

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS BİLİM DALI**

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA
KARŞILIK DAVA**

Yüksek Lisans Tezi

**Hazırlayan
Orbay Bahri ULGAR**

**Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Alim TAŞKIN**

Ankara- 2011

ONAY

Orbay Bahri ULGAR tarafından hazırlanan “Medeni Usul Hukukunda Karşılık Dava” başlıklı bu çalışma, 18.05.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalı Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı (Başkan)

Yrd. Doç. Dr. ALİM TAŞKIN

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Yrd. Doç. Dr. MUSTAFA SERDAR ÖZBEK

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Yrd. Doç. Dr. REYHAN DEMİRCİOĞLU

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK DAVA

1. GENEL OLARAK DAVA KAVRAMI VE NİTELİĞİ.....	2
2. DAVA ŞARTLARI	7
2.1. Genel Olarak Dava Şartları.....	7
2.1.1. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları.....	8
2.1.1.1. Yargı Yetkisi	8
2.1.1.2. Yargı Yolu	9
2.1.1.3. Görev	10
2.1.2. Taraflara İlişkin Dava Şartları.....	11
2.1.2.1. Davada İki Tarafın Bulunması.....	11
2.1.2.2. Taraf Ehliyeti	11
2.1.2.3. Dava Ehliyeti	13
2.1.2.4. Davaya Vekalet Ehliyeti ve Geçerli Vekaletname	14
2.1.3. Dava Konusuna İlişkin Dava Şartları.....	15
2.1.3.1. Hukuki Yarar	15
2.1.3.2. Kesin Hükmün Bulunmaması	16
2.1.4. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında	
Dava Şartları.....	17
3. DAVA ÇEŞİTLERİ	21
3.1. Eda Davaları	21
3.2. Tespit Davaları	26
3.3. İnşai Davalar	31

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILIK DAVA VE BENZER MÜESSESELERDEN FARKI

1. GENEL OLARAK KARŞILIK DAVA	34
1.1. Karşılık Dava Kavramı ve Önemi.....	34
1.2. Pozitif Hukukumuzda Karşılık Dava	38

2. KARŞILIK DAVANIN ŞARTLARI.....	38
2.1. Asıl Davanın Derdest Olması.....	38
2.2. Asıl Dava ile Karşılık Davanın Aynı Yargılama Usulüne Tabi Olması	40
2.3. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Yakın Bir İlişkinin Bulunması.....	42
2.3.1. Takas veya Mahsup Talebi	43
2.3.1.1. Takas Talebi	43
2.3.1.1.1. Takas İçin Karşılık Dava Açılması Zorunlu Değildir.....	47
2.3.1.1.2. Takas İçin Karşılık Dava Açılmaması	49
2.3.1.1.3. Takas İçin Karşılık Dava Açılabilmesi.....	51
2.3.1.2. Mahsup Talebi.....	55
2.3.2. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunması ..	57
2.3.2.1. Takas veya Mahsup Halinde Bağlantı Bulunması Gerekli Değildir	57
2.3.2.2. Takas ve Mahsup Dışında Bağlantı Gereklidir	58
2.3.2.3. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunmasına Örnekler.....	58
3. KARŞILIK DAVANIN CAİZ OLMAMASI	60
3.1. Genel Bilgi.....	60
3.2. Davacının İlk İtirazda Bulunması.....	61
3.2.1. Genel Bilgi	61
3.2.2. Karşılık Davanın Reddi Gerektiği Görüşü	62
3.2.3. Karşılık Davanın Ayrılması Gerektiği Görüşü.....	63
3.3. Davacının İlk İtirazda Bulunmaması.....	65
4. YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISINDA KARŞILIK DAVANIN ŞARTLARI	67
5. KARŞILIK DAVANIN BENZERİ MÜESSESELERDEN FARKI.....	68
5.1. Karşılık Davanın Davaya Feri Müdahaleden Farkı	68
5.2. Karşılık Davanın Davaya Asli Müdahaleden Farkı	71
5.3. Karşılık Davanın Davanın İhbarından Farkı	73

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILIK DAVAYA İLİŞKİN ESASLAR VE HÜKÜM

1. KARŞILIK DAVADA GÖREV VE YETKİ.....	75
1.1. Karşılık Davada Görevli Mahkeme	75
1.2. Karşılık Davada Yetkili Mahkeme	82
2. KARŞILIK DAVA AÇMA SÜRESİ	85
2.1. Asliye Mahkemelerinde Karşılık Dava Açma Süresi.....	86
2.1.1. Karşılık Dava Esasa Cevap Süresi İçinde Açılabilir.....	86
2.1.2. Karşılık Davanın Esasa Cevap Süresinden Sonra Açılmış Olması	87
2.1.2.1. Karşılık Davanın Süresinden Sonra Açıldığını Mahkemenin Kendiliğinden Gözetmesi Gerektiği Görüşü	87
2.1.2.2. Karşılık Davanın Süresinden Sonra Açıldığını Davacının Yalnız İlk İtiraz Olarak İleri Sürülebileceği Görüşü	88
2.1.2.3. Mahkemenin Süresinden Sonra Açılan Karşılık Dava Hakkında Vereceği Karar	90
2.1.2.3.1. Genel Bilgi.....	90
2.1.2.3.2. Karşılık Davanın Reddi(Açılmamış Sayılması) Gerektiği Görüşü	91
2.1.2.3.3. Karşılık Davanın Ayrılması Gerektiği Görüşü	92
2.2. Sözlü Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi	94
2.3. Basit Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi	95
2.4. Seri Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi	96
2.5. Islah Yolu ile Karşılık Dava Açılması	97
2.6. Karşılık Davanın Esasa Cevap Süresi Geçtikten Sonra Ayrı Bir Dava Olarak Açılması	102
3. KARŞILIK DAVANIN AÇILMASI	103
3.1. Karşılık Davada Taraflar.....	103
3.1.1. Karşılık Davacı	103

3.1.2. Karşılık Davalı	105
3.2. Karşılık Davanın Açılma Biçimi	106
3.3. Karşılık Davada Harç Alınması	109
3.4. Karşılık Davanın Açılma Zamanı	110
4. KARŞILIK DAVAYA CEVAP	111
4.1. Asliye Mahkemesinde Karşılık Davaya Cevap	112
4.2. Sözlü Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap	112
4.3. Basit Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap	113
4.4. Seri Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap	113
4.5. Karşılık Davaya Karşı Karşılık Dava Açılması	113
5. KARŞILIK DAVANIN İNCELENMESİ	115
5.1. Asıl Dava ile Karşılık Dava Birlikte İncelenir	115
5.2. Karşılık Dava Müstakil Bir Davadır.....	116
6. KARŞILIK DAVADA HÜKÜM	118
7. KARŞILIK DAYANIN TEMYİZİ.....	119
8. KARŞILIK DAVADA YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİ İLE VEKALET ÜCRETİ.....	120
SONUÇ	122
KAYNAKÇA	126
ÖZET	131
ABSTRACT	133

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
a.g.e	: Adı Geçen Eser
B	: Bası
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
c	: Cilt
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
M	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletler Özel Hukuku
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s	: Sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
YTD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
vd.	: Ve Devamı

GİRİŞ

Bir hakkının ihlal edildiğini düşünen bireylerin bu hakkının korunmasını sağlamak amacıyla hukuk devleti ilkesinin gereği olarak devlete karşı yargı hakkı bulunmaktadır. Kamu düzenin sağlanması ve toplumsal barış açısından dava hakkı önemlidir.

Medeni Usul Hukukunda açılmış bir davada davalının aynı mahkemede davacıya karşı dava açması anlamına gelen 'Karşılık Dava' müessesesine çalışmamızda ayrıntılı bir inceleme ile açıklık getirilecektir. Medeni usul yargılamasında asıl dava ile asıl davaya karşı açılan karşılık birlikte görülüp karar verildiğinden usul ekonomisi açısından önemlidir. Karşılık davanın inceleneceği çalışmamızda temel kanun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu olacaktır. Öncelikli olarak birinci bölümde dava kavramı ve niteliği, dava çeşitleri ve şartları genel olarak ele alınacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde medeni usul hukukunda karşılık dava, karşılık davanın şartları ve karşılık davanın özellikleri incelenecektir. Üçüncü bölümde ise karşılık davanın açılması, biçimi ve sonuçları ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Çalışmamızda ilgili kanun hükümleri, mevcut uygulama, yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunu tasarısı ile getirilmek istenen yenilikler ve konuyla ilgili Yargıtay kararları da ayrıca inceleme konusu yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK DAVA

1. GENEL OLARAK DAVA KAVRAMI VE NİTELİĞİ

Devlet toplumsal yaşamı düzenleyen hukuk kurallarını vaaz eder ve bunların uygulanmasını sağlar. Toplumsal yaşam içerisinde bireyler arasındaki hukuki ilişkiler bu hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşir. Ancak bireyler arasındaki hukuki ilişkilerde anlaşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Hukuk kuralları kişilerin lehine bir kısım hakların doğmasını yol sağlar.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin gereği ve kendiliğinden hak alma yasağı sonucu, kişilerin devlete karşı yargı hakkı talep etme hakları bulunmaktadır.

Hukuki koruma bireyin hukuk düzenince kendisine tanınmış olan haklarının korunmasını, kural olarak devletin yargı organlarından talep etmesi ve koşulları oluştuğunda devletin bu hakların gerçekleştirilmesini sağlaması olarak tanımlanabilir¹.

Kişilerin bir hakkın inkarı veya ihlali durumunda yargı gücüne başvurarak hakkın korunmasını istemek noktasında sahip olduğu imkana dava hakkı; kişilerin bu korumayı yargı gücünden belirli bir hasma karşı bizzat istemesine de dava denir².

¹ AKKAN, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/I sayı 6, s.35.

² POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.150.

Hak ile dava arasında doğal bir bağlantı bulunmaktadır. Hak asıl şeydir, dava (dava hakkı) ise asıl hakkın meydana gelmesini sağlayan yardımcı bir araçtır. Kanun, kendisine ait bir hakkı korumak amacıyla başkalarının hakkını dava etmek zorunda kalan kişilere dava hakkı vermelidir³. Dava hakkı durumları genellikle bir hakkın yaptırımı olarak görünür ve bu hak asıl hakkın bir parçasını oluşturur⁴. Kimin hangi haklarını, kimden zorla elde edebileceği, hangi haklarının dava yaptırımı dışında kaldığı maddi hukuku düzenleyen kanunların konusudur⁵.

Hak bir şekilde yok olursa dava da sona erer⁶. Dava hakkı haktan ayrı olarak tek başına devredilemez ve haczedilemez⁷. Ancak dava konusunu oluşturan hak veya şey dava sırasında başkasına devredilirse, ona tabi olan dava ve savunma hakkı da devralan kişiye geçer⁸. Buna karşılık dava hakkının düştüğü durumlarda, asıl hakkın da kesin olarak düşmesini gerektirmez. Bu duruma örnek olarak zamanaşımı ve kumar ile bahis borçları gösterilebilir⁹.

Dava hakkı, bir alacağın ödenmesi ve istihkak davalarında olduğu gibi bir yaptırım olarak, çoğu zaman içerik olarak esas hakka uygunluk gösterir. Buna karşılık tazminat ve fesih şeklinde olduğu gibi bazı hallerde aynen ifa mümkün olmadığından, dava hakkı ile esas hakkı yaptırım olarak uygunluk göstermez¹⁰.

Dava açabilme imkanı herkese ait olmakla birlikte; hukuki himayede bulunma veya dava hakkı yalnız dava şartları lehine olan kişilere aittir¹¹. Hak dava sırasında devredilirse, bu durumda artık devredenin davaya devam etme imkanı kalmaz. Zira, hakla olan bağlantının yitirilmesi, dava hakkı ile

³ BELGESAY, Mustafa Reşit: Dava Teorisi(Dava Teorisi), İstanbul 1943, s.21.

⁴ POSTACIOĞLU: s.151.

⁵ BELGESAY: Dava Teorisi, s.7.

⁶ ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku(Medeni Yargılama Hukuku), Ankara 1979, s.53,54.

⁷ BERKİN, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi(Berkin, Usul Hukuku Rehberi), İstanbul 1980, s.345.

⁸ BERKİN, Necmeddin M.:(Berkin, Usul Hukuku Rehberi), s.345.

⁹ BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, 3.B, s.386.

¹⁰ BİLGE/ÖNEN: s.386.

¹¹ ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku(Medeni Yargılama Hukuku), İstanbul 2000, s.268.

olan ilişkiyi de sona erdirmiş olur¹². Hak maddi hukuka tabi olmasına karşın; dava hakkı kısmen usul hukukuna ve maddi hukuka tabidir¹³.

Dava bir hukuki muamele teşkil etmediği için şarta bağlı olarak ikame edilemez. Ancak davanın unsurlarında terdit yapılarak terditli dava ikame edilebilir¹⁴. Davacı, dava ile takip edilen amacı mahkemelerin müdahalesi olmaksızın elde edebilecek durumda ise, dava açılması için gerekli koşullardan olan hukuki menfaat eksiktir. Örneğin, borçlusu hakkında icra takibi yaparak lehine takibi kesinleştiren alacaklı, artık aynı alacak hakkında dava açamaz. Çünkü, dava açmakta artık hukuki menfaati yoktur¹⁵.

Mahkemeden hukuki koruma talep eden kişiye davacı denir. Dava hakkın inkarını veya ihlalini yapan kişiye karşı açılır; bu kişiye de davalı denir. Bir davada davacı ve davalı olmak üzere mutlaka iki taraf bulunmaktadır. Açılmış olan davada davacı ve davalı tarafta birden fazla kişi olabilirse de davada ikiden fazla tarafın bulunması mümkün değildir¹⁶.

Anayasada dava hakkı teminat altına alınmıştır. Herkes, meşru vasıta veya yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia veya savunma hakkına sahiptir (Anayasa m. 36,1). Kişi, gerek yargı mercileri önünde gerek yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir. Ancak bu hak sınırsız değildir¹⁷.

¹² ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku) s.271.

¹³ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku) s.272.

¹⁴ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku) s.274.

¹⁵ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku) s.278.

¹⁶ KURU,Baki/ARSLAN,Ramazan/YILMAZ,Ejder: Medeni Usul Hukuku (Usul Hukuku), Ankara 2008, s.265.

¹⁷ ‘Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa’nın Hakların Korunması ile ilgili Hükümler başlığı altında ve 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şekli ile yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki kişi, gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir. Anayasanın güvence altına aldığı hak

Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, yargılamanın çabuk şekilde yürütülmesi ve tarafların silah eşitliği etkin hukuki korumanın gerçekleşebilmesi için gerekli olan yargılama ilkeleridir¹⁸.

Medeni yargılama hukukunda amaç sorununa yönelik ortaya konulan ve belki de en fazla taraftarı olan, medeni yargılamanın amacının, hakların korunması tespiti veya gerçekleştirilmesine hizmet olduğudur. Gerçekten de, maddi hukuk ve yargılama hukuku işlevsel birliktelik içindedir. Hak, yetki ve yükümlülüklerin temeli, maddi hukuk tarafından ortaya konur; ancak, bunların somutlaşması, yaşama geçirilmesi yargılama hukuku vasıtasıyla olur¹⁹.

Deren Yıldırım'a göre; günümüzdeki hukuki himaye ihtiyacı ile hukuki menfeatin aynı anlama haiz iki kavram olduğu, ancak hukuku menfaat kavramının daha çok subjektif unsurları içeren, hukuki himaye ihtiyacının ise daha çok objektif unsurlara haiz olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca hukuki menfaat kavramı, hukuki himaye ihtiyacına nazaran daha belirsiz bir

arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasanın Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Medeni Kanunun 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK.nun 49. maddesinde de saldırının yaptırımı düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, Anayasa'da ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır. İşte bu noktada, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir. Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda koruma altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında konu biraz yakından incelendiğinde her iki değer aynı anda birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir. Şu durumda uyuşmazlığın çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir'. (4. HD 2002/8562 E, 2003/259 K). (AKİP İçtihat Programı).

¹⁸ AKKAYA: s.40.

¹⁹ HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 37.

kavramdır ve hukuki himaye ihtiyacının davada ileri sürülen taleple olan bağı daha sıkıdır²⁰

Yargı yetkisini düzenleyen Anayasanın 9. maddesinde kural olarak yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Hukuki himaye talep eden kişinin mahkemelere başvurabileceği esasının istisnası tahkim yoludur²¹.

Hukuki korumanın sağlanabilmesi için sadece mahkemelerin kurulması yeterli olmaz, bunun dışında işleyişin düzenlenmesi de gereklidir. Burada söz konusu olan bireysel olarak hakkın gerçekleştirilmesi yanında, daha da önemlisi hukuki güvenlik ve yargı organlarına başvurunun düzenlenmesi ve bunun temin edilmesi gerekliliğidir²².

Taraflarca açılmış davanın konusu bir hukuki durumun tespit edilmesi veya meydana getirilmesi, yeni bir hukuki durumun meydana getirilmesi, bir hukuki işlemin butlanı veya hükümsüz sayılması, bir borcun ifası, müdahalenin önlenmesi, bir yerin tahliyesi, bir alacağın tahsil edilmesi vs. şeklinde olabilir²³.

Hukuk yargılamasının amacını adaletli karar vermek şeklinde açıklanabilir. Kararın adaletli olması verilen kararın anlaşmazlığı tarafları tatmin edecek şekilde çözmeye ve toplumsal barışı sağlamaya yönelik olmalıdır²⁴.

²⁰ YILDIRIM, N. Deren; Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, (YD 1995/3), s.225.

²¹ TAŞKIN, Alim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s.2.

²² AKKAYA: s.57.

²³ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.342.

²⁴ YILMAZ, Eder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2010, s.6-7.

2. DAVA ŞARTLARI

2.1. Genel Olarak Dava Şartları

Hukuk usulü mevzuatımızda dava şartları kanunda açıkca düzenlenmiş bir müessese değildir. Ancak uygulamada ve doktrinde dava şartı kavramı kabul edilmektedir²⁵. Dava şartı bir davanın esasına ilişkin incelemenin yapılabilmesi ve bu konuda karar verilebilmesi için var olması mutlaka gerekli olan şartlardır²⁶. Dava şartları davanın açılabilmesi açısından değil, mahkemenin davanın esasına girerek inceleme yapabilmesi açısından gerekli olan şartlardır²⁷.

Dava şartları açısından inceleme yapılabilmesi için tarafların bu konuda talepte bulunması şart değildir. Hakim dava şartlarının bulunup bulunmadığını resen inceler²⁸. Mahkeme açılmış olan davada dava şartlarının herhangi birinin bulunmadığını tespit ederse usulen davanın reddine karar verir²⁹. Ancak verilen bu ret kararı açılmış olan davanın esas

²⁵ PEKCANITEZ,Hakan/ATALAY,Oğuz/ÖZEKES,Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.259.

²⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.260.

²⁷ KURU,Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü(Kuru,Usul),6.B,İstanbul 2001,c. 2,s.1344.

²⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.259.

²⁹ Yargıtay'a göre 'Dava şartları mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır.Diğer bir anlatımla;Dava şartları,dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.Mahkeme,hem davanın açıldığı günde,hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp,inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir.Dava şartları dava açılmasından,hüküm verilmesine kadar var olmalıdır.Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması yada bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığının öğrenilmesi durumunda mahkeme davanın mesmu(dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir.Bu bağlamda,olayla sıkı bağlantısı nedeni ile hemen vurgulayalım ki,dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (HUMK.m.237) çözümlenmiş olmasa da dava şartıdır.Bu olumsuz dava şartı adıyla adlandırılır.Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin(konusunun),dava sebeplerinin(vakıaların) ve tarafların aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur(HUMK.m.237).Kesin hüküm,hem bireyler için hem devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar.Bununla,hukuki güvenlik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.' HGK,05.02.2003,2130/57(YKD 2003/6,s.849850).

hakkında nihai bir hüküm mahiyetinde olmayıp, sadece davanın yargılamasının icrasının reddine ilişkindir³⁰.

Dava şartlarının oluşmaması nedeniyle verilen davanın reddi kararı, esasa ilişkin bir karar olmasa da, nihai bir karar mahiyetindedir ve temyiz edilebilir. Ayrıca ret edilen bu davanın yeniden açılabilmesi için eksik olan şartların yerine getirilmesi gereklidir³¹.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında: ‘Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar var olmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması yada bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığının öğrenilmesi durumunda mahkeme davanın mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir’³².

2.1.1. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları

2.1.1.1. Yargı Yetkisi

Türk mahkemelerinin yargı yetkisi Türkiye Cumhuriyetinin hakimiyet alanı ile sınırlıdır, yabancı devletlerde yargı yetkisine sahip değildir; ayrıca Türk mahkemelerinin Türk yargısına tabi olmayan kişiler ve şeyler üzerinde

³⁰ ANSAY,Sabri Şakir: Hukuk Muhakeme Usulleri(Ansay,Hukuk Muhakeme Usulleri). IV, Ankara 1941,s.350.

³¹ ANSAY,Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, (Ansay,Hukuk Yargılama Usulleri). 7. B,Ankara 1960,s.203.

³² HGK 2003/21-30 E, 2003/57 K.(AKİP İçtihat Programı).

de yargı yetkisi bulunmamaktadır³³. Bir devlet diğer bir devletin mahkemesi karşısında yargılanamaz. Buna karşılık, yabancı bir devletin özel hukuk münasebetlerinden kaynaklanan meseleleri nedeniyle o devlete yönelik Türk mahkemelerinde hukuk davası açılabilir³⁴.

Yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerinin ceza yargısı açısından tam bağımsızlığı bulunmaktadır (Viyana Sözleşmesi m.131); Buna karşılık yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerinin özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan Viyana Sözleşmesinin 31. maddesinde belirtilen ‘Türkiye topraklarında bulunan özel bir taşınmazla ilgili aynı hak davaları, diplomatik temsilcinin özel bir kişi olarak ilgili bulunduğu miras meselesine ilişkin davalar, diplomatik temsilcinin resmi görevi dışında ifa ettiği herhangi bir mesleki veya ticari faaliyet ile ilgili davalar’ ile ilgili olarak Türk mahkemelerinde diplomatik temsilcilere yönelik dava açılabilir.

2.1.1.2. Yargı Yolu

Açılan davanın adli yargı görev alanına giren bir dava olması gerekir. İdari yargı görev alanına giren bir dava adli yargıda görülemez³⁵. Aksi halde açılan davanın reddine karar verilir³⁶.

³³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.261.

³⁴ KURU: Usul,c. 2,s.1347.

³⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.262.

‘Bu hukuki durum karşısında uyuşmazlığın genel hükümler dairesinde çözümlenmesinin mümkün olmadığı, eskiden olduğu gibi ecrimisil istenebilmesi için artık Hazinesin mahkemeye başvurup karar alması gerekmediği, aksine kendisinin bir idari işlemle ecrimisili tahakkuk ettirdiği, buna karşı çıkmak isteyen mükellefin diğer idari işlemlerde ve vergi tahakkuklarında olduğu gibi idari yargıya başvurması gerektiği ve son olarak da, devletin mükellefe tebliğ ettiği alacağına dair ihbarnamenin iptalinin hiç bir zaman adliye mahkemesinin görev alanı içinde bulunmadığı hususları dikkate alınarak uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı mercii olduğu sonucuna varılmalıdır.İdari yargının görevine giren bir uyuşmazlığın adliye mahkemelerinde menfi tespit davasına konu edilemeyeceği gibi, idarece çıkarılan bir ödeme ihbarnamesinin iptaline de bu mahkemelerce karar verilemez.Bu nedenlerle dava dilekçesinin yargı yolu görevi yönünden reddi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir’. 3. HD 1989/6004 E, 1989/744 K.(AKİP İçtihat Programı).

³⁶ ‘ihale bedelinin dağıtımına esas sıra cetvelinin satış komisyonu tarafından düzenleneceği, ihalenin sonuçlanmasının fon kurulunun onayına bağlı olduğu da anılan maddede yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca yapılan satışlarla ilgili ihalenin feshi davaları, (Fonun 6183 sayılı yasaya bağlı olmaksızın satış yapmaya karar verip tercihini bu yönde kullandığı ihalelerde) fonun merkezinin

2.1.1.3. Görev

Bir mahkemenin bakılacak işin mahiyeti ve çeşidine göre davayı görme ehliyetine görev denir³⁷. Bir başka anlatımla görev çekişmenin nitelik ve kıymetine göre mahkemenin işe bakabilme iktidarı olup, görev konusu kanunla düzenlenir³⁸. Davanın açıldığı mahkemenin o davaya bakmaya görevli olması gerekir. Aksi halde mahkeme açılan davaya bakamaz (HUMK m.1-8)³⁹. Taraflar mahkemenin görevi ile ilgili olarak herhangi bir itirazda bulunmasa bile görev konusu kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınır⁴⁰.

bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülecektir. Mahkemece bu husus göz önünde tutularak yargı yolu nedeniyle şikayet dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken işin esası incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. 12. HD 2008/8709 E, 2008/11835 K.’ (AKİP içtihat programı)

³⁷ KARAFAKİH: s.48.

³⁸ ÜSTÜNDAĞ: s.139.

³⁹ ‘Görev konusu kamu düzeni ile ilgili olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekeceğinden asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu gibi hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle; davacı Orman Yönetiminin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (Bozulmasına) karar verildi.’ 20. HD 2002/6560 E, 2002/6784 K. (AKİP içtihat programı)

⁴⁰ ‘Yargılamanın iadesi bir dava olarak dilekçe ile iptali istenen hükmü veren mahkemeden istenir. Dava dilekçesinde aranan koşulların bu dilekçede de bulunması ve mahkemece de yeni bir dava gibi yeni esas numarası verilmesi gerekir. Hükmü veren mahkemenin idari veya kanuni bir tasarrufla kaldırılması veya işin esası ile ilgili karnı vermek görevinin değiştirilmesi durumunda bunun yerine geçen mahkemeye bu başvurunun yapılması gerekir. 5133 Sayılı Yasa ile değişik 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama usullerine dair Kanunun 4/1. maddesi 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunun üçüncü kısmı hariç olmak üzere ikinci kitabında: kaynaklanan davaların Aile Mahkemesinin görevi içerisine girdiğini belirtmiştir. Mahkemenin görevi kamu düzeni ile ilgilidir. Yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması da gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. 2. HD 2006/2723 E, 2006/8861 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

2.1.2. Taraflara İlişkin Dava Şartları

2.1.2.1. Davada İki Tarafın Bulunması

Hukuk yargılamasında dava iki tarafça oluşturulan bir sistem üzerine kuruludur. Hukuki koruma talep eden davacı ile kendisine karşı hukuki koruma talep edilen davalı olmak üzere iki taraf vardır. Bir kişi kendisine yönelik dava açamayacağı gibi, görülmekte olan davada davacı ve davalı sıfatı tek kişide birleşirse dava sona ermiş olur. Bir davada iki tarafın bulunmaması halinde çekişmesiz yargı söz konusu olacaktır⁴¹. İştirak halinde mülkiyette maliklerin hep beraber müdahalenin meni davası açmalarında olduğu gibi davacı ve davalı tarafta birden fazla kişi bulunabilir.

2.1.2.2. Taraf Ehliyeti

Yargılama hukuku haklarından faydalanabilme kabiliyetine taraf ehliyeti denir⁴². Bir başka ifade ile medeni usul ilişkisinin süjesi olma ehliyetine taraf ehliyeti denir⁴³. Ehliyet, kişinin hak ve borç sahibi olabilme, haklarını bizzat kullanabilme yetkisini ifade eder⁴⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 38. Maddesi gereğince taraf ehliyeti sahipleri Medeni Kanun hükümlerince tayin olunur. Hak ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf ehliyeti de bulunmaktadır(MK m.8,48)⁴⁵.

⁴¹ KURU: Usul,c. 2,s.1360.

⁴² ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.62.

⁴³ ALANGOYA,Yavuz: Medeni Usul Hukuku Esasları,İstanbul 2003,s.125.

⁴⁴ ÇELİK,Hüseyin: Yargıtay Örnek Kararları ile Açıklamalı Hukuk Davalarında Dava Ehliyeti ve Davada Husumet,Ankara 2006,s.3-5.

⁴⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.266.

‘Davada taraf ehliyeti HUMK’nın 38. maddesinde düzenlenmiş olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bir talep olmasa bile, mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. HUMK’nın taraf ehliyetini tanımlamamış 38. maddesiyle Medeni Kanun’a yollamada bulunmakla yetinmiştir. Medeni Kanunumuz ise, davada taraf olma ehliyetini, medeni haklardan yararlanma ehliyetinin bir parçası saymış, 8, 28, 47 ve 48. maddeleriyle bu yönde hükümler getirerek medeni haklardan yararlanma

Taraf ehliyeti kişinin sağ olarak bütünüyle doğması ile başlar ve yaşadığı sürece devam eder. Cenin, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü anda taraf ehliyetine sahip olur (HUM m.38,MK m.8,28)⁴⁶.

Ölmüş kişiye karşı dava açılmayacağı gibi, ölen kişi adına da dava açılmaz⁴⁷. Ölüm ile taraf ehliyeti son bulur⁴⁸. Tüzel kişiliğin son bulması ile birlikte eski tüzel kişiliğin taraf ehliyeti de son bulur⁴⁹.

Açılmış olan davada her iki tarafında taraf ehliyetine sahip olmalıdır. Taraf ehliyeti koşulu oluşup oluşmadığı mahkemece resen incelenir ve davada taraf ehliyeti şartı oluşmadığı takdirde davanın reddi gerekir⁵⁰.

ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olma yeteneğini taşıdığını belirlemiştir. Somut olayda, davalı olarak gösterilen gerek K... 52 Gazetesi'nin ve gerekse M... Gazetesi'nin tüzel kişiliklerinin bulunmadığı gibi, sahiplerinin gerçek kişiler olduğu dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca da gazetelerin sahiplerine davanın yöneltilmesi gerekirken, tüzel kişiliği bulunmayan gazetelerin davada taraf gösterilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülerek hüküm kurulması isabetsiz olup, bozma nedenidir'.21.HD 2007/25600 E, 2008/7018 K. (AKİP İçtihat Programı).

⁴⁶ ÇELİK: s.3-5.

⁴⁷ YENER,Orhan: Hukuk ve Ceza Davalarında Taraf Teşkili ile Dava Ehliyeti Davaya Vekalet,Ankara 1997,s.85-86.

⁴⁸ '04.05.1978 gün ve 4/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, dava tarihinden önce ölmüş olan kişiye karşı dava açılmaz. Mahkemenin, davalının dava tarihinden önce öldüğünü öğrenmesi üzerine, davayı mesmu olmadığından dolayı kendiliğinden reddetmesi gerekir. Zira davalının taraf ehliyetinin bulunmaması, dava şartlarından. Yoksa, ölmüş kişiye karşı açılmış olan davaya, o kişinin mirasçılara tebligat yapılmak suretiyle mirasçılara karşı devam edilemez. Somut olayda da, davalı T.'un dava tarihinden önce öldüğü anlaşılmamasına rağmen mahkemece, mirasçılarının aleyhine yazılı şekilde hüküm kurulması dahi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir'. 11. HD 2004/14683 E, 2005/12335 K.(AKİP İçtihat Programı).

⁴⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.271.

⁵⁰ 'Bilindiği gibi dava şartlarından biri de taraf ehliyetidir. Hukuk davalarında olduğu gibi (HUMK m. 38 vd.), icra takibinin taraflarının (alacaklı-borçlunun) da, taraf ehliyetine sahip olmaları gerekir. Gerçek kişilerin kişiliği ve bununla birlikte medeni haklardan istifade ehliyeti ölüm ile son bulduğundan (M.K. m.27,1) ölmüş bir kişinin taraf ehliyeti yoktur. 04.05.1978 gün ve 4-5 sayılı İ.B.K da belirtildiği üzere ölü kişi aleyhine dava açılmaz.'12. HD 2008/17412 E, 2008/20758 K. (AKİP içtihat programı)

'Davada taraf ehliyeti HUMK'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bir talep olmasa bile, mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekir. HUMK'nın taraf ehliyetini tanımlamamış 38. maddesiyle Medeni Kanun'a yollamada bulunmakla yetinmiştir. Medeni Kanunumuz ise, davada taraf olma ehliyetini, medeni haklardan yararlanma ehliyetinin bir parçası saymış, 8, 28, 47 ve 48. maddeleriyle bu yönde hükümler getirerek medeni haklardan yararlanma ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişinin davada taraf olma yeteneğini taşıdığını belirlemiştir. Somut olayda, davalı olarak gösterilen gerek K... 52 Gazetesi'nin ve gerekse M... Gazetesi'nin tüzel kişiliklerinin bulunmadığı gibi, sahiplerinin gerçek kişiler olduğu dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca da gazetelerin sahiplerine davanın yöneltilmesi gerekirken, tüzel kişiliği bulunmayan gazetelerin davada taraf gösterilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülerek hüküm kurulması isabetsiz olup, bozma nedenidir.' 21. HD 2007/25600 E, 2008/7018 K.(AKİP içtihat programı)

2.1.2.3. Dava Ehliyeti

Genel anlamda yargılama işlemlerinde yer almak ve davayı davalı veya davacı sıfatıyla bizzat takip yeteneğine dava ehliyeti denir⁵¹. Kişinin kendisi tarafından veya yetkili kılacağı temsilci aracılığı ile bir davayı takip etme ve usûl işlemlerini yapabilme yeteneği olarak tanımlanan dava ehliyeti, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin medeni usûl hukukunda büründüğü şekildir⁵².

Ayırt etme gücüne sahip reşit ve kısıtlı bulunmayan her gerçek kişi tam dava ehliyetine haizdir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar Medeni Kanunda belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kişinin bu işle ilgili yaptığı işlemler, tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış olan serbest mal ve alacaklar ile ilgili olmak üzere, bu üç istisnai durumda açılacak davalarla sınırlı olarak dava ehliyetine sahiptirler. Bunların dışında ise ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların dava ehliyetleri yoktur ve davada kanuni temsilcileri tarafından temsil olunurlar (HUMK m.38,MK m. 16,359,453,455,462)⁵³.

Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin fiil ehliyetleri olmadığından dava ehliyetleri de yoktur. Bu nedenle davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler (HUMK m.38,MK m.13,14,15).

Tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunduğundan, bunlar da dava ehliyetine de sahiptirler ve dava ehliyetini yetkili organlar vasıtasıyla kullanırlar (MK m.49).

Tarafların dava ehliyetine sahip olması dava şartlarındandır. Dava ehliyeti bulunmayan tarafın davada yasal temsilcisi tarafından temsili

⁵¹ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.63.

⁵² 10. HD 2007/22060 E, 2009/1445 K.(AKİP İçtihat Programı).

⁵³ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.271.

‘kişinin kendisi tarafından veya yetkili kılacağı temsilci aracılığı ile bir davayı takip etme ve usûl işlemlerini yapabilme yeteneği olarak tanımlanan dava ehliyeti, medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin medeni usûl hukukunda büründüğü şekildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar kural olarak dava ehliyetine sahip olmadıkları için davada yasal temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerekir ve dava ehliyeti, dava şartlarından olduğundan, taraflarca ileri sürülmesine gerek kalmaksızın mahkemece kendiliğinden gözetilir’.10. HD 2007/22060 E, 2009/1445 K.(AKİP İçtihat Programı).

zorunludur⁵⁴. Aksi halde davanın reddine karar verilir. Dava ehliyeti dava şartlarından olup davaya bakan hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir⁵⁵.

2.1.2.4. Davaya Vekalet Ehliyeti Ve Geçerli Vekaletname

Davada tarafların temsili, kanuni temsil ve İradi temsil olmak üzere iki şekilde olur. Kanuni temsilde, dava ehliyeti olmayanların davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir. İradi temsilde, tarafların yada kanuni temsilcilerinin iradelerine dayanan temsildir. Dava ehliyeti olan taraf davasını kendi açıp takip edebileceği gibi atadığı bir temsilci aracılığı ile de açabilir ve takip edebilir (HUMK. m. 59). Kanuni temsil yalnız dava ehliyeti bulunmayanlar için söz konusu olduğu halde iradi temsil kanuni temsil hallerinde de mümkündür. Davaya vekalet temsil yetkisi verilmesidir ve tek taraflı bir hukuki işlemdir. Vekil vasıtası ile takip edilen davalarda vekilin geçerli bir vekaletnamesinin bulunması ve davaya vekalet ehliyetine haiz olması şarttır ve mahkeme vekilin geçerli bir vekaletnamesinin bulunup bulunmadığını resen araştırır. Mahkeme bu şartın gerçekleşmediğini görürse davanın reddine karar verir⁵⁶.

⁵⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.263.

