespit edildiği andan itibaren meydana getireceği belirtilmektedir.

²² Daha önce Donellus (dn.. 20 zu Codex 4,31,14 (N.I) takasın sonuçlarını meydana getireceği ani söyle belirlemektedir: „...tunc... cum causa, ex qua compensatur, est liquida. — Gothofredus ad Cod.4,31,14: Liquidi ad non liquidum, non fit compensatio. Igitur compensatio non fit nisi debiti liquidi, confessi, praesentis, non controversi, non incerti"

Modern kodifikasyonlar, *Justinianus* tarafından konulan kuralin etkisiyle tercihlerini ipso iure-takas lehine kullanmışlardır: Tabii hukuka dayanan kanunlardan Prusya Medeni Kanunu(ALR), Fransız Medeni Kanunu, Avusturya Medeni Kanunu(ABGB)²³. Bunları Almanca konuşmayan ülkelerin büyük bir kısmının kanunları takip etmektedir. Bu kanunlar alacağın likit olması şartını da aramaktadır²⁴. Bu üç büyük kanun tarafından kabul edilen modelden ilk olarak, *Caspar Bluntschli* (1808-1881) tarafından hazırlanan Zürih Özel Hukuk Kanunu (ZH/PGB) ayrılmıştır²⁵. Bunu daha sonra çıkacak bütün Almanca kanunlar da takip edecektir: 1863/5 tarihli Sachsen krallığı Medeni Kanunu, 1866 tarihli Dresden Tasarısı, 1883 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu ve nihayet revize edilmiş 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu(her ikisi de burada CH/OR olarak zikredilecektir)²⁶. Bluntschli ile gerçekleşen bu dönüşüm o kadar ikna edici olmuştur ki, Avusturya doktrin ve içtihatları dahi bundan geri kalamamış ve aksi yöndeki kanun metnine rağmen def'i yoluyla takas çözümüne meyletmektedir²⁷. Bu anlayış daha sonra uzak doğu ülkeleri²⁸, 1941/46 tarihli Yunan Medeni Kanunu(Art.441), 1966 tarihli Portekiz Medeni Kanunu (Art.848, BGB § 388 hükmünün tercümesi) ve simdilerde yeni Hollanda Medeni Kanunu(Nieuw Wetboek 6 Art. 127/1; eski kanunun Art. 1462 hükmü Fransız Medeni Kanununu takip etmekteydi) tarafından da kabul edilmiştir. İskandinav ülkelerinde eskiden beri def'i prensibi hakim gözükmektedir.

²³ ALR I, 16 § 301 : " Kanun gereği takası meydana getiren alacak dogar dogmaz, borç da, takas ölçüsünde son bulur. " ; Fransız Medeni Kanunu Art. 1290 ("La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi ... à l'instant où elles se trouvent exister à la fois ..."); Avusturya Medeni Kanunu § 1438 ("Alacaklar karşı karşıya geldikleri takdirde, karşılıklı yükümlülükler, sanki ifa edilmiş gibi sona erer (compensation).

²⁴ Fransız Medeni Kanunu Art. 1291/1; ABGB § 1439 (uygulama alanı bu gün tartışmalı olmakla beraber; kars. dn.27). Fransız Medeni Kanununu takip eden kanunlara örnek olarak sunlar sayılabilir: 1855 tarihli Sili Medeni Kanunu Art. 1656; 1889 tarihli İspanya Medeni Kanunu Art. 1196; 1916 tarihli Brezilya Medeni Kanunu Art. 1009 ve 1010; 1928 tarihli Meksika Medeni Kanunu Art. 2188/2189 ve diğer kanunların büyük çoğunluğu. — İstisna olarak 1871 tarihli Arjantin Medeni Kanununun Art. 831 hükmünü zikretmek gerekir. Bu hükme göre takas alacağının kabul edilmiş(reconocido) olması şart değildir.

²⁵ Zürih Özel Hukuk Kanunu § 1052: „Takas hakkını kullanıp kullanmama, borçlunun iradesine bağlıdır. ".

²⁶ Sächs.BGB § 992; Dres.d.E. Art.362; CH/a.OR Art. 131/1; BGB § 388/1 ("Takas, karşı tarafa yapılacak beyanla gerçekleşir"); CH/OR Art. 120/1.

²⁷ Kars. *Peter Rummel* in Rummel, Kommentar ABGB, Bd. II, Wien, 2.Aufl. 1992, § 1438 N. 11, aynı şekilde *Rudolf Welser*, Bürgerliches Recht Bd. II. Schuldrecht und Erbrecht, 12.Aufl. 2001, S. 101 dn. 6 (her ikisi de çok sayıda atıfla birlikte).

²⁸ 1896 tarihli Japon Medeni Kanunu Art. 507; 1925/1992 tarihli Tayland Medeni Kanunu Art. 432; 1929 tarihli Çin/Tayvan Medeni Kanunu Art. 335; 1958 tarihli Güney Kore Medeni Kanunu Art. 493/1.

3, Kanunlar İhtilafı Hukuku: Takasa Uygulanacak Hukuk

Almanca konuşan ülkelerde²⁹, takasın şartları, gerçekleşmesi ve sonuçlarının asil alacağın tabii olduğu hukuka göre belirleneceği görüşü hakim olup, takas edilen alacağın (takas alacağı) tabii olduğu hukuk göz önünde tutulmamaktadır³⁰. Bu görüşe pratik sonucu itibarıyla çoğu zaman katılmak mümkündür. Ancak belirtilen bu formül sadece sınırlı bir bakış açisi sağlamaktadır ve bu nedenle (itiraf etmek gerekir ki nadir sayıda olan) özel durumlarda bununla bağlı kalmamak gerekir. Bu satırların yazarının başka bir çalışmasında açıklamaya çalıştığı gibi³¹, burada da kural olarak sözleşmesel taleplerin sadece doğusunun değil, diğer her türlü akibeti (zamanasimi, temlik ve keza takası) bakımından da, bu taleplerin temelini oluşturan sözleşmenin tabii olduğu statünün esas alınması gerektiği şeklindeki eski [klasik] kural geçerli olmalıdır. Takas halinde istisnai olarak iki alacak aynı anda söz konusu olduğu için, kümülatif olarak her iki alacak bakımından da takasın şartlarının mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekecektir. Kuraldan ayrılmak için herhangi bir haklı sebep mevcut değildir: Takas ancak, kümülatif olarak her iki alacak bakımından da tabii oldukları hukuka göre takas suretiyle sona ermenin şartları mevcut ise gerçekleşecektir³².

²⁹ Belirtmek gerekir ki, Almanca konuşan ülkelerde hakim olan ve burada tartışma konusu yaptığımız görüş, lokal bir nitelik tasımda olup, global bir geçerlilik kazanması mümkün değildir. Bu gün dünyada ipso iure takas anlayışı hakimdir ve bu anlayış çerçevesinde asil alacak ile takas alacağı arasında bir ayırım yapılmamakta, bu yüzden de takas alacağına uygulanacak hukukun göz önünde tutulmasına ilişkin sınırlamalar her türlü temelden yoksun kalacaktır.

³⁰ Eski eserlere ilişkin olarak bkz. özellikle *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht (7. Aufl. 1995), S. 18/V. Daha yeni bir eserde ise (*Christian von Bar*, IPR, München 1991, Bd. II Rn.547 in fine) „hem takasın şartları, hem de sonuçları bakımından kendisine karşı takas beyanında bulunulan alacağın tabii olduğu hukukun önem tasidiği(atıflar)" ifade edilmektedir. -- *Berger* (dn.4), S. 427, aynı görüşü İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına atıfta bulunarak savunan BGHZ 38, 254 und 246' ya yollamada bulunmaktadır. - Milletlerarası Özel Hukuka Dair İsviçre Federal Kanunu (IPRG von 1987/89) tamamen bu doktrin ve içtihatları takip etmiştir: Art. 148/11: " Takas halinde sona erme, takas ile ifa edilmek istenen alacağına uygulanacak hukuka tabidir". Bu anlayışın kökeni belli değildir.

³¹ *Eugen Bucher*, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung ("Kompensation"), in Mélanges en l'honneur d'Alfred E. v.Overbeck, Freiburg/CH 1990 S. 701-723 (su adresten temin edilebilir: <www.eugenbucher.ch>, Nr. 50).

³² Kars. yuk dn.17. - Burada savunulan görüş „kümülatif hukuk uygulaması" görüşü olarak ifade edilebilir. Bazen bu görüşe karşı, konsept olarak haklılık sebebi bulunmayan, ayrıca pratik de olmayan bir görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, takas şartlarının her iki alacak bakımından da, her birinin tabii olduğu hukuka göre ayrı ayrı gerçekleşmiş olması gerekip „bölümsel -bağlantılı bağlama" {distributif-gekoppelte Anknüpfung} olarak da adlandırılmaktadır; bu konuda bkz. *Bucher* (dn.31) S. 717ff., burada *R.Brinkmann'in*, Die nichtvertragliche Verrechnung in rechtsvergleichender Darstellung und im schweiz. Kollisionsrecht, Diss. Genf 1970 adli eserine ilişkin değerlendirmeler de yer almaktadır

Takas alacagının tabi olduğu hukuku ihmal eden klasik anlayışın temelinde su düşünce yatmaktadır: "Takasta bulunan kisten, karşı alacagının tabi olduğu hukukun geri plana itilmesine tahammül etmesi beklenebilir"³³. Veya takas sonucunun "takasta bulunan şahsin iradesine uygun düştüğü, bu nedenle, karşı alacagın iftisi gerçekleşmiş ise, bunun kabul edilmesi gerektiği" ifade edilmektedir³⁴. Bu argüman isabetli olmakla beraber, yine de karşı alacagın tabi olduğu hukukun tamamen göz ardı edilmesine gerekçe teskil etmeyip, olsa olsa bu hukuka göre takasın caiz olduğuna ilişkin bir karine yaratır. Ayrıca bu gerekçeye, takas iradesinin beyan edilmediği veya, ya takas beyanında bulunan kişinin takas alacağı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması (ki bu sadece takas alacagının tabi olduğu hukuka göre belirlenebilir) ya da takas alacagının tabi olduğu hukukun istisnai olarak takası yasaklaması (örneğin BGB §§ 393 ve 394 de haksız fiilden doğan talepler ve haczedilemeyen alacaklar bakımından olduğu gibi) nedeniyle takasta bulunan şahsin iradesinin herhangi bir rol oynamadığı durumlarda dayanılmayacaktır.

Pratikten bir örnekle bu hususu açıkça gözler önüne serecektir: Aynı yargılamada farklı hukuklara tabi bir dava ve karşı davanın bir arada bulunduğunu ve taraflardan hiç birinin takas beyanında bulunmadığını varsayalım: Eger mahkeme iki davayı da kabul etmek istiyorsa: Acaba mahkeme her iki davayı da ayrı ayrı olarak mı, yoksa müdeabihi daha büyük olan davayı aradaki fark oranında mı kabul edecektir? Asıl alacagın tabi olduğu hukuku esas alan teori bu soruya herhangi bir cevap vermemektedir; çünkü bir "asil alacak" mevcut değildir. Takas ancak, her iki alacak bakımından da her biri için öngörülen şartların gerçekleşmiş olması halinde kabul edilebilir, edilmesi gerekir. Böyle bir şey ise, her iki alacagın da ipso iure sistemini kabul eden hukuka tabi olması veya def'i sistemini kabul eden bir hukuka tabi alacagın alacaklisinin takas beyanında bulunması halinde söz konusu olabilir; bunun dışındaki durumlarda takas gerçekleşmez.

III. Burada Önem Tasiyan Maddi Hukuktaki Takas Yasakları

Burada ele aldığımız usul hukukuna ilişkin sorunların yukarıda anılan takasın şartları (alacakların karşılıklı, aynı türden ve muaccel olması) ile bir ilgisi bulunmamaktadır ve bu nedenle söz konusu şartlar üzerinde daha fazla durulmasına gerek yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi maddi hukuk açısından yargılamada takasın kural olarak kaçınılmaz olması sonucu muvacehesinde, şimdi de bizzat

³³ Kegel (dn.30) a.a.O.

³⁴ A. Nussbaum, Deutsches IPR. Tübingen 1932 S. 262.

maddi hukukun kendisinin hangi durumlarda takas imkânını ortadan kaldırdığı sorusunu sormak gerekir.