⁵⁵ ‘Dava ehliyeti, işinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci vekil aracılığı ile bir davayı takip etme ve usulü işlemleri yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti dava şartlarından olup davaya bakan hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir. Temyiz kudretinden yoksun olan kişilerin medeni hakları kullanma ehliyeti ve dava ehliyeti yoktur. Temyiz kudreti olmayan kişiler taraf bulundukları davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler. Somut olayda davalıların, tam ehliyetsiz olan davacının verdiği vekalet dayalı olarak vekil vasıtasıyla açılmıştır. Davacıya vasi tayin edildiğine ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ve belge yoktur. Bu durumda yapılacak iş, davacıya bir vasi tayin ettirmek ve alınacak husumet izniyle davaya devam olunarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken yazılı şekilde dava ehliyeti bulunmayan davacının açtığı davanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırıdır. O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.’ 21. HD 2007/7560 E, 2008/858 K. (AKİP içtihat programı)

⁵⁶ ‘Davaya vekalet verilmesi yalnız başına bir sözleşme değildir. Vekaletname vekilin müvekkilini temsil etmeye yetkili olduğunu gösterir. Kanun vekaletname için şekil şartı aramaktadır. (HUMK. m. 65). Bu bir ispat şartıdır. Vekil vekaletnamesinin aslını veya onanmış örneğini dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye vermekle yükümlüdür. (HUMK. m. 65, 67) vekil aracılığı takip edilen davalarda geçerli bir vekaletname bulunması bunun mahkemeye verilmesi dava şartıdır. Bu nedenle mahkeme vekilin vekaletnamesinin bulunup bulunmadığı resen araştırır. Taraflardan her biri de bu yönde her zaman itirazda bulunabilir. Açılmış bir davayı vekil sıfatı ile takip etmek

2.1.3. Dava Konusuna İlişkin Dava Şartları

2.1.3.1. Hukuki Yarar

Dava açarak mahkemeden hukuki koruma talep eden kişinin dava açmada hukuki yararının bulunması gerekir⁵⁷. Ayrıca bu hukuki yarar kanun tarafından kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı ve dava açıldığında bu hakkı var olmalıdır⁵⁸. Söz konusu yarar maddi olabileceği gibi manevide olabilir⁵⁹. Hukuki yarar şahsi olmalıdır. Bu nedenle başkasına ait bir hakka istinaden dava açılamaz⁶⁰.

Hukuki yarar şartının oluşup oluşmadığı mahkeme tarafından resen göz önün alınır ve bu şart oluşmadığı takdirde davanın reddine karar verilir⁶¹.

isteyen kişi vekaletnamesinin var olduğunu bildirse bile vekaletnamenin aslını yada onanmış örneğini mahkemeye vermeden yargılama ile ilgili hiç bir görev yapamaz. Böyle bir kişi vekil sıfatı ile oturuma kabul olunamaz. Keza vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekil gecikmesinde zarar umulan haller dışında dava açamaz. Mahkeme vekaletnamesiz dava açan vekilin imzası olan dilekçeyi ret etmek gerekir(HUMK. m. 67).Mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 465-472 maddelerine göre vekil tayin edilmesi isteme hakkının verilmesini kapsayan adli muzaheret kararı üzerine Baroca avukat görevlendirilir. Ya da Avukatlık Kanununun 178 maddesine göre adli müzaheret bürosuna adli müzaherete bir avukatın memur edilmesi halinde bu avukatların da vekaletname vermesi gerekip gerekmeyeceği düşünülebilir. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 59 ve 67. maddeleri kesin hüküm koymuştur. Hangi yoldan ve hangi kanuni gereği sonucu olarak bir kimseyi davada avukat temsil edecekse mutlaka mahkemeye vekaletname getirme mecburiyetindedir. Usul yasası, kesin kural korken gecikmesinde zarar umulan hallerde kesin süre içinde vekaletname verme şartı ile istisnai durumu gözetmiştir. Adli Yardım kararında memur edilen avukatın vekaletnamesiz davaya bakabileceğini belirtmemiştir. Adli Müzaheret sebebiyle görevlendirilen vekilde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 67. maddesi gereğince vekaletname vermek zorundadır'. 2.HD 1997/13242 E,1998/533 K.. (AKİP içtihat programı)

⁵⁷ BELGESAY: (Dava Teorisi),s.29.

⁵⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.263.

⁵⁹ KARAFAKİH,İsmail Hakkı : Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları,Ankara 1952,s.116.

⁶⁰ BERKİN,M.Necmeddin: Medeni Usul Hukuku Esasları(Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları),İstanbul 1969,s.60.

⁶¹ 'Dava, tarafların paydaş bulundukları taşınmaz üzerindeki yapının tamirati nedeni ile meydana gelen değer artışı oranının tespitine ilişkindir. Daha önce taraflar arasında görülen mülkiyetin aidiyetinin tespiti davasıyla binanın paydaşlara ait olduğu kesinleşmiştir. Henüz taraflar arasında görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası bulunmamaktadır. Kural olarak eda davası ile istenebilecek konuda tespit davası açılamaz. Diğer bir ifade ile davacının taşınmazın üzerindeki binanın tamirati nedeniyle yaptığı masrafları diğer paydaşlardan, payları oranında bir eda davası ile isteyebileceğinden bu davada da binanın değerindeki artış mahkemece araştırılıp tespit olunacağından davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Hukuki yarar davanın ön şartıdır. Mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Bu nedenle davanın reddine karar

Bu karar esasa ilişkin olmadığından daha sonra hukuki yarar gerçekleşirse aynı dava tekrar açılabilir⁶².

Davada menfat kavramı, davacının dava ile ulaşmayı istediği amaç olarak tanımlanabilir. Davada kabule şayan kılacak bir menfeatin varlığı, davacının dava yolu ile kazanabileceği bir faydanın bulunmasına bağlıdır⁶³.

2.1.3.2. Kesin Hükümün Bulunmaması

Aynı kişiler ve aynı konuya ilişkin aynı dava sebebine istinaden daha önceden bir dava açılmış ve bu davayla ilgili verilen hüküm kesinleşmiş ise bu durumda dava konusu açısından kesin hüküm söz konusudur⁶⁴. Daha önce kesinleşmiş dava konusu ile ilgili olarak tekrar dava açılırsa açılan davanın reddine karar verilir. Kesin hükümün varlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkeme de; (Yargıtay da) davanın her aşamasında kesin hüküm varlığını kendiliğinden gözetmelidir⁶⁵.

verilmesi gerekirken yukarıda açıklandığı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.' 7. HD 2003/2258 E, 2003/2650 K. (AKİP içtihat programı)

⁶² BERKİN: (Medeni Usul Hukuku Esasları),s.61.

⁶³ HANAĞASI: s. 117.

⁶⁴ KURU: Usul,c. 2, s.1361.

⁶⁵ Dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için HUMK.nun 237. maddesi uyarınca birinci ve ikinci davanın konusunun dava sebebinin (vakıalar) ve taraflarının aynı olması gerekir.Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle; yargılama hukuku açısından "dava şartı" ile "kesin hüküm" kurum ve kavramlarının temel hukuki esasları üzerinde durulmasında yarar vardır.Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu Düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar var olmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığından öğrenilmesi durumunda mahkeme davanın mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir.Bu bağlamda, olayla sıkı bağlantısı nedeni ile hemen vurgulayalım ki, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması da (olumsuz) dava şartıdır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun), dava sebeplerinin (vakıaların) ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur (HUMK. m.237). Kesin hüküm, hem bireyler için hem de Devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenirlik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay'da) davanın her

2.1.4. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Dava Şartları

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında dava şartları 119. Maddede sayılmıştır.

MADDE 119– (1) Dava şartları şunlardır:

- a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması.
- b) Yargı yolunun caiz olması.
- c) Mahkemenin görevli olması.
- ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması.
- d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları, yasal temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.
- e) Dava takip yetkisine sahip olunması,
- f) Vekil aracılığıyla takip edilen veya vekil aracılığıyla takibi zorunlu olan davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması.
- g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.
- ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi.
- h) Davacının, dava açmakta hukukî yararının bulunması.
- ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması.
- i) Aynı davanın, daha önceden kesin bir biçimde hükme bağlanmamış olması.

(2) Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.

aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, varsa davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez. Hal böyle olunca; mahkemece Özel Dairenin bozma ilamına uyularak davanın kesin hüküm nedeniyle reddi gerekirken direnilmesi yerinde olmamıştır. HGK 2005/21-66 E, 2005/93 K. (AKİP içtihat programı)-

şeklindeki düzenleme yer almaktadır.

Maddenin gerekçesinde;

Tasarı Maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen hâkim tarafından resen gözetilmesi gereken hususların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Burada sözü edilen dava şartlarından maksat, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen hâllerdir. Ayrıca maddede, davanın taraflarına ve davanın konusuna ilişkin dava şartlarının tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması; yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; kesin yetki hâllerinde, mahkemenin yetkili bulunması; tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması, yasal temsilin işlerlik kazandığı hâllerde, yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması; davayı takip yetkisine sahip olunması; vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması; davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması; davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması, aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin bir biçimde hükme bağlanmamış bulunması, genel dava şartları olarak belirlenmiştir.

Tasarı maddesinin (ı) ve (i) bentlerinde sayılan hâller diğerlerinden farklı olarak olumlu değil; olumsuz dava şartı konumundadırlar. Maddenin (e) bendinde yer alan düzenleme ile ilk defa hukukumuzda dava takip yetkisi kurumuna yasal bir dayanak oluşturmuştur. Burada sözü edilen davayı takip yetkisinden maksat, davada taraf olan kişinin o davayı kendi adına yürütebilme ve kendi adına esas hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Sözü edilen kurum, şekli taraf kuramının kabulünün sonucu olarak ortaya çıkmış ve sözü edilen kuramı tamamlamak amacıyla geliştirilmiştir. Davayı takip yetkisi,

maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki karşılığını oluşturur. Ayrıca, bu kavram, davada taraf olmadığı hâlde kanun gereği taraf gibi davranmakla görevli kılınmış olanların hukukî konumlarının açıklanmasında başvurulacak bir kavram konumundadır. Yine bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde davanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla davacının yatırmaması gereken gider avansını yatırmış bulunması da bir dava şartı hâline getirilmiştir.

Tasarı maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yapılan düzenlemeyle, Türkiye’de mutlak meskeni bulunmayan Türk vatandaşının Türkiye’de dava açması durumunda, göstermesi gereken teminatın gereğini yerine getirmemesi hâlinin dava şartı olarak öngörülmesi suretiyle, mahkemece her zaman gözetilmesi ve taraflarca da her zaman ileri sürülebilmesi olanağı yaratılmıştır. Böylelikle, 1086 sayılı Kanunun 187 nci maddesinin birinci bendinde yer alan ve Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının Türkiye’de dava açması hâlinde bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesini öngören düzenlemenin varlığına da son verilmiştir.

Tasarı maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde ise, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmasının bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukukî yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurulmasında hâli hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu şekilde anlam ve içerik yüklenen hukukî yarar kavramına grup davası bağlamında yeni bir açılımın getirilmesi de sağlanmış; hâli hazırda Kollektif hukukî himaye ihtiyacı içerisinde bulunma da, bu kapsamda mütalaa edilmiştir.

Tasarı maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde ise, aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması hususu yani teknik bir ifadeyle derdestlik iddiası bir olumsuz dava şartı hâline getirilmiş ve bu

suretle derdestlik itirazı ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesi sağlanmıştır.

Açılmış ve görülmekte olan bir davanın davacısı, hukukî korunma sürecini başlatmıştır. Artık onun aynı davayı yeniden bir başka mahkeme önüne getirmesinde hukuken korunmaya değer güncel bir yararı kalmamıştır; bu bağlamda hukuken korunma ihtiyacı içerisinde bulunmamaktadır ve onun yapacağı tek iş, davanın sonucunu beklemekten ibarettir. Öte yandan, dava açmaktaki yarar hukukî olmalıdır; ideal veya ekonomik yarar tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla daha önce açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, hangi saikle olursa olsun ikinci kez açılması hâlinde, davacının bu ikinci davayı açmaktaki kararı hukukî değildir. O hâlde derdestlik itirazının korunmasının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmesinin sağlanmasında davacının hiçbir hukukî yararının bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır. Hukukî yararın ise dava şartı olduğu konusunda, bu düzenlemeden önce dahi doktrin ve yargı uygulaması bağlamında bir görüş birliği mevcuttur. Derdestlik itirazı da hukukî yarar eksikliğinin, somut ve özel plânda bir düzenleniş biçimi olduğuna göre, onun da temelinde yatan bu düşünceye uygun bir işlev görmesinin sağlanabilmesi için ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usulî bir itiraza dönüştürülmesinde kaçınılmaz bir zorunluluk mevcuttur.

Tasarı maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde ise, aynı davanın daha önceden kesin bir biçimde hükme bağlanmamış olmasının bir dava şartı olduğu hususuna yasal çerçevede açıklık kazandırılmıştır. Derdestlik gibi kesin hüküm itirazı da, “ne bis idem” (aynı fiilden ötürü bir kişi ancak bir kez yargılanabilir) kuralını temel alır. Kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisiyle ilişkili bir itiraz konumundadır. Burada sözü edilen maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisinden maksat, karara konu kılınan uyuşmazlığın yeni bir davanın konusunu oluşturamaması; oluşturmuşsa böyle bir davanın dinlenmeyip usulden reddedilmesidir. Bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın, daha önce kesin bir hükümle çözümlenmiş olması nedeniyle, mahkemece yeniden inceleme konusu

yapılamayacağını öngören bir usulî itiraz biçiminde tanımlanan kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesin hükmün müspet değil; menfi etkisiyle ilişkilidir. Zaten maddî anlamda kesin hüküm de, müspet değil menfi etkisi itibariyle bir dava şartı konumundadır. Kesin hüküm itirazını da, menfi etkiyle ilişkili konumda bulunduğundan, dava şartına ilişkin bir itiraz olarak nitelemek gerekir. Bu suretle, maddî anlamda kesin hükmün, kesin hükümle mahkemenin ve davanın taraflarının bağlı olması, özellikle lehine karar verilen kişinin hakkının inkâr edilememesi biçiminde tanımlanan müspet etkisi itibariyle, dava şartı niteliği vurgulanmış olmaktadır.

Tasarı maddesinin ikinci fıkrasında ise, münferit davalar bakımından diğer kanunlarda yer alan ve özel dava şartları öngören düzenlemelerin uygulanma alanlarının saklı tutulduğuna açıkça işaret edilmiştir.

3- DAVA ÇEŞİTLERİ

3.1. Eda Davaları

Eda davası mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya, bir hakkın yerine getirilmesine ilişkin talepte bulunduğu davalardır⁶⁶. Bu davalara mahkumiyet davaları da denilir⁶⁷. Eda davasına davalının gayrimenkulü tahliye etmesini istemek, kiracının kira borcunu ödemesini istemesi, bir hakkın tescilinin istenilmesi gibi örnekler gösterilebilir⁶⁸.

⁶⁶ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.392,393.

⁶⁷ ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.223.

⁶⁸ ‘Davacı vekili, vekil edenine ait dava dilekçesinde mevkii ve sınırları yazılı taşınmazın güneyinde kalan ve ıslah çalışmaları sonucu derenin etkisinden kurtulan taşınmaz bölümünün vekil edenine ait olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, dava konusu yer üzerinde kazanma koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre dava konusu taşınmaz ve kuzeyinde yer alan dava dışı davacıya ait taşınmaz tapusuz yerlerdir. Davacı vekili, vekil edeninin dava konusu yeri 1982 yılında başka kimseden satın ve devraldığını, zaman zaman su baskınlarının etkisinde kalması nedeniyle Devlet Su İşleri tarafından yapılan ıslah çalışmaları sonucu taşınmazın derenin etkisinden kurtulduğunu, vekil edeninin tasarrufta bulunduğunu

Eda davaları nitelikleri yönüyle alacaklının alacağını istifa etmesi borçlunun ise borcunu edaya mahkum edilmesini kapsamaktadır⁶⁹. Eda davalarının konusunu hem şahsi (örneğin satış bedelinin ödenmesi) hem de ayni (örneğin istihkak davası) haklar oluşturabilir⁷⁰. Uygulamada en çok karşılaşılan dava çeşidi eda davasıdır. Eda davası konusunun maddi hukuka dayanan bir istek olması nedeniyle maddi hukukun bu konuda talep hakkı tanımadığı durumlarda açılacak davanın reddine karar verilir⁷¹.

Mahkemece eda davası sonucunda davanın kabulüne yani aynen iade ya da bedelin tahsiline veya istemin reddine dair bir karar verilebilir⁷². Eda davalarında mahkeme kurduğu hükümle hem davacının iddiasını tespit eder

belirterek zilyetliğin tespiti isteğinde bulunmuştur. Eda davası açması gerekirken açmış olduğu zilyetliğin tespiti davası dinlenemez. Davacının, tescil davası açması gerekirken zilyetliğin tespitini istemiş olması doğru görülmemiştir. Diğer yönden bu tür davaların Hazine ve diğer kamu tüzel kişilerine karşı açılması gerekir. Hazineye dava yöneltilmeden sadece Köy Tüzel Kişiliğinin dava edilmek suretiyle tespit isteğinde bulunmuş olması da doğru değildir. Tüm bunlardan ayrı dava konusu taşınmaz üzerinde koşullarına uygun olarak davacının tasarrufta bulunduğu da kanıtlanamamış bulunduğu ve taşınmazın niteliği göz önünde tutularak davanın reddine karar verilmiş olmasında herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.’ 8. HD 2006/1913 E, 2006/2366 K. (AKİP içtihat programı)

⁶⁹ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.414.

⁷⁰ KURU,Baki: Tespit Davaları(Kuru,Tespit Davaları),Ankara 1963,s.7.

⁷¹ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.314.

⁷² ‘Davalar mahkemeden istenen hukuki korunmanın çeşidine göre üçe ayrılır.1-Eda davaları, 2-Tespit davaları, 3-İnşai davalar. Eda davasında, davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini ister.Tespit davaları ise,bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır.Davacının davası bir eda davası niteliğinde olup,davalıda kaldığı iddia edilen eşya ve altınların aynen iadesi olmazsa bedelinin tahsili istenmiştir.Mahkemece bu eda davası sonucunda davanın kabulüne yani aynen iade ya da bedelin tahsiline veya istemin reddine dair bir karar verilebilir.Mahkemece bir kısım altınlara ve taşınmaza ilişkin davanın reddine karar verilmiş,ancak ve mehir senedinde yazılı altın ve eşyalar ile ilgili kabul yada redde ilişkin bir hüküm verilmemiş,bu altın ve eşyaların tarafların müşterek mülkiyetinde olduğunun tespitine karar verilmiştir. Davacı tarafça açılan bu eda davasında mahkemece olumlu yada olumsuz bir hüküm verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile tespit kararı verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.’ 6. HD 2006/7535 E, 2007/10553 K. (AKİP içtihat programı)

hem de davalının bir şeye mahkumiyetini beyan eder⁷³. Tespit davasında eda davasından ayrı olarak böyle bir mahkumiyet emri yoktur⁷⁴.

Eda davası açılabilir durumlarında tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Çünkü, eda davası sonucunda verilen hüküm, aynı zamanda iddia edilen hukuki ilişkinin var olup olmadığını da tespit etmektedir⁷⁵. Bu durumun da istisnaları vardır. Örneğin tespit davası ile istenen amaç, eda davası ile tamamen elde edilemiyorsa, o zaman, eda davasının mümkün olmasına rağmen, bundan bağımsız olarak ayrı bir tespit davasına izin verilmelidir⁷⁶.

Eda davasının mümkün olduğu durumlarda, tespit davası açılmasına izin verilse, dava sayısının iki katına çıkma tehlikesi oluşacaktır. Bu durum yalnız mahkemelerin iş yoğunluğunu arttırmakla kalmayıp, aynı zamanda para ve zaman kaybına yol açar⁷⁷.

⁷³ ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.223.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında;‘Davacılar ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatları ile genel tatil, izin ve fazla mesai ücretleri taleplerinde bulunmuşlardır. Mahkemece çalışılan sürenin tespiti ile ilgili olarak öncelikli bir dava açılmadan doğrudan doğruya eda davası açılmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, eda davası tespiti de içerir ortada açılmış bir eda davası bulunduğu göre tarafların delilleri toplanıp değerlendirilmek suretiyle her bir kalem alacak hakkında hüküm kurulmalıdır.’ 9. HD 2001/14088 E, 2001/17957 K. (AKİP içtihat programı)

⁷⁴ ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.223.

⁷⁵ “Kural olarak, eda davası açılabilir durumlarda tespit davası açılabilmesi mümkün değildir. Muhtesatın bağlı olduğu taşınmazdan ayrı bir mülkiyet olamayacağından, muhtesatın mülkiyetinin ayrıca tespiti için dava açılmaz. Ancak, muhtesatın kim tarafından yapıldığına ilişkin hüküm kurulabilir. Bu nedenlerle davacının; alacak davası açma hakkı varken, yaptığı iyileştirme giderlerinin tespitini ve muhtesat mülkiyetinin tespiti isteyebilme hakkı yoktur. Hak düşürücü süre olumsuz dava koşulu olup, taraşarca ileri sürülmesi bile mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Kural olarak, öğretisi ve uygulamada eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmektedir. Hukuki yarar dava koşuludur. Davacı tarafın tapu kütüğünde kayıtlı kargir eve sonradan kullanılır hale gelmesi için tadilat ve onarım yaptırdığının belirlenmesi halinde bina değerini artıran ve faydalı ve zorunlu giderlerden sayılan bu iyileştirme giderlerinden payına düşen kısmın koşullarının varlığı halinde BK 61 ve onu izleyen maddeleri hükmüne ve sebepsiz zenginleşme kurallarına göre ileride açılacak eda nitelikli alacak davası ile davalıdan istenebileceği kuşkusuzdur. Davacı tarafın alacak davası açma hakkı mevcut iken yaptığı iyileştirme giderlerinin tespitini istemekte hukuki yararı bulunmadığı gibi, binanın kendisi tarafından yaptırılan onarım ve tadilat nedeniyle kullanılabilir hale geldiğini öne sürerek mülkiyetini iddia etme hakkı da yoktur.” Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E. 2008/2073, K. 2008/2557.(Meşe İçtihat Programı)

⁷⁶ KURU: (Tespit Davaları), s. 39. ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.224.

⁷⁷ KURU: (Tespit Davaları), s. 36-43.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; " iddia ve savunmaya mahkemece toplanıp değerlendirilen deliller ile duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre dava niteliği ve içeriği itibarıyla 3573 ada 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatların aidiyetinin tesbitine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kabulüne, karşı davanın ise reddine karar verilmiştir. Saptanan dava niteliği ve dosya içeriğine göre davacı tarafların dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı belirlenmiştir. Kural olarak tesbit davasının dinlenebilmesi için genel dava şartlarından başka iki özel koşula daha ihtiyaç vardır. Gerçekten sözü edilen ve aşağıda açıklanan koşulların, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "Tespit davasının kendine özgü koşulları olarak nitelendirilmektedir."

Sözü edilen özel koşullara gelince;

1- Özel koşulların İlki, tesbit davasının konusunu ancak bir hukuki ilişkinin oluşturabileceği tartışmasızdır. Gerçekten, tesbit hükmü, hak ve alacakların doğduğu hukuki ilişkinin mevcut olup, olmadığını tesbit etmekte olup, miktarları hakkında bir şey içermez. Bu nedenle uygulamada, konusu, yalnızca maddi vakıa ya da vakıalar olan tesbit davalarının dinlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kural olarak maddi vakıa ya da vakıalar ancak hukuki bir ilişki ile birlikte tesbit davasına konu olabilirler. 2- Davacının sözünü ettiği açık bir anlatımla öne sürdüğü hukuki ilişkinin, mevcut olup olmadığının, hemen tesbitinde, hukuki bir yararı bulunmalıdır. Hukuki yarar koşulu, tesbit davasını hükme bağlayan tüm yasalarda öğretide ve uygulamada kararlılıkla aranmaktadır. Öte yandan, bir hukuki ilişkinin, hemen tesbitinde, hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, üç koşulun birlikte olması zorunludur. Sözü edilen üç koşulun hemen açıklamak gerekirse; A) Davacının bir hakkı veya hukuki durumunun halihazır bir tehlike ile ciddi biçimde tehdit edilmiş olması ve sözü edilen tehlikenin yakın ve tehdidin ciddi olması gerekir. B) Bu ciddi tehdit sebebiyle davacının hukuki durumunun tereddüt ya da belirsizlik içinde olması, bu hususun davacı için bir zarar meydana getirebilecek nitelikte bulunması gerekir. Tehdit, objektif olarak değerlendirildiğinde, bir zarar doğurabilecek nitelikte olmalıdır. C) Yalnızca koşulları usulün 237. maddesi hükmünde tanımlanan biçimde kesin hükmün

sonuçlarını meydana getiren, cebri icraya yetki vermeyen bir başka deyişle icra ve infaz kabiliyeti bulunmayan tesbit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olması zorunlu olduğu gibi, davacının, hukuken korunma ihtiyacı da halihazırda bulunmalıdır. Özellikle hukuki yarar koşulu tesbit davasının açıldığı günde mevcut olmalı ve hüküm verilene değin de varlığını sürdürmesi zorunludur. Açıklanan nedenle davacının, hukuki korunma (himaye) ihtiyacını, başka bir vasıta ile tamamen tatmin edebilmesinin, mümkün olduğu hallerde, hukuki ilişkinin mucerret tesbitinde, hukuki yararının bulunmadığı bu nedenle tesbit davası açamayacağı kuşkusuzdur. Kural olarak, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "eda davası" açılmasının mümkün olduğu hallerde tesbit davası açılmasında hukuki bir yararın bulunmadığı kabul edilmiştir. Sözü edilen kuralın ayırık hali olarak "eda davası" ile elde edilecek tesbit hükmünün kapsamı, tesbit davası ile elde edilecek tesbit hükmünün kapsamından daha dar ise, "eda davası" açılması mümkün olmasına rağmen, eda davasından, bağımsız olarak ayrı bir tesbit davası açılabileceği de öğretide ve uygulamada kararlılık kazanmıştır. Az yukarıda genel dava şartlarından ayırık olmak üzere tesbit davasına özgü koşulların mahkemece resen gözetilmesi zorunludur. Bu hukuksal olguların ışığı altında duraksamasız belirtmek gerekirse hukuki yarar, dava koşuludur. SONUÇ : Mahkemece bu olgular gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz davalı-karşı davacı A. A. tarafın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde ilgisine iadesine, 19.07.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E. 2005/2288, K. 2005/2425.(Meşe İçtihat Programı).

Mahkeme tarafından davacının talebi doğrultusunda hüküm kurulduğunda hükmün gereği davalı tarafından yerine getirilmez ise ilamların icrası yoluyla yerine getirilmesi sağlanır⁷⁸.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 111. Maddesinde eda davası tanımlanmıştır. Bu maddeye göre eda davası; dava yoluyla

⁷⁸ POSTACIOĞLU:s.210.

mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesinin talep edilmesidir.

Maddenin gerekçesinde; Tasarıda yer alan bu madde ile, hukuk uygulaması bakımından son derecede önem taşıyan ve sıklıkla kendisine müracaat edilen bir dava çeşidi olan, eda davalarına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir. Eda davaları, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesini hedefleyen bir dava çeşidi olduğu belirtilmiştir.

3.2. Tespit Davaları

Bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin aydınlatılması hususlarının tespiti talebiyle ilgili davaya tespit davası denir⁷⁹. Tespit davasına bir malın mülkiyetinin kime ait olduğunun tespiti örnek gösterilebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tespit davası açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak doktrinde ve uygulamada tespit davasının açılabilceği kabul edilmektedir⁸⁰. Doktrinde bir davada hakkın edasının istenebilmesi için daha

⁷⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.268.

⁸⁰ Yargıtay bir kararında tespit davasının koşullarını ve unsurlarını açıkça ortaya koymuştur; KARAR : İddia ve savunmaya, mahkemece toplanıp değerlendirilen deliller ile duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre dava niteliği ve içeriği itibarıyla Hazine adına kayıtlı bulunan 101 ada 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın aidiyetinin tespitine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Saptanan dava niteliği ve dosya içeriğine göre davacı tarafın dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı belirlenmiştir. Kural olarak tespit davasının dinlenebilmesi için genel dava şartlarından başka iki özel koşula daha ihtiyaç vardır. Gerçekten sözü edilen ve aşağıda açıklanan koşulların öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "TESPİT DAVASININ KENDİNE ÖZGÜ KOŞULLARI OLARAK NİTELENDİRİLMEKTEDİR."

Sözü edilen özel koşullara gelince;

1- Özel koşulların ilki, tespit davasının konusunu ancak bir hukuki ilişkinin oluşturabileceği tartışmasıdır. Gerçekten, tespit hükmü, hak ve alacakların doğduğu hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit etmekte olup, miktarları hakkında bir şey içermez. Bu nedenle uygulamada, konusu yalnızca maddi vakıa ya da vakıalar olan tespit davaların dinlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kural olarak maddi vakıa ya da vakıalar ancak hukuki bir ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler.

2- Davacının sözünü, ettiği açık bir anlatımla öne sürdüğü hukuki ilişkinin, mevcut olup olmadığının hemen tespitinde hukuki bir yarar bulunmalıdır. Hukuki yarar koşulu, tespit davasını hükme bağlayan tüm yasalarda, öğretide ve uygulamada kararlılıkla aranmaktadır.

Öte yandan, bir hukuki ilişkinin, hemen tespitinde, hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, üç koşulun birlikte olması zorunludur. Sözü edilen üç koşulu hemen açıklamak gerekirse;

önceden bu hakkın tespiti istenmesi gerektiği gerekçesiyle tespit davasının varlığı kabul edilmektedir⁸¹.

Tespit davasının dinlenebilmesi için, davacı tarafın dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir. Aksi halde açılan davanın reddine karar verilir⁸².

A) Davacının bir hakkı veya hukuki durumunun halihazır bir tehlike ile ciddi biçimde tehdit edilmiş olması ve sözü edilen TEHLİKENİN YAKIN VE TEHDİDİN CİDDİ OLMASI GEREKİR.

B) Bu ciddi tehdit sebebiyle davacının hukuki durumunun tereddüt ya da belirsizlik içinde olması, bu hususun davacı için bir zararı meydana getirebilecek nitelikte bulunması gerekir. Tehdit, objektif olarak değerlendirildiğinde, bir zarar doğurabilecek nitelikte olmalıdır.

C) Yalnızca koşulları usulün 237. maddesi hükmünde tanımlanan biçimde kesin hükmün sonuçlarını meydana getiren, cebri-icraya yetki vermeyen bir başka deyişle icra ve infaz kabiliyeti bulunmayan TESBİT HÜKMÜNÜN BU TEHLİKEYİ ORTADAN KALDIRACAK NİTELİKTE OLMASI ZORUNLU OLDUĞU GİBİ, DAVACININ, HUKUKEN KORUNMA İHTİYACI DA HALİHAZIRDA BULUNMALIDIR. ÖZELLİKLE HUKUKİ YARAR KOŞULU TESBİT DAVASININ AÇILDIĞI GÜNDE MEVCUT OLMALI VE HÜKÜM VERİLENE DEĞİN VARLIĞINI DA SÜRDÜRMESİ ZORUNLUDUR. Açıklanan nedenle davacının, hukuki korunma (himaye) ihtiyacını, başka bir vasıta ile tamamen tatmin edebilmesinin mümkün olduğu hallerde, hukuki ilişkinin mücerret tespitinde, hukuki yararının bulunmadığı bu nedenle tespit davası açamayacağı kuşkusuzdur.

Kaldı ki, aidiyetinin tespiti istenen muhdesatın 101 ada 1 parsel sayılı taşınmazın tutanağının beyanlar hanesinde gösterilen muhdesat olmadığı, tutanağın beyanlar hanesinde gösterilen muhdesatın yıkılarak 2002 yılında dava ve temyiz konu muhdesatın meydana getirildiği, 101 ada 1 parsel sayılı taşınmaz hakkında görülmekte olan derdest ortaklığın giderilmesi davasının da bulunmadığı, sözü edilen taşınmazın yetkili idari merciiler tarafından kamulaştırılmadığı dikkate alındığında davacı tarafın dava açmakta hukuksal yararının bulunmadığı kuşkusuzdur.

Kural olarak, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "EDA DAVASI" açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmasında hukuki bir yararın bulunmadığı kabul edilmiştir.

Sözü edilen kuralın aynı hali olarak "eda davası" ile elde edilecek tespit hükmünün kapsamı, tespit davası ile elde edilecek tespit hükmünün kapsamından daha dar ise, "eda davası" açılması mümkün olmasına rağmen, eda davasından bağımsız olarak ayrı bir tespit davası açılabileceği de öğretide ve uygulamada kararlılık kazanmıştır.

Az yukarıda genel dava şartlarından ayrık olmak üzere tespit davasına özgü koşulların mahkemece resen gözetilmesi zorunludur. Bu hukuksal olguların ışığı altında duraksamasız belirtmek gerekirse HUKUKİ YARAR, DAVA KOŞULUDUR.

SONUÇ : Mahkemece bu olgular göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi usulün 74. maddesi hükmüne aykırı biçimde dava dışına çıkılarak hüküm kurulması dahi isabetsiz, davalı Hazine'nin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle BOZULMASINA karar verildi. 7. HD 2006/717 E, 2006/622 K. (AKİP içtihat programı)

⁸¹ KURU:(Tespit Davaları),s.18; BERKİN:(Usul Hukuku Rehberi),s.395; POSTACIOĞLU:(Usul Hukuku),s.214; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.269; ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.324; ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.423,424.

⁸² 'Tespit davasının dinlenebilmesi için, davacı tarafın dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir.Öğretide ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere göre de, davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulmaması olması başlı başına bozma nedenidir. Muhtesatın aidiyetinin tespiti davalarında, ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında muhtesatın davacı tarafça meydana getirildiğini açıkça kayıtsız ve koşulsuz kabul edenler dışında kalan ve muhtesatın üzerinde bulunduğu taşınmazda paydaş olan tüm tapu maliklerinin davada taraf

Tespit davasında sadece bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu konusunda tespitine hükmedilir. Tespit davasında eda davasında olduğu gibi davalı bir şeyi yapmaya ve bir şeyden kaçınmaya mahkum edilmez. Bu nedenle tespit davası sonucu verilen hükmün ilamların icrası yoluyla takibi mümkün değildir (İİK m.24 vd.)⁸³. Dava konusuyla ilgili eda davası açılabilme imkanı bulunduğu takdirde tespit davası açılmaz⁸⁴.

olmaları zorunludur. Somut olaya gelince, dava dosyası içeriğinde bulunan Gebze Birinci Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2006/146 esas sayılı ortaklığın giderilmesine ilişkin dava dosyasının fotokopi örneğinden, hükmü temyiz eden davalı Hatice'nin hüküm verildikten sonra davaya konu muhtesatın üzerinde bulunduğu 1511 parsel sayılı taşınmazdaki payını 2008 tarihinde kayden temlik yoluyla Ramazan'a satıp devrederek taşınmazla ilgisini kestiği, bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasında ve dolayısıyla görülmekte olan muhtesatın aidiyetinin tespiti davasında taraf sıfatının kalmadığı, ayrıca taraflarca takip edilmemesi nedeniyle de ortaklığın giderilmesi davasının 01.07.2008 tarihli duruşma oturumunda HUMK'nın 409. maddesi hükmüne göre işleminden kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Öğreti ve yerleşik Yargıtay uygulamasında kararlılık kazanan görüşlere göre; tespit davalarının dinlenebilmesi için, davacı tarafın dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir. Hukuki yarar olumlu dava koşulu olup, taraflarca öne sürülmesi dahi mahkemece "resen" kendiliğinden dikkate alınması zorunludur. Ortaklığın giderilmesi davasının başvuruya bırakılmasından sonra 3 aylık yasal süre içerisinde yöntemine uygun biçimde yenilenmemiş olması halinde, yasa gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmesinin zorunlu olduğu ve ortaklığın giderilmesi davasının açılmamış sayılması kararının kesinleşmesi halinde ise, davacı tarafın tespit davası açmakta başlangıçta var olan hukuksal yararının ortadan kalkacağı gözetildiğinde, davada sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için ortaklığın giderilmesi davasının işlemden kaldırılmasından sonraki aşamalarının bilinmesi gerektiği, yine tespit davasının görülüp sonuçlandırılabilmesi için de taşınmazdaki payını sonradan devralan Ramazan'ın davada taraf olması gerektiği kuşkusuzdur. Ne var ki, söz konusu olgular hükümden sonra gerçekleştiğinden, mahkemece bu konularda bir araştırma yapılmamıştır. Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre, ortaklığın giderilmesi davasının süresinde yenilenip yenilenmediği, davanın derdest olup olmadığı anlaşılamamaktadır.

Hal böyle olunca, gerek davada taraf koşulu ve gerekse olumlu hukuki yarar, dava koşulu olduğu tartışmasız olan hukuki yarar koşulunun taraflarca öne sürülmesi de mahkemece ve temyiz aşamasında Yargıtay'ca da kendiliğinden (resen) dikkate alınabileceğinden, davalı Hatice'nin temyiz itirazlarının kabulü ile hükümden sonra ve temyiz aşamasında gerçekleşen bu olgular dikkate alınarak yeniden yargılama yapılmak ve yeni bir hüküm verilmek üzere yerel mahkeme kararının (BOZULMASINA) karar verildi.' 7. HD 2008/5581 E, 2008/4856 K.(AKİP içtihat programı)

⁸³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.269.

⁸⁴ Hukukumuzda genel anlamda tespit davalarının varlığını düzenleyen yasa maddeleri mevcut olmamakla birlikte tespit davalarının da dinlenebileceği uygulamada yerleşmiş yargı kararlarında kabul edilmiş bulunmaktadır. Tespit davası, bir hukuki ilişkinin tespitine yöneliktir. Hukuki ilişkiden amaç, bir kişi ile diğer bir kişi veya eşya arasında somut bir olaydan kaynaklanan hukuki ilişkidir. Tespit davası, bir hukuki ilişkinin saptanmasına yönelik olmakla birlikte, talepte bulunanın bu isteminde hukuki yararı da olmalıdır. Ayrıca tespit davası, eda davasının öncüsü niteliğinde olması nedeniyle hukuki ilişkinin belli edilmesi, hukuki ve bağlayıcı bir sonuç doğurması bakımında da açılabilir. Diğer davalarda olduğu gibi tespit davasında da hukuki yarar bulunması zorunludur. Tespit davası açılmasında hukuki yarar ise; a) Davacının hakkı veya hukuki durumu bir tehlike ile karşı karşıya bulunmalı, b) Tehdit nedeniyle hakkının sağlanmasında duraksama meydana gelmeli veya tespit isteyeninin yararı zarar görecektir nitelikte olmalı, c) Tespit talebiyle bu tehdit ortadan kaldırılabilir. Tespit davasının açılabilmesi için diğer bir koşulda, henüz eda davasının açılabilme zamanı gelmemiş olmalıdır. Eğer o anda eda davası açılabilirse

Tespit davasının menfi tespit davası ve müspet tespit davası olmak üzere iki çeşidi vardır. Açılan dava bir hukuki ilişkinin var olduğunun tespitine ilişkin ise müspet tespit davası söz konusudur⁸⁵. Bir bisikletin mülkiyetinin tespiti amacıyla açılan davayı müspet tespit davasına örnek olarak gösterilebilir⁸⁶. Eğer davacı bir hukuki ilişkinin olmadığının tespiti için dava açmış ise menfi tespit davası söz konusudur⁸⁷. Örneğin taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmadığının tespiti için açılan dava menfi tespit davasına örnek olarak gösterilebilir⁸⁸.

tespit davası açma olanağı kalmaz. Dosyadaki delilleri ve davacının iddiasına göre tespit talebinin nedeni (hukuki yarar) açıklanmamıştır. Bir davanın açılabilmesi ve bir talepte bulunulabilmesi için istek sahibinin hukuki yararının bulunması gerekir. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere eda davasının açılacağı durumlarda tespit davasının açılması uygun değildir. Mahkemece yapılacak iş, davacıya tespit isteminin nedeni (hukuki yarar) açıklattırılarak yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda varılacak sonuca göre karar vermekten ibarettir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir. 4. HD 2001/5105 E, 2001/9158 K;

Benzer nitelikte Bkz. 12 HD 2008/24059 E, 2009/5604 K; HGK 2007/18-293 E, 2007/310 K;

8. HD 2006/1913 E, 2006/2366 K; 10 HD 2004/9439 E, 2004/12798 K. (AKİP içtihat programı)

⁸⁵ KURU:(Tespit Davaları),s.21.

⁸⁶ ‘Müspet tespit davasına davacının varlığını iddia ettiği bir hukuksal ilişkinin davalı tarafından inkar edilmesi halinde başvurulur. Hukuksal ilişkiden amaç; bir kimse ile diğer bir kimse veya eşya arasında mevcut olan ve somut bir olaydan doğan hukuksal ilişkidir. Denilebilir ki tespit davası hukuksal ilişkide bir kaygı, emniyetsizlik ve endişe olan hallerde başvurulabilecek bir vasıttır. Bu dava ile hukuksal ilişki hakkındaki şüphe ve tereddütler ortadan kaldırılır. Tespit davasının açılabilmesi için hukuksal ilişkinin hemen tespitinde bir yararın bulunması gerekir. Bunun içinde davacının bir hakkı veya hukuki durumunun (davalının) davranışları nedeniyle) halihazır bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, bu yüzden davacının hukuksal durumunun bu tehdit nedeniyle tereddüt içinde bulunması ve bunun davacı için bir zararı mucip olması, bu tehlikenin kesin hüküm tesirini haiz ve fakat cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü ile ortadan kaldırılması ile mümkün olmalıdır. 3. HD 1999/11821 E, 1999/12308 K. (AKİP içtihat programı).

⁸⁷ KURU:(Tespit Davaları),s.21.

⁸⁸ ‘Mahkemece, davacı talebi eda davasında ileri sürülebilecek hususlardan olup, tek başına menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılan davaya menfi (olumsuz) tespit davası denir. Borçlu çeşitli nedenlerle borçlu olmadığının tespitini isteyebilir. Somut olayda davalının, davacıya gönderdiği 07.08.2006 tarihli yazısında, müvekkili şirkete kasko sigortalı araca ineğin çarpması suretiyle hasarlanmasına sebebiyet verdiğini açıklayarak sigortalıya ödenen 8.382.00 YTL’nin ferileriyle birlikte, yazının tebliğinden itibaren 10 gün içinde ödenmesini, aksi takdirde aleyhe rücu davası açılacağını bildirmiş, davacı da 19.02.2007 tarihinde iş bu davayı açmıştır. Tespit davası açmak için taraflar arasında bir hukuki ilişkinin olması ve davacının bu davayı açmakta hukuki yararının bulunması şarttır. Davacının açtığı menfi tespit davası, mahkemece, davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı düşüncesi ile reddedilmiştir. Oysa bir davanın korunmaya değer, güncel hukuksal yarar yokluğundan reddedilebilmesi için, borçluyu tehdit edebilecek durumların bulunmaması gerekir. Borçlunun ödemek zorunda olmadığı bir borç ile tehdit edilmesi durumunda hukuksal yararın varlığının kabulü gerekir. Davalı sigorta şirketi, varlığını iddia ettiği alacak nedeniyle eda davası açabileceği gibi, davacı borçlu da borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir. Bu durumda mahkemece, işin esası incelenerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.’ 17. HD 2008/92 E, 2008/1756 K. (AKİP içtihat programı)

Yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında tespit davası düzenlenmiştir. Tasarının 112. maddesine göre;

(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.

(2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnaî durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.

(3) Maddî vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Maddenin gerekçesinde;

Tasarı Maddesinin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Bu çerçevede, bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini hedefleyen davalara, tespit davası denir. Tespit davaları, uygulamada sıkça müracaat edilen bir dava türüdür. Çoğu kere de bir geçici hukuksal korunma türü olan delil tespiti kurumuyla karıştırılmaktadır. Bu genel tanımlama ile tespit davasının hukukumuzda caiz olduğu ve delil tespitinden tümüyle farklı bir kurum olduğu hususuna, uygulamada duyulan tereddüt giderilmek suretiyle açıklık kazandırılmıştır.

İkinci fıkrada, kanunla belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacının, eda davası ile inşaî davalardan farklı olarak dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu hususunu açıkça ortaya koyması, bir şart olarak öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada ise, maddî vakıaların tek başlarına tespit davasına konu yapılamayacağı; ancak bir hakkın yahut hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında tespit davasına konu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede, maddî vakıaların tek başlarına tespiti isteniyor ise tespit davasına değil; delil tespiti kurumuna başvurulması gerekecektir. Maddenin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edildiği belirtilmiştir.

3.3. İnşai Davalar

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda inşai dava açıkça düzenlenmiş bir müessese değildir. Davacının bir hukuki durumun kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir hukuki durumun tesisi amacıyla açtığı davaya inşai dava denir⁸⁹. Mesela evlenmenin iptali, boşanma, babalık davası, nesebin reddi, tenkis davaları örnek gösterilebilir⁹⁰.

İnşai bir davanın varlığından bahsedebilmek için, davanın mutlaka inşai bir hakka dayanması gerekir⁹¹. Tek taraflı bir irade beyanı ile yeni bir

⁸⁹ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.336.

⁹⁰ ‘Öncelikle, ölüncye kadar bakma akdinden kaynaklanan bir davanın yenilik doğurucu hüküm olmayı gerektiren bir dava olup olmadığını açıklığa kavuşturmak, bunun için de ölüncye kadar bakma sözleşmesi ile yenilik doğurucu (inşai) hakların hukuki tanımı ve kapsamı üzerinde durmak gerekir. Kural olarak tek taraflı bir irade beyanı ile yeni bir hukuki durumun yaratılmasını mevcut hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayan haklara yenilik doğurucu (inşai) haklar denir. İnşai hak sahibinin, bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukuki sonuç meydana gelir. Bunun için karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme hükmüne gerek yoktur. Böyle bir hakka dayanılarak mahkemeden hukuki korunma ve yardım istenmesi durumunda, yenilik doğuran (inşai) dava söz konusu olur. Yenilik doğurucu dava, yenilik doğurucu bir hakka dayanılarak açılır. Ancak, yenilik doğuran hakka dayanılarak açılan her dava ise yenilik doğurucu dava değildir (Bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kitabı, 1995, s. 319).’ HGK 1996/7-704 E, 1997/6 K. (AKİP içtihat programı).

‘Bilindiği üzere; tenkis (indirim)davası, miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (teberru)yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (inşai)davalardandır.’1. HD 2005/2318 E, 2005/2999 K. (AKİP içtihat programı).

⁹¹ ÖNEN,Ergun: İnşai Dava(İnşai Dava),Ankara 1981,s.3-6.

hukuki durumun yaratılmasını, mevcut hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayan haklara inşai haklar denir⁹².

İnşai davaların kabulü halinde verilen mahkeme kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Yani yeni bir durum ortaya çıkarır (hukuki durumun kaldırılması, değiştirilmesi gibi). Ancak inşai davanın reddine ilişkin karar yenilik doğurucu nitelikte olmayıp, davacı tarafından iddia edilen inşai hakkın mevcut olmadığına ilişkin tespit hükmündedir⁹³.

İnşai davanın kabulüne ilişkin mahkeme hükmünün ifası için cebri icraya gerek yoktur. Çünkü hüküm kesinleşmesiyle gerçekleşmiş olur. Örneğin, kesin bir boşanma, ilamın nüfus müdürlüğüne ibrazı ve kaydına şerh düşülmesiyle gerçekleşmiş olur⁹⁴.

Yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında inşai dava düzenlenmiştir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarının 113. Maddesine göre;

(1) İnşâî dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukukî durum yaratılması veya mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir.

(2) Bir inşâî hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşâî dava açılır.

(3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşâî hükümler, geçmişe etkili değildir.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Maddenin gerekçesinde;

Tasarı maddesinin birinci fıkrasında, inşâî dava kurumunun yasal çerçevede bir tanımı yapılmıştır. İnşâî dava, yeni bir hukukî durumun

⁹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.272.

⁹³ KURU:(Tespit Davaları),s.11.

⁹⁴ ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.235.

yaratılmasını, mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesini ya da onun tümüyle ortadan kaldırılmasını hedefleyen bir dava çeşididir.

Tasarı maddesinin ikinci fıkrasında ise, inşaî davaların, ancak, bir inşaî hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hâllerin neler olduğunu maddî hukuk gösterecektir. İnşaî haklar, varması gerekli tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılırlar; karşı tarafa vardıkları anda kendilerinden beklenen etkiyi doğururlar. İnşaî hakka bağlanmış olan etkinin doğumu için, mahkeme aracılığıyla kullanılması maddî hukuk tarafından zorunlu kılınmışsa, bu durumda inşaî hak sahibinin inşaî dava açması gerekir.

Tasarı maddesinin son fıkrasında ise, inşaî davanın kabulü hâlinde, verilen hükümlere özgü bir nitelik olan inşaî etkinin, hükmün verilip şeklî anlamda kesinleştiği anda kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı sürece geçmişe değil; geleceğe etkili olacağı hususu açıkça ifade olunmuştur. İnşaî hükümlerin geçmişe etkili olması ise, son derece istisnaî hâllere münhasır olduğu belirtilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILIK DAVA VE BENZER MÜESSESELERDEN FARKI

1. GENEL OLARAK KARŞILIK DAVA

1.1. Karşılık Dava Kavramı ve Önemi

Karşılık dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlenmiş bir müessesedir (HUMK 203-208). Kanun karşılık dava için 'davayı mütekabile' terimini kullanmıştır. Karşılık davaya 'mütekabil dava' da denilmektedir⁹⁵. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında karşılık dava için 'karşı dava' terimi kullanılmıştır(m.6,18,137,138).

Davacının açmış olduğu davaya karşı, davalının asıl davacıya yönelik aynı mahkemede dava açarak belirli bir iddiasının hüküm altına alınması talep etmesine karşılık dava denir⁹⁶.

Açılmış olan davaya karşı, davalı tarafında bulunan kişinin davacıya karşı esas cevap layihasında bildirmek açılan karşı davaya karşılık dava denir⁹⁷.

Davalı, davacının ileri sürmüş olduğu iddiasının reddini değil de asıl davacıda olan bir hakkının tanınması veya açtığı dava nedeniyle kendisine karşı bir şey ile mükellef tutulmasını talep etmesine karşılık dava denir⁹⁸.

⁹⁵ İPEK,M.Gündüz: Karşı Dava,Eskişehir Barosu Dergisi,2003,Sayı 1,s.20-29.

⁹⁶ POSTACIOĞLU: s.210.

⁹⁷ KARAFAKİH: s.150.

⁹⁸ BELGESAY,Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi(Usul Şerhi),İstanbul 1956,4.B,s.170.

Yargıtay'a göre; açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir⁹⁹.

Karşılık davaya örnek verecek olursak; A, B'ye karşı 6.000 liralık bir alacak davası açmıştır (asıl dava). B, bu (asıl) davaya karşı verdiği cevap layihasında, kendisinin de A'dan 10.000 lira alacaklı olduğunu bunun 6.000 lirasının asıl davacı A'ya olan borcu ile takas ettiğini bildirerek, kalan 4.000 liranın A'dan alınarak kendisine (B'ye) ödenmesine karar verilmesini isterse, B, asıl davacı A'ya karşı 10.000 liralık bir karşılık dava açmış olur. Bu halde, A'ya asıl davacı ve karşılık davalı, B'ye ise asıl davalı ve karşılık davacı denir¹⁰⁰.

Bir başka misal; bir gayrimenkulü fiilen kullanan ve kendisine ait olduğunu iddia eden şahsın, tapu kaydı yolsuz olarak üzerinde bulunan şahsa karşı açmış olduğu tapu kütüğünün tashihi davası üzerine, davalının davanın reddi ile birlikte davacıların gayrimenkule vaki müdahalesinin önlenmesini mukabil olarak isteyebilmesi mümkündür¹⁰¹.

Konuyla ilgili bir başka misal; Davacı A, davalı H'ye, 20.000 dolar borç verdiğini ancak bu paranın davalı (H) tarafından ödenmediğini belirtilerek söz konusu paranın yasal faizi ile birlikte tahsilini istemiş, (H) ise davacı murislerinin, dava konusu senedin teminat olmak üzere imzalanıp H'ye verildiğini, imza dışındaki tüm yazıların murisin rıza ve bilgisi dışında doldurulduğunu, alacağın zamanaşımına uğradığını belirterek davanın reddine, karşılık davada ise, senedin rızası dışında doldurulması nedeniyle

⁹⁹ 'Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak, dava dilekçesinde 6.954.810.000 liranın, karşılık dava dilekçesinde de 3.450.000 liranın tahsili talep edilmiş, mahkemece her iki tarafın alacak miktarı yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve davalı-karşılık davacının alacağının diğer tarafın alacağından mahsup edilmek suretiyle hüküm kurulmuştur. Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir. Mahkemece, asıl dava ve karşılık dava hakkında tek bir hüküm verilir ise de, hükümde asıl dava ve karşılık dava hakkında verilen kararlar ayrı ayrı gösterilir. Bunun sonucu olarak da hükümde asıl dava için ayrı karşılık dava için ayrı karar ve ilam harcı alınmasına, her iki dava için de ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak karşılık dava açılmadan davalının takas ve mahsup talebinde bulunması halinde, davacının alacağından-varsa-borcu takas edilmek suretiyle hüküm kurulması gerekir.' 3. HD 2005/6058 E, 2005/8154 K. (AKİP içtihat programı).

¹⁰⁰ KURU: Usul, c. 4, s. 3889.

¹⁰¹ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları), s. 336.

iptaline karar verilmesini istemesi durumunda A'ya asıl davacı ve karşılık davalı, H'ye ise asıl davalı ve karşılık davacı denir¹⁰².

Konuyla ilgili bir başka misal; dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi, kal ve ecir misil istemleri karşısında, davalının, asıl davacıya karşı

¹⁰² Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı asıl davanın kabulüne karşılık davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı avukatınca duruşmasız, davalılar avukatınca da duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de, dava miktar yönünden duruşmaya tabi olmadığından bu isteğin reddiyle incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı-karşı davalı, davalılardan Hayriye'ye 20.000 ABD doları borç verdiğini, bu davalının keşidecisi Osman lehtarını Hayriye olan 20.000 ABD doları bedelli bonoya ciro ederek kendisine verdiğini, borcun ödenmediğini, yaptığı icra takibinin senetle keşide yeri olmayışı nedeniyle iptal edildiğini belirterek, 12.644.700.000 TL'nin 17.02.2000 tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı ve karşılık davacılar Osman murisleri, dava konusu senedin teminat olmak üzere imzalanıp Hayriye'ye verildiğini, imza dışındaki tüm yazıların murisin rıza ve bilgisi dışında doldurulduğunu, alacağın zamanaşımına uğradığını belirterek davanın reddine, karşılık davada ise, senedin rızası dışında doldurulması nedeniyle iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Hayriye, senedin keşideciye verilen para karşılığı alındığını savunarak karşılık davanın reddine karar verilmesini istemiş, aleyhine açılan asıl davada ise, davacıdan aldığı borç karşılığı dava konusu senedi davacıya ciro ettiğini, halen borcunu ödemediğini kabul etmiştir.

Mahkemece, asıl davanın kabulüne karşılık davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı-karşılık davalı M.Sait ve davalı-karşılık davacılar Osman mirasçıları tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı ve karşılık davacılar Osman mirasçılarının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, keşidecisi Osman, lehtarını Hayriye olup, 20.000 ABD dolar bedelli 26.01.1998 vadeli, 07.03.1993 tanzim tarihli olup, alacaklının ciro su ile davacıya geçen senede dayalı olarak, Osman mirasçıları ve Hayriye'den alacağın tahsili için bu davayı açmıştır.

Dava konusu belgede keşide yeri olmadığı için, BK'nın 688. maddesi gereğince bono niteliğinde olmayıp, adi senet olduğu mahkemenin de kabulündedir. Bono lehtarının TTK'nın 593. maddesi gereği poliçeden doğan haklarını ciro yoluyla devri mümkün ise de, dava konusu senet bono niteliğinde olmadığından, alacaklı ancak BK'nın 163. maddesi gereğince adi senetteki hakları temlik edebilir. Bunun için de yazılı bir temlik sözleşmesinin olması gerekir. Beyaza atılmış bir imza alacağın temliki niteliğinde olmadığı için, alacağın temliki sonuçlarını doğurmaz. Ciro yoluyla senedi elinde bulunduran, kendisine ciro eden kişiye karşı aralarındaki temel ilişkiye dayanarak istemde bulunabilir. Aralarında herhangi bir ilişki olmayan senet borçlusunun talepte bulunması mümkün değildir. Somut olayda davacı ile senet borçlusu Osman arasında akdi ilişki yoktur. Bu nedenle, davacının Osman mirasçıları aleyhine açtığı davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

3-Yukarıda açıklanan bozma nedenine göre, davacıların temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı-karşılık davacılar Osman mirasçıların sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı-karşılık davacılar lehine (BOZULMASINA), (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının incelenmesine gerek olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde davalıya iadesine, 14.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi. 13. HD 2009/588 E, 2009/6613 K. (AKİP içtihat programı).

açmış olduğu karşılık dava ise Türk Medeni Kanununun 724.maddesine dayanılarak açılmış temlikten tescil istemine ilişkindir¹⁰³.

Kural olarak davalı kendisine yönelik açılmış olan davaya yönelik vermiş olduğu cevap layihası ile sadece, davacının ileri sürdüğü iddialara yönelik savunma yaparak davanın reddini sağlamaya çalışır. Bunu karşılık davalı asıl davacıya yönelik cevap layihasıyla karşılık dava açarsa; bu durumda sadece asıl davacının iddiası ile savunma yapmakla yetinmemiş olup, aynı zamanda asıl davacıda bulunan bir hakkının hüküm altına alınmasını talep etmiş olur¹⁰⁴.

Karşılık dava, asıl davadaki davacıya yönelik yalnız asıl davanın davalısı tarafından açılabilir¹⁰⁵. Davalı, davacının açmış olduğu asıl davayı kabul etmiş olsa bile karşılık dava açabilir¹⁰⁶.

Karşılık davanın sağlayacağı faydalar; Dava ekonomisini gerçekleştirmesi, iki dava sonucunda ortaya çıkacak hükümler arasında meydana gelecek muhtemel çelişkiyi yok etmesi, iki dava açılacağına tek dava dosyası ile ihtilafların çözümlenerek zamandan tasarruf edilmesi, taraflardan birinin ödemeden aciz haline düşme ihtimaline binaen karşı tarafın korunmasını sağlamak şeklinde sayılabilir¹⁰⁷.

¹⁰³ ‘Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi, kal ve ecir misil istemlerine, karşılık dava ise Türk Medeni Kanununun 724.maddesine dayanılarak açılmış, temlikten tescil istemine ilişkindir. Mahkemece bozmadan sonra alınan bilirkişi raporuna ekli krokide A harfi ile gösterilen yere davalı A.....'ın, B harfli yere davalı Selahattin'in, C harfi ile gösterilen yere davalı M..... 'ın müdahalesinin men'ine müdahale edilen yer içersindeki evlerin ve ağaçların kal'ine yapı bedeli olarak bilirkişinin saptadığı değerlerin ayrı ayrı elatan davalılara ödenmesine, ecir misil istemine yönelik istemin reddine, davalının A.. ve R.....'ın elatmaları olmadığından bunlar hakkında açılan davanın ve karşılık davanın reddine karar verilmiştir.

O halde mahkemece, bilirkişiden ek rapor alınarak 5 parsel üzerindeki davalılara ait ağaçların en az levazım kıymetinin ne olduğu sorulup saptanmalı, bilirkişi raporundan da yararlanılarak olayın özelliğine uygun tazminat miktarı az yukarıda sözü edilen Türk Medeni Kanununun 4.maddesi hükmünce hakim tarafından takdir edilmeli, takdir edilecek bu bedelinde davacıya depo ettirilmesi koşuluyla istem sonucu hakkında bir hüküm kurulmalıdır. Ağaçların sökülüp götürülebilir malzeme olduğundan söz edilerek tazminat ödenmeksizin kal kararı verilmesi doğru olmadığından hüküm bozulmalıdır.’ 14. HD 2007/2893 E, 2007/3999 K. (AKİP içtihat programı).

¹⁰⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.315.

¹⁰⁵ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.617.

¹⁰⁶ KURU: Usul,c. 4,s.3889.

¹⁰⁷ KARAFAKİH: s.151.

Karşılık davanın sakıncalarına açılan davanın yavaş yürümesi ve asıl davanın görevli mahkemesinden başka bir mahkemeye gönderilmesi şeklinde sayılabilir¹⁰⁸.

1.2. Pozitif Hukukumuzda Karşılık Dava

Karşılık dava müessesesi Mecellede düzenlenmiştir. 4 Ekim 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre'nin Neuchâtel Kantonuna ait 1925 tarihli Medenî Usul Kanunundan tercüme edilerek alınmıştır. Ancak Neuchâtel Medenî Usul Kanununun tercüme edilerek hukukumuza alınması sırasında, bazı bölümler için Fransız ve Alman hukukundan da yararlanılmıştır.

1086 sayılı Kanun, yürürlüğe girmesinden bugüne kadar yirmi altı kez değiştirilmiştir. Ancak yapılan bu değişiklikler sırasında karşılık dava ile ilgili düzenlenmelerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Kanunda karşılık dava ile ilgili hükümler ilk düzenlendikleri haliyle yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer almaktadır.

2. KARŞILIK DAVANIN ŞARTLARI

Davalının kendisine dava açan asıl davacıya karşı açtığı davanın, karşılık dava olarak kabul edilebilmesi için yukarıda anlattığımız genel dava şartları dışında aşağıda belirtilen özel şartları da taşıması gerekir.

2.1. Asıl Dava Derdest Olması

Bir kimsenin hakkını bağımsız bir dava açarak arama yetkisi bulunmaktadır. Dava açabilmesi için başka birinin kendisine dava açması

¹⁰⁸ KARAFAKİH: s.151.

gerekli değildir. Ancak kişinin açmış olduğu davanın karşılık dava nitelendirmesi yapılabilmesi için kendisine daha önceden bir dava açılmış olmalı ve bu davanın karşı dava açıldığında derdest olması gerekir. Asıl dava bulunmadığı takdirde karşılık dava değil, bağımsız bir dava söz konusu olacaktır¹⁰⁹.

Asıl dava feragat, kabul, geri alma, açılmamış sayılma gibi bir şekilde sona ermiş ise, artık böyle bir davaya karşı karşılık dava açılması mümkün değildir¹¹⁰.

Davalı kendisine yönelik açılmış olan asıl dava karşılık davanın açıldığı anda son bulmuş olsa bile, karşılık davanın açıldığı anda görülmekte olduğundan, karşılık dava açılabilir¹¹¹.

Asıl dava, dava şartlarından biri eksik olarak açılmış bile olsa, bu açılan asıl davaya yönelik olarak davalı davacıya karşı karşılık dava açılabilir¹¹².

Karşılık dava, ancak davalı tarafından davacıya karşı açılabilir; yoksa, dava arkadaşları birbirleriyle aleyhine karşılık dava açamazlar. Ancak bir veya birden fazla davacılara karşı bir veya birden fazla davalı karşı dava açabilir. Bir davada iradi veya kanuni temsilci sıfatıyla hareket eden kimseye karşı ve tahsil için alacağı devralmış kişi aleyhine ise kendi borcundan dolayı karşılık dava açamaz¹¹³.

Davalının açtığı karşılık davaya karşı davacı karşılıklı olarak yeni bir karşılık dava açamaz¹¹⁴. Temyiz mahkemesinde karşılık dava açılması mümkün değildir¹¹⁵.

¹⁰⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.316.

¹¹⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.569.

¹¹¹ KURU: Usul,c. 4,s.3891.

¹¹² KURU: Usul,c. 4,s.3891.

¹¹³ ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.244.

¹¹⁴ BERKİN,Necmeddin M.:(Usul Esasları),s.139.; BELGESAY:(Usul Şerhi),s.170., POSTACIOĞLU: s.244.

¹¹⁵ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.460.

2.2. Asıl Dava ile Karşılık Dava Aynı Yargılama Usulüne Tabi Olması

Karşılık davanın asıl dava ile aynı yargılama usulüne tabi olması gerekir¹¹⁶. Aynı yargılama usulüne tabi olmak geniş yorumlanarak, aynı yargı koluna tabi olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi durumda, örneğin asliye hukuk mahkemesinde yazılı yargılama usulü, sulh hukuk mahkemesinde basit yargılama usulü uygulandığı için bu iki mahkemenin karşılıklı görevine giren davalarda karşılık davanın açılmaması gerekir¹¹⁷.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 206. maddesine göre; 'Tetkik ve halli idari makamların salahiyeti dahilinde bulunan veya hakemler marifetiyle halli icap eden hususlara ait iddialar davayı müteakibe olarak ikame olunamaz' bu çerçevede idari yargı görevine giren bir konuda davalının kendisine karşı adli yargıda açılmış asıl davaya karşı adli yargıda karşılık dava açamaz. Yine hakemler tarafından halli gereken hususlar da karşılık dava olarak dinlenmez.

Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müfettişliği tarafından yapılan denetim sonucu düzenlenen raporda; davacı şirkete ait işyerinde ücret bordrolarının gerçeğe uygun şekilde gösterildiği, fazla mesai için Bölge Müdürlüğünden izin almaksızın işçilere fazla mesai yaptırıldığı işe giren ve çıkanların Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirilmediği gibi, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata aykırılıklar tespit edilmiş olup buna karşılık davacı işveren iş mevzuatına uygun işçi çalıştırıldığına tespitine karar verilmesi isteğiyle bu davayı açmıştır. Mahkemece dava dilekçesinin görev noktasından reddine, böyle bir davanın idari yargı yerinde açılabileceğine karar verilmiş ise de, 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 62. maddesi uyarınca işe alınan ve ayrılan işçilerin bildirilmesi yükümlülüğü işverenler için getirilmiş olup aynı kanunun 63. maddesi uyarınca "Sendikalar Kanunun" uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıkların iş mahkemelerince çözümlenmesi gerekmektedir. Diğer hususlarda 14/5 sayılı İş Kanunun

¹¹⁶ SONER, Lütfi Fikri: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ankara 1976, Sayı 10, s.51.

¹¹⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s.316.

uygulanması ile ilgilidir. Böyle olunca mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir' şeklinde hüküm kurmuştur. (9. HD 1999/19951 E, 1999/20453 K.)¹¹⁸.

İdari yargının görev alanına giren bir konuda adli hukuk mahkemesinde karşılık dava açılması durumunda mahkemenin kendiliğinden idari yargıyı ilgilendiren karşılık dava hakkında görevsizlik kararı vermesi gerekir¹¹⁹.

Hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya yönelik açılmış karşılık dava için bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı öngörülmüş ise(m.516 vd.) tahkime ilişkin itirazın davalı tarafça cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekmekte olup, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı vermesi olanaklı değildir¹²⁰.

¹¹⁸ (AKİP içtihat programı).

¹¹⁹ SONER: s.51.

'Dava hemzemin geçitte meydana gelen trafik kazası nedeniyle uğranılan zararın dava ve karşı dava ile tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın idari yargı yerinde bakılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiş, karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Dosyadaki kanıtlara göre davaya konu edilen zarar doğuran eylemin, Devlet Demir Yollarının, karayolu ile kesiştiği hemzemin geçit (Demiryolu geçidi) olarak isimlendirilen noktada meydana geldiği tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön böyle bir noktada oluşan kaza sonucu doğan hukuki uyumsuzluğun adli yargı yerinde mi, yoksa idari yargı yerinde mi çözümleneceğidir. Açıklanan şu yasal düzenleme itibarıyla, karayolu üzerinde meydana gelen eylemlerden doğan olayların yarattığı uyumsuzlukların çözüm yerinin adli yargı olacağı yasanın düzenleniş biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. Hemzemin geçit karayolu ile tren yolunun kesiştiği bir geçit olarak, o kesimin veya o noktanın Devlet Demir Yoluna ait olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, o noktada meydana gelen eylemin karayolu dışında olduğu sonucunu da doğurmaz. Bu bakımdan hukuka aykırı eylemin 2918 sayılı Karayolu Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana geldiği kabul edilmeli ve uyumsuzluğun çözüm yerinin aynı yasa gereğince adli yargıda sonuçlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Açıklanan nedenlerle uyumsuzluğun Karayolları Trafik Yasası'ndaki hükümler uyarınca çözümlenmesi gerektiği, anılan yasanın kapsamındaki eylemlerden doğan uyumsuzlukların çözüm yerinin de adliye mahkemeleri olduğu düşünülerek işin esasına bakılarak varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.' 4. Hukuk Dairesi 2002/14764 E, 2003/5288 K. (AKİP içtihat programı).

¹²⁰ KURU: Usul, c.4, s.3892.

'Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; Davalı vekilleri, yasal süresinde verdikleri cevap dilekçesinde, hem tahkim hem de yetki itirazında bulunmuşlardır. Uyumsuzluğun hakemde çözümlenmesi gerektiği yolundaki itiraz, mahkemenin görevine yönelik bulunmakla beraber görevle ilgili genel prensiplerden farklılık arz eder. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, tahkime ilişkin itirazın davalı yanca cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekmekte olup, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı vermesi olanaklı değildir. Tahkim itirazı bu yönüyle ilk itirazlara benzemekte ise de teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp sözleşmeye dayalı bir def'i niteliğindedir. Bu durumda, önce yetki itirazının incelenmesi, yetki itirazı yerinde görüldüğü takdirde dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Zira tahkim

Özel mahkemede görülmekte olan asıl bir davaya karşı, genel mahkeme görevi kapsamındaki bir karşılık dava açılabilir¹²¹. Buna karşılık genel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşı, özel mahkeme görevi kapsamındaki bir karşılık dava açamaz¹²². Kuru'ya göre; bu şekilde bir dava açıldığında her iki dosya hakkında görevsizlik kararı verilerek dosyanın özel mahkemeye gönderilmesi gerekir¹²³.

2.3. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Yakın Bir İlişki Bulunması

Karşılık davanın açılabilmesi için en önemli şartlardan biri tanesi de asıl dava ile karşılık dava arasında yakın bir ilişki bulunmasıdır. Bu yakın ilişki iki şekilde olabilir. Bunlardan birincisi karşılık davanın takas veya mahsup için

itirazını incelemek yetkili mahkemeye aittir. Mahkemece bu yönlerden yanılığa düşülerek öncelikle tahkim itirazının kabulü ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi isabetli görülmüştür.' 19. HD 2000/2591 E, 2000/2974 K. (AKİP içtihat programı).

¹²¹ 'Medeni Yargılamada ilk derece mahkemeler 1- Genel Mahkemeler, 2- Özel Mahkemeler olarak ayrılmışlardır. Genel Mahkemelerin bakacakları davalar belirli kişi ve guruplarına göre sınırlandırılmamış olup, aksi belirtilmedikçe, Medeni Yargılama Hukukuna giren her türlü işe bakmakla görevlidirler. Buna karşılık Özel Mahkemeler belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli çeşit uyuşmazlıklara bakmakla görevlidirler. Bir davanın özel mahkemede bakılacağına dair özel bir kanun hükmü bulunmayan her dava, genel mahkemelerde görülür. Özel Mahkemelerin hangi çeşit davalara bakacakları, özel kanunları ile belirlenir. Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri kanunla düzenleneceği (Anayasa m.136) belirtilmiştir. Yurdumuzda mahkemeler teşkilatı 8 Nisan 1340 (1924) gün ve 469 sayılı "Mehakimi Şer'iyyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına ait Ahkamı Muaddil Kanun" ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun 1. maddesi gereği her ilçede ve işi çok olan nahiyelede kurulan Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevleri HUMK.nun 8. maddesinde ve bazı özel kanunlarda gösterilmiştir. Aynı maddeye göre her İlçede ve İl Merkezlerinde kurulması kabul edilen Asliye Hukuk mahkemeleri Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevi dışında kalan bütün hukuk ve Ticaret davalarını görür. Yasanın 2. maddesinde Asliye Mahkemesinin birden fazla dairelere bölünebileceğini kabul etmiştir. Bu düzenleme doğrultusunda Asliye Hukuk Mahkemeleri yanında toplu mahkeme niteliğinde Asliye Ticaret Mahkemeleri kurulmuştur. Asliye Ticaret Mahkemeleri, Asliye Hukuk Mahkemelerinin daireleri durumundadır. Görevleri TTK 5. maddede gösterilmiştir.Genel mahkemelerin kuruluşunda olduğu gibi özel mahkemelerin (veya ihtisas mahkemelerinin) kuruluşu da mutlaka ayrı (özel) bir kanun hükmü ile düzenlenir. (Bkz. Anayasa m.142). Özel mahkemelerin kuruluşunun tabii hakim ilkesine aykırı düşmeyeceği Anayasa tarafından belirtilmiştir. (Bkz. Anayasa m.37).Özel yasalarla kurulmuş özel mahkemeler;İş Mahkemeleri, 5521 sayılı Kanun), Kadastro Mahkemeleri 3402 sayılı kanun), Tüketici Mahkemeleri (4077 sayılı kanun), Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri (551 sayılı KHK m.146, 554 sayılı KHK m.58, 555 sayılı KHK m.30, 556 sayılı KHK m.71, 5846 sayılı Kanunun 21.2.2001 gün ve 4630 sayılı kanunla değişik 76 madde), Aile Mahkemeleri hakkındaki 4787 sayılı kanunun m.2)' . HGK 2003/3-737 E, 2003/700 K.(AKİP İçtihat Programı).

¹²² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.316.

¹²³ KURU: Usul,c.4,s.3892.

açılmasıdır (HUMK m.204/1). İkincisi ise asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı bulunmasıdır (HUMK m.204/1,m.205).

2.3.1. Takas veya Mahsup Talebi

2.3.1.1. Takas Talebi

Takas müessesesi Borçlar Kanununun 118 ile 124. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda takas kavramının tanımı yapılmamıştır. Takas, karşılıklı, muaccel ve aynı cinsteki iki borcun borçlulardan birinin tek taraflı olarak kullandığı irade beyanı ile sona erdirilmesine denir¹²⁴. Yargıtay’a göre takas; genel olarak taraflardan birinin yenilik doğurucu nitelikteki karşılıklı iki alacağından sona ermesini sağlayan bir sukut sebebidir¹²⁵. Takas sözcüğü, Türkçede sayışma, değişme, ödeşme anlamına gelmektedir¹²⁶.