Kita Avrupa'si hukuk geleneğinde (yani İngiliz hukuku hariç hemen hemen bütün gelişmiş hukuk düzenlerinde) takas hukukunun kökeni Roma hukukuna dayanır. Roma hukukunda da takas uzun bir gelişim sürecinden geçtikten sonra Digesta ve özellikle Codex *Justinianus'da*, bu güne kadar hukukun gelişmesinde belirleyici bir rol oynayan sekline bürünmüştür. Bu kaynaklar, yani *Justinianus'un* Corpus Iuris'i ve bunu takip eden literatür, bazı hususları açıklığa kavuşturmakta ve burada ele aldığımız sorunlar bakımından mevcut olan kanun boslunun tamamlanması bakımından yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Aşağıdaki açıklamalar bu nedenle yapılmaktadır. Roma hukuk geleneğinin borçlar hukukuna ilişkin sorunların çözümünde ne denli önemli bir rol oynadığını su durum açıkça gözler önüne sermektedir: Diğer alanlarda Roma hukukunun etkisine nispeten önemli bir direnis gösteren Fransa'da dahi, takas bakımından aksi yöndeki anlayış hakim olmuştur³⁵.

1. Ipso Iure Sisteminde Alacakların Likit Olmasının Aranması Suretiyle Takasa Getirilen Sınırlamalar (Prusya Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu ve Onu Takip Eden Diğer Kanunlar)

Gerek antik Roma ve resepsiyon dönemlerinde, gerekse bugün dahi dünyada hakim olan³⁶ ipso iure gerçekleşen takas modelinde, takasın sonuç doğurması,

³⁵ Fransız Medeni Kanununu etkileyen *Antoine Loysel* (1536-1617)'i Institutes Coutumières (1. Aufl. 1607) adlı eserinde takasa ilişkin olarak şunları söylemektedir: *Une dette n'empêche point l'autre* (Bir borç hiçbir şekilde diğerini engellemez). Bunun ile daha sonradan Art.704'de su hususu açıklamak için takasın şartlarının mevcut olmasının göz önünde tutulmayacağı ifade edilmektedir: *Compensation n'a lieu, si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit* (takası istenen borç yazılı ve likit değilse takas gerçekleşmez). Serhçi *Eusèbe de Laurière* (1659-1728) bu son hususa ilişkin olarak şunları söylemektedir: "Cette règle, tirée de l'art 105 de la coutume de Paris, est un exception, ou mieux dire une abrogation de la précédente" (Paris Teamülü'nün 105. maddesinden çıkarılan bu kural, öncekinin bir istisnası, daha doğrusu ilgasidir) (alinti 1971 de Cenevre'de yapılan tekrar baskıdan yapılmıştır). Die Coustume de la Prevosté et Vicomté de Paris'in 1580 tarihli metninde Art.CV'ye ilişkin olarak su açıklama yer almaktadır: *Compensation a lieu d'une dette daire, et liquide a une autre pareillement claire, et liquide, et non autrement* (Açık ve likit bir borcun takası, ancak likit ve aynı derecede açık bir diğer borçla olur, baska türlü değil) (bu alinti Julien Brodeau, Commentaire, 2 Bde. Paris 1658'den yapılmıştır). Brodeau, serhinde büyük ölçüde o dönemki romanist literatürü takip etmektedir. Bu gün Fransa'nın yer aldığı alandaki -muhtemelen Almanca konuşulan yerlerde de- asıl yerel gelenek *Loysel*, Art. 704) takasa karşı olumsuz bir tavir takindığı halde, daha sonraki gelişmelerde Roma hukukunun etkisi ile bu yerel gelenek bir kenara itilmiştir. Burada takas için tespit edilen husus borçlar hukukun çok büyük bir alanı bakımından da geçerlidir.

³⁶ Kars. yuk. dn.24 ve ona ilişkin metin.

karsilikli alacakların likit olması şartına bağlanmıştır. Ancak bu formül ile ortaya çıkması muhtemel bütün soruların cevabını bulduğu sanılmamalıdır; bunlardan bir çoğunun cevabı hala belli değildir³⁷.

a) Roma Hukuku Müktesebatı - Ipso Iure Takas ve Def'i Yoluyla Takas Arasındaki Ayırımı İsbetli Olup Olmadığı

Likit olma şartına ilişkin olarak antik Roma'da olduğu gibi günümüzde de belirsizlikler mevcuttur. Kelimenin tam anlamıyla bir alacağın likit olması ancak, alacağın kesinleşmiş bir mahkeme hükmüyle veya borçlu tarafından kabul edilmesi halinde söz konusu olur. Bu açıdan bakıldığında belirtilen bu kural pratik değildir ve yargılama esnasında herhangi bir anlam ifade etmeyecektir: Her iki alacak da daha önceden kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ile veya karşı tarafça kabul edilmiş olsaydı, tarafların mahkeme huzuruna gelmelerine gerek kalmazdı. Likit olma şartının ihtiva ettiği bu çelişki, bunun bir yandan alacağın yargılamanın kapsamına dahil edilebilmesinin, diğer yandan ise takas suretiyle iftanın ipso iure gerçekleşmesinin şartı olarak anlaşılmamasından ileri gelmektedir. Birinci anlamıyla "likit olma", bir genel kural biçiminde ifade etmek gerekirse, "yürüten bir davada açıklığa kavuşturulmaya layık" olmaktan başka bir şey değildir. Buna karşılık takasın ipso iure sonuç doğurmasının şartı olarak "likit olma", hukuki durumun maddi hukuk anlamında (mahkeme kararı veya borçlunun inkarı suretiyle) açıklığa kavuşmuş olmasını ifade eder. Bu bir birinden farklı iki anlam, Roma hukuku müktesebatında birbirinden ayırılmıştır: Mükemmel bir biçimde önce *Althusius* daha sonra gelecek için de yol gösterici bir biçimde *Samuel Stryk*³⁸: Bu son anılan yazar, bir çok çağdasi gibi takasın ipso iure sonuç

doğuracağını kabul etmekte, ancak geriye etkili bir biçimde alacakların karşı karşıya geldiği andan itibaren hükümlerini meydana getirirse bile takasın ilk olarak alacakların ispat edilmesi halinde gerçekleştirileceğini eklemeyi de ihmal etmemektedir.

Likit olma şartının bu son anlamı üzerinde daha fazla durulmasına gerek yoktur. Ancak bu kavramın ilk, usul hukukuna ilişkin anlamı dikkatimizi celbetmektedir: Bir alacağın "likit olması", aynı yargılamada mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmayı hak eden bir nitelik olarak anlaşılmaktadır. Bu tür bir anlam vermeye *Justinianus'ta* rastlanır, ki zaten Latin dil gurubuna dahil Kodifikasyonların takasa ilişkin temel konsepti de ona dayanmaktadır. *Justinianus* yukarıda (dn.19) zikredilen imparatorluk emirnamesinde şöyle demektedir: *ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*³⁹. Bu ifade ile her şeyden önce daha önceki satırlarda prensip olarak kabul edilen ipso iure takas sistemi kuskulu hale getirilmemiştir; zira burada takas durumunun gerçekleşmesi takas def'inin ileri sürülmesine (obici) bağlı tutulmuştur. Causa liquida kavramının açıklanmasına gelince: Bunun ile kastedilen talebin likit olması değil, likit olma durumunun yargıç tarafından rahatlıkla tespitinin mümkün olması, onun için fazladan zahmete (ambages) yol açmamasıdır⁴⁰. O halde likit olma şartı, yürüyen bir davanın kabul edilemez bir biçimde karmaşık hale gelmesine ve karara varılmasının gecikmesine yol açacak alacakları takas dışı bırakma fonksiyonu icra etmektedir⁴¹ Böylelikle likit olma şartının aranması,

³⁹ Codex 4, 31, 14, 1: „ Takasların ancak, mahsup edilmek istenen talebin likit olması ve açıklığa kavuşturulması gereken çeşitli bağlantılarının mevcut olmayıp yargıcın kolayca sonuca varacağı hallerde ileri sürülebileceğini emrediyoruz" (Latince metnin Almanca tercümesi için bkz. *G.C. Treitschke*, in der deutschen Ausgabe des gesamten Corpus Iuris, hgg. von *Cari E Sintenis*, Codex Bd. IV, S. 612, Leipzig 1832).

⁴⁰ Bundan çıkan sonuç, Justinianus ve adamları bakımından ipso iure etkinin yan noktalarla (faizin işleme veya hakim kararının değil, takas alacağının ileri sürülmesinin asıl alacağın miktarında azalma meydana getireceği vakiası) bu yönde açıklamalar için bkz. *Ernst Levy*, *Weströmisches Vulgarrecht - Obligationenrecht*; Böhlau/Weimar 1956, s. 146) ile sınırlı kaldığı, takasta bulunan davalıyı, takası ve takas alacağını yargılamada ileri sürme külfetinden kurtarmadığıdır.

⁴¹ Bu hususu açıklığa kavuşturmak için burada tekrar *Justinianus'a* dönecek olursak (yukarıda dn.39 zikredilen metnin devamı): *Satis enim miserabile esi post multa forte variague certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex atera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes* ..("Çünkü, muhtemelen uzun ve çok yönlü tartışmaların ardından hadise kabul edildikten sonra, borçlu olduğu hemen hemen ispatlanmış diğer taraf, sabit ve her türlü kuskudan uzak alacağı karşı

³⁷ İstisnai olarak, likit olmayan alacakların ne tür bir muameleye tabi olacağı sorunu bakımından farklı görüşler geliştirilmiştir; bkz örneğin önce ALR (16 §§ 259-362) veya daha sonra İtalyan Medeni Kanunu (Art. 1243/11): "Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione." ("Takasta kullanılan alacak sabit olmamakla beraber çabuk ve kolaylıkla tespit edilebiliyorsa mahkeme borcun mevcut kabul ettiği kısmi bakımından takası kabul edebilir ve***/ mevcudiyeti sabit alacağı ilişkin karar takasta kullanılan alacağın tespitine kadar erteleyebilir" {***/ buradaki "ve" nin "veya" olması gerekirdi}).' Bu ifade ile daha önce Justinianus tarafından konulan kural(dn.29 ve 41) benimsenmiştir.

³⁸ *Althusius*, kars. dn.19 ve 21- *Samuel Stryk* (dn.2) Dig. 16, II § 1: *compensatio ...facta censetur eo momento, quo utriusque sibi debere incipiunt, Et hoc censu compensationes ipso iure fieri dicuntur*. Daha sonra sonunda şöyle devam etmektedir: *fada autem probatione, iam effectus compensationis ipso iure se exferit a die concurrentis debiti* (*Carpzov*, P. 1 .C.8.def.6.n. 1'e yollama yapmaktadır).

davacının hukuki koruma talebinin teminatını teskil etmektedir. Bir bütün olarak bakıldığında Justinianus, hem takasta likit olma şartını, hem de takasın ipso iure gerçekleşmesi esasını önemli surette zayıflatmakta, ki bu ona izafe edilen ipso iure sonuç doğuran takas ilkesini büyük ölçüde yumuşatmakta ve sonuçta def'i ilkesi ile bağlantılı hale getirmektedir⁴². Bu çizgi resepsiyon dönemlerinde de kabul edilmiş ve geliştirilmiştir⁴³.

Bir kısmi ipso iure takas, diğerleri ise def'i üzerine gerçekleşen takası kabul eden günümüz kanunları, aslında daha önce Justinianus'un isaret ettiği iki bakış açısından birini esas almaktadır. Ancak Justinianus için bunlar birbirinin ziddini teskil etmeyip, birbiriyile birleşmektedir. Her iki model de mantiki açıdan birbiriyile bağlıdır; bu gün dahi tutarlı bir biçimde birbirinden ayırt edilmesi mümkün değildir ve günümüz kanunları arasında mevcut olan karşılık netice itibarıyla bir yanılısamadan ibarettir. Takasa ilişkin akla gelecek bütün düzenlemelerde hukukun tecellisi, yani maddi hukuki durumun mahkeme vasıtasıyla icrası, tarafların bu yönde bir talepte bulunmasını ve aynı zamanda karşılıklı alacakların likit olmasını şart kosar. Bu da her iki sistem arasındaki farkın, isin esasından ziyade, buradaki değerlendirmemizde hareket noktası olarak tespit ettiğimiz yargılama durumundan kaynaklandığını göstermektedir. Ipso iure sistemi likit olma durumunun mevcudiyeti şartıyla, hakimin karar verdiği, en azından karar vereceği durumları göz önünde tutmaktadır; def'i sistemi ise yargılamadan önceki veya yargılamanın başlangıç anındaki durumu esas almaktadır. Her iki bakış açisi da ayrılmaz bir biçimde birbiriyile bağlıdır. Bunları aynı madalyonun iki farklı yüzü olarak görmek gerekir⁴⁴. Bu husus kendilerini def'i ilkesine bağlı

takas ileri sürer ve oyalamaya yönelik olarak mesele başka mecralara çekilmek suretiyle karara varılmasına ilişkin umut bosa çıkarılırsa çok yazık olur. Yargıçlar bunu göz önüne alarak, takasa izin vermeye istekli olmasınlar ve kolayca kabul etmesinler; hukuku kati bir biçimde uygulansınlar..."). - Bu çizgi, resepsiyon zamanlarından 19. Yüzyıl Pandektizmne kadar canlı kalmıştır: kars. Windscheid (asagıda 3) s. 487 oldukça ayrıntılı yollamalarla birlikte S 350 dn. 12./13.

⁴² Bu tespit yeni olmayıp daha geriye gider; kars. örneğin Arnold Vinnius (dn.56): Yazar özet olarak mealen şöyle demektedir: " Justinianus'un ipso iure takas anlayışı yargılamanın başlaması ile birlikte ileri sürülen ve dava konusu alacağın miktarında ipso iure değil, def'i üzerine azalma meydana getiren takaslar bakımından geçerli değildir."

⁴³ Kars. örneğin Stryk (dn.2, s.38/39), yazar § 4 *Liquidum debitum quid?* meselesine ilişkin olarak önce su tespitte bulunmaktadır: *neque enim liquidi cum illiquido potest esse compensatio* (likit bir alacak likit olmayan bir alacakla takas edilemez). Daha sonra likit olma durumu için tanınan süreye ilişkin tartışmalar isaret etmekte ve kendisi yargılamada delillerin ikamesi için genel olarak kabul edilen sürenin(Sachsen' da 6 hafta ve 3 gün, Herzogtum Magdeburg'da 4 hafta, Carpzov, P. 1. const. 8. def. 13 'e atıf yapmaktadır) takas bakımından da geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır. Daha yenilerden kars. örneğin Chr.Chr.Dabelow (1768-1830), System des gesamten heutigen Civil-Rechts (Halle, burada zikredilen 2. Aufl.1796), § 643.

⁴⁴ Bu hususa önemli bir eserinde daha önce Gerhard Kegel (Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität, rechtsvergleichend dargestellt; Berlin/Leipzig 1938, s. 158 vd.) isaret etmektedir: Usul hukuku açısından bakıldığında, İsviçre ve Almanya bakımından da

hisseden, özellikle de Almanca konuşan ülke hukukçuları bakımından, ipso iure sisteminin de kendi hukuk geleneklerinin bir parçası olduğunu anlamaları ve gerektiği zaman bu sisteme ilişkin esasları benimsemeleri için bir vesile olmalıdır.

b) Likit Olma Şartının Aranması Suretiyle Takas İmkânın Ortadan Kaldırılması

Yukarıda gördüğümüz gibi, kanun metinlerinin lafzen anlaşılması halinde likit olma şartının aranması, yargılamada takas imkânını tamamen ortadan kaldırır. Bu nedenle üstün körü bir biçimde kategorik olarak takası yasaklayan engel olan bu anlayış yerine, somut olayın özelliklerini göz önünde tutan anlayışın esas alınması gerekir. Böylelikle likit olma şartı, yargılama açısından münasip olmayan durumlarda takası kabul etmeme yetkisi verecektir. Bu aslında, yukarıda gördüğümüz gibi, Justinianus'un bakış açisidir: Eger ciddi ve davacı alacaklıdan kabulü beklenemeyecek bir biçimde mahkeme kararının gecikmesinden endişe ediliyorsa ve davalı da takasın gerçekleşmesine ilişkin ikna edici nedenler gösteremiyorsa takas gerçekleşmeyecektir. Neden aynı şey günümüzde de geçerli olmasın?

Likit olma şartının aranması suretiyle getirilen bu sınırlama yargılamada takasın kullanıldığı her türlü durumda geçerli olmalıdır. Yani takasa izin verilmesinin takas alacağı bakımından yetkili mahkemeyi değiştirip degistirmedigi önem taşımamaktadır. Bu sınırlama asli fonksiyonunu, "sözleşmesel" bir takas yasasının (bkz. asa. V) söz konusu olmadığı, yani her türlü alacak davalarında ve özellikle de davanın açıldığı mahkemenin, çoğu zaman olduğu gibi, takas edilen alacaga ilişkin olarak karar verme yetkisine de sahip olduğu durumlarda icra edecektir. Özel bir nedenle kompleks bir hal almamış bu normal yargılama durumu için Justinianus yukarıda zikredilen ve takasın caiz olup olmadığının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki kuralı koymaktadır. Asagıda, likit olma şartına yer vermemiş olmalarına rağmen, def'i yoluyla takas esasını benimseyen İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve bunları takip eden diğer kanunlar bakımından da aynı anlayışın kabul edilmesi gerektiği izah edilecektir.

2. BGB ve İsviçre Borçlar Kanununun Takas Engeli Sebeplerine İlişkin Yetersiz Düzenlemesi

İsviçre Borçlar Kanunu, BGB ve onları takip eden diğer Kodifikasyonlar genel

kaçınılmaz bir biçimde alacağın likit olması şartı aranacaktır. Yargıç taktir yetkisini kullanacak ve kavramı dar veya geniş yorumlayarak, davacının ne ölçüde yargılamanın genişlemesine katlanmasının beklenebileceğine karar verecektir.

olarak ve seklen alacakların likit olması şartını aramadığına göre, pozitif kanun hükümlerinin benzer bir teminat fonksiyonu üstlenmesi gerekir. Bu aslında gerçekleşmiştir de, ancak mütevazı ve yetersiz ölçüde: Her iki kanun da belirli bir amaca yönelik olmadan fazla önem tasımayan bazı özel durumları zikretmekten öteye geçmemiştir ki, bu sebeplerin seçimi tesadüfen olmuştur ve genel olarak takas kurumunun kötüye kullanılmasına engel olunmasını etraflica teminat altına alma amacı mevcut değildir.

BGB, ilk olarak "bir def'ine muhatap olan" alacaklar bakımından bir takas engeli öngörmektedir⁴⁵. Bu hükmün kapsamı muğlaktır: Örneğin sarta bağlı alacaklar takas dışı bırakılmıştır. Zamanasımına uğramış takas alacakları öncelikle bu hükmün kapsamına girer; ancak bu, ikinci fıkradaki sınırlama ve o zaman ki otuz yıllık zaman aşımı nedeniyle fazla bir öneme sahip değildir. Burada konumuzu ilgilendirmeyen muaccel olmayan ve haczedilemeyen alacaklara ilişkin takas engellerinden başka (§§ 387,394) geriye kasıtlı bir haksız fiilden doğan alacakların takas yoluyla ifa edilemeyeceğini öngören § 393 hükmü kalmaktadır. Gerçi bu hüküm anlamlıdır: Alacaklıların alacaklarını bir tür ihkaki hak yoluyla elde etmelerinin, iade taleplerine takas hakkını kullanarak karşı koymalarının önüne geçilmiş, bunlara ek olarak belki de, borçlunun acz içinde bulunduğu durumlarda, alacaklinin ona zarar verip, tazminat talebini de nasıl olsa tahsil edemeyeceği alacağı ile takas ederek sona erdirmeye fikrine kapılmalarına engel olunmuştur. Bütün bu hükümler, pratikte hemen hemen hiç bir önem tasımayan özel sorunları düzenlemekte ve takas yoluyla borcun ifasına müsaade edilmesinden gereken çok sayıda diğer durumları kapsamamaktadır.

Bu soruna ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanununda daha da az tatmin edici bir düzenleme yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanununun bu soruna ilişkin olarak ihtiva ettiği tek hüküm 125. maddedir. Bu hüküm, burada konumuzu ilgilendirmeyen aile hukukuna ilişkin nafaka alacakları ile kamu alacakları (bent 2 ve 3) bir yana, sadece birinci bendinde "hukuka aykırı olarak elde edilmiş veya kötüniyetle alıkonmuş mallara ilişkin iade ve tazmin yükümlülüklerinin" takas edilemeyeceğini öngörmektedir. Bu hüküm, kanun koyucunun, sadece yasama sürecinin tarihçesi ile izah edilebilecek talihsiz bir hatasını teşkil etmektedir. Hareket noktası yanlıştır; zira bir malın iadesine veya aynen tazminine ilişkin bir alacağın, aynı türden olan, dolayısıyla takas edilebilecek bir alacakla karşılaşması

⁴⁵ Bu Dig. 16, 2, 14, *Iavolenus'un* devamıdır: *Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt*. Ancak bu hükmün, takasta kullanılan alacağın likit olması şartı ile ilişkisi muğlak kalmıştır. Ancak yine de bu durum, söz konusu kuralın bin bes yüz yıl süre ile literatürde ve nihayet BGB'de varlığını devam ettirmesine engel olmamıştır.

mümkün değildir. Redaktör Munzinger'in tasarılarında bu husustaki yasak "hukuka aykırı olarak elde edilen malın değerinin tazminine ilişkin alacaklar" bakımından geçerliydi ve bakanlık tasarısında da (yani parlamentoya sevk edilen metinde) durum böyle idi. Mala ilişkin tazminat talepleri yerine, maddi edimlere ilişkin taleplerin takas edilemeyeceği şeklindeki anlamsız adım parlamento görüşmelerinde atılmıştır⁴⁶.

IV. İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununun Takasa Engel Olan Sebeplere İlişkin Düzenlemesinde Bosluk Bulunması

1. İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve Bunları Takip Eden Diğer Kanunlarda Yeterli Sınırlamaların Bulunmaması

Justinianus'un alacağın likit olması şartını benimseyen tabii hukuk kodifikasyonlarından Prusya Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu, Avusturya Medeni Kanunu ve bunları takip eden diğer kanunlar, genel bir kural koymaktadırlar. Bu kural, geniş ölçüde, gerektiği zaman takasa sınırlama getirilmesini gerektiren imkânı sağlamaktadır. Davanın icrasının kabul edilemez bir biçimde güçleştirilmesine ilişkin tahdit, *Justinianus'un* kabul ettiği anlamda yargılamaya ilişkin güçlüklerle sınırlı kalmamalıdır; elde edilmiş bir tahkim imkânının kaybi tehlikesinin mevcut olduğu durumlara da yaygınlaştırılabilir. Buna karşılık, Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanununda öngörülen takas yasakları, yargılama hukuku açısından takasın kabul edilemez olduğu durumlarda buna engel olma hususunda herhangi bir dayanak vermemektedir. Bu kanunların ihtiva ettiği düzenleme yargılama dışında da tamamen yetersizdir. BGB'de öngörülen (ve boşluk doldurucu bir biçimde İsviçre Borçlar Kanunu bakımından da uygulanabilecek) haksız fiilden doğan borçlardan başka, aynı gerekçelerle, kıyası mümkün olmayan ölçüde daha fazla önem taşıyan diğer durumlarda da takas imkânının ortadan kaldırılması gerekir. Bu söylenen ilk olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların önemli bir kısmı, yani müdahaleden doğan zenginleşmeler ve tesadüften kaynaklanan zenginleşmeler bakımından geçerlidir: Eger

⁴⁶ Memnuniyet vericidir ki, İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin tasarılar serisine ve özellikle önemli noktalarda BGB'yi de etkileyen, bu yüzden Alman hukukçularının da ilgisini çekecek olan eski İsviçre Borçlar Kanununun metnine ulaşmak yakın zamandan beri son derece kolaydır: *Urs Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern (Paul Haupt) 2000. — Bu satırların yazarının yasalama sürecinin tarihçesine ilişkin baska açıklamaları için bkz. *Bucher/Wiegand*, Uebungen im Obligationenrecht - Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, 3.Aufl.Zürich 2001, Fall Nr. 15 ("Linda Schläu") II/C [www.eugenbucher.ch, Nr. 78 adresinden temin edilebilir].

bir banka hesabına tesadüfen ve hukuki sebebi olmadan bir meblag alacak olarak kaydedilmiş ise, ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme talebinin, hesap sahibi tarafından, tesadüfen fakirleşene karşı bir alacaga sahip olduğu veya temlik yoluyla bir karşı alacak elde etmiş olduğu durumlarda, takas beyanında bulunulması suretiyle ifasi caiz olmamalıdır. Bir kimsenin caiz olmayan yollardan bir miktar para elde ettiği durumlarda da takasa izin verilmemelidir⁴⁷. Sebepsiz zenginleşme borçlularına oldukça cömert davranan⁴⁸ her iki kanun koyucu da, bu tür durumlara ilişkin tek bir kelime dahi etmemektedir. Bu noktada maddi hukuk alanında yukarıda belirtilen ve tamamen yetersiz kalan takas yasalarını genişletmek için hangi argümanlardan yararlanılabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

2. Yöntem ve Kodifikasyon Tarihi

Maddi hukuk alanında takas kurumuna getirilmesi gerekli sınırlamalar bakımından tam bir norm veya kanun boslugu ile karşı karşıyayız. Bu yasal bosluginun uygun araçlarla doldurulması gerekir. Aşağıdaki düşünceler, mevcut hukuka değil olması gereken hukuka ilişkindir. Ancak bu, yeni çıkarılacak bir kanuna hazırlık manasında değil, daha mütevazı bir çerçevede, mahkeme ve hakem heyetlerinin önünde ortaya çıkacak sorunlarda hukuki boslukların doldurulmasına ilişkin olarak anlaşılmalıdır.