Takas talebinin kullanılması ile sadece borçtan kurtulmuş olmaz. Aynı zamanda karşı tarafın talebini de takas meblağı miktarınca ortadan kaldırılmış olunur¹²⁷. Takas ifa işlemlerine gerek kalmaksızın borcu sonlandıran ve bir taraftan da alacağın tahsilini sağlayan bir hukuki

¹²⁴ ARAL,Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010, s.1.

¹²⁵ ‘ Bilindiği gibi takas, bir birine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden kurtaran bir yoldur. İşte bu niteliği ve özelliği itibariyle takas mahsuptan ayrılmaktadır. Bir diğer ifade ile takas, genel olarak taraflardan birinin yenilik doğurucu nitelikteki takas ile karşılıklı iki alacağından sona ermesini sağlayan bir sukut sebebidir. Şu halde az yukarıda belirtildiği gibi, karşılıklı alacakların takas yolu ile ortadan kalkmaları takas hakkının doğması ile değil, kullanılması ile gerçekleşir (BK.nun 122). Yasa hükümleri, karşı tarafa ulaştığı andan hukukî hüküm ve sonuç doğurarak bu tek taraflı irade beyanını bir geçerlik şekline tabi tutmamıştır. Bu irade beyanı, dava dışı bir yolla karşı tarafa ulaştırılabileceği gibi, dava içinde de iki yol ile karşı tarafa ulaştırılabilir. Bu yollardan bir tanesi karşılık dava yolu, diğeri de savunma suretiyledir. O halde, takas iradesinin dava sırasında karşı tarafa ulaştırılması için bir karşılık dava açılmasına gerek yoktur. Bu itibarlardır ki, takas iradesinin karşı tarafa karşılık dava yolu ile ulaştırılmasıyla, def’i olarak ileri sürülmesi arasında ne usul ve nede esas hukuku bakımından bir fark meydana getirmez. Yani her iki yol vaki takas taleplerinin doğuracağı hukuksal sonuçlar bakımından ve özellikle 118/3. maddesi yönünden bir fark söz konusu değildir. 4. HD 1979/8998 E, 1980/5070 K.’(AKİP İçtihat Programı).

¹²⁶ ATALAY,Özcan: Uygulamada Takas ve Mahsup,ABD,1980/1,s.10-13,

¹²⁷ YÜKSEL,Ali Said: Takas defi (İBD 1960/11-12),s.385-394.

işlemdir¹²⁸. Takas talebi, takasın şartlarının gerçekleşmesinden sonra kullanılabilir¹²⁹.

Borçlar Kanunu 118/1. Maddesine göre; iki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Takas hakkının kullanılabilmesi için öncelikli olarak taraflar birbirinden alacaklı olmalıdır. İkinci olarak tarafların birbirlerinden olan alacaklarının konusu aynı cinsten olmalıdır. Üçüncü olarak takası yapmak isteyen alacağı ifası istenebilir, borcu da ifa edilebilir olmalıdır. Dördüncü olarak da takastan feragat edilmiş olmamalıdır¹³⁰.

Takas, kanuni takas ve akdi takas olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olmakla tarafların aralarında sözleşme yaparak kanunda öngörülmeeyen takas hallerini düzenlemelerine akdi takas denir. Buna karşılık Borçlar Kanununun düzenlemiş olduğu takasa kanuni takas denir. Her iki takas türünün doğurduğu hüküm ve sonuçlar aynıdır¹³¹.

Takasta asıl dava ile karşılık dava arasında bir bağlantının bulunduğu kanun tarafından varsayılmıştır. Asıl davaya karşı takas talebiyle karşılık dava açılabilmesi için aralarında bir bağlantının bulunup bulunmadığı araştırılmaz¹³².

Karşılık davaya konu teşkil eden iddia çekişmeli olsa da takas talebinde bulunulabilir(BK m.118/2)¹³³. Müruru zamana uğramış bir alacak,

¹²⁸ UYGUR,Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat hukuku,Ankara 2003,c.4,s.4066.

¹²⁹ REİSOĞLU,Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,İstanbul 2006,s.365.

¹³⁰ KILIÇOĞLU,Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Ankara 2006, s.634-637.

¹³¹ EREN,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,İstanbul 2006,s.1226.

¹³² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.317.

¹³³ Yargıtay bir kararında; ‘Ancak davacı aracı tarafından kendi otomobiline yapılan hasar sebebi ile doğan alacağının takas ve mahsubunun,süresi içinde verdiği esasa cevap layihasında istemiş bulunmasına ve kökleşmiş içtihatlar gereğince takas ve mahsup talebinin müteakıl dava açılmadan defî olarak da ileri sürülebileceğine ve davalının sözü edilen alacağına ait meblağın mahkemece tespit edilebileceğine ve haksız eylemlerde zarardan mütevellit alacak hakkının olay tarihinde muaccel geleceğine ve bu suretle Borçlar Kanununun 118.maddesi mucibince alacak münazaalı olsa dahi takas savunması ileri sürülebileceğine göre davalının bu talebinin incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir(11. HD.27.02.1975-5353/1362)’; (ERDEMER, İlter: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi,Ankara 1998,s.960.)

takas dermeyeran edebileceği zamanda müruru zaman ile sakıt olmuş değil ise onun da takası dermeyeran olunabilir(BK m.118/3)¹³⁴. Borçlunun iflası halinde alacaklılar, muaccel olmasa bile alacaklarının müflisin kendilerinde olan alacağı ile takas edebilirler(BK m.121).

Takasa örnek verilecek olunursa; Mesela (A), (B)'ye 1.000 TL borçlu ve (B)'den 1.200 TL alacaklı ise, (A) veya (B) takas hakkını kullanınca, (A), (B)'ye 1.000 TL ödeyip 1.200 TL tahsil etmeksizin sadece 200 TL alacaklı olacak ve bu miktar ifa edilecektir¹³⁵.

¹³⁴ 'KARAR:1 - Temyiz ilamında bildirilen gerektirici nedenler karşısında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değişik 440 ıncı maddesinde sayılan nedenlerden hiç birine uygun olmayan davalı İ.Y.'in tüm, karşılık davacı ve davalı A.Y.'in aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki karar düzeltme isteklerinin reddi gerekir.2 - Davacı A.Y., meydana gelen trafik kazasında kendisine ait aracın da zarar gördüğünü ileri sürerek zararının tazminini istemiştir; mahkeme davayı aynı olaydan davalılar tarafından davacı aleyhine açılan tazminat davasıyla birleştirmek suretiyle ve sonuçta tarafların isteklerini kısmen kabul ederek hüküm kurmuştur.Karşılık davacı ve davalı A.Y. yararına verilen hüküm, dairemizin 14/05/1986 günlü kararıyla (01/12/1983 gününde açılan tazminat davasına süresi içinde yapılan zamanaşımı savunması hakkında karar verilmeden hüküm kurulması kanuna aykırı görülerek) bozulmuştur.Olay tarihi 26/06/1981 ile karşılık dava tarihi olan 01/12/1983 günü arasında 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 50 nci maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunda bir duraksama söz konusu değildir. Ne var ki, Borçlar Kanununun 118/3 üncü maddesinde (zamanaşımına uğramış bir alacak, takas dermeyeran edilebileceği zamanda zamanaşımı ile sakıt olmuş değilse onun takası ileri sürülebilir) hükmü de gözden uzak tutulmamalıdır. Karşılık davacının alacağı zamanaşımına uğramış olmasına rağmen ortada takas edilebilir bir alacak söz konusudur. Çünkü davacının bu alacağı, takas edilebileceği tarihte (yani haksız eylemin işlendiği gün) zamanaşımına uğramış değildir. O halde karşılık davacı, Borçlar Kanununun 118/3 üncü maddesine dayanarak zamanaşımına uğramış olan bu alacağını davacıların alacağıyla takas edebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.Burada üzerinde durulması gereken bir sorun, karşılık davanın takas iradesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğidir. Bilindiği gibi takas iradesi, karşı tarafa dava yoluyla ulaştırılabileceği gibi bir savunma olarak da ileri sürülebilir. Takas iradesi karşılık davayla ileri sürülürken, "alacağın ileri sürülen borçtan doğrudan doğruya takas edilmesi" şeklinde yapılması zorunlu değildir. Karşı alacağın tahsil isteği içinde bir takas iradesi mevcuttur; karşılık davacı kendi alacağının tahsilini istemekle en azından bu alacağı ile borcunun takas edilmesini istemektedir. Bu nedenle davacının isteği takasla eşdeğerde tutulmalıdır. (Bkz. Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 17/04/1980 gün ve 8998/5070 sayılı kararı, Yargıtay Kararlar Dergisi C: VII S. 5, Mayıs 1981,s, 571).O halde karşılık davacının alacağı zamanaşımına uğramış olmasına rağmen dava açıldığı tarihte takası ileri sürülebilecek bir alacak öz konusu olduğuna göre; davacı ve karşılık davalının zamanaşımı savunmasının hukuki sonuç doğurması olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle karşılık davacının bozma kararımıza karşı karar düzeltme istemi kabul edilmeli, bozma kararı kaldırılmalı ve yasaya aykırı mahkeme kararı bu nedenle de onanmalıdır. 4. HD 1986/4871 E, 1986/6375 K. (AKİP içtihat programı).

¹³⁵ OĞUZMAN,M.Kemal/ÖZ,M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,İstanbul 2005,4.B,s.452. 'Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı;Davacı vekili, müvekkilinin davalı tarafa taşıma hizmeti verdiğini, alacağının ödenmemesi nedeniyle yapılan icra takibinin itirazla durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve % 40 inkar tazminatı hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.Davalı vekili, istemin 1 yıllık zamanaşımına uğradığını, alacağı kabul etmemekle birlikte müvekkilinin sahibi ve imalatçısı bulunduğu ancak ihracat mevzuatı gereği sağlanan ihracat avantajları nedeniyle dış ticaret sermaye şirketi dava dışı P... Dış Tic.A.Ş. tarafından

Davalı, sadece davacıya karşı olan bir alacağı takas edebileceğinden başka bir borçluya ait olan alacağı davacının alacağı ile takas edemez. Bu sebeple BK 120. Maddesinden anlaşılacağı üzere bir üçüncü şahıs lehine taahhütte bulunan kişi borcunu, diğer sözleşmenin kendisine borçlu olduğu alacak ile takas etmesi mümkün değildir¹³⁶. Örneğin; 'başkasını istihdam eden biri istihdam ettiği kimseye vuku bulacak kaza için bir sigorta şirketi ile sigorta sözleşmesi yapsa davalı bu şirket kazaya uğrayan o kimsenin isteyeceği tazminat alacağına karşı sigorta primlerinden olan bir alacağını takas iddiası ile ileri süremez¹³⁷.

Müteselsil borçlu diğer müteselsil borçlulardan birinden olan alacağını ve yine kefil asıl borçlunun alacağını ve bir şirketin ortağı şirketin alacağını kendi borcuyla takasta kullanması mümkün değildir. Hatta alacaklının takas edilmek istenen alacağa izin verse bile bu şekilde bir takas yapılması mümkün değildir. Çünkü başka bir kimsenin alacağı ile ilgili olarak davacı veya davalı tasarrufta bulunamaz. Ancak borçlu üçüncü şahıstan böyle bir alacağı sırf takas amacıyla temellük etmiş ise davacı bu durumda itiraz edemez¹³⁸.

Davalı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 204/1. Maddesine göre kendisine dava açmış asıl davacıda alacağı olduğunu belirterek, bu alacağı ile borcunun takas edilmesini açacağı bir karşılık dava ile talep edebilir. Takas maddi hukuka ilişkin bir itiraz vasfı taşıması nedeniyle yargılama dışında da ileri sürülebilir¹³⁹.

Borçlar Kanununun 123.maddesinde takas hakkının kullanılamayacağı durumlar sayılmıştır. Bu maddeye göre;

ihracatı gerçekleştirilen emtiaların davalı tarafından alıcısına ulaştırılması sırasında İtalya'da çalıştığından bahisle zayı olduğunu bildirildiğini, bedelinin henüz ödenmediğini, 5803 Euro'nun takas ve mahsubuna karar verilerek bu alacağın da hüküm altına alınmasını istemiştir.davacı taşıyıcının kaybettiği mallarla ilgili sorumluluğunun CMR 23 ncü maddesine göre tespit edilip, bu miktarın takas ve mahsubuna karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması da yanlış olmuştur.' 11. HD 2005/13896 E, 2007/564 K. (AKİP içtihat programı).

¹³⁶ ANSAY:(Hukuk Muhakeme Usulleri),s.468.

¹³⁷ ANSAY:(Hukuk Muhakeme Usulleri),s.468.

¹³⁸ ANSAY:(Hukuk Muhakeme Usulleri),s.467.

¹³⁹ BİLGE,Necip: Medeni Yargılama Hukuku,Ankara 1967,s.408.

Aşağıdaki alacaklar, alacaklıların arzusu hilafında takas ile ıskat edilemez.

1 - Tevdi edilmiş veya haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş bulunan bir şeyin iadesine veya bedeline taalluk eden mutalebeler.

2 - Nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iaşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar.

3 - Devlet ve vilayet ve köyler lehine olarak hukuku ammeden neşet eden alacaklar.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısının 144. Maddesinde ancak alacaklının rızası ile takas edilebilir alacaklar şu şekilde düzenlenmiştir.

Madde 144: Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızası ile takas edilebilir.

- 1- Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.
- 2- Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.
- 3- Nafaka ve işçi ücretleri gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.

2.3.1.1.1. Takas İçin Karşılık Dava Açılması Zorunlu Değildir

Davalının asıl davacıdaki karşılık alacağını takas etmesi için karşılık dava açması zorunlu olmayıp, bu talebini karşılık dava açmadan sadece takas savunmasında bulunarak da kullanabilir¹⁴⁰.

Konuyla ilgili Yargıtay kararları;

¹⁴⁰ KURU: Usul,c.4,s.3895.

'Davalılardan Ali ve Fatma, davacının sigortalısına ait aracın, kendilerinin sürücüsü ve maliki oldukları araca hasar verdiğini savunarak, yanıt dilekçesinde takas def'inde bulunmuşlardır. Yanıt dilekçesi, süresi içinde kaleme alınmış ve aynı süre içerisinde mahkeme kalemince tebliğe çıkarılmış ise de, hakim havalesini taşımamaktadır. Davacı tarafça savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmayan bu def'inin dinlenmesi mümkündür. Davalılardan Fatma aracın maliki olup, davacının sigortalısına, takas alacağını ileri sürme hakkı bulunduğu göre, sigortalının halefi davacıya karşı da aynı hakkı haizdir. Takas savunmasının mutlaka karşı dava olarak ileri sürülmesi zorunlu olmayıp, def'i olarak ileri sürülmesi de mümkündür. Bu durumda, mahkemece, davalılardan Fatma'nın takas def'inin üzerinde durularak, bu savunmasını kanıtlaması olanağının verilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu savunmanın tartışmasız bırakılması doğru olmamış, hükmün bu davalı yararına bu yönden bozulması gerekmiştir¹⁴¹.

Yargıtay bir başka kararında; 'B.K.'nın 118. maddesine göre, iki kişinin karşılık bir miktar meblağı veya yekdiğerini mümasil başka malları, birbirlerine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Dava ve takas def'i trafik kazasından doğduğuna göre, haksız eylemin işlendiği günde iki taraf için de alacak ve borç muaccel olmuştur. Takas, davalının takas etmek isteğini davacıya bildirmesiyle gerçekleşeceğinden, ayrı bir dava açılmasına veya karşılık bir dava ile ileri sürülmesine gerek yoktur. Somut olayda davalı, esasa cevap layihasında ileri sürmediği halde 11.11.1993 tarihli dilekçesinde, takas def'inde bulunmuştur. Takas def'inin 10 günlük cevap süresinde yapılması gerekirse de, süresinden sonra yapılan takas def'ine hemen karşı konulmadığı takdirde, savunmanın genişletilmesine rıza gösterilmiş sayılır. Davacı, davalının takas def'ini içeren dilekçesine karşı verdiği, 7.12.1993 tarihli dilekçesinde, savunmanın genişletilmesi yolunda herhangi bir itirazda bulunmamış, davalının karşı dava veya ayrı bir dava açması gerektiğini

¹⁴¹ 11. HD 2003/11005 E, 2004/10620 K (AKİP içtihat programı).

bildirmiştir. Mahkemece bu durumda, itiraza uğramayan takas definin incelenmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davalının ayrıca harç yatırıp, dava açmadığı gerekçesiyle, takas talebinin reddi isabetsizdir¹⁴².

Yargıtay başka bir kararında; Davalı süresinde takas definde bulunarak borcundan senetli alacağının tenzilini istemiş, bu yön mahkemece de inceleme konusu yapılmıştır. Davalının takas etmek istediği karşılık dava açmasında usulü zorunluluk yoktur. Davacının 15/02/1972 günlü cevaba cevap dilekçesinde, davalının takas defi hakkında gereken karşılık verilmiş olduğuna göre, mahkemenin bu isteğin açıkça yapılmadığı yolundaki görüşüne katılmak mümkün olmamıştır. Öte yandan takas definin niteliği göz önünde tutularsa davalının karşılık dava açma yükümü mevcut olmadığı gibi, harç yatırılması da zorunlu değildir. Takas defi veya karşılık dava şeklinde ileri sürülebilir. Borçlar Kanununun 118. maddesi hükmü de aynı paraleldedir. Mahkemece yapılacak iş, incelenmiş olan takas defi hakkında karar vermekten ibarettir. Aksine düşüncelerle verilen karar bozulmalıdır¹⁴³.

2.3.1.1.2. Takas İçin Karşılık Dava Açılamaması

Davalının asıl davacıdaki karşılıklı alacağını miktarı, asıl davanın konusunu oluşturan alacağın miktarı kadar veya bundan az ise, bir karşılık dava açmakta hukuki yararı yoktur. Bu durumda sadece takas savunmasında bulunmakla yetinmesi gerekir. Zira karşılık dava açtığında, davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle mahkemece resen reddine karar verilir¹⁴⁴.

Bu durumda davalının karşılık dava açmasında hukuki menfaati olmadığı gibi, davalının karşılık dava açmakta zararı da oluşur. Çünkü davalı

¹⁴² 19. HD 1994/2803 E, 1994/11364 K. (AKİP içtihat programı).

¹⁴³ 13. HD 1976/5170 E, 1976/8355 K. (AKİP içtihat programı).

¹⁴⁴ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.622.

karşılık dava açması durumunda ayrıca harç ödemek zorunda kalacaktır¹⁴⁵. Oysa davalı, sadece takas savunmasında bulunursa harç ödemesi gerekmez¹⁴⁶. Ancak davalı, karşılık dava açarak karşılık dava için de ayrı bir vekalet ücreti alabilmek için karşılıklı dava açmak isteyebilir. Fakat bu durumda da davalının savunma yoluyla dermeyan edebileceği bu hususu hakkında ayrı bir karşılık dava açmasında hukuki menfaati bulunmamaktadır¹⁴⁷.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; ‘Davalı maddi olayları belirtmek ve takas etmek arzusunu, karşılık alacağın miktarını da belirtmek suretiyle bu alacağının takasını davaya süresinde verdiği cevap dilekçesinde defi yolu ile ileri sürmüştür. Mahkeme bu konuda bir karar vermemiştir. Takas karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi defi olarak da ileri sürülebilir ve defi olarak ileri sürüldüğü hallerde diğer savunmaların tabi bulunduğu yasa hükümlerine tabi olur. Davacının alacak iddiasının ancak bir kısmını ya da tamamını ret ettirmeyi amaç tutup kendi yararına ayrıca bir alacak hükmedilmesini istemeyen bir davalının mutlaka karşılık dava açması söz konusu olamaz. Çünkü esas davadan daha az veya ona eşit miktarda karşılık zararı veya alacağı bulunan davalının bunu ileri sürebilmesi için karşılık dava açmaya zorlanması usule aykırı düşer(Baki Kuru,HUMK 3.baskı,Ankara 1974 sayfa 596 ve devamı). Bu sebeple mahkemece yapılacak iş işbu trafik olayı(nedeniyle) davalının da aracında meydana gelen hasar tespit edilerek

¹⁴⁵ Davalının takas etmek istediği karşılık alacak dava konusu alacaktan daha az olduğundan karşılık dava açma ve harç yatırma zorunluluğu bulunmamaktadır. 3. HD 2004/3989 E, 2004/4219 K.(AKİP İçtihat Programı).

¹⁴⁶ ‘Mahkemece, davanın kabulü cihetine gidilmiş, ancak davalının takas-mahsup talebi incelemesiz bırakılmıştır.Davalının takas etmek istediği karşılık alacak dava konusu alacaktan daha az olduğundan karşılık dava açma ve harç yatırma zorunluluğu bulunmamaktadır.Borçlar Kanununun 118. maddesi uyarınca; davalı takas iradesini açıkladığından ve buna dair delillerini sunduğundan mahkemece bu def’i üzerinde durulup gereken inceleme ve soruşturma yapılarak ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken bu konunun incelemesiz bırakılması doğru görülmemiştir.’ 3. HD 2004/3989 E, 2004/4219 K.(AKİP İçtihat Programı).

‘HUMK.nun 204 ve 205. maddeleri ne gibi hallerde müteakıl dava açılacağını öngörmüş, iflas davasının da bu maddelerde yazılı davalar arasına girmesi gerekmiştir. Mukabil dava, davalının usulün 187)8. maddesi gereğince davalı müteakıl davanın kabule şayan bulunmadığı yönünden iptidai itirazı bulunmadığı cihetle mukabil davanın bu dava ile birlikte yürütülmesi icap ederken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün İİK. 366 ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 22/03/1979 gününde, oybirliğiyle karar verildi.12.HD 1979/1849 E,1979/2453 K.’(AKİP İçtihat Programı).

¹⁴⁷ KURU: Usul,c.4,s.3903.

ve kusuru oranı da göz önüne bulundurularak tespit edilecek alacağın, davacının alacağından düşülmesi suretiyle sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir¹⁴⁸.

Takas defi esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmelidir¹⁴⁹. Bu süre geçtikten sonra takas define bulunulması iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil eder¹⁵⁰. Asıl alacaklı süresinde yapılmayan takas define itiraz ederse davalının takas defi hakkında karar veremez. Ancak süre geçtikten sonra yapılan takas define asıl alacaklı tarafından itiraz edilmemiş ise mahkemenin itiraza uğramayan takas defi hakkında inceleme yapması ve sonuca göre karar vermesi gerekir¹⁵¹.

2.3.1.1.3. Takas İçin Karşılık Dava Açılabilmesi

Davalının takas etmek istediği karşılık alacağının miktarının asıl davada asıl davacının alacağından fazla ise ve davalı bu fazla miktarı hüküm altına aldirmek istiyorsa o zaman davalın karşılık dava açması gerekir¹⁵².

¹⁴⁸ 4.HD 22.01.1981,13429/354 (İKİD 1982/253,s.806-807)

¹⁴⁹ YÜKSEL: s.389.

¹⁵⁰ ÜSTÜNDAĞ,Saim: İddia ve Müdafaaanın Değiştirilmesi Yasağı(Üstündağ, İddia ve Müdafaaanın Değiştirilmesi Yasağı),(İÜHFM),İstanbul 1967,s.90-92.

¹⁵¹ ‘B.K.’nun 118. maddesine göre, iki kişinin karşılık bir miktar meblağı veya yekdiğerini mümasil başka malları, birbirlerine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Dava ve takas def’i trafik kazasından doğduğuna göre, haksız eylemin işlendiği günde iki taraf için de alacak ve borç muaccel olmuştur. Takas, davalının takas etmek isteğini davacıya bildirmesiyle gerçekleşeceğinden, ayrı bir dava açılmasına veya karşılık bir dava ile ileri sürülmesine gerek yoktur.Somut olayda davalı, esasa cevap layihasında ileri sürmediği halde 11.11.1993 tarihli dilekçesinde, takas def’inde bulunmuştur. Takas def’inin 10 günlük cevap süresinde yapılması gerekirse de, süresinden sonra yapılan takas define hemen karşı konulmadığı takdirde, savunmanın genişletilmesine rıza gösterilmiş sayılır. Davacı, davalının takas def’ini içeren dilekçesine karşı verdiği, 7.12.1993 tarihli dilekçesinde, savunmanın genişletilmesi yolunda herhangi bir itirazda bulunmamış, davalının karşı dava veya ayrı bir dava açması gerektiğini bildirmiştir. Mahkemece bu durumda, itiraza uğramayan takas def’inin incelenmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davalının ayrıca harç yatırıp, dava açmadığı gerekçesiyle, takas talebinin reddi isabetsizdir.’ 19.HD 1994/2803 E, 1994/11364 K.(AKİP İctihat Programı).

¹⁵² KURU: Usul,c.4,s.3903.

Davalı karşı alacağını karşılık dava yoluyla ileri sürmek suretiyle, asıl davacının alacağı ile karşı dava alacağının birlikte müzakereye tabi tutularak karara her iki alacak açısından birlikte ulaşılmalarını sağlamak istemektedir¹⁵³.

Davalının karşılık dava açması zimmen yapılmış takas beyanı yerine geçer. Takas beyanının karşılık dava açılarak ileri sürülmesi durumunda, mahkeme takasın şartlarının bulunduğu kanaatine ulaşırsa, asıl davayı takas nedeniyle reddeder ve fazla alacağın asıl davacıdan alınmasına karar verir¹⁵⁴.

Bu durumda davalının asıl davaya karşı verdiği cevap layihasında takas için karşılık dava açtığını açıkça bildirmesi ve karşılık dava için gerekli olan harçları yatırması gerekir. Aksi halde davalının talebi karşılık dava olarak kabul edilmez¹⁵⁵.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; 'Davalının aile konutu şerhi konulan evin değerinin yarısının kendisine verilmesine ilişkin talebi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından ayrıca harca tabidir. Mal rejiminin tasfiyesi konusunda harcı verilerek usulüne uygun olarak açılmış karşılık dava veya bağımsız bir dava bulunmadığı halde kesin hüküm oluşturacak şekilde "davalının müşterek konutla ilgili talebinin reddine" karar verilmesi doğru görülmemiştir'¹⁵⁶.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; 'Davalı (kadın) ziynetlerinin karşılığı olarak maddi tazminat isteğinde bulunmuştur. Harcı verilecek usulüne uygun açılmış karşılık yahut bağımsız bir dava yoktur. Mahkemece bu istek hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir'¹⁵⁷.

Davalı, davacının istediği alacağı kabul etmiyorsa ve mevcut olmadığını iddia ediyor ise bu durumda karşılık dava açamaz. Bu durumda iki

¹⁵³ ÜSTÜNDAĞ,Saim: Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler(Üstündağ,Takas),(İÜHFM,İstanbul 1960),c. XXV, sayı 1-4,s.223-224.

¹⁵⁴ ARAL: s. 219.

¹⁵⁵ KURU: Usul,c.4,s.3904.

¹⁵⁶ 2. HD 2005/4350 E, 2005/5573 K. (AKİP içtihat programı).

¹⁵⁷ 2. HD 2005/1046 E, 2005/1833 K. (AKİP içtihat programı).

alacak arasında takas talebi olmayacağı ve iki alacak arasında bağlantı bulunmayacaktır. Bu halde davalının terditli olarak takas talebinde bulunması gereklidir. Yani davalının asıl davacının talep ettiği alacağın olmadığını, bu nedenle bu talebin reddine ve asıl alacaklıdan alacağı olan miktarın tahsiline, eğer asıl alacağın mevcudiyeti kabul edilirse asıl alacaklıdan olan kendi alacağının takasını talep etmelidir¹⁵⁸. Mahkeme, asıl davacının alacağının mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa, terditli karşılık dava kapsamında ileri sürülen takas beyanı ve fazla alacağa mahkumiyet talebini karara bağlar¹⁵⁹.

Davacının alacağının ihtilafı, davalının alacağının ihtilafsız olması durumunda, terditli takas beyanının yargılamada nasıl ele alınacağı hususunda Alman hukukunda başlıca iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan davanın reddi teorisine göre, davalının karşı alacağının ihtilafsız olması halinde, hakim dava konusu alacağın mevcut olup olmadığını incelemeksizin davanın reddine karar vermelidir. İkinci görüş olan delil ikame teorisine göre ise, Davalının karşı alacağının ihtilafsız olması halinde de mahkeme öncelikli olarak dava konusu alacağın mevcut olup olmadığını ve buna ilişkin delilleri değerlendirdikten sonra dava konusu alacağın mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa ancak bu durumda takas defini dikkate alarak bir karar vermesi gerekir¹⁶⁰. Aral ve Topuz/Topuz'a göre; Davanın takas nedeniyle reddi halinde davalının takas alacağı da kesin hüküm gücünden yararlanır. Gerek kesin hüküm açısından, gerek tarafların menfeatine ve usul ekonomisine uygunluk açısından delil ikamesi teorisi üstün tutulmalıdır¹⁶¹.

Davalının takas etmek istediği karşılık alacağının asıl davada talep edilen alacak miktarından çok olması durumunda, takas için mutlaka karşılık dava açması zorunlu olmayıp bu durumda da sadece takas savunmasında bulunulabilir¹⁶².

¹⁵⁸ KURU: Usul,c.4,s.3904.

¹⁵⁹ ARAL: s.221.

¹⁶⁰ TOPUZ, Gökçen/ TOPUZ, Seçkin: Takasın Dava İle İleri Sürülmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008, Cilt 57, Sayı 3, s.725-728. ARAL: s.220-222.

¹⁶¹ TOPUZ, Gökçen/ TOPUZ, Seçkin: s.725-728, ARAL: s.220-222.

¹⁶² ‘ Mahkemece, davalı tarafın vaki takas talebinin varlığı kabul edilmişse de; bunun için harç yatırılıp karşılık dava şeklinde açılmadığı gibi takası istenen miktarın da asıl alacaktan fazla

Davalının ileri sürmüş olduğu takas definin maddi anlamda kesin hüküm kapsamına girip girmeyeceği hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kural olarak maddi anlamda kesin hüküm, kararın sadece hüküm fıkrasını kapsar, bu nedenle hükmün gerekçesi bundan yararlanamaz¹⁶³. Ancak bazı hallerde hükmün gerekçesinin de maddi anlamda kesin hüküm kapsamına girdiği kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bu hallerden biri de davalının takas defi üzerine davanın reddedilmesi verilen kararın gerekçesinin de maddi anlamda kesin hüküm kapsamına girmesidir. Takas yalnız dava konusu alacağı değil karşılık alacağı da sona erdirdiği için, bu halde maddi anlamda kesin hükmün kapsamına karşı alacağın da sona erdiğine ilişkin gerekçenin de girmesi gerekir¹⁶⁵.

olduğundan bahisle, söz konusu takas mahsup istemi inceleme dışı bırakılmıştır. Oysaki, takas mahsup talebi harca tabi değildir ve HUMK.nun 204. maddesi hükümlerine göre, mutlaka karşılık dava şeklinde açılması da gerekmez. Her ne kadar davalı tarafın aynı olaydan kaynaklanan zararı, davacı tarafın tazminini istediği zarar miktarından fazla olarak gösterilmişse de, bunun fazlaya ilişkin bölümü saklı tutulmuş olup yalnızca asıl alacak miktarı kadarının takas edilmesi (ve hatta duruşmanın son oturumunda, 2.250.000 lira olarak belirlenen zarar miktarının mahsubu) istenilmiş bulunmaktadır. O halde; davalı tarafın vaki takas talebinin kabulüyle, 2.250.000 lira olarak saptanmış bulunan zararının, davacı tarafın hüküm altına alınan tazminat alacağından mahsup edilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru değildir.’ 3. HD 1991/14507 E, 1992/10280 K. (AKİP İçtihat Programı).

‘Ancak davalı davacı aracı tarafından kendi otomobiline yapılan hasar sebebiyle doğan alacağının takas ve mahsubunun süresi içinde verdiği esasa cevap layihasında istemiş bulunmasına ve kökleşmiş içtihatları gereğince takas ve mahsup talebinin müteakıl dava açılmadan defi olarak ta ileri sürülebileceğine ve davalının sözü edilen alacağına ait meblağın mahkemece tespit edilebileceğine ve haksız eylemlerde zarardan mütevellit alacak hakkının olay tarihinde muaccel hale geleceğine ve bu suretle Borçlar Kanununun 118. maddesi mucibince alacak münazaalı olsa dahi takas savunması ileri sürülebileceğine göre davalının bu talebinin incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir’. 11. HD 1974/5353 E, 1975/1362 K. (AKİP İçtihat Programı).

¹⁶³ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku), s.718, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 511.

¹⁶⁴ “ Her ne kadar kural olarak kararın hüküm fıkrası kesin hüküm teşkil eder ise de, hakimi hükmü vermeye zorlayan gerekçeler dahi kesin hüküm niteliği alır.” 2. HD 11.02.1982, 8582/1186, (YKD 1982/6, s.784).

¹⁶⁵ ARAL: s.222, TOPUZ, Gökçen/ TOPUZ, Seçkin: s.728-729.

2.3.1.2. Mahsup Talebi

Uygulamada takas ve mahsup kavramları tek anlamlıymış gibi kullanılmaktadır¹⁶⁶. Mahsubun sözlük anlamı hesap edilmiş, hesaba geçirilmiş, alacağa karşılık tutulan anlamındadır¹⁶⁷.

Mahsup ve takas kavramları birbirinden ayrıdır¹⁶⁸. Takasta iki alacak mevcutken, mahsupta bu durum farklıdır. Mahsupta örneğin sebepsiz zenginleşmede iade borçlusu iade halinde iyi veya kötü niyetli olması durumuna göre yaptığı harcamaları talep edebilir¹⁶⁹.

Takastan farklı olarak mahsup edilen alacak ile asıl alacak arasında sıkı bir bağlantı vardır; mahsupta her iki alacakda aynı konuya ilişkin olup, aynı hukuki ilişkiden doğmaktadır. Bu sebeple mahsup edilen alacak asıl alacaktan bağımsız nitelikte değildir¹⁷⁰.

Takas definden farklı olarak mahsup iddiası, alacağın indirtilmesine neden olduğu için sadece borçlu değil, alacak miktarının azaltılmasında hukuki yararı olan herkes(örneğin kefil) tarafından dermeyeran edilebilir¹⁷¹.

Bir alacak davasında, davalı asıl davanın alacaklısından kendisinin de bir başka ilişkiden alacağı iddiasında ise bu durumda takas vardır. Buna karşılık haksız mal edinme iddiasına dayanan bir geri alma davasında, davalı tenziline gerekli bir takım giderleri olduğu iddiasında yapılması gerekli işlem

¹⁶⁶ ATALAY: s.10.

¹⁶⁷ ATALAY: s.10.

¹⁶⁸ ‘MK’nun 907.maddesinin son fıkrasındaki mahsup,BK’nun 118. ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş olan takas değildir.MK’la BK’nun bazı maddelerinde mevzubahis mahsup müessesesi takastan tamamı ile ayrı mahiyeti haizdir.Şöyle ki:- Mahsupta yekdiğerinden ayrı ve müstakil iki alacak yoktur.Hüsnüniyetli zilyedi,şeyin reddini isteyen davacıdan yapmış olduğu faydalı ve zaruri masrafları istemezse şeyin sahibi,zilyet tarafından elde edilen semereleri istemek hakkına sahip değildir.Mahsupta,hiçbir zaman iki alacak mevzubahis olmayıp bir tarafın alacağını,yani zilyedin masraflarından mütevellit alacağını elde ettiği semereler nispetinde bir indirmeye tabi tutulması mevzubahistir.Takasta ise,yekdiğerinden tamamen ayrı ve müstakil karşılıklı iki alacak vardır.Bu alacak sahiplerden her biri takas dermeyeran edebileceği gibi bu yola gitmeksizin alacaklarını ayrıca isteyebilirler.’ HGK 24.05.1950,74/31,(KARAHASAN, M.R.:Tazminat Davaları,İstanbul 1976,s.712;ABD 1980/1,s.10-11)

¹⁶⁹ SONER: s.49.

¹⁷⁰ KURU: Usul,c.4,s.3907-3908.

¹⁷¹ YÜKSEL: s.393.

mahsuptur¹⁷². Mahsup niteliği itibariyle bir itirazdır; takas ise yenilik doğuran bir haktır¹⁷³.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; HUMK'nun 204/1. Maddesinde mukabil dava olarak takas ve mahsup talebinden de söz edebilmekte ise de; takas ve mahsup gerçekte birbirlerinden farklı deyimlerdir. Karşılıklı iki alacağı ifade eden takasa karşın mahsupta alacağın miktarına tesir eden, onu azaltan şartlar söz konusudur. Mahsup iddialarının tutarı çoğu zaman talep edilen alaktan az olduğundan karşılıklı dava açmadan mahsup iddiasında bulunmakla yetinmek mümkündür¹⁷⁴.

Davalının asıl davacıdaki karşılıklı alacağını miktarı, asıl davanın konusunu oluşturan alacağın miktarı kadar veya bundan az ise, bir karşılık dava açmakta hukuki yararı yoktur. Bu durumda sadece mahsup savunmasında bulunmakla yetinmesi gerekir¹⁷⁵.

Mahsup defi esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmelidir. Bu süre geçtikten sonra mahsup define bulunulması iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil eder¹⁷⁶. Asıl alacaklı süresinde yapılmayan mahsup define itiraz ederse davalının mahsup defi hakkında karar veremez. Ancak süre geçtikten sonra yapılan mahsup define asıl alacaklı tarafından itiraz edilmemiş ise mahkemenin itiraza uğramayan mahsup defi hakkında inceleme yapması ve sonuca göre karar vermesi gerekir¹⁷⁷.

¹⁷² ATALAY: s.11.

¹⁷³ ERCAN,İsmail: Medeni Usul Hukuku,Ankara 2006,s.273.

¹⁷⁴ (HGK,2.7.1980,978/15-742 E. 2112 K.)KARAHASAN,Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları,İstanbul 2004,c.5,s.795.

¹⁷⁵ KURU: Usul,c.4,s.3908.

¹⁷⁶ ÜSTÜNDAĞ,Saim:(İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı),s.90-92.

¹⁷⁷ 'Varlığı uyumsuzluk konusu olsa bile davalının davacıda olan alacağı takas ve mahsup savunmasına konu edilebilir.Bu yön BK'nın 118.maddesinin 2.fıkrasında açıkça belirtilmiştir.O halde davalının sonradan sonradan duruşma sırasında savunmayı genişletir şekilde mahsup ileri sürmesine karşı davacının savunmasının genişletilemeyeceği yolunda herhangi bir itirazda bulunmadığı düşünülerek davalının da davacı üzerinde kıdem ve ihbar tazminatından alacağı bulunup bulunmadığı yönü incelenmek ve şayet alacağı olduğu anlaşılırsa sabit olacak miktarda mahsup yapılmak ve hatta ileri sürülen alacağın dava edilenliden fazla olduğu anlaşılırsa bu yön tespit edilerek dava tamamen reddedilmek gerekir.(4.HD.03.04.1963-3852/3474).KAÇAK:s.701.

Davalının mahsup etmek istediği karşılık alacağının miktarının asıl davada asıl davacının alacağından fazla ise ve davalı bu fazla miktarı hüküm altına aldirmek istiyorsa o zaman davalının karşılık dava açması gerekir¹⁷⁸. Fakat bu durumda davalı karşılık dava açmak zorunda olmayıp, sadece mahsup savunmasında bulunmakla yetinebilir¹⁷⁹.

2.3.2. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunması

2.3.2.1. Takas veya Mahsup Halinde Bağlantı Bulunması Gerekli Değildir

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 205. Maddesinde; Takas ve mahsup talebinden başka davayı müteakibe davayı asliyeye mürtebit ise kabul ve tetkik olunur hükmü yer almaktadır.

Takas ve mahsup iddiasında asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı bulunması zorunlu değildir¹⁸⁰. Takasta asıl dava ile karşılık dava arasında bir bağlantının bulunduğu kanun tarafından varsayılmıştır(HUMK m.205). Asıl davaya karşı takas talebiyle karşılık dava açılabilmesi için aralarında bir bağlantının bulunup bulunmadığı araştırılmaz¹⁸¹.

¹⁷⁸ KURU: Usul,c.4,s.3908-3909.

¹⁷⁹ ‘Mahkemece, davalı tarafın vaki takas talebinin varlığı kabul edilmişse de; bunun için harç yatırılıp karşılık dava şeklinde açılmadığı gibi takası istenen miktarın da asıl alacaktan fazla olduğundan bahisle, söz konusu takas mahsup istemi inceleme dışı bırakılmıştır.Oysaki, takas mahsup talebi harca tabi değildir ve HUMK.nun 204. maddesi hükümlerine göre, mutlaka karşılık dava şeklinde açılması da gerekmez. Her ne kadar davalı tarafın aynı olaydan kaynaklanan zararı, davacı tarafın tazminini istediği zarar miktarından fazla olarak gösterilmişse de, bunun fazlaya ilişkin bölümü saklı tutulmuş olup yalnızca asıl alacak miktarı kadarının takas edilmesi (ve hatta duruşmanın son oturumunda, 2.250.000 lira olarak belirlenen zarar miktarının mahsubu) istenilmiş bulunmaktadır.O halde; davalı tarafın vaki takas talebinin kabulüyle, 2.250.000 lira olarak saptanmış bulunan zararının, davacı tarafın hüküm altına alınan tazminat alacağından mahsup edilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru değildir.’ 3. HD 1991/14507 E, 1992/10280 K.(AKİP İçtihat Programı).

¹⁸⁰ BİLGE/ÖNEN:s.461.

¹⁸¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.317.

2.3.2.2. Takas ve Mahsup Dışında Bağlantı Gereklidir

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 205. Maddesinde yer alan takas ve mahsup talebinden başka davayı mütekabile davayı asliyeye mürtebit ise kabul ve tetkik olunur hükmü karşısında takas ve mahsup iddiasından başka bir iddianın asıl dava ile aralarında bağlantı bulunduğu taktirde karşılık dava olarak ileri sürülmesi mümkündür.

Bu koşula göre davalının herhangi bir dava açması karşılık dava anlamına gelmez. Asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı bulunması gereklidir. Davalardan biri hakkında alınacak karar diğerini etkileyecek nitelikte ise aralarında bağlantı olduğu kabul edilir¹⁸². Bir başka ifade ile aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan talepler arasında bağlantı olabileceği gibi; dava konusu şey de aynı ise talepler arasında bağlantı olduğu kabul edilir¹⁸³.

Asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı veya takas şartı gerçekleşmemiş ise karşılık dava dinlenebilir olmaz; böyle bir durumda asıl davanın davacısının kendisine karşı açılmış olan karşılık davanın kabule şayan olmadığı itirazında bulunma hakkı vardır¹⁸⁴.

2.3.2.3. Asıl Dava ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunmasına Örnekler

'Bir gayrimenkulü hiçbir hukuki dayanağı bulunmadığı halde işgal eden kişiye karşı taşınmaz sahibinin açtığı fuzuli işgal davası ile davalının taşınmaz sahibinin menfaatini gözeterek gayrimenkule yaptığı zaruri ve yararlı masrafların kendisine, vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerine göre ödenmesi talebi arasında irtibat bulunduğu için, davalı bu iddiası ile ilgili karşılık dava açabilir(BK m.413). Buna karşılık, örneğin bir alacak davasına muhatap olan kimse, davacının bir malına haksız olarak

¹⁸² KARAFAKİH: s.152.

¹⁸³ ÜSTÜNDAĞ: s.519.

¹⁸⁴ BERKİN: (Usul Esasları),s.140.

tecavüz ettiğini ileri sürerek, bu tecavüzün menî ile malının kendisine verilmesi için istihkak davasını karşılık dava olarak açamaz. Çünkü bu iki dava arasında bağlantı yoktur¹⁸⁵.

Konuyla ilgili başka misaller; ‘Örneğin kendi malzemesiyle başkasının arsasına veya başkasının malzemesiyle kendi arsasına inşaat yapılması halinde, yıkma davasına karşı mülkiyetin tahsisi hususundaki (MK. m. 648 vd.) iddia arasında bağlantı bulunduğu için böyle bir iddia karşılık dava olarak ileri sürülebilir. Aynı şekilde satıcının fiyat ödeme davasına karşı alıcı tarafından ayıba karşı tekeffül dolayısıyla verilmiş olan şeyin istirdadı iddiasında bağlantı bulunduğu için karşılık dava konusu olabilir. Buna karşılık gayrimenkulün tahliyesi davasına karşı, davalı kendisinin davacıdan karz dolayısıyla olan alacağını karşılık dava şeklinde ileri süremez; çünkü arada bağlantı yoktur. Halbuki tahliye davası ile, gayrimenkule yapılan masrafların ödenmesi hususundaki talep arasında bağlantı vardır¹⁸⁶.

Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında; ‘Davacı boşanma davası açmış, davalı ise mukabil olarak istihkak iddiasında bulunmuş, davacı mukabil dava dilekçesinin verildiği 24/06/1974 günlü oturumda buna karşı koymuş, 02/07/1974 günlü cevaba cevap layihasında da iddiasını tekrarlamıştır. Usulün 187/3. maddesi gereğince tefrik (davaların ayrılması) isteği ilk itirazlardandır. Olayda davacı, süresinde bu yolda istekte bulunmuştur. Usulün 204. maddesi davalıya mukabil dava açmak imkanı vermiş ve 205. maddede (.....davayı müteakile davayı asliyeye murtabit ise kabul ve tetkik olunur) hükmü öngörülmüştür. Davalardan birisi hakkında verilecek karar, başka bir davayı etkileyecek nitelikte ise iki dava arasında irtibat var demektir (HUMK. 187/5). Az önce açıklanan 205. maddeden anlaşıldığı gibi, davalar arasında irtibat (bağlantı) bulunması halinde, mukabil (karşılık) dava açılabilir. Olayda, asıl dava boşanma davasıdır. Mukabil dava ise eşya hakkında istihkaka ilişkindir. Boşanma davasının ret veya kabul olunması istihkak davasını sübut yönünden etkilemeyeceği gibi, eşya davasının ret

¹⁸⁵ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.623.

¹⁸⁶ BİLGE/ÖNEN:s.461.

veya kabulü de boşanma davasının sonucunu değiştirmez. Öyle ise davalar arasında usulün 187/5. maddesinde yer alan şekilde bir irtibat bulunmadığından, mukabil istihkak davasının boşanma davasından ayrılması yolundaki ilk itirazın kabulü zorunlu iken, açıklanan yönler gözetilmeden uyuşmazlığın esası incelenerek hüküm tesis olunması bozmayı gerektirir¹⁸⁷.

Eşlerden birinin açtığı boşanma davasına diğer eř karşılık boşanma davası açabilir. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; ‘Boşanma davalarının kendine özgü bir yapısı vardır. Asıl dava ile karşı dava birbirine bağlıdır. Davacının açmış olduğu boşanma davasının kesinleşmesine karar verilmesi halinde bozmaya konu olan karşılık boşanma davası bir anlamda konusuz kalır. Kaldı ki Özel Daire bu durumu “bozma sebebine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına” ifadesiyle kararında diğer yönleri incelemediğini belirtmiştir. Davacı-karşı davalının açmış olduğu boşanma ve velayet davası da karşı dava gibi henüz kesinleşmemiştir. O halde her iki dava yönünden hüküm kurulması gerekirken sadece karşı dava yönünden hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup kararın öncelikle bu yönden bozulması gerekir¹⁸⁸.

Açılmış tespit davasına karşı davalının aynı hukuki ilişkiye istinaden eda davası açabilir¹⁸⁹.

3. KARşILIK DAVANIN CAİZ OLMAMASI

3.1. Genel Bilgi

Asıl dava ile karşılık dava arasında takas şartı veya takas dışında asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı koşulu gerçekleşmemiş ise

¹⁸⁷ 2. HD 1976/68 E, 1976/392 K. (AKİP İçtihat Programı).

¹⁸⁸ HGK 2008/2-738 E, 2008/743 K. (AKİP İçtihat Programı).

¹⁸⁹ KURU: Usul,c.4,s.3917.

karşılık dava dinlenebilir olmaz; Bu durumda karşılık dava açılması caiz değildir¹⁹⁰.

Asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı ve takas şartı gerçekleşmemiş ise böyle bir durumda asıl davanın davacısının kendisine karşı açılmış olan karşılık davanın kabule şayan olmadığı itirazında bulunabilir¹⁹¹.

3.2. Davacının İlk İtirazda Bulunması

3.2.1. Genel Bilgi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8. maddesinde karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasının ilk itirazlardan olduğu belirtilmiştir. Asıl davacı, kendisine yönelik açılan karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasında ise; bu durumu ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Mahkeme süresi geçtikten sonra karşılık dava açıldığını veya karşılık davanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği kendiliğinden göz önünde bulundurmaz¹⁹².

Davacı karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönündeki ilk itirazını karşılık davaya cevap vermek istemezse ilk oturumda sözlü olarak yapabilir (HUMK m. 189). Davacı ilk itirazda bulunmak için ilk oturuma kadar beklemek zorunda değildir. İlk oturumdan önce vereceği bir dilekçe ile ilk itirazlarını ileri sürebilir. Bu durumda ilk itirazlarını cevap layihası ile ileri sürmelidir (HUMK m.189/2,207/3). Buna göre yazılı yargılama usulünde kural olarak dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün içerisinde verilecek cevap layihasında ilk itirazda bulunmalıdır (HUMK m.189,195)¹⁹³. Basit yargılama usulünde

¹⁹⁰ POSTACIOĞLU:s.242-243.

¹⁹¹ KURU: Usul,c.4,s.3919.

¹⁹² POSTACIOĞLU: (Medeni Yargılama Hukuku),s.283;BİLGE/ÖNEN:s.462;PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.318.

¹⁹³ ‘Bilindiği gibi, derdestlik itirazı HUMK.nun 187. maddesindeki ilk itirazlar arasında düzenlenmiş ve aynı Kanunun 195 maddesinde ilk itirazların dava dilekçesinin tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde veya hakim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde yapılması öngörülmüş,

(HUMK m.507-511) ve sözlü yargılama usulünde (HUMK m.478) ilk duruşmaya kadar, en geç ilk duruşmada esasa girmeden, seri yargılama usulünde ise esasa cevap süresi olan yedi gün (HUMK m.503,505) içinde ilk itirazda bulunulmalıdır¹⁹⁴.

Asıl davacının karşılık davaya yaptığı ilk itiraz mahkeme tarafından haklı bulunursa mahkemenin nasıl bir karar vereceği konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenleme yoktur. Bu durumda karşılık davanın reddi gerektiği görüşü ve karşılık davanın ayrılması gerektiği görüşü olmak üzere iki farklı görüş vardır¹⁹⁵.

3.2.2. Karşılık Davanın Reddi Gerektiği Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1951/170-33 sayılı vermiş olduğu bir kararında; ‘Davalı M’nin verdiği cevap layihesindeki mütekabil davası asli davaya murtabıt olmadığı beyanı ile dinlemeye şayan görülmeyerek reddedilmiş olmasına göre davacı lehine avukatlık ücreti takdiri lazım gelmediğine mütedair hususu dairenin bozma kararı doğrudur¹⁹⁶’ hükmüyle karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönündeki itirazın kabulü halinde davanın reddine karar verilmesi gerektiği savunmuştur.

maddenin son fıkrasında da, yukarıda belirtilen on günlük sürenin 08/01/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gün olduğu belirtilmiştir. Kuşkusuz, sözlü yargılama usulü ve basit yargılama usulünde iki taraf da ilk itirazlarını ilk oturumda sözlü olarak ileri sürülebilir. Ancak yazılı yargılama usulünde ilk itirazların yazılı olarak yapılması zorunludur. Ayrıca ilk itiraz süresi hak düşürücü nitelikte olup, ilk itirazın süresinde yapılıp yapılmadığı mahkemece resen incelenip gözetilmesi gerekir.’ 1. HD 2000/9117 E, 2000/10581 K.(AKİP İçtihat Programı).

¹⁹⁴ Basit yargılama usulünde, davalı cevap vermek zorunda olmayıp, cevaplarını ilk oturumda (yazılı veya sözlü olarak) mahkemeye bildirebileceğinden ötürü, karşılık davasını ilk oturumda açabilir (HUMK. m. 509 vd.). Süresinde açılmamış ise davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığı ilk itirazında bulunabilir. Davalı Mehmet’e çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü, adres araştırması için Cumhuriyet Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10/11/1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş, 24/04/1998 tarihinde ise karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu durum karşısında (karşılık davanın) asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan karşılık davanın, davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. 3. HD 2001/58 E, 2001/629 K.(AKİP İçtihat Programı)

¹⁹⁵ KURU: Usul,c.4,s.3919-3920.

¹⁹⁶ HGK,1951/170-33(AD 1951/11 s.1759-1760).

Bilge/Önen'e göre; mahkeme açılan karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı yönündeki itirazı haklı bulursa, bu durumda davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir¹⁹⁷.

Soner'e göre; mahkeme açılan karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı yönündeki itirazı haklı bulursa, bu durumda davanın reddi ve kabulü yönünde bir karar vermesi gerekir.¹⁹⁸

Mahkemenin karşılık davanın kabule şayan olmadığı gerekçesiyle verdiği karar, nihai bir karar olduğundan temyiz edilebilir. Ancak bu ret kararı karşılık davanın esası hakkına kesin hüküm mahiyetinde olmayıp karşılık davanın karşı dava şeklinde açılmayacağına ilişkin kesin hüküm mahiyetindedir¹⁹⁹.

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş olması daha sonra yeniden ayrı bir dava olarak açılma hakkını ortadan kaldırmaz²⁰⁰.

3.2.3. Karşılık Davanın Ayrılması Gerektiği Görüşü

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı takdirde usul ekonomisi ve menfaatler dengesine daha uygun olduğu düşüncesiyle karşılık davanın reddi kararı verilmeyerek açılan karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerektiği savunulmuştur²⁰¹.

¹⁹⁷ BİLGE/ÖNEN: s.423.

¹⁹⁸ SONER: s.51.

¹⁹⁹ KURU:Usul, c.4,s.3920-3921.

²⁰⁰ BİLGE/ÖNEN:s.464.

‘Mukabil dava açmamak,müstakil bir dava açma hakkını kaldırmaz(YTD,1950/447,1950/725). DEMİRHAN,Orhan/TAZEBEY/İlksev: Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu,Usulle İlgili Kanun ve İçtihatlar,Ankara 1965,c.1,s.509.;SINMAZ,Burhan/KARATAŞ,İzzet:İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat,Ankara 1987,s.390.

²⁰¹ BERKİN: (Usul Hukuku Esasları), s.621.; ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.521.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.318.; KURU:Usul,c.4,s.3921.

Yargıtay daireleri son zamanlarda verdiği kararlar ile davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmaması halinde karşılık davanın ayrılması gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir²⁰².

²⁰² ‘Mahkemece davanın kabulü, karşılık davanın ise kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacı (karşı davalı) vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. Basit yargılama usulünde, davalı cevap vermek zorunda olmayıp, cevaplarını ilk oturumda (yazılı veya sözlü olarak) mahkemeye bildirebileceğinden ötürü, karşılık davasını ilk oturumda açabilir (HUMK. m. 509 vd.). Süresinde açılmamış ise davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığı ilk itirazında bulunabilir. Davalı Mehmet'e çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü, adres araştırması için Cumhuriyet Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10/11/1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş, 24/04/1998 tarihinde ise karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu durum karşısında (karşılık davanın) asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan karşılık davanın, davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. 3. HD 2001/58 E, 2001/629 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

‘Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tellallık sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, bu nevi sözleşmelerin yazılı yapılmadıkça geçersiz olduğu, taşınmaz mal satışı için yazılı bir sözleşme olmadığından tarafların aldıklarını geri vermek zorunda oldukları, bu itibarla davalıya ödendiği ihtilafsız olan (500.000.000.-) liranın iadesi gerektiği, karşılık davanın ise, asıl davada husumetin yöneltildiği davalı tarafından açılabileceği gerekçesi ile asıl davanın kabulüne, karşılık davanın ise reddine karar verilmiştir. Karar, davalı ve karşılık davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 1- HUMK. nun 203 ve onu izleyen maddelerde düzenlenmiş bulunan karşı dava, bilindiği üzere asıl davadan bağımsız ayrı bir dava olup, Harçlar Kanunu gereğince de ikamesi için ayrı başvuru ve nispi harç yatırılarak açılabilir. Karşı davanın gerek süresinde açılmamış olması, gerekse HUMK. nun 205. maddesi koşullarını içermemesi halinde açılan bu davanın reddi mi gerekeceği, yoksa asıl davadan ayrılarak mı görülmesi gerektiği tartışmalı bir usul sorunu olmakla birlikte, gerek doktrinde, gerekse Yargıtay’ın son uygulamalarında bu davanın, bağımsız bir dava olması niteliği ve usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak bu davanın reddedilmeyerek, ayrılma kararı verilmesi gerektiği benimsenmektedir (Bu konuda doktrin görüş ve Yargıtay uygulamaları için bkz. Prof. Dr. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991, 3. Cilt, s. 2763-2764, 2774-2775, Prof. Dr. N. Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları İst. 1969, sh. 621 vd., Prof. Dr. S. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İst. 1997, s. 521 Dip Not:30). 11. HD 2000/1524 E, 2000/4972 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

‘Mahkemece; asıl davanın sabit olduğu ölçüde kısmen kabulüne ve karşılık davanın ise, aynı davacılar tarafından yine aynı yere ilişkin olarak davalı aleyhine daha evvel açılıp hükme bağlanan ve onanarak kesinleşen önceki döneme ait ecrimisil davası sırasında bu karşılık davanın açılmamış olması ve iki dava arasında yakın ilişki bulunmaması nedenleriyle reddine karar verilmiştir. Oysaki; anılan önceki ecrimisil davası sırasında davalının, bu karşılık davayı açmaması olgusu, onun (haksız zenginleşmeye dayanan) böyle bir dava hakkını ortadan kaldırmaz asıl dava ile karşılık dava arasında, HUMK. nun 205. maddesinin 2. cümlesi ve dolayısıyla aynı Kanunun değişik 45. maddesinin 3. fıkrası anlamında tam bir irtibat bulunmaması da (ancak 187. maddesinin 8. bendi uyarınca ilk itiraz olarak öne sürülmüş olmak kaydıyla) karşılık davanın reddini gerektirmeyip, asıl davadan ayırma sonucu doğurur. O halde; belirtilen nedenlerle ve davacı ve karşı davalı tarafın ilk itirazda bulunmadığı da gözetilerek, karşılık davanın esasının incelenip hükme bağlanması gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi reddine karar verilmesi doğru değildir. 3. HD 1996/1140 E, 1996/2826 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 187/8. maddesi uyarınca karşılık davanın süresinde açılmadığı hakkındaki itirazın karşılık davaya cevap verilmesi halinde dilekçenin davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün veya hakim bir süre tayin etmiş ise bu süre içerisinde (HUMK. m. 197) cevap verilmemişse, ilk celsede sözlü olarak yapılması gerekir (HUMK. m. 189) Davalı karşılık davaya süresinde cevap vermemiş, ancak ilk oturumda zamanında açılmadığını vurgulayarak karşı koymuştur. Bu durumda karşılık dava süresinde değildir. Böyle olunca altın ve ziynetler yönünde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken reddine şekilde

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmaması halinde mahkeme tarafından karşılık davayı ayırmış olan karşılık dava kendi görev kapsamında değilse; söz konusu davanın görevli mahkemeye gönderilmesine hususunda görevsizlik kararı vermesi gerekir²⁰³.

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığına karar verildiği takdirde usul ekonomisi ve menfaatler dengesi açısından daha uygun olduğu için karşılık davanın reddi kararı verilmeyerek açılan karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerektiği görüşündeyim.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 138/2. maddesinde 'Süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, mahkeme davaların ayrılmasına karar verir' şeklinde düzenlemenin yer aldığı, bu düzenlemeyle yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu konu açıkça düzenlemiş ve süresinde açılmayan karşılık davanın ayrılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

3.3. Davacının İlk İtirazda Bulunmaması

Davacı kendisinin açtığı asıl davanın davalısı tarafından açılan ve HUMK 204-205. Maddelerinde düzenlenen şartları taşımayan karşı davaya kabule şayan olmadığı yönünde ilk itirazda bulunmaz ise, mahkeme, karşı

hüküm kurulması ayrıca bozma sebebi sayılmıştır. 2. HD 1995/6066 E, 1995/8671 K.'(AKİP İçtihat Programı).

'Karşılık davanın harç ve giderleri ödenmiştir. Her ne kadar mahkemenin kararında geçen BK'nın 123. Maddesi hükmü uyarınca davalının takas isteğinde bulunması mümkün değilse de bu husus usulene uygun olarak açılan karşılık davanın reddini gerektirmez. Öte yandan davanın reddi davalıya yeni bir dava açmak külfeti yükleyeceğinden böyle bir düşünüş dava ekonomisine de aykırı düşer. Gerek doktrinde gerek uygulamada bu ilke benimsenmiş bulunmaktadır. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974, sahife 600). O halde mahkemece bu yön gözetilerek karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerekirken reddedilmiş olması bozmayı gerektirir. 13. HD 1978/2837 E, 1978/3810 K.' (ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin/GÜNEL, Yüksel Mete: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Son değişiklikleriyle İçtihatlı-Notlu, Ankara 1982, s.135).

²⁰³ KURU: Usul, c.4, s.3922.

davanın şartları mevcut olmasa bile her iki davayı birlikte görüp bu davalar hakkında ayrı hükümler verir²⁰⁴.

Yargıtay verdiği kararlar ile davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmayan ancak bu konuda itiraz ileri sürülmeyen karşılık davanın asıl dava ile birlikte görüleceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir²⁰⁵.

²⁰⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.573.

²⁰⁵ ‘Dava, ziynet eşyalarının iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.Davacı Fatih tarafından davalı Hanife aleyhine açılan boşanma davası sırasında, davalı Hanife tarafından cevap dilekçesi ile birlikte açılan karşılık dava ile davalı (karşılık davacı) Hanife'nin eşinde kalan ziynet eşyalarının aynen iadesi istendiği, yapılan yargılamalar sonunda mahkemece boşanma davasının reddine, ziynet eşyaları ile ilgili açılan karşılık davanın tefrikine karar verilerek ziynet eşyalarına ilişkin davanın mahkemenin ayrı bir esasına kaydedildiği anlaşılmıştır. Mahkemece karşılık davanın cevap süresi olan 10 günlük süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesiyle süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmiştir. Davalının, esasa cevap süresi geçtikten sonra karşılık dava açmış olması halinde, mahkeme bu durumu kendiliğinden (resen) gözetemez. Davacı, davanın süresinden sonra açıldığını, ancak ilk itiraz olarak sürebilir. Davacının ilk itirazda bulunması üzerine,karşılık davanın süresinden sonra açılmış olduğunu tespit eden mahkeme,karşılık davanın bu nedenle açılmamış sayılmasına veya reddine karar veremez. Mahkemenin karşılık davanın (asıl davadan) ayrılmasına karar vermesi gerekir.Olayımıza gelince; Davacı, asıl davada, karşılık davanın süresinden sonra açıldığını ilişkin ilk itirazda bulunmadığı gibi, karşılık davanın asıl davadan tefrik edilmesine de karar verildiği görülmüştür. Bu durumda mahkemece, dava harcı da ödenmiş olan bu davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir. 6. HD 2007/6445 E, 2007/9576 K.’(AKİP İçtihat Programı).

‘Cevap ve karşı dava dilekçesi 30.1.2003 günü tebliğ edilmiş; davacı-karşılık davalı kadın 21.2.2003 tarihli dilekçesiyle karşı davanın süresinde açılmadığını ileri sürmüştür.Karşılık davanın süresinde olmadığı itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8. maddesi gereği ilk itirazlardandır. O halde itirazın 10 günlük cevap süresi içinde kullanılması gerekir. Esasa cevap oluşturacak şekilde ve süre geçiminden sonra yapılan ilk itirazlar dikkate alınmaz. Davacı-davalı kadın süresinde ilk itirazını bildirmediğine göre kocanın boşanma davası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde (...karşı davanın 10 günlük esas cevap süresinde açılmaması nedeniyle açılmamış sayılmasına) hüküm kurulması isabetsizdir. 2. HD 2004/5681 E, 2004/6893 K. ’(AKİP İçtihat Programı). ‘HUMK.nun 204 ve 205. maddeleri ne gibi hallerde mütekabil dava açılacağını öngörmüş, iflas davasının da bu maddelerde yazılı davalar arasına girmesi gerekmiştir. Mukabil dava, davalının usulün 187)8. maddesi gereğince davalı mütekabil davanın kabule şayan bulunmadığı yönünden iptidai itirazı bulunmadığı cihetle mukabil davanın bu dava ile birlikte yürütülmesi icap ederken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün İİK. 366 ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 22/03/1979 gününde, oybirliğiyle karar verildi.12.HD 1979/1849 E,1979/2453 K.’(AKİP İçtihat Programı).

4. YENİ HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU TASARISINDA KARŞILIK DAVA ŞARTLARI

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında karşılık dava şartları tasarının 137. Maddesinde sayılmıştır. Buna göre;

Karşı dava açılabilmesinin şartları

MADDE 137– (1) Karşı dava açılabilmesi için;

a) Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması,

b) Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talebin takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması, şarttır.

(2) Belirtilen bu şartlar gerçekleşmeden karşı dava açılacak olursa, mahkeme, talep üzerine yahut resen, karşı davanın, asıl davadan ayrılmasına; gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir.

(3) Karşı davaya karşı, dava açılmaz.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tasarının 137.Maddesinin gerekçesinde;

Tasarı maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, hukuk uygulamamızda önemli bir yeri bulunan karşı dava kurumunun işlerlik kazanabilmesinin şartları belirlenmiştir. Karşı dava açılabilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekir.

Asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması; karşı dava, niteliği gereği açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın varlığını zorunlu kılar. Çünkü, açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın davalısının cevap dilekçesinde, asıl davanın davacısına karşı, asıl davanın görüldüğü mahkemede bir dava açması hâlinde, ancak karşı davadan söz edilebilir.

Karşı davada ileri sürülecek olan taleple, asıl davada ileri sürülen talep arasında, takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bunun dışında kalan bir başka bağlantının mevcut olması gerekir. Buradaki bağlantıdan maksat,

asıl taleple karşı davada ileri sürülebilecek talebin, aynı yahut birbirine benzer sebeplerden doğmuş yahut biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek bir nitelikte bulunmasıdır.

Tasarı maddesinin ikinci fıkrasında ise, bir davanın şartlarının gerçekleşmemesine rağmen karşı dava olarak açılması hâlinde, asıl davaya bakan mahkemenin talep üzerine yahut kendiliğinden karşı dava olarak açılan davanın, asıl davadan ayrılmasına ve gerekiyorsa o davaya ilişkin dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, karşı davanın kabule şayan olmadığı itirazı, bir ilk itiraz olmaktan çıkartılmış, koşulları oluşmadan bir karşı dava açılması hâlinde, mahkemenin talep üzerine yahut kendiliğinden ayırma kararı vererek, karşı dava olarak açılan davanın görevli mahkemesine gönderilmesinin sağlanması olanağı yaratılmak suretiyle, usul ekonomisi ilkesine de uygunluk sağlanmıştır. Aralarında hiçbir bağlantı bulunmayan davaların birlikte görülmesinin önüne geçilmiştir.

Tasarı maddesinin üçüncü fıkrasında ise, karşı davaya karşı, karşı dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanarak, karşı davanın tevali ettirilmesi engellenmiştir. Bununla yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir.

5. KARŞILIK DAVANIN BENZERİ MÜESSESELERDEN FARKI

5.1. Karşılık Davanın Davaya Feri Müdahaleden Farkı

Davaya ferî müdahale müessesesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 53-58 maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak dava sonucu verilen hüküm taraflar arasında geçerli olur. Ancak verilecek hüküm üçüncü

kişiler açısından kesin hüküm teşkil etmese de, söz konusu hüküm üçüncü kişilerin hukuki durumlarını etkileyebilir²⁰⁶.

Örneğin; 'B (alıcı), C'den (satıcıdan) bir at satın almıştır. A (üçüncü kişi) bu atın kendisine ait olduğunu iddia ederek atın kendisine (A'ya) verilmesi için B'ye karşı bir dava açmıştır. B bu davayı kaybederse, C, B'ye karşı zapta karşı tekeffülle yükümlü olacaktır (BK m. 189). Görüldüğü gibi, A ile B arasındaki davada verilecek hükmün, C hakkında da dolaylı etkisi olacaktır. İşte burada, B'nin davayı kazanmasında (A'nın davasının reddedilmesinde) hukuki yararı olan C, B lehine (B'nin yanında) davaya müdahale eder ve B'nin davayı kazanması için ona yardımcı olur²⁰⁷.

Davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiden talepte bulunacak tarafın kazanması halinde üçüncü kişinin lehine etkileri olur. Üçüncü kişinin bu sebeple asıl dava tarafının davayı kazanması için ona yardımcı olması gerekmektedir. Bu amaçla tarafın davayı kazanabilmesi için davaya katılması ve tarafa ileri sürülecek iddia ve savunmalarda yardımcı olmasına imkan veren müesseseye feri müdahale denir²⁰⁸.

Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında; 'Hukukumuzda davaya müdahale (katılma) iki türlü olur. Fer'i müdahale ve Asli müdahale, Bunlardan fer'i müdahale kanun tarafından düzenlendiği halde (H.U.M.K. 53-58) asli müdahale doktrin ve Yargıtay tarafından geliştirilmiş ve kabul edilmiştir. Her iki kurumun davadaki konumu ve sonuçları farklıdır. Fer'i müdahalede; üçüncü kişi hukuki yararı olduğu gerekçesiyle görülmekte olan davaya ancak, taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı olarak katılır. Mahkeme, fer'i müdahale dilekçesi üzerine müdahale talebinin kabulüne veya reddine karar verir. Müdahale talebinin kabulüne ilişkin karar yalnız başına temyiz edilemeyeceği gibi müdahale talebinin reddine ilişkin kararı fer'i müdahil, asıl hüküm verildikten sonra lehine müdahale etmek istediği taraf aleyhine verilmiş olan hükme karşı temyiz yoluna baş vurarak hükmün, müdahale

²⁰⁶ PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale, Ankara 1992, s.17.

²⁰⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ: s.531.

²⁰⁸ PEKCANITEZ: s.18.

talebinin haksız olarak reddedilmiş olması nedeniyle bozulmasını isteyebilir. Fer'i müdahil, lehine katıldığı tarafla birlikte hareket ederek davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip eder. Hüküm lehine müdahale edilen taraf hakkında verilir. Müdahil hakkında karar verilemez. Müdahil hükmü lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz edilebilir²⁰⁹.

Karşılık dava ile davaya fer'i müdahale müessesesi bir birinden farklıdır.

Öncelikli olarak karşılık davada asıl davanın davalısı olan tarafın asıl davanın davacısına yönelik aynı mahkemede ve aynı dosyada karşı dava açmasına karşılık dava denir (HUMK m.203). Karşılık davada davayı açan kişi asıl davanın davalısı olarak taraflardan biridir. Buna karşılık davaya fer'i müdahalede bulunan kişi asıl davanın tarafı değildir ve dışarıdan üçüncü kişi olarak davaya katılır (HUMK m. 53). Fer'i müdahilin davada taraf sıfatı bulunmamaktadır²¹⁰.

Karşılık davayı açan kişi davanın doğrudan tarafı olması nedeniyle dava ile ilgili her türlü işlemi kendisi yapabilir. Buna karşılık fer'i müdahil lehine davaya katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorundadır. Fer'i müdahil sadece lehine davaya müdahale ettiği tarafın iradesine uygun düşen işlemleri yapabilir²¹¹.

Karşılık dava ancak asıl davanın esasa cevap süresi içerisinde açılabilir (HUMK m.203). Buna karşılık davaya fer'i müdahale ise yargılamanın bitip hüküm verilinceye kadar yapılabilir²¹².

Mahkemenin karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönündeki kararı dava ile ilgili nihai bir karar niteliğinde olduğu için bu karar temyiz edilebilir²¹³. Buna karşılık fer'i müdahilin müdahale talebinin reddi kararı yalnız başına

²⁰⁹ HGK 2003/9-32 E, 2003/96 K.(AKİP İçtihat Programı).

²¹⁰ PEKCANITEZ: s.40.

²¹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.533.

²¹² PEKCANITEZ: s.71.

²¹³ KURU: Usul,s.3920.

temyiz edilemez. Bu karar ancak dava ile ilgili asıl hüküm verildikten sonra asıl tarafla birlikte temyiz edilebilir²¹⁴.

5.2. Karşılık Davanın Davaya Asli Müdahaleden Farkı

Davaya asli müdahale müessesesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bir müessese değildir. Ancak asli müdahale doktrin ve Yargıtay tarafından geliştirilmiş ve kabul edilmiştir²¹⁵.

Başka taraflar arasında görülmekte olan davanın konusu hak veya şeyin bir kısmı veya tamamı üzerinde bir iddiasında bulunan üçüncü kişi tarafından dava konusunun görüldüğü mahkemeye bu davanın taraflarına yönelik ayrı bir dava açmasına davaya asli müdahale denir²¹⁶.

Konuya örnek gösterilirse; ‘Medeni Yasanın 639. Maddesi uyarınca bir taşınmaz malın olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasında, (tapuya

²¹⁴ ‘Davaya davalı şirket yanında fer’i müdahil olarak katılan N Capital Holding B.V.vekilinin hükmü tek başına temyiz yetkisi bulunmayıp, anılan müdahil hakkında da hüküm verilmemiş olduğundan müdahil vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.’ 11. HD 2004/11837 E, 2004/10469 K.(AKİP İçtihat Programı).