Kanunları değişik şekillerde uygulamak, farklı şekillerde dikkate almak mümkündür. Yasanın lafzına sadık kalındığı takdirde, İsviçre Borçlar Kanunu ve BGB'nin metninde açıkça yasaklanmayan durumlarda takasın caiz olduğu sonucu çıkaracaktır. Bunun anlamı, takas alacağı bakımından sadece davaya bakan mahkemenin yetkili olduğu, takas alacağının karara bağlanmak üzere başka bir mercie gönderilmesinin söz konusu olamayacağıdır. Kanuna sadık bu tür bir yoruma sadece, burada ele aldığımız sorunlar bakımından tutarlı bir biçimde herhangi bir istisnaya yer vermeksizin takasın caiz olduğunu ve dolayısıyla davaya bakan mahkemenin her iki alacağı da karara bağlamaya münhasıran yetkili olduğunu kabul edenlerde rastlanır. Bunlar küçük bir azınlığı teşkil etmektedir; çoğunluk bu kadar ileriye gitmeye henüz hazır değildir⁴⁹. Aşağıda, maddi hukuk alanında .

⁴⁷ Bu duruma ilişkin olarak kars. bir ders kitabı örneği olan Linda Schlaw(olay aşağıda dn.57; referans yukarıda dn.46'nin sonu).

⁴⁸ Özellikle ilk olarak 19. Yüzyılda Roma hukuku geleneğine aykırı olarak cömertçe tanınan ve ne tesadüften ne de müdahaleden kaynaklanan sebepsiz zenginleşmelerde haklı görülebilecek zenginleşmenin ortadan kalktığı def'i

⁴⁹ Burada kanuna sadakatten uzaklaşanların, kanunlarda hükme bağlanan maddi özel hukuka aykırı hareket etme bilincinde olup olmadıkları hususu üzerinde durulmayacaktır. - Burada maddi hukuk zemininde kalarak kanunun bosluk doldurmak suretiyle tashihi talep ettiğimize göre, usul hukukuna ilişkin mülahazalarla yargılamada takasa sınırlama getiren meslektaşlarımız gibi kanuna sadık olmayanlar kategorisine dahil değildir.

baska takas yasagi sebepleri öngörülmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir suskunluğu olarak yorumlanamayacağı, aksine gerçek bir kanun bosluginun mevcut olduğu, yani kanun koyucu tarafından unutulmuş ve hükme bağlanması gerektiği halde düzenlenmeyen bir problem alanının mevcut olduğu ve bu nedenle maddi hukuktaki kriterler yardımı ile bu boslugin doldurulması gerektiği izah edilmeye çalışılacaktır.

Kita Avrupa'si kodifikasyon tarihine bir bakış göstermektedir ki, takasın düzenlenmesinde tesadüfler belirleyici rol oynamıştır, ilk olarak ipso iure sistemi ve bununla bağlantılı olarak likit olma şartının aranması ile bunun ziddi olan def'i modeli arasında yapılan tercih tesadüf bir görüntü arz etmektedir. Her iki bakış açısı 18 yüzyılda dahi doktrin ve uygulamada aynı ağırlığa sahip olmak üzere bir arada varlığını devam ettirmiş ve genellikle isabetli bir biçimde bir bütün olarak değerlendirilmiştir. *Justinianus* 'un isin esasına ilişkin olarak değil sadece ifade tarzında ön plana çıkardığı prensibin tabii hukuk kodifikasyonlarından olan Prusya Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu ve Avusturya Medeni Kanununu tarafından tercih edilmesinin sebebi, esasa ilişkin yararlarından ziyade, ipso iure modelinin ve likit olma şartının açık, anlaşılır ve basit olmasıdır. Aynı şekilde *Bluntschli*'yi Zürih Özel Hukuk Kanununda def'i yoluyla takas esasını benimsemeye sevkeden ikna edici bir sebep de tespit edilememiştir⁵⁰. Aynı şey bu kanununu takip eden Sachsen Medeni Kanunu, Dresden Tasarısı⁵¹ ve eski İsviçre Borçlar Kanununu bakımından da geçerlidir. Tesadüflerin belirleyici rolü, BGB'nin 1888 tarihli tasarısının, -ki yürürlükteki §§ 387-396, esas itibarıyla bu tasarının §§ 281-289 hükümlerine dayanmaktadır-, gerekçesi okundığında iyice aşikâr hale gelmektedir: "Tasari, takası ve sonuçlarını buna dayanan şahsin iradesine bağlamak suretiyle yürürlükteki hukuku takip etmektedir". Fransız Medeni Kanununun Art. 1290 hükmüne ilişkin olarak ise şu ifadeler yer almaktadır: "Tasari mevcut kanunların bir kısmından sadece, takasın

⁵⁰ Bu hususta Zürih'e özgü yerel bir gelenekten söz edilemez. *Bluntschli*, izahli PGB metninde(Bd. 3, Obligationenrecht, Zürih 1855), § 1052 hükmüne ilişkin olarak o ana kadarki kanunlardan ayrılmasına dair herhangi bir sebep belirtmemektedir; "Deutschen Privatrecht" (1853/4, 2.Aufl. 1864) adli eserinde ise takasa hiç değinmemektedir.

⁵¹ Bu soruna ilişkin olarak PGB'yi takip eden 1866 tarihli Dresden tasarısı da esasa ilişkin ciddi bir mülahazaya dayanmamaktadır; en azından bu metinlerde gözükmemektedir. Gerçi, komisyon protokollerinin ikinci bandında (1864, im Nachdruck, hgg. von *Schubert*, Frankfurt/a.M. 1984), s. 1261 (nihai metin olan Art.362'nin öncüsü Art.349'a ilişkin olarak), „Roma hukukuna uygun olan prensibin muhafaza edilmek" istendiği ve Avusturya Medeni Kanununun çözümünün kabul edilmediği çünkü „bu teorinin çeşitli sakıncaları beraberinde getireceği" ifade edilmiştir. Ancak somut olarak bu sakıncaların neler olduğu belirtilmemiştir. Aynı şekilde, benimsenen def'i modelinin hangi anlamda Roma hukukuna uygun düştüğü de açıklanmamaktadır (Roma hukuku daha önceki kanun koyucular tarafından tam tersi manada yorumlanmıştır; kars. Yuk. II/2 ve dn.9).

yargılamaya ilişkin bir işlemle değil defî yoluyla ileri sürülmesinin gerekli olması noktasında ayrılmaktadır"⁵². Gerekçelerde, likit olma şartına ilişkin olarak, "yürürlükteki hukukta farklı görüşlerin bulunduğu" ve "likitliğin maddî bir şart mı yoksa usulî bir şart mı olduğunun" tartismalı olduğu belirtilmektedir⁵³. Bu hususta bir tavir takinilmediği gibi, tutarlı bir gerekçeye veya ipso iure ve defî yoluyla sonuç doğuran modeller arasında kesin çizgilerle yapılan bir ayrıma da rastlanamaz. Dolayısıyla açıkça defî modeli lehine bir tercihi dile getiren § 388 BGB hükmü, bu soruna ilişkin olarak herhangi bir tavir takinmayan kanun gerekçeleri ile çelişkiye düşmektedir. Halen yürürlükte olan takasa ilişkin kanun metninin keyfi-tesadüfî bir nitelik taşıdığı aşîkârdır.

3. 19. Yüzyılda Literatürde Takasa Olan İlginin Ortadan Kalkması

19.Yüzyıl Pandekt bilimi, ikinci nesil kodifikasyonların, yani Zürih Özel Hukuk Kanunundan başka, özellikle İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununun öncüsü olmuştur. Ancak bir önceki yüzyıla oranla pandektistlerin takasa olan ilgisi azalmış ve kısmen tamamen yok olmuştur. Burada devrin önemli yazarlarına genel bir bakış yararlı olacaktır:

Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797), *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, 1.Aufl. 1783 (burada 7.Aufl.Frankfurt 1803'den yararlanılmıştır. Bu eserin çok sayıda yeni basısı yapılmıştır). Yazar, uygulamacılar bakımından rehber niteliği taşıyan eserinde, §§

⁵² BGB'nin 1888 tarihli gerekçesi, Bd.II §§ 281-283, s.107: Burada dn.1 de önerilen çözümün „aynî" olduğu iddiasını desteklemek için Prusya Medeni Kanununun (ALR I) 16 § 300 hükmüne atıfta bulunmaktadır. Ancak bunu, söz konusu hükmü takip eden § 301 („kanun gereği takası meydana getiren alacak dogar dogmaz, borç da, takas ölçüsünde son bulur") hükmü ile bağdastırmak mümkün değildir. Üstelik aynı yerde sonuç olarak, isabetli bir biçimde "takasın gerçekleşmesinden önce " karşılıklı alacakların "birbirlerini hiç bir şekilde etkilemeden" varlıklarını devam ettireceği tespitinde bulunmaktadır. Bir kaç satır önce, alacakların ipso iure sona ermesi modeli ile kurulan bağlantı takas def'inin ileri sürülmesi haline ilişkindir (kars. yuk. dn.3 de ki alıntı), ki bu, bunun günümüzde ifade ettiğinden farklı bir manada kullanıldığını göstermektedir.

⁵³ Motive II s. 105/106: Burada ayrıca Prusya Medeni Kanununun düzenlemesi salt usulî bir hüküm, Fransız Medeni Kanununun likitliği araması ise takasın sonuçlarının ipso iure meydana getirebilmesinin maddî sarti olarak nitelendirilmiş ve su sonuca varılmıştır: "Tasarı likitlik şartına ilişkin bir hüküm ihtiva etmemekte ve böylelikle bunu maddî bir şart olarak kabul etmemektedir; Medeni Yargılama Yasasının hükümleri (§§ 136, 274, 491 C.P.O) saklıdır". Bu ifade ile maddî hukuk kurallarının mevcut olmadığı kabul edilmekte ve bir kanun bosluginun mevcut olduğu tezi dolaylı olarak teyit edilmektedir - Kars. ayrıca yukarıda dn.3 deki alıntı: Orada alacaklinin bu yöndeki iradesi üzerine alacağın ipso iure sona ermesinden söz edilmektedir.

978-980 de kendi görüşünü belirtmeksizin klasik literatürü özetlemektedir: Takas alacağının likit olması sarti, yargıcın likitliğin sağlanabilmesi için süre vermek zorunda olması biçiminde anlaşılmıştır (daha önce bu görüşte örneğin *Stryk ve Carpsov*, dn.43).

C.F. Mühlenbruch (1785-1843), *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Bd. II (Halle 1836) §§ 471 ve 472: Yazar çok kısa ve takas engellerine neredeyse hiç değinmeyen bir metne yer vermiştir.

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) daha ziyade monografik çalışmalarıyla ün yapmıştır. Yine de kısa Pandekt kitabı (burada zikredilen 6.Aufl.1823; §§997-1000) o zamanlar takasa ilişkin en ayrıntili incelemeyi ihtiva etmektedir.

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), Herkesten fazla doktrini yönlendiren bu yazar takasa ilişkin olarak hemen hemen hiç bir açıklamada bulunmamaktadır. Ne genel hükümlere ilişkin sorunlarla sınırlı tutulan (kars. Bd.8'e ilişkin ön-söz, s. VIII) *System des heutigen Römischen Rechts* adli eserinde, ne de bu eseri takip eden ve tekrar bazı sorunlarla sınırlı tutulan cilt olan *Obligationenrecht* (1851) adli eserinde konuya değinmemiştir. *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (1833-1851) adli eserinde, *Rechts des Besitzes* veya diğer karma eserlerinde de durum farklı değildir. Sadece önce kısa olarak yayınlanan *Pandektenvorlesungen 1824/25* adli eserinde oldukça kısa ve bizim için bir anlam taşımayan bilgiler yer almaktadır (Bd. II S. 269-271).

G.F. Puchta (1798-1846): Savigny'nin öğrencisi bu yazar da esasa ilişkin önemli bir şey söylememektedir (Pandekten § 289; *System und Geschichte des Römischen Privatrechts* § 280 Z.2).