²¹⁵ ‘Hukukumuzda davaya müdahale (katılma) iki türlü olur. Fer’i müdahale ve Asli müdahale, Bunlardan fer’i müdahale kanun tarafından düzenlendiği halde (H.U.M.K. 53-58) asli müdahale doktrin ve Yargıtay tarafından geliştirilmiş ve kabul edilmiştir. Hukukumuzda içtihat yoluyla giren asli müdahalede; iki kişi arasında belli bir şey veya hak üzerinde dava devam ederken, üçüncü bir kişi, taraflardan bağımsız olarak bu dava konusu olan şey veya hak üzerinde bir hak sahibi olduğunu iddia ederek asli müdahale talebinde bulunur. Asli müdahale davası ilk davadan bağımsız olduğundan ayrı harç ödenir. Asli müdahilin harç ödemesi ile asli müdahale tamamlanmış olur. Mahkemenin asli müdahale talebin kabulüne karar vermesine gerek yoktur. Asli müdahale (davası) bağımsız (ayrı) bir dava olduğundan bununla dava açılmasının bütün sonuçları doğar. Mahkeme asli müdahale davası hakkında ayrı bir hüküm verir ve asli müdahil verilen hükmü taraflar temyiz etmese bile onlardan bağımsız olarak yalnız başına temyiz edebilir. Görüldüğü gibi, fer’i müdahale ve asli müdahale kurumlarının davadaki konumu ve sonuçları farklıdır. HGK 2003/9-32 E, 2003/96 K.’(AKİP İçtihat Programı).

‘Asli müdahale olarak tanımlanan ve üçüncü kişinin davanın taraflarına karşı, müstakil hak iddiası ile davaya katılması ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Ancak, uygulama ve doktrinde asli müdahale (katılma) kabul edilmektedir. Bir yargılamaya konu olan şey üzerinde hak iddia eden kişinin hukuki koruma istemiyle davaya katılması, onun bu yolla dava hakkını (Anayasa. m. 36/1) kullanması sonucu asli müdahale yoluyla dava yığılması oluşmaktadır. Mahkemece de her iki tarafı da hasım göstererek davaya katılan kişinin usulü talebi, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan istem sonucundan farklı olduğundan asıl dava ve müdahilin davası hakkında ayrı hüküm verilmek zorundadır.14. HD 2004/6545 E, 2004/6161 K.’(AKİP İçtihat Programı).

²¹⁶ ALANGOYA,Yavuz/YILDIRIM,Kamil/YILDIRIM-DEREN,Nevhis: Medeni Usul Esasları,İstanbul 2006,s.173-174.

tescil konusunda) açılacak olan tescile itiraz davası, asli müdahaleye örnek olarak gösterilebilir. Yine örneğin iki köy arasındaki bir yaylaya (meraya) el atmanın önlenmesi davası devam ederken, orman idaresi dava konusu yerin iki köye ait olamayacağını çünkü bu alanın orman sahası olduğunu ileri sürerek her iki köye karşı yeni bir dava (el atmanın önlenmesi davası) açarsa, bu da asli müdahale olacaktır²¹⁷.

Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında; 'Yanlar arasında görülen davada; davacı, gabin hukuksal nedenine dayanarak tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davalı, davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Davaya asli müdahil sıfatıyla katılmak isteyen Hüseyin, çekişme konusu taşınmazın 6.9.1977 tarih, 9 sıra noda kayıtlı tapulu yeri olduğundan bahisle iptal ve adına tescil istemiştir. Mahkemece; davanın kabulüne, müdahale isteğinin reddine karar verilmiştir. Karar, yasal süre içerisinde asli müdahale talep eden Hüseyin vekili tarafından duruşmalı inceleme yapılması isteğiyle temyiz edildiğinden, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Asli katılma, bir kişinin açılmış bir davada kendi yararına bir hakkın saptanmasını ve korunmasını istemesidir. Tarafların hukuki yararı ile kendi hukuki yararı çatışıyorsa açılmış davaya asli katılan olarak girebilir. HUMK.nun da bu konuda açık hüküm bulunmamakla beraber öğretide ve yargısal uygulamada asli müdahalenin varlığı benimsenmiş durumdadır. Olayda Hüseyin, bağımsız hak iddiası ile tapunun iptalini ve adına tescil istediğine, gerekli harcı da yatırdığına göre usul ekonomisi de gözetilerek iddiasının incelenmesi, bu yöndeki taraf delillerinin toplanması, ondan sonra varılacak sonuca göre esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davaya başka bir hukuki sebebe dayanılarak müdahalenin mümkün olmadığından söz edilip katılma isteğinin reddedilmesi isabetsizdir. Temyiz itirazı yerindedir'²¹⁸.

Karşılık dava ile davaya asli müdahale müessesesi bir birinden farklıdır.

²¹⁷ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku), s.76.

²¹⁸ 1.HD 1993/14422 E, 1993/7442 K. (AKİP İçtihat Programı).

Öncelikli olarak karşılık davada asıl davanın davalısı olan tarafın asıl davanın davacısına yönelik aynı mahkemede ve aynı dosyada karşı dava açmasına karşılık dava denir(HUMK m.203). Karşılık davada davayı açan kişi asıl davanın davalısı olarak taraflardan biridir. Buna karşılık davaya asli müdahalede bulunan kişi asıl davanın tarafı değildir ve dışarıdan hak talebinde bulunan üçüncü kişi olarak davaya katılır.

Karşılık dava ancak asıl davanın esasa cevap süresi içerisinde açılabilir(HUMK m.203). Buna karşılık davaya asli müdahale ise yargılamanın bitip hüküm verilinceye kadar yapılabilir²¹⁹.

Yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında davaya asli müdahale müessesesi düzenlenmiştir. Tasarının 71. Maddesine göre;

MADDE 71– (1) Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir.

(2) Aslî müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

5.3. Karşılık Davanın Davanın İhbarından Farkı

Davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada tarafların, aleyhe hüküm verilmesi halinde rücu edebilecekleri üçüncü şahsa davayı bildirilmeleri ve yardım talep etmeleridir²²⁰.

²¹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.536.

²²⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM: s.174.

Davanın taraflarından birini davayı üçüncü bir kişiye ihbar etmeye sevk eden amaç, onun bu davayı kaybetmesi halinde üçüncü bir şahsa ileri sürebileceği bir talep hakkının mevcut olduğuna inanmasıdır²²¹.

Konuya örnek gösterilirse; ‘ zincirleme borçluluk ve kefalet ilişkisinde, davanın bir tarafını oluşturan zincirleme sorumlu borçlulardan biri veya kefil, davayı diğer zincirleme sorumlu borçlulara veya asıl borçluya bildirmekte yarar görür. Bunun gibi satış sözleşmesinde satıcı tarafından alıcıya satılarak teslim edilen mal üzerinde üçüncü kişi hak ileri sürerek alıcıya karşı bir hak ediş davası açarsa, alıcı kendisine yardım etmesi için davayı satıcıya duyurur; çünkü yasa böyle bir olasılıkta satıcının alıcıya karşı sorumlu olacağını öngörmektedir’²²².

Karşılık dava ile davanın ihbarı ile davaya katılma müessesesi bir birinden farklıdır.

Öncelikli olarak karşılık davada asıl davanın davalısı olan tarafın asıl davanın davacısına yönelik aynı mahkemede ve aynı dosyada karşı dava açmasına karşılık dava denir (HUMK m.203). Karşılık davada davayı açan kişi asıl davanın davalısı olarak taraflardan biridir. Buna karşılık davanın ihbarı kişi asıl davanın tarafı değildir ve bu dava dışından üçüncü kişi olarak davaya katılır.

Karşılık davanın davacısı doğrudan kendi isteği ile bu davayı açar. Davanın ihbarında ise üçüncü şahıs tarafların davayı duyurması sonucu davaya katılır.

Karşılık dava ancak asıl davanın esasa cevap süresi içerisinde açılabilir (HUMK m.203). Buna karşılık davanın duyurulması sonucu davaya müdahale ise yargılamanın bitip hüküm verilinceye kadar yapılabilir²²³.

²²¹ ATALI, Murat: Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 42.

²²² ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.79.

²²³ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.79.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILIK DAVAYA İLİŞKİN ESASLAR VE HÜKÜM

1. KARŞILIK DAVADA GÖREV VE YETKİ

1.1. Karşılık Davada Görevli Mahkeme

Bir mahkemenin bakılacak işin mahiyeti ve çeşidine göre davayı görme ehliyetine görev denir²²⁴. Bir başka anlatımla görev çekişmenin nitelik ve kıymetine göre mahkemenin işe bakabilme iktidarı olup,görev konusu kanunla düzenlenir²²⁵.

Mahkemelerin görevi belirlenirken bazı hallerde dava konusunun parayla ölçülebilir olup olmamasına bakılır²²⁶. Ancak bu kuralın da istisnaları

²²⁴ KARAFAKİH: s. 48.

²²⁵ ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku), s.139.

²²⁶ ‘HUMK.na göre; müddeabihi paradan başka bir şey olan davalarda iki taraf müddeabihin değerinde uzlaşmazlarsa, müddeabihin davanın açıldığı gündeki değeri mahkemece tayin ve takdir olunur.(m.2/2)Buna göre iki taraf müddeabihin kıymetinde uzlaşsalar bile mahkemenin resen müddeabihin değerini takdir etmesi ve görevli olup olmadığını kendi takdir ettiği değere göre karara bağlaması gerekir. Çünkü, görev kuralı kamu düzenine ilişkindir ve bu nedenle hakim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden nazara alınır. Taraflar görev konusunda anlaşma yapamazlar. (29.03.2006 gün ve 2006/14-91-115 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı).04.10.2006 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda görülen Mahmudiye Asliye Hukuk Mahkemesine ait 2006/2-538 Esas ve 2006/619 Karar sayılı dosyada vasiyetnamenin tenfizinde yetkili mahkemenin neresi olması gerektiği incelenmiş ve sonuçta "...miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili mahkeme olduğu ve hakimnin bunu resen gözetmesi gerektiği..." sonucuna varılmıştır. Bu hüküm müddeabihin değeri gözetilerek Asliye Hukuk Mahkemesince karara bağlanmış, Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında görev yönünden bir bozma yapılmamıştır. Görev kamu düzenine ilişkin bir konu olup davanın her aşamasında resen gözetilmesi gerektiğinden bu kararda nazara alındığında görevli mahkemenin müddeabihin değerine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.06.1994 gün 1994/2-301-422 sayılı ilamı da aynı yönde olup, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması bu doğrultudadır.’HGK 2007/2-2 E, 2007/10 K.(AKİP İçtihat Programı). ‘Davanın, açıklanan bu niteliği itibariyle 634 sayılı KMK.na tabi olmayacağı anlaşılmaktadır. Öte yandan; böyle bir dava, HUMK.nun değişik 8. maddesinin 2. fıkrasında sayılan davalardan da değildir ki, bu durumda mahkemenin görevinin belirlenmesinde anılan yasa maddesinin 1. fıkrasına göre davanın miktar veya değerine bakılmak gerekir.O halde; belirtilen nedenle (kamu düzeniyle ilgili olması bakımından görev konusunun resen dikkate alınarak) davaya görevli asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi

vardır²²⁷. Eğer dava konusunun parayla değerlendirilemiyorsa değişik kurallar koyulmuştur²²⁸. Örneğin, şahsiyet haklarına tecavüzün önlenmesi davası (MK m.24) asliye hukuk mahkemesinde görülür.

Davanın açıldığı mahkemenin o davaya bakmaya görevli olması gerekir. Aksi halde mahkeme açılan davaya bakamaz(HUMK m.1-8). Taraflar mahkemenin görevi ile ilgili olarak herhangi bir itirazda bulunmasa bile görev konusu kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınır²²⁹.

gerekirken, bu cihet düşünülmemesinin, davanın esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.' 3. HD 1993/13459 E, 1994/56 K.(AKİP İçtihat Programı).

²²⁷ 'HUMK.nun 8. maddesi, tahliye davaları ile birlikte açılmış olarak ve tazminat davaları ile bu davaya karşılık olarak açılmış davalara bakma görevini Sulh Hukuk Mahkemesine vermiştir. Olayımızda, kiralananın tahliyesi ve kira alacağının tahsilini isteyen davacı, aynı zamanda yönetim giderlerinin ödenmemesi sebebiyle de alacak isteğine, davalının depozit bedeline ilişkin davası tahliye davasına karşılık olarak açıldığına göre her iki tarafın tüm istekleri yönünden Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğunun kabulü gerekir. Buna rağmen davacının yönetim giderleri ile ilgili davasının ve davalının karşılık davasının görev yönünden reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.6. HD 1995/3456 E, 1995/3706 K.'. (AKİP İçtihat Programı).

'HUMK.nun 8. maddesi 11. bendi 1 nolu yazılı olduğu üzere "kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye akdin feshi yahut tespit davaları, bu davalar da birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalara değere bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. 3. HD 2005/69 E, 2005/471 K.'. (AKİP İçtihat Programı).

²²⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.89;

'4077 sayılı yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Diyarbakır'da ayrıca Tüketici Mahkemesi var ise veya Tüketici Mahkemesi olmadığı gibi tüketici davalarına bakmaya Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi de yetkili kılınmamışsa dava dilekçesinin görev yönünden reddi şayet ayrı bir Tüketici Mahkemesi bulunmayışından dolayı tüketici davalarına bakmaya Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesi yetkili kılınmışsa ara kararı verilerek davaya Tüketici Mahkemesi niteliği ile bakılması gerekir. 13. HD 2005/10275 E, 2005/15521 K.'. (AKİP İçtihat Programı).

²²⁹ 'Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup, yargılama sona erinceye kadar davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden (resen) göz önünde tutulmalıdır. 3. HD 2005/8010 E, 2005/8663 K.'. (AKİP İçtihat Programı).

'Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gerekir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan görev konusunda taraflar için müstesna hak doğmaz. Bu nedenle sonradan çıkan bir kanunla kabul edilen görev kuralı geçmişe etkili bir biçimde uygulanır ve davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmişse görevsizlik kararı verilmesi zorunludur. Bu durumda 4077 Sayılı Yasaya 4822 Sayılı Yasa ile eklenen 10/A ve aynı Yasa ile değişik 23. maddesi gereğince davaya bakmakla Tüketici Mahkemesi görevli olduğundan mahkemenin görevsiz olması nedeniyle hükmün bozulması gerekmiştir. 19. HD 2005/2617 E, 2005/2983 K.'. (AKİP İçtihat Programı).

Karşı dava asıl davanın görüldüğü mahkemeye açılır ve her iki dava aynı mahkemede görülür²³⁰.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 5.maddesinde 'Mütekabil davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise mütekabil davanın kıymeti esastır' Hükmü yer almaktadır. Asıl dava ile karşılık davanın dava konularının değerinin her ikisinin de mahkemelerin görevlerini belirlenmesindeki görev sınırından az ise bu durumda görevli mahkeme sulh mahkemesi olacaktır²³¹.

Asıl dava ile karşılık davanın dava konularının değerinin her ikisinin de mahkemelerin görevlerini belirlenmesindeki görev sınırından fazla ise bu durumda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır²³².

Asıl davanın dava konusunun değerinin karşılık davanın dava konusunun mahkemelerin görevlerini belirlenmesindeki görev sınırından fazla olması durumunda ise görevli mahkeme asıl davanın görüldüğü mahkeme olacaktır.

Karşılık davanın dava konusunun değerinin asıl davanın dava konusunun mahkemelerin görevlerini belirlenmesindeki görev sınırından fazla olması durumunda ise görevli mahkeme karşılık davanın görüldüğü mahkeme olacaktır²³³.

²³⁰ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.460.

²³¹ BİLGE/ÖNEN:s.161-162.

²³² KURU/ARSLAN/YILMAZ: (Usul Hukuku),s.573.

²³³ 'Davada,asıl dava ile karşılık dava aynı sebepten (trafik kazasından) doğmakta olup,aralarında bağlantı bulunmaktadır(HUMK m.205-45/3).Bu durumda,karşılık davanın değeri,asıl davanın değerinden çok ise mahkemenin görevi karşılık davanın değerine göre belirlenir(HUMK m.5) ve de sulh mahkemesi asıl dava ile karşılık davayı ayırarak asıl davaya kendisi bakıp,yalnız karşılık davayı asliye mahkemesine göndermekle yetinmez.O halde mahkemece,açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak HUMK m. 481/1. Fıkrası gereğince görevsizlik kararı verilerek davanın görevli olan asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir'.3.HD,1998/12518 E, 1998/13193 K.,ABD,1999/2-3,s.295-296.

'HUMK 5.maddesine göre "karşılık davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar ve kıymetinden çok ise karşılık davanın kıymeti esastır."Bu durumda mahkemece her iki dava hakkında görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir'. 3. HD 2002/3824 E, 2002/4129 K.(AKİP İçtihat Programı).

Örneğin; 'A, B'den 400 milyon lira alacaklı olduğunu bildirerek B'ye karşı sulh mahkemesinde bir alacak davası açmıştır. B ise A'dan 600 milyon lira alacaklı olduğunu bildirerek, A'nın istediği 400 milyon liranın bu 600 milyon liraya mahsup edilmesi ve kalan (600-400=) 200 milyon liranın kendisine (B'ye) ödenmesine karar verilmesi için A'ya karşı aynı mahkemesinde bir karşılık dava açmıştır. Bu misalde, karşılık davanın değeri 600 milyon lira ve asıl davanın değerinden fazla olduğundan, görevli mahkeme karşılık davanın değeri olan 600 milyon liraya göre belirlenir; yani asıl dava ile karşılık davaya bakmak asliye mahkemesinin görevine girer²³⁴.

Alacağın tamamı çekişmeli olduğunda görevli mahkemenin tayininde alacağın tamamı göz önüne alınır(HUMK m.4)²³⁵. 'Örneğin sulh mahkemesinde açılan 200 liralık bir alacak davasına karşı davalı, davacıda 500 liralık bir alacağından bahisle takas iddia etse ve kalan 300 lira hakkında asıl davacının bir mahkumiyetini istemese asıl davacı kendisine karşı açılan böyle 500 liralık bir karşılık alacağın varlığını inkar ettiği takdirde bu miktarın tespiti lazım geldiğinden davanın yine asliye mahkemesinde görülmesi lazım gelecektir²³⁶.

Sulh mahkemesinde görülmekte olan davaya ile ilgili bu mahkemeye asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir karşılık dava açıldığında, sulh hukuk mahkemesi her iki asıl dava ve karşılık dava hakkında görevsizlik kararı vererek dosyayı asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verir.

Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında; 'Davacı, davalıdan 4.1.1991"tarihli noterde resen düzenlenen satış vaadi sözleşmesi uyarınca 1/2 payını satın aldığı 13 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki 5 nolu bağımsız bölümdeki, davalı payının iptali ile adına tescilini istemiştir. Davalı, satış bedelinin ödenmediğini savunmuş ve usulünce açtığı karşı dava ile de aynı nedenle sözleşmenin iptalini istemiştir. Mahkemece, satış bedeli tam olarak ödenmediği

²³⁴ KURU: Usul,c.1,s.207.

²³⁵ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.464-465.

²³⁶ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.464-465.

gerekçesiyle tapu iptali ve tescil istemini reddetmiş, taşınmazın değerinin 5 milyar olduğu gerekçesiyle de karşı dava yönünden görevsizlik kararı vermiştir. Hükmü davacı temyize getirmiştir. Davacının açtığı tapu iptali tescil davasına karşılık, davalı aynı mahkemede ve aynı dava dosyasında davacıya karşı sözleşmenin iptali davası açmıştır. Yani açılan bir karşılık dava mevcuttur. HUMK.nun 5. maddesine göre "mütekabil davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise, mütekabil davanın kıymeti esastır". Bu durumda görevli mahkeme, hangi davanın değeri yüksek ise ona göre belirlenecektir. Yani Sulh Mahkemesinde açılan bir davada, asıl dava ile karşılık davayı ayırarak, asıl davaya bakılıp, karşı dava için görevsizlik kararı verilemeyecektir. Mahkemenin her iki dava içinde görevsizlik kararı vermesi gerekir. Somut olayda anılan madde hükmüne aykırı olarak, asıl davanın sonuçlandırılması ve karşılık dava yönünden görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.¹⁴. HD 1999/7298 E, 1999/7957 K.²³⁷.

Yargıtay bir başka kararında; 'HUMK.'nun 4146 Sayılı Yasa ile değişik 8/1. maddesine göre miktar veya değeri 400.000.000.- TL'yi geçmeyen davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.HUMK.'nun 5. maddesine göre, karşılık davanın değeri, asıl davanın değerinden fazla ise, mahkemenin görevi, karşılık davanın değerine göre belirlenir. Bu durumda Sulh Mahkemesi asıl dava ile karşılık davayı ayırarak, asıl davaya kendisi bakıp, yalnız karşılık davayı Asliye Mahkemesine göndermekle yetinemez. Sulh Mahkemesi her iki dava hakkında da görevsizlik kararı vererek, her iki davayı da Asliye Hukuk Mahkemesine gönderir ve asıl dava ile karşılık dava Asliye Mahkemesinde görülür. 3. HD 2003/7388 E, 2003/7356 K.²³⁸.

Sulh mahkemesi söz konusu durumda görevsizlik kararı verdiğinde; bu kararın verilmesinde tarafları yargılama giderlerine ve vekalet ücretine mahkum edemez²³⁹.

²³⁷ AKİP İctihat Programı

²³⁸ AKİP İctihat Programı.

²³⁹ 'Karşılık davanın değeri asıl davanın değerinden çok fazla ise,mahkemesinin görevi karşılık davanın değerine göre belirlenir.Bu durumda sulh mahkemesi asıl dava ile karşılık davayı

Asliye mahkemesine açılan esas dava sulh mahkemesinin görevi dahilinde olup asliye mahkemesinin görevi dışında bulunmuş olsa dahi karşılık dava asliye mahkemesinin görevi dahilinde ise karşılık davaya ve esas davaya asliye mahkemesinin bakması gerekir²⁴⁰.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 5.maddesinde yer alan 'Mütekabil davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise mütekabil davanın kıymeti esastır' hükmünün istisnası: HUMK.nun 8. maddesi 11. bendi 1 nolu yazılı olduğu üzere "kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye akdin feshi yahut tespit davaları, bu davalar da birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalara değere bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesi görevli olmasıdır²⁴¹.

İcra İflas Kanununun 277-284. Maddesindeki düzenlenen iptal davalarında görevli mahkeme HUMK m.8'deki görev sınırına göre tespit edilir. Ancak söz konusu iptal davası icra mahkemesinde görülmekte olan istihkak davasına (İİK m.97,m.228) yönelik, karşılık dava olarak açılırsa, iptal davasına da icra mahkemesinde bakılır (İİK m.97)²⁴².

ayırarak,asıl davaya kendisi bakıp,yalnız karşılık davayı asliye mahkemesine göndermekle yetinmez.sulh mahkemesi,her iki dava hakkında da görevsizlik kararı vererek,her iki davayı da asliye hukuk mahkemesine gönderir ve asıl dava ile karşılık dava asliye mahkemesinde görülür.Sulh mahkemesi bu halde verdiği görevsizlik kararında tarafları yargılama giderlerine ve bu arada vekalet ücretine mahkum edemez.3.HD,1997/11727 E,1997/12148 K. '(AKİP İçtihat Programı).

²⁴⁰ HGK,1952-154/14.; KARAOK,Hasan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Buna Ait İçtihatlar,İstanbul 1954.s.334.; POSTACIOĞLU: s.114.

²⁴¹ 'HUMK.nun 8. maddesi 11. bendi 1 nolu yazılı olduğu üzere "kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye akdin feshi yahut tespit davaları, bu davalar da birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalara değere bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.Görev; kamu düzenini ilgilendirmekte olup, resen dikkate alınır.Dava dilekçesindeki istek tahliye, akdin feshi veya tespit davası ile birlikte açılmış tespit davası olmadığı için HUMK.nun 8. maddesi II.bendi 1 no'da ifade edilen Sulh Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu davalardan değildir. 3. HD 2005/69 E, 2005/471 K. '(AKİP İçtihat Programı).

'KARAR:Dava, kiracılığın tespiti istemine ilişkindir. HUMK'nın 8/2 maddesinde yalnızca kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye akdin feshi yahut tespit (kira tespiti)davalarına, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalara, dava konusu şeyin değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı düzenlenmiştir. Açıklanan niteliği ve dayanağı itibariyle eldeki dava ve talep ise, anılan fıkra kapsamına girmemektedir. 20. HD 2004/13665 E, 2004/13220 K. '(AKİP İçtihat Programı).

²⁴² KURU: Usul,c.I,s.210.

'Borçlular ile üçüncü kişiler arasında yapılan hukuki tasarrufların iptali, ancak: icra ve iflas kanununun 277 ve onu izleyen maddelerinde açıklanan koşulların varlığı halinde mümkündür. Bunun dışında ayrı olarak üçüncü kişilerin açmış oldukları, istihkak davalarına karşı aynı

Mahkeme yasal süresinde açılmış ve gerekli şartları taşıyan karşılık davayı asıl dava ile birlikte bakar ve karara bağlar. Bu iki davayı tefrik edemez²⁴³.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında karşılık dava davada görev konusu tasarının 6. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

MADDE 6– (1) Karşı dava konusunun değeri asıl dava konusunun değerinden daha fazla ise, görevli mahkemenin belirlenmesinde karşı dava konusunun değeri esas alınır.

(2) Değer itibarıyla, asıl dava asliye hukuk mahkemesinin, karşı dava sulh hukuk mahkemesinin görevine giriyorsa, her iki davaya da asliye hukuk mahkemesinde bakılır.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tasarının 6. maddesinin gerekçesinde;

Tasarı maddesinin birinci fıkrasında, karşı dava konusunun değerinin asıl dava konusunun değerinden fazla olması hâlinde görevli mahkemenin belirlenmesinde, karşı davanın konusunun değerinin esas alınacağı; bu

kanunun 97 inci maddesinin sondan bir önce gelen fıkrasına göre, alacaklılar geçici bir kısmi aciz belgesi ibraz etmeksizin müteakiben iptal davası açabilirler.İnceleme konusu olayda, alacaklı, üçüncü kişinin istihkak iddiasına karşı borçlunun eşi ile yapmış olduğu devir senedinin iptalini istemiştir. Bu dava icra ve iflas kanunun (11) inci babında yerini alan iptal davası niteliğindedir. Böyle bir davanın kesin veya geçici aciz belgesi alınmaksızın açılması mümkün değildir. 97 nci maddenin sondan bir önce gelen fıkrası, sadece müteakibil davaya münhasır olup, 99 ncü maddeden yararlanılarak icra tetkik mercilerine hukuki tasarrufun iptali davası açamaz. Olay göreve ilişkin olduğu için sözü edilen 99 uncu maddenin kıyasen uygulanması olanağı yoktur. 24/02/1954 gün ve 2/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da bu doğrultudadır. O halde bu yönler gözetilerek dava dilekçesinin görev bakımından reddedilmiş olması bozmayı gerektirir.13.HD 1980/2485 E, 1980/3155 K.’(AKİP İçtihat Programı).

‘İİK.nun 97/17. maddesinde, istihkak davasına karşı haczi yaptırın alacaklının bu Kanunun 11. babı hükümlerine dayanarak geçici veya kesin aciz belgesi ibrazına mecbur olmaksızın karşılık dava olarak iptal davası açabileceği her iki davada tarafların gösterecekleri tüm delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirileceği yazılıdır. Davalı alacaklı tarafından açılan tasarrufun iptali davası "karşılık dava" olarak açılmıştır. 24/02/1954 gün E:2, K:7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da ayrıca vurgulandığı üzere, karşılık dava olarak açılan tasarrufun iptali davasına Tetkik Merciiince bakılması gerekir. Hal böyle olunca alacaklı tarafından açılan tasarrufun iptali davasının eksik alınan peşin karar ve ilam harcı da tamamlattırıldıktan sonra esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu davaya genel mahkemelerde bakılabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirir’. 21. HD 1999/6883 E, 1999/7944 K’. (AKİP İçtihat Programı).

²⁴³ BELGESAY:(Usul Şerhi),s.171.

durumda asıl davanın açıldığı mahkemenin hem asıl dava hem de karşı dava bakımından görevsizlik kararı verebileceği ve her iki davaya da karşı dava bakımından görevli olan mahkemece bakılacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Bu kural, 1086 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle paralellik arz etmektedir.

İkinci fıkrasında ise, asıl davanın asliye hukuk mahkemesinin, karşı davanın ise sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmesi durumunda, her iki davaya da asliye hukuk mahkemesinde, yani asıl davanın görüldüğü mahkemede bakılacağı hususunun açıkça ifade olunduğu belirtilmiştir.

1.2. Karşılık Davada Yetkili Mahkeme

Bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağının belirlenmesi yetki müessesesinin konusunu oluşturur²⁴⁴. Davacının açmak istediği davasını, dilediği yerdeki görevli mahkemede açma hakkı bulunmamaktadır. Mahkemeler kendi yargı sınırları içerisinde davaya bakabilme iktidarı, yetki kuralları çerçevesinde tespit edilir²⁴⁵.

Karşılık davada yetkiyi düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 14. Maddesine göre; ‘Davayı asliyenin ikame olduğu mahkeme davayı mütekabileye dahi bakmağa salahiyettardır’.

HUMK 14.maddesinde belirtildiği üzere asıl davaya bakan yer mahkemesi karşılık davaya da bakmaya yetkilidir. Ancak bu yetkinin işleyebilmesi açısından karşılık davanın geçerli olmasına ilişkin şartların gerçekleşmesi gerekir. Yani asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı bulunmalı veya takas, mahsup talebi şartının gerçekleşmesi gereklidir²⁴⁶. Kanunda belirtilen şartları taşıyan karşılık davaya karşı HUMK 14.maddesindeki amir hüküm karşısında asıl davacı yetki itirazında bulunamaz.

²⁴⁴ KARAFAKİH: s.59-60.

²⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.103;

²⁴⁶ BİLGE/ÖNEN: s.193-194.

Konuyla ilgili örneğin; ‘Ankara’da oturan A, Erzurum’da oturan B’ye karşı Erzurum mahkemelerinde (davalının yerleşim yeri-genel yetki) 4.500 liralık alacak davası açmıştır. B de, A’dan olan 10.000 lira alacağını istemek için karşılık dava açarsa, her iki davaya da bakmaya Erzurum mahkemeleri yetkili olur²⁴⁷.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında:

‘Davacılar, davalı ile aralarında yapılan kira sözleşmesinin tapuya şerh verilmesini istemişler, davalı süresi içinde görev ve yetki itirazında bulunmuş ve esasa cevap vermiş, karşılık dava olarak da sözleşmeni feshini talep etmiştir. Mahkeme, esas davayı kabul ve karşılık davayı reddetmiştir. Tapu kaydına şerh verilmesi istene taşınmazın Beykoz İlçesi sınırları içinde bulunduğu hakkında bir uyuşmazlık yoktur. Taşınmazın aynına ilişkin davaların HUMK.nun 13. maddesi uyarınca, bulunduğu yer mahkemesinde bakılacağı, bunun kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle resen gözetileceği de yasa gereğidir. Usulün 14. maddesi uyarınca, karşılık davada asıl davanın bakıldığı yer mahkemesinde görülecektir. Davalı hem görev hem de yetki itirazında bulunmuştur. Bu gibi hallerde önce görev konusunun çözümü gerekir. Dava niteliği itibarıyla Usulün 8. maddesinde sayılan sulh mahkemesinin görevine giren işlerden olmadığı için asliye mahkemesinde görülmesinde usule aykırılık yoktur. Bütün sorun yetki konusunun çözümlenmesidir’. (14. HD 1980/1561 E, 1980/2841 K.)²⁴⁸.

Karşılık davanın konusu bağımsız bir dava olarak açılmak istendiğinde asıl davanın görüldüğü yer mahkemesi yetkili olmayabilir. Ancak söz konusu bağımsız açılmak istenen dava asıl davaya karşı karşılık dava olarak açılması halinde ise asıl davanın görüldüğü yer mahkemesi karşılık davaya bakabilir²⁴⁹.

Asıl dava taraflar arasında yetki sözleşmesi ile kararlaştırılan mahkemede açılmış ise, bu davaya karşı açılacak karşılık için de yetki

²⁴⁷ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku), s.38.

²⁴⁸ AKİP İçtihat Programı.

²⁴⁹ KURU: Usul, c.I, s.456.

sözleşmesi ile yetkili kılınmış mahkeme yetkilidir²⁵⁰. Karafakih'e göre asıl dava için yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemenin karşılık dava için yetkili olması lazım gelmeyeceği düşüncesindedir²⁵¹.

Yargıtay'a göre; Yetki sözleşmesi ile kanunen yetkili olan genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkileri ortadan kaldırılamaz. Sözleşme ile yetkili kılınan mahkemenin yanında kanunen yetkili sayılan mahkemelerde yetkilidir²⁵².

Asıl davanın yetki sözleşmesi ile yetkili kılındığı mahkemenin, eğer karşılık dava için kamu düzenine ilişkin kesin bir yetki düzenlemesi yoksa yetki sözleşmesindeki yetkili mahkemenin karşılık dava içinde yetkili olması gerektiği düşüncesindeyim.

Asıl davanın açılmış olduğu mahkemede karşılık dava açıldıktan sonra asıl davanın davacısının açmış olduğu davasından feragat ve davasını geri alsa bile asıl davanın açıldığı mahkemenin karşılık dava açısından yetkisi devam eder ve karşılık dava asıl davanın açıldığı mahkemede görülür²⁵³. Buna karşılık asıl davanın davalısı, asıl davanın, davanın görüldüğü mahkemeye karşılık dava şeklinde değil de asıl davacıya yönelik bağımsız dava biçiminde dava açtığında bu bağımsız davaya asıl davanın görüldüğü mahkeme bakmaya yetkili değil ise, açılan bu bağımsız davaya bakamaz²⁵⁴.

Yetki hükümleri kural olarak kamu düzenine ilişkin değildir. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde, yetki itirazı yalnız ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Buna karşılık, yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde, yetki itirazı ilk itirazlardan değildir, davalı tarafından her zaman yetki itirazında bulunabilir, mahkeme de, yargılamanın her aşamasında yetkili olup olmadığını kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür²⁵⁵.

²⁵⁰ BİLGE/ÖNEN: s.194; KURU: c.I,s.457.

²⁵¹ KARAFAKİH: s.67.

²⁵² HGK,1969/216 E, 1969/824 K,RKD,mart 1970,s.69).

²⁵³ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.460.

²⁵⁴ KURU: Usul,c.I,s.458.

²⁵⁵ 11. HD 2004/3567 E, 2004/12985 K.(AKİP İçtihat Programı).

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 139. Maddesinde; Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesinin, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmayacağı hükmü yer almaktadır.

. Karşılık dava için kanunda kamu düzenine ilişkin kesin yetkili belirli bir mahkeme belirlenmişse, bu takdirde, karşılık dava, asıl davanın açıldığı mahkemede değil, kanunda belirtilen kesin yetkili mahkemede açılması gerekir²⁵⁶.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında karşılık dava davada yetki konusu tasarının 18. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

MADDE 18– (1) Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir.

Şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tasarının 18. maddesinin gerekçesinde;

Tasarı maddesinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 14 üncü maddesinde yer alan karşılık davaya ilişkin yetki kuralına, bu maddede yer verilmiştir. Buna göre, asıl dava için yetkili olan mahkeme, karşılık dava için de yetkilidir. Ancak, karşılık dava için kanunda kesin yetkili mahkeme belirlenmişse, bu takdirde, karşılık dava, asıl davanın açıldığı mahkemede değil, kesin yetkili mahkemede açılacağı belirtilmiştir.

2. KARŞILIK DAVA AÇMA SÜRESİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 203. Maddesinde; Müddeaaaleyh davayı mütekabilesini esas dava hakkındaki cevap layihasını bildirmek suretiyle ikame edebilir hükmünün yer almaktadır. Karşılık dava açma süreleri uygulanan yargılama usulüne göre farklılık gösterir.

²⁵⁶ KURU: Usul,c.I,s.458.

2.1. Asliye Mahkemelerinde Karşılık Dava Açma Süresi

Asliye hukuk mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır. Buna göre davalı, asıl davaya yönelik açacağı karşılık dava dilekçesinin tebliğinde itibaren esasa cevap süresi olan on gün içerisinde mahkemeye bildirerek karşılık dava açılabilir(HUMK m.203,195).

2.1.1. Karşılık Dava Esasa Cevap Süresi İçinde Açılabilir

Asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usulünde cevap süresi kural olarak on gündür. Buna göre davalı,asıl davaya yönelik açacağı karşılık dava dilekçesinin tebliğinde itibaren esasa cevap süresi olan on gün içerisinde mahkemeye bildirerek karşılık dava açılabilir (HUMK m.203,195)²⁵⁷.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 195. Maddesinde yer alan 'Davalı, ilk itirazları ile birlikte esas dava hakkındaki cevabını ve varsa karşı delillerini, dava dilekçesinin kendisine tebliği tarihinden itibaren on gün veya hakim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde mahkeme kalemine bildirmek ve bir örneğini de davacıya tebliğ ettirmek zorundadır'. Hükmü karşısında esasa cevap süresi HUMK 197 ve 198.maddelere göre üç gün

²⁵⁷ 'Davacı Fatih tarafından davalı Hanife aleyhine açılan boşanma davası sırasında, davalı Hanife tarafından cevap dilekçesi ile birlikte açılan karşılık dava ile davalı (karşılık davacı) Hanife'nin eşinde kalan ziynet eşyalarının aynen iadesi istendiği, yapılan yargılamalar sonunda mahkemece boşanma davasının reddine, ziynet eşyaları ile ilgili açılan karşılık davanın tefrikine karar verilerek ziynet eşyalarına ilişkin davanın mahkemenin ayrı bir esasına kaydedildiği anlaşılmıştır. Mahkemece karşılık davanın cevap süresi olan 10 günlük süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesiyle süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmiştir. Davalının, esasa cevap süresi geçtikten sonra karşılık dava açmış olması halinde, mahkeme bu durumu kendiliğinden (resen) gözetemez. Davacı, davanın süresinden sonra açıldığını, ancak ilk itiraz olarak sürebilir. Davacının ilk itirazda bulunması üzerine,karşılık davanın süresinden sonra açılmış olduğunu tespit eden mahkeme,karşılık davanın bu nedenle açılmamış sayılmasına veya reddine karar veremez. Mahkemenin karşılık davanın (asıl davadan) ayrılmasına karar vermesi gerekir.6. HD 2007/6445 E, 2007/9576 K.'(AKİP İçtihat Programı).

uzatılması durumun da karşılık dava bu üç günlük sür içerisinde de açılabilir²⁵⁸.