Karl Adolph von Vangerow, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, 3 Bde. (Marburg/Leipzig, 1.Aufl. 1839-1847), zamanında çok önem verilen bu yazar da takasa hiç değinmemektedir.

Ludwig Arndts von Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten* (1.Aufl.1852, letzte 14.Aufl.1889): Roma hukuku kaynaklarından yararlanarak genel olarak takasa ilişkin dökümentar açıklamalarda bulunmakta, ancak takasın sınırlarından bahsetmemektedir.

Bernhard Windscheid (1817-1892): Birinci komisyonun üyesi olarak BGB'ye önemli ölçüde tesir eden bu yazar, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1.Aufl. 1862/1865/1866; 7.Aufl.1891; daha sonra *Theodor Kipp* tarafından BGB de göz önünde tutularak islenen 8.Aufl.1900, 9.Aufl.1906) adli eserinde nispeten ayrıntili açıklamalara yer vermektedir (Bd. II §§ 348-351). Ancak yazar takas

kurumuna özel bir ilgi duyduğu izlenimini vermemekte ve burada bizi ilgilendiren takasa engel teşkil eden sebepler hakkında kayda değer bir bilgi sunmamaktadır.

Heinrich Dernburg (1829-1907) burada ele aldığımız sorunu en net gören yazardır. Yazar *Pandekt* hukuku kitabında "Linda Schlaw" probleminin (asagıda dn.57) çözümünü vermektedir: "...2. Borçlunun haksız bir şekilde hakimiyet alanına dahil ettiği şeyin iadesine ilişkin alacağı karşı takasta bulunamaz". Metne ilişkin dipnotunda şöyle denmektedir: "Bilinçli olarak gerçekleşen haksız bir davranışın varlığı şart değildir; objektif açıdan hukuka aykırı herhangi bir müdahale yeterlidir" (*Pandekten* Bd. II 5.Aufl.1897 S.178; 8. Aufl., hgg. v. *Sokolowski*, S. 684). Ancak *Dernburg* o sıralarda hazırlanan BGB'yi çok az etkileyebilmiştir (bu yazarın zikredilmesi gereken bir diğer eseri de: *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*; Heidelberg, 2. Aufl. 1868).

4. Kanunların Suskun Kalmasından Çıkarılacak Sonuçlar

İsviçre Borçlar Kanununda ve Alman Medeni Kanununda takasa getirilen sınırlamalara genel bir bakış, bu düzenlemelerin tamamen yetersiz olduğunu ve BGB'yi vazedenerin başka yerlerde yürürlükte olan hukuk hakkında net bir fikrinin olmadığını açıkça gözler önüne sermektedir. Kanun koyucunun bu sorunu düzenleme iradesine sahip olmadığı asıktır ve bu durum onun takas hakkına getirilmesi gereken sınırlamaların pratik önemini tam olarak kavrayamaması nedeniyle bir ölçüde mazur görülebilir. Bu sınırlamaların sadece maddi hukuk alanındaki önemi görülmüş, buna karşılık onu takip eden ve burada inceleme konusu yaptığımız yargılama hukukuna ilişkin sonuçlar gözden kaçırılmıştır. Esasen bu hususa o zamana kadar romanist literatürde de hemen hemen hiç değinilmemiştir. Romanist literatür, sorunu, daha önce *Justinianus'un* yaptığı gibi, davayı gören mahkemenin her iki alacak bakımından da yetkili olduğu durumlarda yargılamanın genişletilmesi sorunu ile sınırlı olarak incelemiştir. Yetki sorunu gözden kaçırılmıştır. Bu sorunun o zamanlar bu günküne oranla daha az ortaya çıktığı açıktır. Her iki kanun koyucuda sorunu tam olarak teşhis edemedikleri için bugün ön plana çıkan davanın açıldığı mahkemenin yetkisi dışında kalan takas alacağının ileri sürülmesi sorununa ilişkin olarak maddi hukuk açısından bir takas yasası getirmeyi ihmal ettigine göre, haklı olarak bir norm boslunun mevcut olduğu kabul edilebilir. Çünkü kanuna sadakat gereğinin kapsamını kanun koyucunun belli bir hususu düzenleme iradesi belirler. Kanun koyucun düzenleme iradesinin bulunmadığı bir yerde ise kanuna sadık kalınması istenemez. Kanun koyucunun buradaki suskunluğu riayet edilmesi gereken bilinçli bir sus-

kunluk olmayıp, doktrin ve uygulamaya boşluk doldurma yolunu açan bir mana ifade eder⁵⁴.

Özel hukukun burada ele aldığımız ve geniş ölçüde düzenlenmemiş sahasında bir çıkış yolu aranacak olursa, bu ancak bir bütün olarak hukuk geleneği (geçmişten bu güne intikal eden hukuk) içerisinde bulunabilir. Burada her şeyden önce, iki model, yani ipso iure gerçekleşen ve def'i üzerine etkili olan takas modelleri arasında tezat bulunduğu anlayışını artık terk etmek gerekmektedir, ilk tanımlama [takasın ipso iure sonuç doğurması] yanlış bir tanımlama olup, ne *Justinianus* ne de resepsiyon dönemlerinin önemli bilim adamları tarafından bu şekilde anlaşılmıştır. Aynı şekilde Almanca konuşan ülke kanunlarında kabul edilen def'i anlayışı da hukuk geleneğine dayanmamaktadır ve kendi içinde tutarlı kalarak hayata geçirilemez: İsviçre Borçlar Kanununda takas iradesinin beyan edilmesi gerektiğini öngören Art. 124 hükmü, ikinci fıkrasında takasın geriye etkili olarak takasın şartlarının mevcut olduğu andan itibaren sonuç doğuracağını düzenlemek zorunda kalmıştır. Keza Alman Medeni Kanununun § 388 hükmünde de durum böyledir⁵⁵. Benzer bir durum likit olma şartı bakımından da söz konusudur: Bu şart da, bunu arayan kanunlar bakımından lafzen anlaşmaz ve kendi içinde tutarlı bir biçimde uygulanamaz. Ancak buna rağmen bu şart, daha önce *Justinianus* döneminde takasa izin verilmesinin kabul edilemez olduğu durumlarda sınırlanması şeklinde anlaşılan temel bir düşünceyi, genel bir kuralı ihtiva etmektedir ve bunun günümüzde de bu manasıyla, ancak sadece usul ekonomisi ile sınırlı olarak değil burada üzerinde durduğumuz yetki sorununu da kapsar bir biçimde hayata geçirilmesi gerekir.

5. Takasa İlişkin Sınırlamaların Hukuk Geleneğinde Aranması: Temel Esaslar

Yukarıda tespit ettiğimiz kanun boşluğu bizi, kita Avrupa'si hukuk geleneğimizi, yani bu sorun bakımından (genellikle diğer sorunlar bakımından da olduğu gibi) Antik çağdan 18.Yüzyılın sonuna kadar devam edip birbiriyle bağlantılı bir bütün teşkil eden ve kendi içinde meydana gelen değişimlerin ve tezatların tali bir nitelik taşıdığı kodifikasyon öncesi dönem literatürünü karşılaştırmalı olarak göz önünde tutmaya sevk etmektedir.

⁵⁴ Yönteme ilişkin esaslar hakkında kars. *Eugen Bucher*, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in ZEuP 2000, s. 394-543; aynı yazar "Gesetzeslücke quid?" [her iki eser de <www.eugenbucher.ch>; Nr.75 und Nr. 74 adresinden temin edilebilir].

⁵⁵ Her iki hüküm de Codex 4,31,4'ün tercümesi olarak görülebilir: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur*. Bu kaynak da takasın ipso iure sonuç doğurmasının alacağın likit olması şartına bağlı olduğunu (Si constat...) yeterince açık bir biçimde göstermektedir.

Antik çağda ve resepsiyon döneminde bir çok sorunu bünyesinde barındıran bir kurum olan takasa getirilen sınırlamalara ilişkin hukuk geleneği, meseleye ne kadar, -bu gün için inanılması güç ölçüde-, geniş bir perspektiften bakıldığını göstermektedir. Ancak asikâr olan bir diğer husus da, romanist literatürde incelenen bazı sorunların o devre özgü olması ve Roma yargılama hukukunun özelliklerinden kaynaklanması sebebiyle bugün için artık önem tasımadığıdır: Örneğin fazla dava yasagi (*male petit, qui nimius petit* — takas durumuna ilişkin olarak: *qui totum petit*), takasa farklı şekillerde müsaade eden *iudicia stricti iuris* ve *bonae fidei* (bu hususta bkz. Inst. 4,6,30), küçüklerin ve kölelerin fiillerinden veya hukuki işlerimden doğan taleplerin dava edilebilirliğine ilişkin özel sorunlar ve diğerleri. Bu gün artık önem tasımayan bu sorunlara ilişkin mülhazalar, 19. Yüzyılda Pandekt literatüründe takasa olan ilginin kısmen azalması, -ki bu durum Almanya ve İsviçre'de kanun koyucunun da soruna ilgisiz kalmasına yol açmıştır-, sebebini de açıklamaktadır.

Modern kodifikasyonların suskun kaldığı takasa ilişkin güncel sorunlar bakımından boşlukların doldurulmasında Roma hukuku müktesabatından rehber olarak yararlanılabileceği ve yararlanılması gerektiğine delil teşkil eden bir kaç örnek vermek gerekirse: Bir yandan Justinianus'un iktidar döneminin(527-565) başında ön ayak olduğu Corpus Iuris'in Codex ve Digesta/Pandectea'si, diğer yandan özellikle bin yılın ortasından Fransız Devrimine kadarki romanist literatür⁵⁶.

⁵⁶ Dig. 16, 2 und Codex 4, 31 (her ikisi de *compensationibus*). Yeni çağda ise su yazarlar zikredilebilir (bu yazarlar görüşlerini bu başlığa ilişkin serhlerde açıklamaktadır): *Jacobus Cujacius* (Jacques Cujas; 1522-1590). *Observationes et Emendationes*, VIII, 16 (burada zikredilen Opera Omnia in decem Tomos distributas; Neapel 1578) *Hugo Donellus* (*Donem*, 1527-1591). *Commentaria in Codicem Justiniani*; ad Tit.XXXI de *compensationibus*. Burada zikredilen Ausg.Hugonis Donelli Opera Omnia, Macerata/Rom 1830; *Dionysius Gothofredus* (Denis Godefroy, 1549-1622). Burada bu yazarın Corpus Iuris'e ilişkin notları zikredilmektedir (Lyon 1583 baskisi, bu eser dünya çapında "Corpus Iuris Civilis" teriminin yer aldığı ilk eserdir); *Henricus Zoesius* (1571-1627). *Commentarius ad Pandectas* (zikredilen Köln 1675 baskisi) ad Dig.16,2 N.3f.; *Arnold Vinnius* (1588-1657; en ünlü ve etkili *Institutiones* serhinin yazarıdır), *De Quaestionibus Juris Selectis libri duo* (1653) I Kap.49 und 50. Burada zikredilen (in *Tractatus quin-que; de pactis ...& Quaestionibus Juris Selectis*) Rotterdam 1664 yayını, ve ayrıca "Politiani, apud Angelum Fumi, 1845 " baskisi (burada Kap.50 ZNr.2'in başlığında müellifi belli olmayan bir özet yer almaktadır: *Justiniani constitutio, cum loauatur de compensationibus quae fiunt ipso jure, tunc cessat cum agitur de compensationibus, quae in exordio litis opponuntur, actionemque, non ipso jure, sed per exceptionem minuunt* (metnin tercümesi için bkz.yuk.dn.42); *Benedict Carpzov* (1595-1666).

Gerçi bu kaynaklardan bu çalışmamız bakımından önem taşıyan sorunlara doğrudan doğruya değinen bir değerlendirme ihtiva etmesi beklenmemelidir; çünkü bunlar her şeyden önce modern tasima ve iletişim imkânlarının doğurduğu sorunlardır. Ancak tamamlanmaya muhtaç takas hukukunun bir bütün olarak tamamlanmasında tarihi metinler önemli rol oynayacaktır.

6. Genel Olarak Takasa Engel Teskil Eden Sebeplerin Tamamlanması

a) Haksız Olarak Elde Edilen Seylerin İadesi Alacagina Karsi Takasin Mümkün Olamaması

En çok göze batan düzenleme boşluğu, kötü niyetle elde edilmiş seylelerin iadesi alacagina karsi takas hakkının kullanılması haline iliskindir. Bu satirlarin yazarı bu hususu, " Linda Schlau hikayesinde"⁵⁷ canlandırmaya gayret etmiştir: Bu is kadını, kendisine daha önce borçlu olan müşterisine bedeli teslim anında ödenmek üzere mal teslim etme taahhüdünde bulunmuştur. Ancak siparis verilen mal yerine tas gönderir ve bunun için elde ettiği bedeli daha önceki teslimlerden do-

Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica - Definitiones Judiciales etc. Leipzig/Frankfurt, 1.Aufl. 1638, burada zikredilen 5.Aufl. 1684; *Ayni yazar*, *Responsa Juris ad Quaestiones in schola Doctorum dubias etc.* Leipzig 1.Aufl. 1642, burada zikredilen 3. Aufl. 1670. Buch II Titel 10 Responsen Nr. 101-103; *David Mevius* (1609-1670).