2.1.2. Karşılık Davanın Esasa Cevap Süresinden Sonra Açılmış Olması

Davalının esas süresini geçirdikten sonra karşılık dava açtığı takdirde, söz konusu bu durumun mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınıp alınamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

2.1.2.1. Karşılık Davanın Süresinden Sonra Açıldığını Mahkemenin Kendiliğinden Gözetmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre karşılık dava süresi geçtikten sonra açılması halinde açılan davanın mahkeme tarafından resen göz önüne alınarak reddine karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁹.

Yargıtay'ın bazı kararlarında bu görüş doğrultusunda kararlar verdiği görülmüştür. Örneğin; 'HUMK'nun 203. Maddesiyle davalının karşılık davasını, esas dava da dahil olarak bilcümle iddia ve savunmanın sebeplerini birden bildirmek zorunluluğunun karar altına alınmış olması karşısında karşılık davanın ancak cevap süresi içinde açılabilceğine ve kamu düzenine ilgili olması nedeniyle karşılık davanın bu süre içinde açılıp açılmadığının mahkemece resen araştırma zorunda bulunmasına göre davalılar avukatın bütün temyiz itirazları yerinde değildir²⁶⁰.

²⁵⁸ 'Karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılması gerekir.Ancak cevap süresi,davalının talebi HUMK'nun 197 ve 198. Maddeleri gereğince uzatılmışsa,uzatılan bu süre içinde verilecek cevap dilekçesi ile karşı davanın açılması mümkündür.'19.HD,2001/7205 E,2001/1668 K.,(İNAL,Nihat:Hukuk Yargılama Usulü Yasası,Ankara 2003,c.I,s.1131-1132.).

Mahkemece esasa cevap süresi uzatıldığına göre bu süre içinde açılmış olan mukabil davanın incelenmesi gerekir.Yargıtay Ticaret Dairesi,1972/5248 E,1972/148 K,RKD,Temmuz 1972,s.306.

²⁵⁹ BERKİN: (Usul Hukuku Rehberi), s.624.;ÜSTÜNDAĞ:(Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.430.

²⁶⁰ 11 HD,1974/3869 E,1974/3270 K,(İNAL):s.1133.

2.1.2.2. Karşılık Davanın Süresinden Sonra Açıldığını Davacının Yalnız İlk İtiraz Olarak İleri Sürülebileceği Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre karşılık dava süresi geçtikten sonra açılması halinde asıl davacı, kendisine yönelik açılan karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasında ise; bu durumu esasa cevap süresi içerisinde ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Mahkeme süresi geçtikten sonra karşılık davanın süresi içinde açılıp açılmadığını kendiliğinden göz önünde bulundurmaz ve söz konusu karşılık davaya bakması gerekir²⁶¹.

Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlar ile karşılık dava süresi geçtikten sonra açılması halinde asıl davacı, kendisine yönelik açılan karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasında ise; bu durumu esasa cevap süresi içerisinde ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerektiği mahkemenin bunu resen gözetemeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Örneğin;

‘Davacı vekili HUMK’nun 187/8. Maddesinde öngörüldüğü veçhile karşılık davanın süresinde açılmadığına dair iptidai itirazda bulunmamıştır ve bu hususun da resen nazara alınması mümkün değildir²⁶².

‘Dava, ferağa icbar suretiyle tescil istemine ilişkindir. Davalı vekili, karşılık dava dilekçesi ile davaya dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesinin aslında karz akdinin teminatı olarak düzenlendiğini ve muvazaaya müstenit olduğunu bildirerek mezkur sözleşmenin iptalini istemiştir. Davacı vekili, HUMK.nun 187/8. maddesinde öngörüldüğü veçhile karşılık davanın süresinde açılmadığına dair iptidai itirazda bulunmamıştır ve bu hususta resen nazara alınması mümkün değildir²⁶³.

‘Cevap ve karşı dava dilekçesi 30.1.2003 günü tebliğ edilmiş; davacı-karşılık davalı kadın 21.2.2003 tarihli dilekçesiyle karşı davanın süresinde açılmadığını ileri sürmüştür. Karşılık davanın süresinde olmadığı itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8. maddesi gereği ilk itirazlardandır. O

²⁶¹ POSTACIOĞLU: (Madeni Yargılama Hukuku),s.283, BİLGE/ÖNEN:s.462, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.318.; SONER: s.54-55.

²⁶² 13.HD,1978/2837 E,1978/3810 K.(ERDEMİR:s.961.)

²⁶³ 14.HD,1984/6707 E, 1985/665 K.(AKİP İçtihat Programı.)

halde itirazın 10 günlük cevap süresi içinde kullanılması gerekir. Esasa cevap oluşturacak şekilde ve süre geçiminden sonra yapılan ilk itirazlar dikkate alınmaz²⁶⁴.

‘Dava, ziynet eşyalarının iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı Fatih tarafından davalı Hanife aleyhine açılan boşanma davası sırasında, davalı Hanife tarafından cevap dilekçesi ile birlikte açılan karşılık dava ile davalı (karşılık davacı) Hanife'nin eşinde kalan ziynet eşyalarının aynen iadesi istendiği, yapılan yargılamalar sonunda mahkemece boşanma davasının reddine, ziynet eşyaları ile ilgili açılan karşılık davanın tefrikine karar verilerek ziynet eşyalarına ilişkin davanın mahkemenin ayrı bir esasına kaydedildiği anlaşılmıştır. Mahkemece karşılık davanın cevap süresi olan 10 günlük süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesiyle süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmiştir. Davalının, esasa cevap süresi geçtikten sonra karşılık dava açmış olması halinde, mahkeme bu durumu kendiliğinden (resen) gözetemez²⁶⁵.

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığına ilişkin itirazını esasa cevap süresi içerisinde ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerektiği ve mahkemenin bu durumu resen gözetemeyeceği görüşündeyim.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 138/2. Maddesinde ‘Süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, mahkeme davaların ayrılmasına karar verir’ şeklinde düzenlemenin yer aldığı, bu şekilde tasarı maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla karşı dava açılabilmesi için kanunun aradığı diğer şartlar gerçekleşmiş bulunsa bile, mahkemenin kendiliğinden dahi asıl davayla ona karşı açılmak istenen davanın ayrılmasına karar vereceği hususu hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

²⁶⁴ 2.HD,2004/5681 E, 2004/6893 K.(AKİP İçtihat Programı).

²⁶⁵ 6.HD 2007/6445 E, 2007/9576 K (AKİP İçtihat Programı)

2.1.2.3. Mahkemenin Süresinden Sonra Açılan Karşılık Dava Hakkında Vereceği Karar

2.1.2.3.1. Genel Bilgi

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8. Maddesinde karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasının ilk itirazlardan olduğu belirtilmiştir. Asıl davacı, kendisine yönelik açılan karşılık davanın kabule şayan olmadığı iddiasında ise; bu durumu ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Mahkeme süresi geçtikten sonra karşılık dava açıldığını veya karşılık davanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği kendiliğinden göz önünde bulundurmaz²⁶⁶.

Davacı karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönündeki ilk itirazını karşılık davaya cevap vermek istemezse ilk oturumda sözlü olarak yapabilir (HUMK m. 189). Davacı ilk itirazda bulunmak için ilk oturuma kadar beklemek zorunda değildir. İlk oturumdan önce vereceği bir dilekçe ile ilk itirazlarını ileri sürebilir. Bu durumda ilk itirazlarını cevap layihası ile ileri sürmelidir (HUMK m.189/2,207/3). Buna göre yazılı yargılama usulünde kural olarak dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün içerisinde verilecek cevap layihasında ilk itirazda bulunmalıdır (HUMK m.189,195)²⁶⁷. Basit yargılama usulünde (HUMK m.507-511) ve sözlü yargılama usulünde (HUMK m.478) ilk duruşmaya kadar, en geç ilk duruşmada esasa girmeden, seri yargılama

²⁶⁶ POSTACIOĞLU: (Medeni Yargılama

Hukuku),s.283,BİLGE/ÖNEN:s.462,PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.318.

²⁶⁷ ‘Bilindiği gibi, derdestlik itirazı HUMK.nun 187. maddesindeki ilk itirazlar arasında düzenlenmiş ve aynı Kanunun 195 maddesinde ilk itirazların dava dilekçesinin tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde veya hakim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde yapılması öngörülmüş, maddenin son fıkrasında da, yukarıda belirtilen on günlük sürenin 08/01/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gün olduğu belirtilmiştir.Kuşkusuz, sözlü yargılama usulü ve basit yargılama usulünde iki taraf da ilk itirazlarını ilk oturumda sözlü olarak ileri sürülebilir. Ancak yazılı yargılama usulünde ilk itirazların yazılı olarak yapılması zorunludur. Ayrıca ilk itiraz süresi hak düşürücü nitelikte olup, ilk itirazın süresinde yapıp yapılmadığı mahkemece resen incelenip gözetilmesi gerekir.’ 1. HD 2000/9117 E, 2000/10581 K.(AKİP İçtihat Programı).

usulünde ise esasa cevap süresi olan yedi gün(HUMK m.503,505) içinde ilk itirazda bulunulmalıdır²⁶⁸.

Asıl davacının karşılık davaya yaptığı ilk itiraz mahkeme tarafından haklı bulunursa mahkemenin nasıl bir karar vereceği konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenleme yoktur. Bu durumda karşılık davanın reddi gerektiği görüşü ve karşılık davanın ayrılması gerektiği görüşü olmak üzere iki farklı görüş vardır²⁶⁹.

2.1.2.3.2. Karşılık Davanın Reddi (Açılmamış Sayılması) Gerektiği Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1951/170-33 sayılı vermiş olduğu bir kararında; 'Davalı M'nin verdiği cevap layihesindeki müteabil davası asli davaya murtabit olmadığı beyanı ile dinlemeye şayan görülmeyle reddedilmiş olmasına göre davacı lehine avukatlık ücreti takdiri lazım gelmediğine mütedair hususu dairesinin bozma kararı doğrudur²⁷⁰. Hükmüyle karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönündeki itirazın kabulü halinde davanın reddine karar verilmesi gerektiği savunmuştur.

Yargıtay bir başka kararında; 'Karşılık dava 10 günlük cevap süresi içinde açılmamış ve davacı koca karşılık davanın süresinde olmadığını ileri sürüp buna karşı çıkmıştır. Bu yön göz önünde tutularak karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken dilekçe ile ileri sürülen

²⁶⁸ Basit yargılama usulünde, davalı cevap vermek zorunda olmayıp, cevaplarını ilk oturumda (yazılı veya sözlü olarak) mahkemeye bildirebileceğinden ötürü, karşılık davasını ilk oturumda açabilir (HUMK. m. 509 vd.). Süresinde açılmamış ise davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığı ilk itirazında bulunabilir. Davalı Mehmet'e çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü, adres araştırması için Cumhuriyet Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10/11/1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş, 24/04/1998 tarihinde ise karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu durum karşısında (karşılık davanın) asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan karşılık davanın, davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. 3. HD 2001/58 E, 2001/629 K.(AKİP İçtihat Programı)

²⁶⁹ KURU: Usul,c.4,s.3919-3920.

²⁷⁰ HGK,1951/170-33(AD 1951/11 s.1759-1760).

konularda kesin hüküm oluşturacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir²⁷¹.

Bilge/Önen'e göre; Mahkeme açılan karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı yönündeki itirazı haklı bulursa, bu durumda davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir²⁷².

Soner'e göre; Mahkeme açılan karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı yönündeki itirazı haklı bulursa, bu durumda davanın reddi ve kabulü yönünde bir karar vermesi gerekir²⁷³.

Mahkemenin karşılık davanın kabule şayan olmadığı gerekçesiyle verdiği karar nihai bir karar olduğundan temyiz edilebilir. Ancak bu ret kararı karşılık davanın esası hakkına kesin hüküm mahiyetinde olmayıp karşılık davanın karşı dava şeklinde açılmayacağına ilişkin kesin hüküm mahiyetindedir²⁷⁴.

Karşı davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş olması daha sonra yeniden ayrı bir dava olarak açılma hakkını ortadan kaldırmaz²⁷⁵.

2.1.2.3.3. Karşılık Davanın Ayrılması Gerektiği Görüşü

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı takdirde usul ekonomisi ve menfaatler dengesine daha uygun olduğu düşüncesiyle karşılık davanın reddi kararı verilmeyerek açılan karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerektiği savunulmuştur²⁷⁶.

²⁷¹ 2. HD 1996/10687 E, 1996/11639 K. (AKİP İçtihat Programı).

²⁷² BİLGE/ÖNEN: s.423.

²⁷³ SONER: s.51.

²⁷⁴ KURU: Usul,s.3920-3921.

²⁷⁵ BİLGE/ÖNEN:s.464.

‘Mukabil dava açmamak,müstakil bir dava açma hakkını kaldırmaz(YTD,1950/447,1950/725). DEMİRHAN,Orhan/TAZEBEY/İlksev:Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu,Usulle İlgili Kanun ve İçtihatlar,Ankara 1965,c.1,s.509.;SINMAZ/KARATAŞ:s.390.

²⁷⁶ BERKİN: (Usul Hukuku Esasları), s.621.; ÜSTÜNDAĞ: (Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.521.; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES:s.318.; KURU:s.3921.

Yargıtay daireleri son zamanlarda verdiği kararlar ile davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmaması halinde karşılık davanın ayrılması gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir²⁷⁷.

²⁷⁷ ‘Mahkemece davanın kabulü, karşılık davanın ise kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davacı (karşı davalı) vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. Basit yargılama usulünde, davalı cevap vermek zorunda olmayıp, cevaplarını ilk oturumda (yazılı veya sözlü olarak) mahkemeye bildirebileceğinden ötürü, karşılık davasını ilk oturumda açabilir (HUMK. m. 509 vd.). Süresinde açılmamış ise davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığı ilk itirazında bulunabilir. Davalı Mehmet'e çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü, adres araştırması için Cumhuriyet Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10/11/1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş, 24/04/1998 tarihinde ise karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu durum karşısında (karşılık davanın) asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan karşılık davanın, davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. 3. HD 2001/58 E, 2001/629 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

‘Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tellallık sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, bu nevi sözleşmelerin yazılı yapılmadıkça geçersiz olduğu, taşınmaz mal satışı için yazılı bir sözleşme olmadığından tarafların aldıklarını geri vermek zorunda oldukları, bu itibarla davalıya ödendiği ihtilafsız olan (500.000.000.-) liranın iadesi gerektiği, karşılık davanın ise, asıl davada husumetin yöneltildiği davalı tarafından açılabileceği gerekçesi ile asıl davanın kabulüne, karşılık davanın ise reddine karar verilmiştir. Karar, davalı ve karşılık davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 1- HUMK.nun 203 ve onu izleyen maddelerde düzenlenmiş bulunan karşı dava, bilindiği üzere asıl davadan bağımsız ayrı bir dava olup, Harçlar Kanunu gereğince de ikamesi için ayrı başvuru ve nispi harç yatırılarak açılabilir. Karşı davanın gerek süresinde açılmamış olması, gerekse HUMK.nun 205. maddesi koşullarını içermemesi halinde açılan bu davanın reddi mi gerekeceği, yoksa asıl davadan ayrılarak mı görülmesi gerektiği tartışmalı bir usul sorunu olmakla birlikte, gerek doktrinde, gerekse Yargıtay'ın son uygulamalarında bu davanın, bağımsız bir dava olması niteliği ve usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak bu davanın reddedilmeyerek, ayrılma kararı verilmesi gerektiği benimsenmektedir (Bu konuda doktrin görüş ve Yargıtay uygulamaları için bkz. Prof. Dr. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991, 3. Cilt, s. 2763-2764, 2774-2775, Prof. Dr. N. Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları İst. 1969, sh. 621 vd., Prof. Dr. S. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İst. 1997, s. 521 Dip Not:30). 11. HD 2000/1524 E, 2000/4972 K.’ (AKİP İçtihat Programı).

‘Mahkemece; asıl davanın sabit olduğu ölçüde kısmen kabulüne ve karşılık davanın ise, aynı davacılar tarafından yine aynı yere ilişkin olarak davalı aleyhine daha evvel açılıp hükme bağlanan ve onanarak kesinleşen önceki döneme ait ecrimisil davası sırasında bu karşılık davanın açılmamış olması ve iki dava arasında yakın ilişki bulunmaması nedenleriyle reddine karar verilmiştir. Oysaki; anılan önceki ecrimisil davası sırasında davalının, bu karşılık davayı açmaması olgusu, onun (haksız zenginleşmeye dayanan) böyle bir dava hakkını ortadan kaldırmaz asıl dava ile karşılık dava arasında, HUMK.nun 205. maddesinin 2. cümlesi ve dolayısıyla aynı Kanunun değişik 45. maddesinin 3. fıkrası anlamında tam bir irtibat bulunmaması da (ancak 187. maddesinin 8. bendi uyarınca ilk itiraz olarak öne sürülmüş olmak kaydıyla) karşılık davanın reddini gerektirmeyip, asıl davadan ayırma sonucu doğurur. O halde; belirtilen nedenlerle ve davacı ve karşı davalı tarafın ilk itirazda bulunmadığı da gözetilerek, karşılık davanın esasının incelenip hükme bağlanması gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi reddine karar verilmesi doğru değildir. 3. HD 1996/1140 E, 1996/2826 K.’ ERDEMİR:s.970.

‘Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 187/8.maddesi uyarınca karşılık davanın süresinde açılmadığı hakkındaki itirazın karşılık davaya cevap verilmesi halinde dilekçenin davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün veya hakim bir süre tayin etmiş ise bu süre içerisinde (HUMK. m. 197) cevap verilmemişse, ilk celsede sözlü olarak yapılması gerekir (HUMK. m. 189) Davalı karşılık davaya süresinde cevap vermemiş, ancak ilk oturumda zamanında açılmadığını vurgulayarak karşı koymuştur. Bu durumda karşılık dava süresinde değildir. Böyle olunca altın ve ziynetler yönünde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken reddine şekilde

Davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmaması halinde mahkeme tarafından karşılık davayı ayırmış olan karşılık dava kendi görev kapsamında değilse; söz konusu davanın görevli mahkemeye gönderilmesine hususunda görevsizlik kararı vermesi gerekir²⁷⁸.

Asıl davadaki davacının açmış olduğu karşılık davanın kabule şayan bulunmadığına karar verildiği takdirde usul ekonomisi ve menfaatler dengesi açısından daha uygun olduğu için karşılık davanın reddi kararı verilmeyerek açılan karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerektiği görüşündeyim.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 138/2. Maddesinde 'Süresinden sonra karşı dava açılması hâlinde, mahkeme davaların ayrılmasına karar verir' şeklinde düzenlemenin yer aldığı, bu düzenlemeyle Yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu konu açıkça düzenlemiş ve süresinde açılmayan karşılık davanın ayrılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

2.2. Sözlü Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi

Sözlü yargılama usulünde esasa cevap süresi olan ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden karşılık davanın açılması gerekir(HUMK m.478).

'Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 187/8.maddesi uyarınca karşılık davanın süresinde açılmadığı hakkındaki itirazın karşılık davaya

hüküm kurulması ayrıca bozma sebebi sayılmıştır. 2. HD 1995/6066 E, 1995/8671 K.'(AKİP İçtihat Programı).

'Karşılık davanın harç ve giderleri ödenmiştir. Her ne kadar mahkemenin kararında geçen BK'nın 123. Maddesi hükmü uyarınca davalının takas isteğinde bulunması mümkün değilse de bu husus usulene uygun olarak açılan karşılık davanın reddini gerektirmez. Öte yandan davanın reddi davalıya yeni bir dava açmak külfeti yükleyeceğinden böyle bir düşünüş dava ekonomisine de aykırı düşer. Gerek doktrinde gerek uygulamada bu ilke benimsenmiş bulunmaktadır. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974, sahife 600). O halde mahkemece bu yön gözetilerek karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi gerekirken reddedilmiş olması bozmayı gerektirir. 13. HD 1978/2837 E, 1978/3810 K.' (ALİKAŞİFOĞLU/GÜNEL:s.135.

²⁷⁸ KURU: Usul, c.4, s.3922.

cevap verilmesi halinde dilekçenin davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün veya hakim bir süre tayin etmiş ise bu süre içerisinde (HUMK. m. 197) cevap verilmemişse, ilk celsede sözlü olarak yapılması gerekir (HUMK. m. 189). Davacı karşılık davaya süresinde cevap vermemiş, ancak ilk oturumda zamanında açılmadığını vurgulayarak karşı koymuştur. Bu durumda karşılık dava süresinde değildir. Böyle olunca altın ve ziynetler yönünde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken reddine şekilde hüküm kurulması ayrıca bozma sebebi sayılmıştır²⁷⁹.

Sözlü yargılama usulünde asıl davacı kendisine karşı açılmış karşılık davanın süresinde açılmadığını ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekir. Aksi halde bu durum mahkeme tarafından resen gözetilmez.

‘Dava, zarar verici sigorta olayı sonucu sürekli iş göremez duruma giren sigortalıya kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının davalı işverenden 506 Sayılı Kanunun 26.maddesi uyarınca tahsiline ilişkindir. Mahkemece davanın zamanaşımı süresi dolduktan sonra açılmış olması nedeni ile reddine karar verilmiştir. İş mahkemesi sıfatı ile yapılan yargılamalar sözlü yargılama usulüne tabidir, sözlü yargılama usulünde def’i niteliğinde olan zamanaşımı itirazı ilk oturuma kadar en geç ilk oturumda yapılabilir’²⁸⁰.

2.3. Basit Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi

Basit yargılama usulünde de sözlü yargılama usulünde olduğu gibi, esasa cevap süresi olan ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden karşılık davanın açılması gerekir (HUMK m.507-511).

²⁷⁹ 2.HD, 1995/6066 E, 1995/8671 K.(AKİP İçtihat Programı).

²⁸⁰ 10.HD, 2003/4075 E, 2003/4667 K. (AKİP İçtihat Programı).

Davalı süresi geçtikten sonra karşılık dava açarsa, asıl davacı ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden karşılık davanın kabule şayan olmadığı itirazında bulunabilir²⁸¹.

Yargıtay'a göre; 'Basit yargılama usulünde, davalı cevap vermek zorunda olmayıp, cevaplarını ilk oturumda (yazılı veya sözlü olarak) mahkemeye bildirebileceğinden ötürü, karşılık davasını ilk oturumda açabilir (HUMK. m. 509 vd.). Süresinde açılmamış ise davacı, karşılık davanın süresinden sonra açıldığı ilk itirazında bulunabilir. Davalı Mehmet'e çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü, adres araştırması için Cumhuriyet Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10/11/1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş, 24/04/1998 tarihinde ise karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu durum karşısında (karşılık davanın) asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan karşılık davanın, davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir²⁸².

Yargıtay'a göre: 'Basit yargılama usulünde davalı taraf dava dilekçesine 10 gün içerisinde cevap layihası vermek zorunda olmadığı gibi, esasa cevabını ilk oturumda yazılı veya sözlü olarak mahkemeye bildirebilir. Davalı ilk oturumdan sonra davaya cevap vermek isterse, davacı taraf savunmanın genişletildiği itirazında bulunabilir (HUMK. 511.202). Davalı vekilince 2/4/1997 günlü cevap dilekçesiyle ilk oturumdan önce zamanaşımı definde bulunulduğuna göre, bu defin süresinde olduğunun kabulü gerekir²⁸³.

2.4. Seri Yargılama Usulünde Dava Açma Süresi

Seri yargılama usulünde esasa cevap süresi olan yedi gün içinde karşılık davanın açılması gerekir (HUMK m.503-505).

²⁸¹ KURU: Usul, c.4, s.3943-3944.

²⁸² 3.HD 2001/58 E, 2001/629 K.; ERGÜN, Zafer: İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2006, 3.B.s.1286-1287.

²⁸³ 11. HD 1998/1715 E, 1998/3079 K. (AKİP İçtihat Programı).

2.5. Islah Yolu ile Karşılık Dava Açılması

Islah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesidir²⁸⁴. Islah müessesesi ile düzeltilebilecek yargılama

²⁸⁴ Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemeye verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Öncelikle usul hukukunun olayla ilgili temel kavramlarının tanımını yaptıktan sonra kanun irdelenmesi olayın daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Islahın Tanımı:

1-Öğretideki hakim görüşe göre tanım: Islah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesidir. (Kuru-usul 1974 s. 608; Postacıoğlu-usul s. 453; Berkin-usul 145; Bilge/Önem s. 358; Karafakik s. 236; Üstündağ usul s. 454; Yılmaz-ıslah 1982 s. 26) Benimsenen bu tanım Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 83. maddesinde anlamını bulan tanıma en yakın tanımdır.

2-Islah iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını ortadan kaldıran bir imkandır. (Üstündağ Medeni Yargılama Hukuku 1989.4.bası S. 454)

Dava: Bir başkası tarafından (davalı) öznel (sübjektif) hakkı zedelenen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir istekte bulunulan kimsenin (davacı) mahkemeden hukuki korunma istemesidir.

Mahkemelerin hukuki korumayı, en çabuk en adil ve ekonomik koşullarda yerine getirmesini sağlamak üzere usulü kurallar düzenlenmiştir. Usul kurallar genellikle emir edici kurallardır. Tarafların ve hakimnin bu kurallara uyması zorunludur. Islahla (usule ilişkin işlemlerden kabul edilen) iddia ve savunmaların değiştirilebilmesine usulde yer verilmesi, davaların çabukluğu ve ekonomikliği nedenlerinden kaynaklanmaktadır.

Islahla ilgili Usul kuralları:

1-Usule ilişkin işlem tamamen veya kısmen ıslah edebilir. (HUMK.m.83) Tahkikata tabi davalarda ıslah tahkikat sona erinceye dek yapılabilir. (HUMK.m.84)

2-Islah yapan tarafın, ıslahı götürdüğü tarihe kadar yapılmış olan işlemlerin, yapılmamış olmasını sağlar. (HUMK.m.87)

3-Davalı cevap dilekçesi ile karşılık dava dahil olmak üzere tüm iddia ve savunmalarını ve savunma nedenlerini birlikte bildirmek üzere cevap dilekçesini davacıya tebliğ ettirdikten sonra onun onayı olmadan savunma nedenlerini genişletemez, değiştiremez.(HUMK.m.202)

Islah, bu kuralların (HUMK.m.202/1.2.3) ayrıcisıdır. Öğretide tartışılan konu (HUMK.m.202/son)

Islahın süreli usul işlemlerini kapsayıp kapsamayacağıdır.

Öğretideki bu tartışmaya girmeden önce, davanın açılması sonuçları iddia ve savunmanın ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin usul kurallarına değinmekte yarar vardır.

Davacı dava dilekçesi ile iddiasını ve iddianın dayanağı olan tüm olayları hukuki nedenlerini açıklamak (HUMK.m.179), davada dayanacağı delilleri bildirmekle yükümlüdür. (HUMK.m.163-180)

Dava açılmakla taraflar yönünden oluşan sonuçlar:

1-Davalının onayı olmadan davacı davasının takipsiz bırakamaz.

2-Davalının onayı olmadan davacı davasını genişletemez, içeriğini değiştiremez.

3-Davada feragat ve ıslah bu kuralların ayrıcisıdır. (HUMK.m.185)

İlk itirazlar (HUMK.m.187) ilk itirazların ileri sürülme zamanı:

İlk itirazlar davalı için cevap için öngörülen on günlük süre (HUMK.m.195) içinde veya hakim bir süre belirlemiş ise belirlenen bu süre içinde bildirilmelidir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 198. maddesinin ön gördüğü ayrıcalıklardan yararlanma halinde öngörülen süre içinde bir itirazın yapılmış olması gerekir.

Davalı cevap vermek zorunda değildir. Davayı cevapsız bırakabilir. Bu halde uygulama davanın tümüyle ret edilmiş olması olarak değerlendirilmektedir. (HUMK.m.201) Ancak cevap verilmiş ise cevabın yasal süre içinde yapılmış olması ve davalının dayandığı tüm olayları ve yasal dayanaklarını iddia ve savunmalarını kapsamaması gerekir. (HUMK.m.201-202)

işlemleri olmayıp, taraf işlemleridir²⁸⁵. İslah, yargılama sırasında iddia ve savunmanın genişletilme yasağının istisnai hallerindendir. Bu yolla hem davacı hem davalı, yaptıkları yargılama işlemlerini düzeltme, değiştirerek

Yasanın belirlediği sürelerin hukuki niteliği; Yasanın belirlediği süreler kesindir. Bu süreler içinde yapılması gereken işlem yapılmamış ise bu hak sakıt olur. Hakim belirlediği sürenin kesin olduğunu kararlaştırılabilir. Aksi halde süreyi geçiren taraf yenisini isteyebilir. (HUMK.m.163) Yasanın belirttiği süreler ve hakimın kesin olarak verdiği süreler ile hakimın verdiği ikinci süre hak düşürücü süredir. Bu husus yasada "bu hak sakıt olur" ve "ikinci süreyi kaçıran tarafa yeniden süre verilmez." Sözleriyle açıklanmıştır. (HGK. 7.10.1994 gün 1417/612 sayılı karar)

Hak düşürücü süreleri hakim tarafların ileri sürmesini beklemeksizin doğrudan dikkate alır. Zira yasa koruyucunun hak düşürücü süreyi koymasında kamu yarar egemendir.

Hukuki işlemin ıslahla düzeltilmesi, geçerli bir hukuki işlemin varlığını gerektirir. O halde dava dilekçesi olmadan davacının, cevap dilekçesi olmadan, davalının ıslah işlemine baş vurma mümkün değildir. Hak düşürücü süreye tabi bir dava, süre geçtikten sonra açılmış ise, dava koşulu bulunmadığından; dava belirlenen zaman aşımı süresi geçtikten sonra açılmış ise davalının yukarıda belirtilen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 163. maddesi uyarınca, hak düşürücü olan on günlük cevap süresi içinde zaman aşımı def'i ileri sürülmemiş, süresinden sonra yapılan zaman aşımı def'ine karşı çıkılmış ise, hakim, esasa girmeden davayı ret etmekle yükümlüdür. Hakim, süresi içinde zaman aşımı def'i yapılmamış ise davanın esasına girecektir. Süresinden sonra yapılmış olan zaman aşımı def'i hiç yapılmamış gibidir. (2.H.D. 31.3.1995 gün 2932/3861 ve 12.6.1995 gün 6121/6916 s. kararları) Belirtilen bu kabul şekli, yargının kararlılık kazanmış görüşüdür. (15.H.D. 19.12.1975 gün 4013-5019 s. karar)

Bu düşünceler çerçevesinde süresi geçtikten sonra yapılmış ve karşı çıkılmış bir savunma hiç yapılmamış gibidir. Aynı hukuki sonucu doğurur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 83. maddesi taraflardan birinin usule ilişkin işlemini ıslah yolu ile düzeltilmesi mümkün kılınmıştır. Dava ya cevap verilmemiş, veya verilen cevap verilmemiş hükmünde kabul görmüş ise, ortada yapılmış bir işlem olmadığından, o işlemin düzeltilmesi de söz konusu edilemez.

Zaman aşımı def'i Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187. maddesinde sayılan ilk itirazlardan olmamakla beraber öğreti ve uygulamada zaman aşımı ef'inin de on günlük cevap süresi içinde yapılması gerektiğinde görüş birliği vardır. O halde cevap süresi içinde yapılmamış olan zaman aşımı def'inin dikkate alınması davacının karşı çıkmamış olması ile olasıdır. (HUMK.m.202/2) Diğer taraf onay vermemiş ise zaman aşımı def'i yapılmamış gibidir. Dikkate alınmaz.

Somut olayda zaman aşımı def'i cevap için öngörülen on günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra yargılama sırasında sözlü olarak yapılmış ve davacı bu def'e süresinde karşı çıkmıştır. O halde yukarıdaki açıklamalar gereği zaman aşımı def'i yapılmamış gibidir. Yapılmamış hukuki bir işlemin ıslahla düzeltilmesinin düşünülmesi temel hukuk kurallarıyla bağdaşmaz. (Üstündağ, süresinde cevap vermemenin müeyyidesi vardır. İstanbul barosu dergisi 1962 sayı 4 s.34)

2-Süresinde yapılmayan zaman aşımına karşı çıkılmakla karşı koyan taraf için yasadaki kaynaklanan kazanılmış hak doğmuş olur. Kazanılmış bir hak ıslahla ortadan kaldırılamaz. Zira bir tarafa hak tanınırken, diğer tarafın hakkı ortadan kaldırılmakla Anayasal eşitlik ilkesi zedelenmektedir. (Anayasa m.10)

3-Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 202/son fıkrası cevap dilekçesini süresi içinde verenlere tanınmış bir olanaktır. Süreyi geçirmiş olanlar bu haktan yararlanamaz. (Üstündağ a.g.e. s.35)

4-Yargının kararlılık kazanan uygulamalarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 202/son fıkrasının zaman aşımı def'inde, uygulanma olanağı bulunmadığı yönündedir.(2.HD.2001/7431 E, 2001/8660K.).AKİP İçtihat Programı).

²⁸⁵ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.177.

yerlerine yeni işlemler yapmak suretiyle davalarına devam etme imkanı bulurlar.²⁸⁶.

Üstündağ'a göre; Karşılık dava iddia ve savunma sebebi olmayıp ,müstakil bir davadır. HUMK m.202 de karşılık davadan söz edilmediği, savunma sebepleri ile karşılık davanın farklılığı belirtilmiştir. İslah yoluyla davalının savunmasını değiştirebilme ve genişletebilme hakkı bulunduğu, ancak bağımsız bir dava açamayacağı düşüncesindedir²⁸⁷.

Kuru'ya göre; Davalının cevap layihasını ıslah etmesi ile ilk verdiği cevap layihası hiç verilmemi sayıldığı, sonradan verdiği cevap dilekçesi ilk cevap dilekçesi yerine geçtiğinden cevap layihası ıslah edilerek karşılık dava açılmasının mümkün olduğunu savunmuştur²⁸⁸.

Yılmaz'a göre: Davalının cevap layihasını ıslah etmesi ile ilk verdiği cevap layihası hiç verilmemiş sayıldığı, sonradan verdiği cevap dilekçesi ilk cevap dilekçesi yerine geçtiği, ayrıca ıslah yoluyla karşı dava açılmasına izin verilmediğinde karşı dava konusunun ayrı bir dava olarak açılabileceği, bu durumda bu dava ile asıl açılan davanın birleştirilmesine karar verilebileceği, bu nedenle ıslah yoluyla karşılık davanın açılması gerektiği görüşünü savunmuştur²⁸⁹.

Ansay'a göre; Davalı cevap dilekçesi ile karşılık dava açmamış ise, ıslah yoluyla karşılık dava açılmasının caiz olması gerekir²⁹⁰.

Yargıtayın bir kararı ıslah yoluyla dava açılabileceği yönündedir: 'Mahkemece bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucunda davacı Mehmet'in davasının artık 2402 parselde malik olmaması ve bir hakkının da bulunmaması nedeniyle husumet yönünden reddine davacı Muharrem'in komşuluk hukukuna aykırı davranış nedeniyle elatmanın önlenmesi ve kal davasının kabulüne karşılık davacı Salih'in önce tapu iptali ve tescil istemiyle açtığı daha sonra yargılama sırasında ıslah ederek elatmanın önlenmesi

²⁸⁶ ÖNEN: (Medeni Yargılama Hukuku),s.177.

²⁸⁷ ÜSTÜNDAĞ:(İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı),s.98-99.

²⁸⁸ KURU: Usul,c.4,s.3944-3945.

²⁸⁹ YILMAZ,Ejder:s.219-220.