Decisiones (ab 1664), I, 17; II, 186 E.5, 216 ve 217 n.3; VII, 52 n.1; VIII, 487, 491 ve daha bir çok yer;

Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678).

Collegium Theoretico-Practicum (zu den Pandekten; p.m. hgg.von Ulrich Th. Lauterbach; burada anılan Tübingen 1763 baskisi), Bd.I ad Dig.16,2. Kars. Ayrıca asagida Cocceius'a ilişkin not;

Ulricus Huber (1636-1694).

Praelectiones Juris Romani et Hodierni, Pars II (burada zikredilen 1699 baskisi) ad Dig.16,2; *Samuel Stryk* (1640-1710).

Digesta Serhi (yazar bu esere "Usus modernus Pandectarum" başlığını koymakta böylelikle bilimsel bir çağa isim koymus olmaktadır); ad Dig. 16, II, § 1;

Ayni yazar *De cautelis Contractuum necessariis* (1684, burda zikredilen Wittenberg 1704 baskisi);

Samuel Cocceius (1679-1755).

Jus Civile Controversum - Ad illustrationem Comperidii Lauterbachiani (2. Aufl. Frankfurt/Leipzig 1729). Prusya'da en üst makamda bulunan bir şahsın bu ünlü eseri, *Lauterbach*'in eserini tahlil etmektedir; bu durum *Lauterbach*'in eserinin tasidigi büyük önemi göstermektedir.

⁵⁷ Bir ders kitabı örneği; kars. dn.46 in *fine*'deki referanslar; <www.eugenbucher.ch> Nr.78 adresinden görülebilir.

layı sahip olduğu alacaktan mahsup etmek ister. Alicinin (sözleşmeden veya belki de sebepsiz zenginleşmeden doğan) iade alacağına, keza satıcının da bir takas alacağına sahip olduğu tartışmasızdır: Satıcı, takas hakkını kullanabileceği kabul edilirse, kurnazlıkla elde ettiği bedeli iadeye zorlanamayacaktır. Ne İsviçre Borçlar Kanunu, ne de Alman Medeni Kanunu bu tür bir durum için bir takas yasası öngörmektedir⁵⁸. Buna karşılık hukuk geleneğinde bu hususa ilişkin olarak yerleşmiş bir takas yasası bulabiliriz: Kars. bu hususa ilişkin olarak özellikle Dig. 16.2.20: Bir curator (kayyim) bir sefer için yolluk temin etmesi amacıyla kendisine verilen paradan artan kısmı iade yükümlülüğünü takas ile ifa edemez. *Lauterbach* (DN.56) Dig.16,2 N.21' e ilişkin olarak şöyle demektedir: *Quod ex spolio debetur & restituendum est, nullam admittet compensationem; Spoliatus enim ante omnia est restituendus* (hukuka aykırı şekilde elde edilen şeylerin iadesi alacağına karşı takasta bulunulamaz; özellikle bir mal elinden alınan şahıs, tekrar önceki durumuna sokulmalıdır); benzer yönde ayrıca *Carpozov*, Responsa (dn.56) 11/101,13/14. *Stryk* (dn.56 ve 38/39), § 15'in başlığında takas ile hapis hakkı arasında bir yakınlık kurmaktadır ve § 18'in başlığında şöyle denmektedir: *Vitioso possessori retentio non competit* (suçlamaya muhatap olan zilyedin ali koyma hakkı yoktur; daha sonra *Brunnemann*, *Mevius*, *Struvius* ve diğer yazarlara yollamada bulunulmaktadır).

b) Sahibinin Rizası İle Verdigi Şeylerin İadesi Alacağına Karşı Takasın Mümkün Olmaması

Yukarıda söylenelere ek olarak, misli malların (özellikle bir miktar paranın) tevdi edilmesi (*depositum*) ve ödünç verilmesi (*commodatum*) halinde, ki bu tür durumlarda söz konusu mal onu elde edenin mülkiyetine geçmektedir, takas mümkün değildir. *Zoesius* (dn.56) Dig. 16,2, N.7 : *Quod depositum committatur fidei depositarii, tacita haec conditione, ut restituat quodcumque repetenti halinde takas mümkün değildir. Stryk* (dn.56), II. II § 16, ödünç sözleşmesinden (*Commodatum*: sözleşme konusu şeyin iadesi her zaman talep edilebilir) doğan iade alacağına karşı takası yasaklamakta ve usulsüz tevdi (*depositum irregulare*: misli şeyin aynen değil mislen iade edilmek üzere tevdi edilmesi) halinde takasın mümkün olmadığını belirtmektedir (*de cautelis* etc. II, 3 § 10).

c) Takas Alacağının Faizleri

İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu, takas ile sona eren iki alacağın faizlerinin ne olacağı sorusunu cevapsiz bırakmaktadır. Gerçi her iki kanun

da, eski bir geleneği takip ederek, takas beyanında bulunulması halinde, bunun, geriye etkili olarak, takasın şartlarının mevcut olduğu andan itibaren hüküm ifade edeceğini öngörmektedir (CH/OR Art. 124/11; BGB § 389). Ancak bu düzenleme ile sorun sadece, nadir olarak rastlanan faiz miktarlarının aynı olması hali bakımından açıklığa kavuşturulmuştur; buna karşılık faiz miktarları arasında bir fark bulunması halinde ne olacağı belli değildir. Aradaki fark hiç dogmatik mi kabul edilecektir⁵⁹? Yoksa bu farkın da karşılanması gerekir⁶⁰? (Bu son ihtimale ilişkin olarak değişik hesaplama yöntemleri söz konusu olabilir). Bu sorunun çözümü bakımından, birinci çözümü kabul eden Roma kaynaklarına başvurmak yardımcı olacaktır⁶¹.

d) Borçlunun Mirasçılara Karşı Takas

Gerçi hem İsviçre Borçlar Kanununun hem Alman Medeni Kanununun kabul ettiği külli halefiyet ilkesinden, mirasçılardan birinin terekeye dahil bir alacağı tahsil etmek için başvurduğu borçlunun takas imkânına sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak mirasın tutulan defter göre kabulü (*beneficium inventarii* : §§ 2009 ve 1973 BGB, Art. 590 CH/ZGB) haline ilişkin olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir: Her iki kanun bakımından da, alacağını deftere kaydetmeyen miras birakanın alacaklisinin, mirasçılardan birinin tereke alacağını tahsil etmek için kendisine başvurması halinde takas hakkını kullanıp kullanamayacağı belli değildir. Sorunu olumlu olarak cevaplayan romanist gelenek burada da kabule sayandır⁶².

e) Dava Edilemeyen Alacakların Takası?

İsviçre Borçlar Kanunu (Art.120/111) ve Alman Medeni Kanunu (§ 390 S.2) zamanasimina ugramış borçlar bakımından sorunu, zamanasiminin dolmasından

⁵⁹ Bu görüş, takasın etkilerini geriye etkili bir şekilde takasın şartlarının mevcut olduğu andan itibaren meydana getirmesinin sonucu olarak, bu andan itibaren faiz işlemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır.

⁶⁰ Bu görüş ise, takas ile sona erdirilen alacakların değerinin sadece ana paradan ibaret olmayıp faizleri de kapsadığı vakiasına dayanmaktadır.

⁶¹ Dig. 16,2,11 ve 12 (*Divus Severus*: alacaklardan biri faizsiz olsa veya faiz oranları farklı olsa dahi takas beyanında bulunulduğu takdirde faiz söz konusu olmaz), bkz. ayrıca *Donellus* (dn.56) Cod. 4,31,4 in fine; keza aynı yönde çok sayıda başka yazar. *Zimmermann*, (dn.4) s. 721 vd., takas beyanının geriye etkili sonuçlar doğurmasına karşı çıkmaktadır. - Kars. ayrıca *Pascal Pichonnaz*, Fn.4Abs.2.

⁶² *Mevius*, Decisiones (dn.56) I, 121: *juste opponitur haeredi, etiam cum beneficium inventarii, ex eo, quod defunctus debuit* (Index); *Lauterbach* (dn.56) zu Dig. 16,2 N. XII u.a.

⁵⁸ BGB § 393 hükmü uygulanamaz; çünkü iade alacağı bir haksız fiile dayanmamakta ve satıcı elde ettiği bedele ilişkin bir alacak hakkına sahip olduğu için suç teşkil eden bir eylem de söz konusu değildir.

önce takasin şartların mevcut olması durumunda takasin mümkün olduğunu ön-görme suretiyle düzenlemektedir. Ancak iflas prosedüründen (konkordato, if-las, İsviçre de borç ödemedi aciz vesikasına bağlanan alacaklar) doğan alacak-lar gibi diğer eksik borçlar bakımından takas hakkına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Roma'da geçerli olan kural (Dig. 16,2,6: *Ulpian: Etiam quod na-tura debetur, venit in compensationem*) göz önünde tutularak takasin mümkün olduğu kabul edilebilir.

V. Tarafların Anlaşması ile Takasın Devre Disi Birakılması

Esasa ilişkin mülahazalara (aşağıda Nr. VI) geçmeden önce tarafların sözleşme ile takası engelleme imkânlarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Taraflar sadece istisnai durumlarda açıkça bu yola başvururlar. Buna karşılık yargılamaya ilişkin bir çok sözleşme kaydı, sonucu itibarıyla bir takas yasası ihtiva eder. Bu, maddi hukuk açısından da aşağıda ele alacağımız ve en çok rastlanan iki durumda takasın kullanılmasına engel olur⁶³.

1. Tahkim Anlaşmaları

a) Tahkim Kaydına Tabi Takas Alacaklarının Tahkim Yargılaması Disinde Takas Edilememesi

Tahkim kaydına tabi bir alacak tahkim heyeti önündeki yargılama disinde takas edilebilir mi? Tahkim kaydının kararlaştırılması ile taraflar, bir yandan bu kaydı ihtiva eden sözleşmeden doğan uyumsuzluklar bakımından devlet mahkemelerinin yetkisinden vazgeçmekte, diğer yandan bu uyumsuzluğu tahkime götürme yükümlülüğü altına girmektedir. Bunlardan her ikisi de ilk planda alacağın dava edilmesi haline ilişkin olarak düşünülmüştür; ancak aynı şekilde bir alacağın savunma amaçlı olarak takas yoluyla ileri sürülmesi halini de kapsar. Bir tahkim kaydı iyi niyetle bakıldığında başka türlü yorumlanamaz. Bu tespitten hareket edildiği takdirde, tahkim kaydına tabi bir alacağın, bu alacağı doğuran sözleşme ile oluşturulan tahkim heyetinden başka hiç kimse tarafından karara bağlanamaması gerekir; bunun disindeki hiç bir hakim bu hususta karar vermeye yetkili değildir ve görülmekte olan bir yargılamada ileri sürülecek takas def'ini, caiz olmadığı gerekçesiyle reddetmelidir. Davacının devlet mahkemeleri önünde da-va konusu alacağının tahkim kaydına tabi borcu ile takas edilmesine katlanmak

⁶³ Ancak esasa ilişkin olarak simdiden belirtelim ki, aşağıda yapacağımız tespitler objektif hukuka ilişkin olmayıp sözleşmenin yorumuna, burada belirleyici rol oynayan taraf iradelerinin araştırılmasına dayanmaktadır.

zorunda olmaması, maddi hukukun bir sonucudur: Takas sözleşme ile dolaylı olarak devre dışı bırakılmıdır ve buna rağmen kullanılırsa maddi hukuk açısından herhangi bir sonuç doğurmaz⁶⁴.

Bu söylenenler, sadece devlet hakimi için değil, alacak bakımından yetkisi bulunmayan tahkim heyeti bakımından da geçerlidir; tahkim heyeti tahkim kaydına aykiri olarak kendisini yetkili hale sokacak takasa izin vermemelidir⁶⁵.

b) Tahkim Kaydına Tabi Olmayan Takas Alacaklarının Tahkim Yargılamasında Takas Edilememesi

Bir tahkim yargılamasında, yargılamanın kapsamına girmeyen bir alacak takas edilebilir mi? Bu soruya verilecek cevabın biraz önce ele aldığımız ilk durumda olduğu gibi açık bir biçimde tarafların anlaşmasına dayandırılması mümkün değildir. Çünkü tahkim heyetinin tahkim kaydını ihtiva eden sözleşmeden doğanlar disindeki talepler hakkında karar vermemesi hususunda bir yasak mevcut değildir. Ancak tahkim heyetinin bu konuda karar vermesine engel teşkil eden, sözleşmesel bir yasagın bulunması değil, tahkim heyetine bu hususta yetki veren bir sözleşme kaydının bulunmamasıdır. Tahkim yargısı istisnai bir yargı olup, yetkisinin taraflarca açıkça kararlaştırılan alanı aşan bir biçimde genişletilmemesi gerekir. Aksi bir görüş, anayasa ile teminat altına alınan tabii hakim ilkesini ihlal edecektir. Tahkim heyetinin, tahkim kaydına tabi olmayan takas alacağı hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığının kabulü, tahkim heyetinin psikolojisine de uygun düşecektir: Heyet, taraflardan her ikisinin de karar vermesi için müracaatta bulunmadığı bir uyumsuzluk hakkında karar verme hususunda genellikle çekingenlik hissedecektir⁶⁶.

2. Yetki Anlaşmaları

Sözleşme ile başka bir mahkemenin yetkisi kabul edilen bir alacak takas edilebilir mi? Tipki tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, yetki anlaşmaları bakımından

⁶⁴ Kars. yuk. dn.16.

⁶⁵ Takas alacağından başka bir alacaga ilişkin tahkim kaydı neticesinde oluşturulan bir tahkim heyeti, takas alacağı hakkında karar vermeye yetkili değildir; diğer sözleşmenin tarafları aynı olsa ve bir tahkim kaydını ihtiva etse dahi durum böyledir: Tahkim heyetleri, yargılamanın tarafları arasındaki her türlü uyumsuzluğun değil, sadece kurulmasına yol açan sözleşmeden doğan alacakların karara bağlanması hususunda yetkilidir.

⁶⁶ Ancak bütün yazarlar yukarıda ele aldığımız iki duruma ilişkin olarak olaya böyle bakmamak tadir; aksi görüşü kabul etme eğiliminde (yukarıda incelediğimiz başlık (a)'dan farklı olarak başlık (b)' de incelenen durumda takasın mümkün olduğu görüşünde) *Fasching* (dn.14) ; aynı şekilde Zürich Ticaret Odası Tahkim Düzenini hazırlayanlar (bu hususta bkz dn. 11 ve 73).

da, tarafların olagan yetkili mahkemeden vazgeçtiği ve aynı zamanda her türlü talebi münhasıran kararlaştırılan yerdeki mahkeme önünde ileri sürmekle yükümlü oldukları kabul edilebilir. Bu kural dava açılması hali ile sınırlı olmayıp, savunma amaçlı olarak bir alacağın takas yoluyla ileri sürülmesi halini de kapsamaktadır. Bundan hakkında yetki anlaşması bulunan karşı alacağın takas edilemeyeceği kuralı çıkar; ancak bu kuralın uygulanması genellikle ana alacak ve dava konusu alacak ile herhangi bir bağlantı içinde bulunmayan takas alacakları ile sınırlı tutulmaktadır. Bunlar dışında kalan ve "bağlantılı alacaklar"⁶⁷ olarak adlandırılan alacaklar bakımından bir çok tahkim düzeni, açıkça karşı dava bakımından yetkiyi kabul etmektedir. Bu da yargılama hukuku açısından takas imkânının tanındığı anlamına gelir⁶⁸. Yargılama hukuku bakımından bu tür durumlarda takasın caiz olmasını emredici bir hukuk kuralı olarak anlamamak gerekir; taraflar açıkça yapacakları bir anlaşma ile bu imkânı ortadan kaldırılabirler. Ancak tarafların yetki anlaşmalarında bu yola başvurduklarına hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.

Asıl dava ile karşı dava arasında maddi bir bağlantının bulunmaması halinde aynı mahkemede karşı davayı açma imkânı sözleşme ile kaldırılmış sayılır (bu anlamda bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 123/1997 III S. 45 E.3). Karşı davanın caiz olmaması sonucuna varmamıza yol açan mülahazalar, aynı şekilde takasın ileri sürülmesi imkânın da mevcut olmayacağı sonucunu desteklemektedir.

VI. Göz Önünde Tutulacak Esasa İlişkin Hususlar

Bu çalışmada ortaya attığımız yargılama hukukuna ait soruların cevabının neresinde aranması gerektiğine ilişkin olarak vardığımız sonuçlara geçmeden önce (aşağıda Nr. VII), hukuk politikası bakımından göz önünde tutulabilecek esasa dair hususların sıralanması yaralı olacaktır⁶⁹.

⁶⁷ Yargılama hukuku açısından karşı davanın şartını teşkil eden "bağlantılı olma" Roma yargılama hukukuna kadar geriye gider: Karşı dava ve takas bir süre her iki alacağın aynı hukuki sebepten (*ac.eadem causa*) dogmuş olması şartına bağlıdır.

⁶⁸ Karşı davanın caiz olması, zorunlu olarak, takas alacağının sadece def'i yoluyla ileri sürülmesinin de mühikün olduğu anlamına gelir (aynı görüşte *Haimo Schack*, Int.Verfahrensrecht, München 1991 § 8/III/5c N. 535). Karşı dava takasa oranla fazlayı ifade eder (*in maiore minus*). İzin verildiği takdirde mahkeme huzurunda yapılan takas beyanının takas alacağının derdestliğine etki edip etmeyeceği tartışmalıdır; ancak isabetli olarak bu soru olumlu cevaplandırılmaktadır.

⁶⁹ Esasında burada değil de yukarıda (Nr.5) incelediğimiz takasa engel teşkil eden taraf anlaşmaları ilk sırada yer alır; zira bu tür anlaşmalar esasa ilişkin her türlü mülahazayı gereksiz kılar. Ancak sonuç tahkim kaydının yorumuna dayanır ve bu anlaşma taraflar arasındaki ticari

1. Usul Ekonomisi (Justinianus'un Hukukun Gecikmesi Endisesi)

Justinianus (yukarıda II/2, III/1/a; dn.19,39 ve 41) esas itibarıyla kabul ettiği ipso iure takasa, bir tek sınırlama getirmektedir: Bunun ile karara varılarak yargılamanın sona ermesinin uygun olmayan bir biçimde geciktirilmemesi gerekir. Buna ilişkin olarak da, karara esas teşkil edecek dava sebeplerinin açıklığa kavuşturulmasının muhtemelen uzun zaman alacağına işaret etmekte ve usul ekonomisini ileri sürmektedir: Gerçi eğer bir kez uyumsuzluk konusu haline gelmiş ise, taraflar arasındaki bütün tartışmalı noktaların bir çirpida açıklığa kavuşturulması gerekir; çünkü mahkemeleri ve tarafları en az zahmete sokacak yol budur. Ancak usul ekonomisi kadar, davacının, kolaylıkla aydınlatılabilecek veya daha önceden büyük çaba sarf ederek açıklığa kavuşturduğu talebinin, davalının yol açtığı bir çok yargılama engelini aşmak zorunda kalmaksızın, bir an önce icrasına ilişkin menfaati de göz önünde tutulmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken her iki davanın yargılama hukuku bakımından doğuracağı zahmetlerin birbiriyle mukayese edilmesi gerekir. *Justinianus*, bilinçli olarak sekli bir kural koyma yoluna gitmemiş, sorunun çözümünü yargıcın takdir yetkisine bırakmıştır. İşte bu esasin bu gün de geçerli olması gerekir: Yargıç, her olayın kendine özgü özelliğini göz önünde tutarak, takasın yargılamanın genişlemesine ve gecikmesine yol açmasına katlanmasının davacıdan beklenebilir olup olmadığına karar verecektir⁷⁰. Meselenin günümüzde de bu şekilde ele alınması gereği, *Justinianus* döneminden daha az degildir ve onun tarafından formüle edilen kural bu gün de geçerli olmalıdır. Ancak bu husus en azından maddi hukuk doktrininde gözden kaçırılmış ve bu nedenle kodifikasyonlarda yer almamıştır; ancak günümüzde yeniden hayata geçirilmesi gerekir.

2. Tarafların Ödeme Gücü

Takasa müsaade edilip edilmemesi hususunda ilk sırada yer alan argümanlardan biri de, taraflardan birinin veya her ikisinin ödeme güçsüzlüğüne düşme tehlike -

ilişkiler ağı içinde yer aldığı için, (zorunlu olarak evet-hayır şeklinde varılacak) sonuç kuskulu bir nitelik taşıyabilir. Bu kuskular bütün faktörleri göz önünde tutan, hem burada ele aldığımız esasa ilişkin hususları hem de taraflar arasındaki anlaşmalar ağını aynı ölçüde dikkate alan bütünsel bir bakış açısıyla giderilebilir. - Gerçi doğru bir yöntem takip edilmek istendiği takdirde, "hep veya hiç kuralına" tabi olan taraf anlaşmaları, sonucu belirleyen faktörlerden biri olarak göz önünde tutulmayabilir. Ancak, taraf anlaşmalarının yorumuna göre mevcudiyeti başlangıçta kuskulu gözükken bir takas yasasının, önemli maddi sebeplerin de bu sonucu desteklediği takdirde kabul edilmesi caizdir; çünkü tarafların sözleşmenin kurulduğu anda her ikisi için de bir anlam ifade edecek çözümü istedikleri kabul edilebilir.

⁷⁰ Daha önceden *Keigel* (dn. 44), S. 159, isabetli bir biçimde, yargıcın takdir yetkisine göre karar vermesinin esas itibarıyla likitlik kavramını somutlaştırılması anlamına geleceğini belirtmektedir (Bu şart yasada öngörülmemiş olup, mantık gereğidir).

sidir: Takasi ileri süren davalinin ödeme gücü hakkında tereddütler varsa, davacıdan davanın icrasının takasa müsaade edilmesi sebebiyle gecikmesine katlanması beklenemez ve bu nedenle davalinin takasta bulunmasına müsaade edilmemelidir. Buna karşılık eğer davacının ödeme gücü tehlikeye düşmüş ise, bu durum, davalinin takas def'inde bulunmasına müsaade edilmesi için iyi bir neden teşkil eder. Aynı sonuç belki, takas alacağının henüz muaccel olmadığı, ancak muacceliyet anında davacının ödeme güçlüğüne düşmesini tehlikesinin bulunması hali için de kabul edilebilir.

3. Alacaklar Arasında Maddi Bağlantı Bulunması

Takas edilen alacaklar arasında bağlantı olması, maddi hukuk alanında geleneksel olarak takasın şartı değildir. Ancak tereddüt halinde takas müsaade edilmesi için kuvvetli bir gerekçe oluşturur. Esasen yargılama hukukunun davanın açıldığı mahkemede karşı dava açılabilmesini her iki alacağın bağlantılı olması şartına bağlaması ve genel olarak takas yasası kabul etme yönündeki eğilimini sadece bu durumda bir kenara bırakmaları tesadüf değildir. Buna karşılık takas edilen alacak dava konusu alacak ile herhangi bir bağlantı içinde değilse ve özellikle bu alacak davalinin sahsında dogmayip takasta kullanılmak üzere davalı tarafından üçüncü bir şahıstan iktisap edilmiş ise, tereddüt halinde takas imkânının mevcut olmadığı sonucuna varılacaktır.

VII. Maddi Hukukun Esas Alınmasının Pratik Sonuçları

Yukarıda ortaya koyduğumuz mülahazaların amacı, giriş kısmında ifade edilen yargılama hukukuna ilişkin soruların cevabını maddi özel hukuka dayandırmaktır. Ancak bunun için, İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve bunları takip eden kodifikasyonlarda geçerli olan sistemde maddi hukuk açısından takas edilen alacaklardan sadece miktar itibarıyla büyük olanın takas beyanından sonra [aradaki fark oranında] varlığını devam ettireceği, dolayısıyla artık mevcut olmayan takas alacağı bakımından özel yetkili bir mahkemenin söz konusu olamayacağı ve asıl alacığa ilişkin davanın açıldığı mahkemenin takas edilen her iki alacak ilişkin olarak da karar verme hususunda tek başına yetkili olabileceği gerçeğinin hatırlanması gerekir. Yukarıda, bazı bakımlardan kabulü mümkün olmayan bu sonuç karşısında, maddi hukuk sahasında çok çeşitli sebeplerle takas yasası kabul edilebileceği ve edilmesi gerektiği, fakat bunun ile yargılama hukukunda genellikle rastlanan ve davanın açıldığı mahkemenin yetkisinin takas alacağını kapsar bir biçimde genişletilmesine karşı çıkan görüşlere haklılık kazandıracak izah edilmeye çalışıldı⁷¹.

Bu sorunlara ilişkin olarak yargılama hukukunda ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesi veya en azından zikredilmesi, sorunu maddi hukuk açısından değerlendiren bu çalışmanın ödevi olamaz. Aşağıdaki sonuç ve özet niteliğindeki açıklamalar yöntemsel ve örneklemeli bir görünüme sahiptir ve yapılacak başka değerlendirmelere yön vermek amacına yöneliktir. Burada üç durum ele alınmaktadır: Bir tahkim anlaşmasının veya bir yetki kaydinin mevcudiyeti ve nihayet yargılamaya ilişkin bir taraf anlaşması mevcut olmamasına rağmen soruna usul ekonomisi perspektifinden yaklaşılarak davacının hukuki korunma talebinin teminat altına alınması için takasın yasaklanması.

1. Tahkim Kaydinin Mevcudiyeti

Tahkim kaydına tabi alacaklarının kararlaştırılan tahkim heyeti dışında başka bir merci önünde takasına her durumda engel olunmalıdır. Bir tahkim kaydı, sözleşmeden doğan alacağın başka bir mahkeme önüne götürülmesinden feragati ihtiva eder. Bu feragat alacağın dava yoluyla olduğu gibi def'i yoluyla ileri sürülmesini de kapsar(yukarıda Nr.V/1 a). Takas imkânının maddi hukuk açısından bu şekilde ortadan kaldırılması, Almanya'da yargılama hukukçuları arasında hakim olan görüşe de uygun düşmektedir. Kim aksi görüşü kabul ederse, hem takasın yasaklanmasını gerektiren maddi hukuk esasları ile, hem de günümüzde tüm dünyada kabul gören, tahkim kaydinin diğer bütün mahkemeler önünde açılan davalara karşı yetki itirazına yol açacağı kuralı ile çelişkiye düşecektir.

Bunun tersi durumlarda, yani tahkim kaydına tabi olmayan bir karşı alacağın tahkim yargılaması esnasında takas edilmesi hali bakımından da, başka mülahazalarla da olsa aynı esas geçerli olmalıdır: Tahkim prosedürü istisnai bir yargılama biçimi olup, bu özelliği nedeniyle açık ve herhangi bir tereddüde yer veremeyen sözleşmesel bir temele muhtaçtır. Böyle bir sözleşmesel temel ise tahkim kaydına tabi olmayan takas alacağı bakımından mevcut değildir. Sözleşmeye dayanan bir karar verme yetkisinin bulunmaması, yetkinin sözleşme ile ortadan kaldırılması haline esit tutulmalıdır. Takasa karşı çıkan ve sözleşmeye uygun olarak oluşturulan hakem heyetine güven duymadığı aşikâr olan davacıdan, zorunlu olarak hakem heyeti önünde dava ettiği alacığından başka, tahkim kaydına tabi olmayan diğer hukuki ilişkilerinin de bu heyet tarafından karara bağlanmasına katlanması beklenemez, İsviçre'de, bu tür durumlarda tahkim yargılama-

⁷¹ Buna ek olarak bazı özel durumlarda, maddi hukuka ilişkin sebeplerle takas (ve dolayısıyla davanın açıldığı mahkemenin takas alacağı hakkında karar verme) imkânı, -yargılama hukuk-

çuları bu noktada bir sorun görmemelerine rağmen-, ortadan kaldırılmış veya tam tersine, yargılama hukuku açısından haklı bir neden mevcut olmadığı halde, takasa müsaade edilmiştir; bu hususta bkz aşağıda Nr. VII/3.

sina ara verileceğini öngören kantonlararası anlaşmanın(Konkordat)⁷² temelinde de bu görüş yatmaktadır⁷³.

2. Yetki Kaydinin Mevcudiyeti⁷⁴

Tipki tahkim kaydına tabi alacaklarda olduğu gibi, aynı sebeplerle, yetki kaydına tabi alacakların da başka bir mahkeme önünde takas edilmesi imkânın kural olarak sözleşme ile kaldırıldığını kabul etmek gerekir: Ancak bu tespitin pratik önemi sınırlıdır. Çünkü genellikle usul kanunları bağımsız olarak, davanın açıldığı mahkemenin bağlantılı karsi davalar bakımından da yetkili olduğunu öngörmektedir. Gerçi bu hükümler birer düzenleyici hukuk kuralıdır; ancak olayların çoğunluğunda yetki anlaşması, davanın açıldığı mahkemede karsi dava açma imkânın sözleşme ile kaldırıldığı biçiminde yorumlanamayacaktır (yukarıda V/2).

3. Yargılama İlişkin Bir Anlaşmanın Mevcut Olmaması

Tarafların yargılamaya ilişkin bir anlaşmalarının bulunmaması ve olağan usul hükümlerinin uygulandığı durumlarda da, maddi hukuka ilişkin mülahazaların yargılamada takasın caiz olup olmadığı sorusuna verilecek cevaba etkide bulunması söz konusu olabilir ve bunun yargılama hukuku tarafından da kabul edilmesi gerekir.

Takas imkânın sınırlandırılması: Bir çok özel durumda, yargılama hukuku açısından caiz olmasına rağmen, takasa engel olmak gerekir. Doğal olarak bu, yasaca hükme bağlanan hallerde, BGB'de öngörülen haksız fiilden doğan alacaklarda ve diğer durumlarda (§§ 393-395) söz konusu olacaktır. Bunlara ek olarak, yasada öngörülmemiş ancak çok daha fazla önem taşıyan müdahaleden ve tes-

düften kaynaklanan sebepsiz zenginleşme talepleri ve benzer durumlardan kaynaklanan alacaklar (yukarıda IV/6 a) bakımından da aynı esas geçerli olmalıdır. Davalının ödeme gücü hakkında ciddi şüphelerin mevcut olması hali(yukarıda VI/2) yanında, yürürlükteki yargılama hukuku tarafından yeterince korunmayan⁷⁵, ancak çok daha önceden *Justinianus* tarafından efradini cami agyarını mani bir ifade ile teminat altına alınan usul ekonomisine ilişkin menfaat da özel bir öneme sahiptir; bu da karsi alacağın yargılama esnasında takasına sınırlama getirecektir (VI/1).

Öte yandan, yargılama kuralları açısından bunu haklı gösterecek bir neden bulunmamasına rağmen, bazı durumlarda takas imkânın genişletilmesi düşünülebilir. Özellikle davacının ödeme güçlüğüne düşme tehlikesinin mevcudiyeti halinde durum böyledir (VI/2).

Sonuç olarak bu çalışmada savduğumuz maddi hukuk bakış açısı, göz önünde tutulması gereken esasa ilişkin hususların kapsamını genişletmekte ve her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapmaya sadece müsaade etmekte, aynı zamanda bunu gerektirmektedir. Soruna bu şekilde yaklaşılması suretiyle varılan sonuçlar geniş ölçüde yargılama hukukunda getirilen çözümlerle bütünleşmekte ve seklen bakıldığında İsviçre Borçlar Kanunu ve BGB'nin takasa ilişkin hükümlerinin lafziyle çelişir gözükse de bu çözümlerin haklılık sebebinin oluşturmaktadır.

VIII. Sonuç

Bu çalışmadaki hareket noktamız lafzi olarak anlaşılan maddi hukuk ile yargılama hukuku doktrin ve uygulaması arasındaki çelişkiler idi. Bu disiplinler birbirinden ayrı iki farklı disiplin olarak anlaşılmıştır. Ancak sorunun daha yakından incelenmesi göstermiştir ki, köklerine inildiğinde ve daha serbest manada anlaşıldığında, maddi hukukta takas engeli teşkil eden sebepler, yargılama hukuka ilişkin mülahazalarla istenen ölçüde, genişletilmeye müsaittir. Hukuk geleneğini bakış, sadece maddi hukuk alanıyla sınırlı kalmamakta, bizi maddi hukuk ile yargılama hukukunun bir bütün olarak anlaşıldığı dönemlere götürmektedir.

Günümüzde bu bütünün parçalara ayrılması genel olarak belki amaca dönüktür; ancak esası itibarıyla her zaman uygun değildir. Bu durumun yeniden gözden

⁷² Kars. yuk.dn.9.

⁷³ Her türlü alacağın herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan takas edilebileceğini öngören Zürich Ticaret Odasının Tahkim Düzeninin(dn. 11), sırf bu gerçekle isabetsiz olduğu söylenemez. Ancak bu düzenlemenin alisilmemiş olduğunun ileri sürülmesi tehlikesi mevcuttur. Başka bir deyişle söz konusu düzenlemenin mutlak olmadığı ve öngörülen tahkim düzenine muvafakat eden davacı tarafından bilinmediği itirazında bulunulabilir. Ayrıca yargılamaya ilişkin anlaşmaların (yetki kaydinin), haklı olarak, son derece açık ve net bir biçimde yapılmasının arandığını da gözden uzak tutmamak gerekir.

⁷⁴ Yetki anlaşmalarına ilişkin düşünceler büyük ölçüde, fonksiyonel olarak [görev itibarıyla] yetkili olmayan bir mahkemenin, örneğin taraflar arasındaki anlaşmazlığa kanuna göre bakmaya yetkili olmayan bir ticaret mahkemesinin yetkisinin kararlaştırılması haline de aktarılabilir.

⁷⁵ Alman Yargılama Kanununun § 145/III ve § 302 hükümleri(bu hususta bkz. ayrıca yukarıda dn.8) gerçek bir koruma sağlamamaktadır. Bu hükümler bir yargılama-organizasyon hukuku meydana getirmektedir ve anlamlıdır. Ancak makul bir süre içerisinde sadece hukuki kesinliği değil talebinin ifa edilmesini de isteyen davalıya fazla yardımcı olmayacaktır.

geçirilmesi ve düzeltilmesi gerekir ve gelecekte bu yola başvurulması ihtimal dışı değildir⁷⁶. Diğer kurumlardan daha fazla oranda takasın kökeni yargılamaya dayanmaktadır. Başlangıçtan itibaren yargılama durumuna ilişkin olarak düzenleme gereksinimi ortaya çıkmış ve bu gün de sorunların büyük çoğunluğu bu alanda ortaya çıkmaktadır. Özetlemek gerekirse, yukarıdaki satırlar, maddi hukuk ile yargılama hukuku arasında mevcut olan ayırımın asılması denemesi olarak değerlendirilebilir.

Avrupa Topluluğu tarafından seslendirilen borçlar hukukunun dahi yeknesak hale getirilmesi çağrısı maksadı itibarıyla bazı tereddütleri ihtiva etmektedir. Özellikle bunun yakın bir gelecekte gerçekleştirilmesi ümidi mevcut değildir. Daha realist ve makul bir süre içinde başarıya ulaşma şansı mevcut gözükse bile, yasa koyucunun çerçevesi açıkça belirlenmiş özel sorunlarla sınırlı olarak harekete geçmesidir. Bu yola gidilmesi suretiyle ayrıca sorunun tatmin edici bir biçimde çözüme kavuşturulması sağlanmış olacaktır. Bu tespit ile aynı zamanda en fazla yasal düzenlemeye muhtaç konuların neler olduğu sorusu da ortaya atılmış olmaktadır. Bu husustaki tercihleri hukuk hayatının ihtiyaçları belirlemelidir. Takas, çerçevesi belirlenmiş sınırlı bir alanda sorunlara yol açması, bu sorunlardan bir çoğunun milletlerarası bir nitelik tasıması nedeniyle yasalastırma çalışmalarında ilk sırada göz önünde tutulmaya layıktır. Bu isteğe, yeni bir Avrupa ortak takas hukukunun meydana getirilirken, kodifikasyon öncesi dönem Avrupa ortak hukuk geleneğinin de göz önünde tutulması arzusu (veya belki de tahmini?) eklenebilir. Bu da ister istemez, geçmiş zamanlarda olduğu gibi, maddi hukuk ve yargılama hukukunun daha fazla oranda bütünleştirici bir bakış açısıyla değerlendirilmesi anlamına gelecektir.

⁷⁶ Bu satırların yazarı ihtilaf durumunun daha fazla oranda maddi hukuka ilişkin karar verme sürecine dahil edilmesi görüşünü savunduğu AcP 186 (1986), S. 1-71 'deki eserine ("Für mehr Aktionendenken"; www.eugenbucher.ch Nr. 39 adresinden temin edilebilir) yollamada bulunmaktadır. Eskiden hakim olan düşünce biçimine kısmen dönüş, hukuki meseleleri, spontan bir paralellikle yönetsel olarak tipki eski Roma'daki gibi değerlendiren İngilizce konuşan hukuk çevrelerinin etkisi üzerine beklenebilir.