²⁹⁰ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.460.

davasına çevirdiği davasının ise, bozmadan sonra ıslah yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş, hükmü davalı Karşılık davacı temyize getirmiştir. Karşılık davaya gelince; karşılık davacı davasını önce tapu iptali ve tescil davası olarak açmış, ancak safahatta nizalı kesimin kendi parselinin çapı içerisinde kaldığını anlaması üzerine bozma kararından önce verdiği 28/10/1998 tarihli dilekçesi ile tapu iptali ve tescil isteminden vazgeçerek, dava konusu olan kısma davacı Karşılık davalıların elatmaları nedeniyle davasını elatmanın önlenmesi davası şeklinde görülmek üzere ıslah ettiğini bildirmiştir. Karşılık davacının bu talebi bozmadan önce yargılamayı uzatmaya yönelik bir istek niteliğinde görülerek reddedilmiş, bozma üzerine ise, bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. HUMK.nun 83 .vd. maddeleri uyarınca ıslah, davanın taraflarından birinin usule ilişkin olarak yaptığı işlemi tamamen veya kısmen düzeltmesidir. ıslah tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılır ve karşı tarafın muvafakatine da bağlı değildir. Taraflar karşı tarafın muvafakati olmadan iddia ve savunmaları değiştiremez ve genişletemezler. Ancak ıslah yolu ile iddia ve savunmanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün olabilir. Şu hale göre, karşılık davacının dava açıldıktan sonra sebebinde, delillerde ve usule ilişkin diğer işlemlerde ıslah yolu davasının mahiyetini tamamen değiştirebilmesini mümkün olmasına ve bu ıslah talebini de bozmadan önce yaptığının anlaşılmasına, bu konuda yasal bir engel bulunmamasına göre, karşılık davacının bu talebi ile ilgili gerekli araştırma ve inceleme de yapılmak suretiyle oluşacak duruma göre bir karar verilmek gerekirken, yazılı nedenlerle karşılık davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davalı karşılık davacının bu konudaki temyiz itirazları da yerinde olduğundan karşılık davanın reddine ilişkin hükmün de açıklanan bu nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir²⁹¹.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda ıslah yoluyla karşılık dava açılmayacağını belirtmiştir. Taraflar arasındaki davanın yapılan

²⁹¹ 14.HD 1999/8622 E, 1999/9376 K.(AKİP İctihat Programı).

muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm ziynetler yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

Islah, açılmış bir davada taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesidir (HUMK m. 83). Karşılık dava iddia ve savunma sebebi olmayıp, müstakil bir davadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 202/3. maddesine göre davalı, ıslah yoluyla ancak savunmasını değiştirebilir veya genişletebilir. davalı, karşılık davasını esas dava hakkındaki cevap layihasını bildirmek suretiyle ikame edebilir (HUMK m. 203). Olayda davalı, cevap layihasını zamanında ve usulüne uygun biçimde vermiş, bu dilekçesinde ziynetlerle ilgili herhangi bir karşılık dava açmamıştır. Cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen savunma ve definin cevap dilekçesinin sonradan ıslahı suretiyle ileri sürülmesi mümkün ise de, ayrı ve müstakil bir dava olan karşılık davanın cevap dilekçesinin sonradan ıslahı suretiyle açılması usulen mümkün değildir. Harç alınmış olmasının da sonuca etkisi yoktur. Çünkü ıslah, yeni bir dava olmayıp, evvelce ikame edilmiş davaya ait usuli bir muameledir. Bu açıklama karşısında davalının, ziynetlerle ilgili usulüne uygun olarak açılmış bir karşılık davasının bulunmadığı gözetilmeksizin aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır.

Sonuç: Hükmün yukarıda gösterilen sebeple (BOZULMASINA), temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 09.09.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.(E:2008/13544, K:2009/15234, YKD ARALIK 2009)

Kanaatimizce de; Islah yoluyla karşılık dava açılması usul ve menfaatler dengesi açısından uygun olacağından davalının ıslah yoluyla karşılık dava açma imkanı bulunmalıdır.

2.6. Karşılık Davanın Esasa Cevap Süresi Geçtikten Sonra Ayrı Bir Dava Olarak Açılması

Davalı esasa cevap süresi içerisinde karşılık dava açamamış ise karşılık davaya konu olabilecek davasını ayrı bir dava olarak açabilir. Ancak asıl davanın davalısı, asıl davanın, davanın görüldüğü mahkemeye karşılık dava şeklinde değil de asıl davacıya yönelik bağımsız dava biçiminde dava açtığında bu bağımsız davaya asıl davanın görüldüğü mahkeme bakmaya yetkili değil ise, açılan bu bağımsız davaya bakamaz. Buna karşılık bu iki davanın birleştirilmesine karar verilebilir²⁹².

Yargıtay'a göre de davalı süresi içinde karşılık dava açamamış ise söz konusu davayı ayrı bir dava olarak açabilir: 'Davalı (k.davacı)nın 10 günlük yasal süreden sonra karşı dava dilekçesi verdiği anlaşıldığından bu durumda mahkemece, karşılık davanın "açılmamış sayılmasına" karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Çünkü, davalı (k.davacı) vekili, karşılık davanın (süresinden sonra açılmış olması nedeniyle) açılmamış sayılmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra, o davayı davacıya karşı ayrı (müstakil) bir dava olarak açma hakkına sahip olmalıdır'²⁹³.

Yargıtay bir başka kararında; 'Mukabil dava müddetinde açılmamışsa bu bakımdan reddine karar verilir. Mukabil davanın müddet bakımından reddi kararının kesinleşmesini beklemeden müstakil dava açılabilir'²⁹⁴.

²⁹² ERDEMİR:s.958-959.; KURU:Usul,c.4,s.3946-3948.

²⁹³ 3. HD 2004/2611 E, 2004/2529 K.(AKİP İçtihat Programı).

²⁹⁴ YTD 1956/4441 E,1956/5243 K
(ÇATALKAYA,Cevdet/TARIKOĞULLARI,Abdurrahman/ÖZCAN,Mustafa Hamdi:Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu,Ankara 1965,s.226.)

3. KARŞILIK DAVANIN AÇILMASI

3.1. Karşılık Davada Taraflar

3.1.1. Karşılık Davacı

Karşılık dava, açılan asıl davanın davalısı tarafından, asıl davanın davacısına yönelik açılabilir. Asıl davanın davacısı olmayan ve bu dava ile hiçbir alakası bulunmayan üçüncü kişiye karşı açılmaz (HUMK m.203)²⁹⁵.

Davalının vekilinin karşılık dava açabilmesi için vekaletnamede bu konuya ilişkin özel yetki bulunmasına gerek yoktur²⁹⁶.

Asıl davanın, davalısı konumundaki ihtiyari dava arkadaşlarının her biri yalnız başına asıl davacıya yönelik karşılık dava açabilir. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşları ise sadece hep birlikte asıl davacıya karşılık dava açabilirler. Tek başlarına karşılık dava açamazlar. Buna karşılık şekli anlamda mecburi dava arkadaşlarının her biri yalnız başına asıl davacıya yönelik karşılık dava açabilir²⁹⁷.

²⁹⁵ ‘Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tellallık sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, bu nevi sözleşmelerin yazılı yapılmadıkça geçersiz olduğu, taşınmaz mal satışı için yazılı bir sözleşme olmadığından tarafların aldıklarını geri vermek zorunda oldukları, bu itibarla davalıya ödendiği ihtilafsız olan (500.000.000.-) liranın iadesi gerektiği, karşılık davanın ise, asıl davada husumetin yöneltildiği davalı tarafından açılabileceği gerekçesi ile asıl davanın kabulüne, karşılık davanın ise reddine karar verilmiştir. Dava konusu olayda da, karşı dava adı altında, bu davada sıfatı bulunmayan bir şirket tarafından bir dava ikame olunmuşsa da, mahkemenin de yerinde bir şekilde olarak kabul ettiği gibi, bu davacının sıfatı itibarıyla karşı dava ikamesi hakkı bulunmadığına göre, açılan dava tamamen bağımsız nitelikte bir davadır ve yukarıda değinildiği gibi bu davanın mesmu olamayacağından reddine değil, asıl davadan ayrılmasına karar verilmesi gerekir. Ne var ki, gerek davalı vekili savunmasından ve gerekse karşı dava adı altında açılan davanın dilekçesinden bu davanın asıl dava ile HUMK.nun 45/111. maddesi anlamında sıkı bir irtibatı olduğu açıkça anlaşılmakta ve her iki davanın birleştirilerek görülmesi iddia ve savunmanın gerçek bir sonuca bağlanması açısından zorunlu görülmektedir’. 11. HD 2000/1524 E, 2000/4972 K. (AKİP İçtihat Programı).

²⁹⁶ KURU:Usul, c.4,s.3949.

²⁹⁷ ‘Dava konusu olan hak, birden fazla kişi arasında ortak olup da bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken hallerde dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburidir. Diğer bir ifadeyle bir hakkın birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılmasının (veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasının) zorunlu olduğu hallerde, bu hak dava konusu edildiği zaman o hakla ilgili birden fazla kişi zorunlu dava arkadaşı

Davalı lehine davaya ferî müdahil olarak katılan kişinin davada taraf sıfatı bulunmadığı için asıl davacıya yönelik karşılık dava açamaz (HUMK m.53-58).

durumundadır. Dava arkadaşlığının hangi hallerde mecburi olduğu maddi hukuka (M.K., B.K., T.T.K) göre belirlenir. Zorunlu dava arkadaşlığında; dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkı olduğundan, davada birlikte hareket etmek durumundadırlar. Mahkeme ise, dava sonunda zorunlu dava arkadaşlarının hepsi hakkında aynı ve tek bir karar verir. Maddi hukukla belirlenen zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlar; iştirak halinde mülkiyet (M.K. m. 702), birden fazla kiralayan veya kiracının bulunması hali, kat mülkiyeti, bazı hallerde müşterek mülkiyet, sözleşmenin bir tarafında birden fazla kişi bulunması, adi ortaklık (B.K.m.520) olarak gösterilir. Zorunlu dava arkadaşlığında dava konusu olan hak tektir. Yani dava arkadaşı sayısı kadar müddeabih yoktur. Bazı hallerde ise, birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmasında maddi bir zorunluluk olmadığı halde, kanun; gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin doğru sonuca bağlanmasını sağlamak için, birden fazla kişiye karşı dava açılmasını usulen zorunlu kılmıştır ki bu durumda şekli bakımından bir mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Böyle bir davada, dava arkadaşları hakkında aynı şekilde tek bir karar verilmesi veya dava arkadaşlarının hep birlikte ve aynı şekilde hareket etme zorunluluğu yoktur. Bunlara örnek olarak, M.K. m. 242, 639/3, İ.İ.K, m. 282, olağanüstü zamanaşımına dayalı olarak açılan davalar ve nesebin reddi gibi davalar gösterilebilir. Somut olayda, maddi yönden zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığı gibi şekli yönden dava arkadaşlığı da söz konusu değildir. Kaldı ki, Kural olarak mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğu yerde hasmın ayrıca dava edilmesine lüzum olmayıp, dava dilekçesinin kendisine tebliği ve duruşma için davetiye çıkarılması suretiyle davaya dahil edilmesi mümkündür. İhtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller HUMK.'un 43.maddesinde sayılmıştır;a) Dava konusu hak ve borcun ortak olması; dava konusu hak ve borcun birden fazla kişi arasında ortak olması halinde bu kişiler birlikte dava açabilir veya birlikte dava edilebilirler (m.43/1) Alacaklı müteselsil borçlulara veya bunlardan bazısına karşı alacak davası açabilir (B.K.m.142). Bu halde davalı müteselsil borçlular arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır. Bunun gibi, mirasçılar miras bırakanın borçlarından müteselsilen sorumlu olduklarından (MK.m.641); birden fazla mirasçıya karşı alacak davası açılması halinde de davalı mirasçılar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır.b) Birden fazla kişinin ortak bir işlem (örneğin sözleşme) ile borç altına girmiş olması; Borç bölünebilen bir borç ise birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması ihtiyaridir ve bu kişiler arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır (m.43/1).c) Dava birden fazla kişi hakkında aynı (veya benzer) sebepten doğmuş olması; aynı sebepten maksat yalnız hukuki sebep değildir. Bir olaya, yani aynı vakiya ve fakat farklı hukuki sebeplere dayanılarak da birden fazla kişinin dava açması veya dava edilmesi mümkündür (m.43/2). Örneğin, haksız fiil (BK.m.41 vd.), sebepsiz iktisap (BK.m.61 vd) hükümlerine göre sorumlu olan kişilere karşı ve haksız fiili birlikte işleyen (BK.m.50) kişilere karşı birlikte dava açılabilir. Yukarıda belirtilen üç halden biri varsa, birden fazla kişi birlikte dava açabilir veya dava edilebilir. Somut olayda dava, birden fazla kişi hakkında aynı (veya benzer) sebepten doğmuştur (HUMK.m.43/2). Diğer bir ifade ile, davalı ile dava dışı yüklenici arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. İhtiyari dava arkadaşlığında, borçluların tümüne karşı dava açma zorunluluğu yoktur. Alacaklı, müteselsil borçlulardan her birine karşı ayrı ayrı dava açabileceği gibi isterse, müteselsil borçluların birkaçına veya tümüne karşı birlikte dava açabilir. Dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır. (Prof. Dr. Baki Kuru; Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu; 2001, Cilt;1, sayfa;1213; Cilt;3, sayfa;3337 vd.), Bu durumda, yüklenicinin mecburi dava arkadaşı olmadığını ve davalı olması da gerektirmediğini ve buna göre davacının yükleniciyi davaya dahil etme mecburiyeti olmadığını kabul eden direnme kararı yerindedir. Onanması gerekir.HGK 2008/15-746 E, 2008/748 K.'(AKİP İçtihat Programı).

Bir davada bir tarafı oluşturan (örneğin davalılar) birden fazla kişilerin bir birlerine karşı karşılık dava açamazlar²⁹⁸.

Davalının vekili davalı adına asıl davacıya yönelik sulh mahkemesinden husumet izni almadan karşılık dava açabilir. Ancak davaya devam edebilmesi için sulh mahkemesinden izin alması gerekir²⁹⁹.

Kanuni ve iradi temsilci mümessil sıfatıyla bulunduğu davada, kendi lehine karşılık dava açamaz³⁰⁰.

3.1.2. Karşılık Davalı

Karşılık dava, asıl davanın davalısı tarafından asıl davanın davacısına karşı açılır. Bu nedenle karşılık davanın, davalısı asıl davanın davacısıdır(HUMK m.203). Bu nedenle asıl davada taraf olmayan üçüncü kişilere yönelik karşılık dava açılması mümkün değildir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında; 'Karşılık dava, yalnız asıl davanın davacısına karşı açılır. Asıl davada taraf(davacı)olmayan üçüncü kişilere karşı dava açılmaz; açılmışsa mahkeme,üçüncü kişiye karşı açılmış olan karşılık davayı reddeder ve yalnız asıl davayı inceleyip, karara bağlar. Somut olayda diğer davalı hakkındaki dava, karşı dava ile açılmış olup, C.lt. Şti. hakkındaki dava ayrı bir dava şeklinde açılıp birleştirme kararı da verilmediğine göre bu davalıya karşı dava şeklinde açılan iş bu davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir'³⁰¹.

Kanuni ve iradi temsilci mümessil sıfatıyla bulunduğu davada, kendi aleyhine karşılık dava açamaz³⁰².

²⁹⁸ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.461.

²⁹⁹ KURU:Usul,c.4,s.3949.

³⁰⁰ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.461.

³⁰¹ 13. HD 2008/5354 E, 2008/10629 K. (AKİP İctihat Programı).

³⁰² ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.461.

Asıl davada davacı konumdaki ihtiyari dava arkadaşlarından sadece birine karşı da karşılık dava açılması mümkündür. Buna karşılık mecburi dava arkadaşlarının sadece birine yönelik karşılık dava açılmaz. Hepsine birden dava açılması gerekir³⁰³.

Bir davada bir tarafı oluşturan (örneğin davacılar) birden fazla kişiler bir birlerine karşı karşılık dava açamazlar³⁰⁴.

Davacı lehine davaya ferî müdahil olarak katılan kişinin davada taraf sıfatı bulunmadığı için bu kişiye yönelik karşılık dava açamaz (HUMK m.53-58).

İcra İflas Kanunu uyarınca kendisine tahsil edilmek üzere bir alacak devredilmiş olan kişiye kendi borcundan dolayı karşılık dava açılması mümkün değildir (İİK m. 120/2,m.245)³⁰⁵.

3.2. Karşılık Davanın Açılma Biçimi

Yazılı yargılama usulünde kural olarak dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün içerisinde verilecek cevap layihası ile karşılık dava açılabilir(HUMK m.189,195)³⁰⁶. Basit Yargılama usulünde(HUMK m.507-511) ve sözlü yargılama usulünde(HUMK m.478) ilk duruşmaya kadar, en geç ilk duruşmada esasa girmeden, seri yargılama usulünde ise esasa cevap süresi olan yedi gün(HUMK m.503,505) içinde cevap dilekçesi ile karşılık davanın açılması gerekir.

³⁰³ KURU:Usul,c.4,s.3951.

³⁰⁴ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.461.

³⁰⁵ ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.461-462.

³⁰⁶ ‘Bilindiği gibi, derdestlik itirazı HUMK.nun 187. maddesindeki ilk itirazlar arasında düzenlenmiş ve aynı Kanunun 195 maddesinde ilk itirazların dava dilekçesinin tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde veya hakim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde yapılması öngörülmüş, maddenin son fıkrasında da, yukarıda belirtilen on günlük sürenin 08/01/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gün olduğu belirtilmiştir.Kuşkusuz, sözlü yargılama usulü ve basit yargılama usulünde iki taraf da ilk itirazlarını ilk oturumda sözlü olarak ileri sürülebilir. Ancak yazılı yargılama usulünde ilk itirazların yazılı olarak yapılması zorunludur. Ayrıca ilk itiraz süresi hak düşürücü nitelikte olup, ilk itirazın süresinde yapıp yapılmadığı mahkemece resen incelenip gözetilmesi gerekir.’ 1. HD 2000/9117 E, 2000/10581 K.(AKİP İçtihat Programı).

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 138/1. Maddesinde 'Karşı dava, cevap dilekçesi ile veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır' şeklinde düzenlemenin gerekçesinde; Tasarı Maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, karşı davanın esasa cevap dilekçesi ile yahut esasa cevap süresi içerisinde verilecek ayrı bir dilekçe ile açılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Karşı dava niteliği gereği zaten cevap dilekçesiyle yahut esasa cevap süresi içerisinde açılmak gerekir. Burada yenilik arz eden nokta, karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde, cevap dilekçesinin dışında ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle de açılmasının mümkün kılınmış bulunduğu belirtilmiştir.

Cevap dilekçesinde bulunması gereken hususlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 200 ve 201. Maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre cevap dilekçesinin unsurları şunlardır;

1-Mahkemenin Adı: Öncelikli olarak dava dilekçesi hangi mahkemeye verilecekse o mahkemenin adı yazılmalıdır.

2-Tarafların Ad ve Soyadları ile Adresleri: Cevap dilekçesinde davacı ve davalının ad, soyadı ve adresleri ile varsa vekillerinin adı ve soyadı yazılmalıdır.

3-Cevap Konusu: Cevap konusunun dilekçede açıkça belirtilmesi gerekir.

4-Cevaplar: Cevap dilekçesinde cevaplar ve savunma nedenleri dilekçede belirtilmelidir.

5-Dayanılan Deliller: Dava ile ilgili delillerin neler olduğu dilekçede belirtilmelidir.

6-Hukuki Sebepler: Dava konusuyla ilgili dayanılan hukuki sebepler belirtilmelidir.

7-Cevaba Cevap (Replik) Süresi: Cevaba Cevap süresi dilekçede belirtilmelidir.

8-Talep Sonucu: Dilekçenin talep kısmında savunmaların açıklanması, varsa karşılık davanın ve hüküm altına alınması istenen durumlar belirtilir.

9-İmza: Dilekçede, talepte bulunanın, vekilinin ya da kanuni temsilcinin imzası bulunmalıdır.

Karşılık dava dilekçesi örneği;

() AİLE MAHKEMESİNE

DAVALI VE KARŞI DAVACI :

VEKİLİ :

DAVACI VE KARŞI DAVALI :

KONU : Davacının boşanma isteminin reddi ile karşı davacı olarak boşanma isteminin kabulü ile boşanmaya karar verilmesi talebi.

AÇIKLAMALAR :

A) DAVAYA CEVAPLARIMIZ :

1-) Müvekkilim eşi 'Boşanma Davası' açmıştır. Müvekkilimin evlilikteki geçimsizlikte hiçbir kusuru bulunmamaktadır. Asıl kusurlu olan müvekkilimin eşidir.

2-) Karşı taraf kusurlu olması nedeniyle dava açamaz. Açılan 'Boşanma Davasının' reddine ve yargılama giderlerinin davacı tarafa yükletilmesine karar verilmesini saygıyla talep ederiz.

B) KARŞI DAVA:

1-) Müvekkilimin eşi evliliğin başından itibaren sürekli tartışmakta çıkarmaktadır. Müvekkilimin maddi durumunu beğenmemekte daha lüks bir hayat yaşamak istemekte ve bu nedene dayanan şikayetleri evliliği çekilmez hale getirmektedir.

2-) Bu nedenlere dayanarak 'Karşılık Dava' açıyoruz.

HUKUKİ NEDENLER : Medeni Kanun ve ilgili mevzuat.

HUKUKİ DELİLLER : Nüfus kaydı, tanık beyanları ve diğer deliller.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda açıkladığımız nedenlerle, haksız ve yasal dayanaktan yoksun davanın reddine, karşılık davamızın kabulüyle müvekkilimin eşinden boşanmasına, avukatlık ücreti ve yargılama giderlerinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesini saygıyla talep ederiz.

Davalı - Karşılık Davacı

Vekili Avukat.....

3.3. Karşılık Davada Harç Alınması

Harçlar Kanununun 6/1. Maddesinde 'Karşılık davalar, müstakil davalar gibi harca tabidir' hükmü yer aldığı, buna göre karşılık dava ayrı bir dava olması nedeniyle harca tabidir³⁰⁷.

Yargıtay bir kararında, karşılık dava müstakil bir davadır. Bu nedenle karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir. Davalının karşılık davayı da içeren cevap dilekçesi harç alınmadan dava dosyasına konulmuş ve işleme tabi tutulmuştur. Mahkemece, karşılık davanın haçları ödetilmeden karşılık davaya bakılarak, yazılı olduğu şekilde karşı davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir³⁰⁸.

Yargıtay bir başka kararında cevap dilekçesi ile açılan karşılık davanın da harçlandırılması gerektiğine karar vermiştir; 'Dava, tapulu taşınmaza el atmanın önlenmesi davasından ibaret iken, cevap dilekçesinde bu yerin MK'nun 724. Maddesine dayanarak bedeli karşılığı tescili istenmiştir. Fakat bu defi olarak kalmıştır. Cevap dilekçesinde istek harçlandırılmamıştır. Mahkeme meni müdahale davasını ret etmiş ve temliken tescile taalluk eden savunmayı

³⁰⁷ 'HUMK.nun 203 ve onu izleyen maddelerde düzenlenmiş bulunan karşı dava, bilindiği üzere asıl davadan bağımsız ayrı bir dava olup, Harçlar Kanunu gereğince de ikamesi için ayrı başvuru ve nispi harç yatırılarak açılabilir'. 11. HD 2000/1524 E, 2000/4972 K. (AKİP İçtihat Programı).

'Karşılık dava müstakil bir davadır. Bu nedenle karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir. Davalının karşılık davayı da içeren cevap dilekçesi harç alınmadan dava dosyasına konulmuş ve işleme tabi tutulmuştur. Mahkemece, karşılık davanın haçları ödetilmeden karşılık davaya bakılarak, yazılı olduğu şekilde karşı davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir'. 14. HD 2001/6941 E, 2001/7847 K. (AKİP İçtihat Programı).

³⁰⁸ 14. HD 2001/6941 E, 2001/7847 K. (AKİP İçtihat Programı).

kabul etmiş, son celse kararını verirken arsa değeri üzerinden MK'nun 724. Maddesi uyarınca kararla birlikte harçlandırma yapmış ve de MK'nun 724. Maddeye dayalı isteği bu şekilde sonuçlandırmıştır. Oysa ki, Harçlar Yasasına göre; MK'nın 724. Maddesine dayalı savunma harcı da verilirse temlikten tescil istemine dönüşmüş olur. Böyle davalarda arsa değerinin matrah alınması ile ¼ peşin harç alınır ve bakiyesi kararda ikmal edilir. Bu sebeple harcı verilmeden dava açılmış olmaktadır. Son celse kararla harç alınmıştır. Böyle durumlarda usul ekonomisi düşünülemez. Bu sebeple zamanında harcı verilerek açılmış, temlik ile ilgili istek davaya dönüşmeden, yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru görülmediğinden bozulması gerekmiştir³⁰⁹.

3.4. Karşılık Davanın Açılma Zamanı

Cevap layihası esas defterine kaydedildiği tarihte dava açılmış sayıldığından karşılık davanın esas defterine kaydedildiği tarihte karşılık dava açılmış sayılır. Ancak uygulamada cevap layihası esas defterine kaydedilmediği için, harca tabi olmayan karşılık davanın cevap layihasının hakim tarafından havale edildiği tarihte açılmış sayılmalıdır. Harca tabi davalarda ise harcın yatırıldığı tarihte dava açılmış sayılır. Ancak havale edilen dilekçenin mahkeme kalemine daha sonraki bir tarihte verildiği belgelendirilirse, karşılık davanın bu tarihte açıldığının kabul edilmesi gerekir³¹⁰.

³⁰⁹ 14.HD,1997/7117 E,1997/949 K.(İNAL:s.1136).

³¹⁰ KURU:Usul,c.4,s.3952-3953.

‘Davalı süresinde verdiği karşılık dilekçesinde,dava yoluyla takas isteğinde bulunmuştur.Davacı taraf bu karşılık davaya verdiği yanıtta,davalının dava harcını ödemediğini ileri sürmüş bunun üzerine davalı harcı tamamlayacağını bildirmiştir.492 sayılı Harçlar Yasasının 28. Maddesi hükmüne göre ilam harçlarının dörtte biri peşin olarak ödenir.Aynı yasanın 32. Maddesi uyarınca da yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe daha sonraki işlemler yapılamaz.Davalının verdiği karşılık dava dilekçesi yargıç tarafından havale edilmiş olmakla dava açılmış sayılır.Dilekçenin verilmesi ile birlikte,peşin harcın verilmemiş olması harç ödenmek koşuluyla davanın görülmesine engel değildir.O halde mahkemece anılan hükümler göz önünde tutularak davalıya peşin harç ödenmesi için süre verilmesi ve sonucuna göre işlem yapılması gerekir.Bu yön gözetilmeksizin dilekçe ile birlikte harç ödenmediğinden söz edilip,ayrı dava açmak hakkı saklı

Karşılık dava harca tabi olduğu halde harç alınmadan cevap dilekçesi dava dosyasına konularak işleme tabi tutulmuş ise bu durumda da karşılık dava açılmış sayılır. Ancak karşılık davacıya dava harçları ödetildikten sonra yargılamaya devam olunur³¹¹.

4. KARŞILIK DAVAYA CEVAP

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 207. Maddesinde ‘Müddeaaleyhin ikame eylediği davayı müteakibele karşı müddei cevap layihası verebilir. Bu layiha, müddeaalleyhin def’ine cevap makamında olup onunla birleştirilir. İşbu layihada müddei müddeaalleyh tarafından müteakiben ikame olunan davaya karşı dermeyeran edeceği bilumum itirazatı iptidaiye ile davayı müteakibelenin

tutularak karşı davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir.’13. HD 1976/5899 E,1976/2505 K,(ABD 1980/1,s.12).

‘Mahkemece, davalı tarafın vaki takas talebinin varlığı kabul edilmişse de; bunun için harç yatırılıp karşılık dava şeklinde açılmadığı gibi takası istenen miktarın da asıl alacaktan fazla olduğundan bahisle, söz konusu takas mahsup istemi inceleme dışı bırakılmıştır.Oysaki, takas mahsup talebi harca tabi değildir ve HUMK.nun 204. maddesi hükümlerine göre, mutlaka karşılık dava şeklinde açılması da gerekmez. 3. HD 1991/14507 E, 1992/10280 K. (AKİP İçtihat Programı).

‘Davalı vekili süresinde verdiği cevap ve karşı davasında 19.04.1994 tarihli sözleşmenin tasfiye ve iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiş olup,bu haliyle karşı dava yönünden dilekçenin harca tabi olmasına rağmen mahkemece bu husus gözden kaçırılarak yargılama sürdürülmüş ve asıl dava yönünden talep incelenerek yazılı olduğu gibi hüküm kurulmuştur.Harca tabi temyiz başvurularında temyizcinin hangi tarihte yapılmış sayılacağına ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararında,özellikle tarafların temyiz dilekçelerini hakime havale ettirdikten sonra harcını ikmal etmeleri nedeniyle çıkan uyuşmazlık nedeniyle temyizcinin harcını ikmal ile yapılmış sayılacağı karar altına alınmıştır.Ancak,somut olayda davalı cevap dilekçesi ile birlikte karşı dava açmış ve süresinde hakim havalesi ile dilekçe dosyaya girmiştir.Bu tarihte dilekçe dosyaya girdiğine göre,artık davacının hakimiyet alanından çıkmış olup,mahkemece karşı dava talebi bilahare fark edilse bile davacıya karşı dava yönünden dilekçeyi harçlandırmak için uygun bir önel verilerek hasıl olacak sonuca göre karşı dava yönünden bir karar verilmesi gerekirken,bu hususun gözden kaçırılması doğru olmadığı gibi,kaldı ki mahkemece karşı dava yönünden olumlu veya olumsuz hiçbir karar verilmemesi de isabetsiz olmuş evvel emirde kararın bu nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.’11.HD 10.02.1998/8291 E,10.02.1998/684 K,(KURU:c.4,s.3954).

³¹¹ ‘Davalı karşılık dava dilekçesinde; ortak sahip oldukları otomobilin satışından kaynaklanan zararını istemiştir. Bu istek boşanmanın eki (ferisi) olarak kabul edilemez. Başvurma harcı alınmıştır. Mahkemece öncelikle nispi harcın ikmal ettirilmesi gerekir. Harç ikmal edilmeden işin esasının incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır’. 2. HD 2004/1006 E, 2004/2588 K. (AKİP İçtihat Programı).

‘alacaklı tarafından açılan tasarrufun iptali davasının eksik alınan peşin karar ve ilam harcı da tamamlattırdıktan sonra esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu davaya genel mahkemelerde bakılabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirir’. 21. HD 1999/6883 E, 1999/7944 K. (AKİP İçtihat Programı).

esasına karşı vereceği cevabı yazması lazımdır' hükmü yer almaktadır. Buna göre; Karşılık davalının asıl davaya cevap verilmesinde olduğu gibi karşılık davaya cevap verme hakkı vardır. Bu cevap dilekçesi ile karşılık davaya karşı itirazları ve cevaplarını bildirir.

4.1. Asliye Mahkemesinde Karşılık Davaya Cevap

Asliye hukuk mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır. Buna göre davalı, karşılık davaya cevabını, dava dilekçesinin tebliğinden itibaren esasa cevap süresi olan on gün içerisinde mahkemeye bildirerek karşılık davaya cevap verebilir. Bu süre içerisinde karşılık davanın kabule şayan olmadığı yönünde itirazlarını da bildirebilir. Yazılı dilekçe vermez ise ilk oturumda karşılık davaya cevaplarını ve ilk itirazlarını bildirebilir(HUMK m.207,208,209,189)³¹².

4.2. Sözlü Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap

Sözlü yargılama usulünde esasa cevap süresi olan ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden karşılık davaya cevap verilmesi ve bu

³¹² Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, Asliye Hukuk Mahkemelerinde uygulanan usul yazılı yargılama usulüdür. Bu usulde özellikle dava malzemesinin yani dava dilekçesi, cevap dilekçesi, replik ve düplik dilekçelerinin hazırlanması yazılı olur. Fakat yazılı yargılama usulünde de hakim iki tarafı dinlemeden hüküm veremez. Bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 73, 377 ve 381. maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Böylece, asliye mahkemelerindeki usul yazılı usul olmakla birlikte sözlü usule de yer verilmiştir. Dava, dava dilekçesiyle açılır ve dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı, bununla kendisine karşı dava açılmış olduğunu öğrenir. Bunun üzerine davalı Anayasa ile güvence altına alınmış olan savunma hakkını kullanabilir. Davalı, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı olarak, savunma hakkına sahiptir. (Anayasa Madde 36) Mahkeme davalıyı dinlemek ve veya savunmasını bildirmek için, davalıyı yasal şekillere uygun olarak davet etmedikçe hükmünü veremez. (HUMK Madde 73). Kısacası, bir davada davalıya savunma hakkını kullanma olanağı verilmeden, hüküm verilemez. Bu olanağın verilmesi ise dava dilekçesinin usulünce davalıya tebliği ile olur. Kendisine dava dilekçesi tebliğ edilen ve bu yolla savunma hakkı verilen davalı savunma hakkını kullanmak yani davaya cevap vermek zorunda değildir. Davaya cevap verilmemesi davayı inkar anlamındadır. Cevap dilekçesinin verilmesi ile davanın esasına girilmiş olur. Davalı cevap dilekçesinde hukuki sebep bildirmek zorunda da değildir. HGK 2003/14-360 E, 2003/346 K.(AKİP İçtihat Programı).

dava ile ilgili davanın kabule şayan olmadığı yönünde ilk itirazlarını bildirmesi gerekir(HUMK m.479).

4.3. Basit Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap

Basit yargılama usulünde de sözlü yargılama usulünde olduğu gibi, esasa cevap süresi olan ilk oturuma kadar, en geç ilk oturumda esasa girmeden karşılık davaya cevap verilmesi ve bu dava ile ilgili davanın kabule şayan olmadığı yönünde ilk itirazlarını bildirmesi gerekir(HUMK m.507-511).

4.4. Seri Yargılama Usulünde Karşılık Davaya Cevap

Seri yargılama usulünde esasa cevap süresi olan yedi gün içinde karşılık davaya cevap verilmesi ve bu dava ile ilgili davanın kabule şayan olmadığı yönünde itirazların bildirilmesi gerekir(HUMK m.503-505).

4.5. Karşılık Davaya Karşı Karşılık Dava Açılması

Davalının açtığı karşılık davaya karşı, asıl davanın davacının da karşılık dava açıp açamayacağı konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş karşılık davaya karşı karşılık dava açılamayacağı yönündedir³¹³.

Karşılık davaya karşılık dava açılamayacağı görüşünü savunanlara göre; Kanunumuzda bu konuda düzenlemeye yer verilmediğini, kaynak kanun olan Neuchatel Kanununun 186. Maddesinde davacı tarafından da karşılık davanın da açılmasının yasaklandığını, böyle bir dava açılarak yargılamanın uzamasına neden olunacağı gerekçeleriyle asıl davacının

³¹³ POSTACIOĞLU:(Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.244.;BİLGE/ÖNEN:s.464.;ANSAY: (Hukuk Yargılama Usulleri),s.246.;ÖNEN:s.176.;

karşılık davaya karşı yeni bir karşılık davası açamayacağını savunmaktadırlar³¹⁴.

Kuru'ya göre; Asıl davacının kendisine yönelik açılmış karşılık davaya karşı yeni bir karşılık dava açmasında hukuki yararı varsa karşılık dava açabileceğini savunmaktadır. Bu konuya örnek olarak, 'davacının açtığı karşılık davasına karşı,davalının takas ve fazla alacağının ödenmesi için karşılık dava açması halinde asıl davacının, davalıdan başka bir alacağını bildirerek, bu ve asıl dava alacağın takası ile fazla alacağının ödenmesine karar verilmesi için davalıya karşı bir karşılık davada hukuki yararının olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunumuzda karşılık davaya yeni bir karşılık dava açılmasını yasaklayan açık bir hükmünde bulunmamasının bu davanın açılması izin verdiği şeklinde yorumlanmasını ve karşılık davaya karşı dava açılabilceğini savunmaktadır³¹⁵.

Kanaatimizce; yargılamayı sürüncemede bırakacağı ve yargılamanın uzamasına neden olacağından asıl davanın davacısına karşı açılan karşılık davaya, davacının yeni bir karşılık dava açlamaması gerekir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 137/3. Maddesinde 'Karşı davaya karşı, dava açılmaz' şeklinde düzenlemenin yer aldığı, bu düzenlemeyle Yürürlükte bulunan mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu konu açıkça düzenlemiş ve karşılık davaya karşı yeni bir karşılık dava açlamayacağı belirtilmiştir.

³¹⁴ POSTACIOĞLU:(Medeni Yargılama Hukuku Esasları),s.244.;BİLGE/ÖNEN:s.464.;ANSAY:(Hukuk Yargılama Usulleri),s.246.;ÖNEN:s.176.;

³¹⁵ KURU:Usul,c.4,s.3956-3958.

5. KARŞILIK DAVANIN İNCELENMESİ

5.1. Asıl Dava ile Karşılık Dava Birlikte İncelenir

Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir³¹⁶. Mahkemede her iki dava için tek dosya düzenlenir. Tek esas numarası üzerinden iki davaya bakılır³¹⁷.

Asıl dava ile karşılık dava mahkeme tarafından birlikte incelenir ve delilleri birlikte değerlendirilir³¹⁸. Aksi belirtilmedikçe tarafların ve mahkemenin yaptığı usulü işlemler asıl dava da karşılık davayı da kapsar³¹⁹.

Karşılık davanın dosyanın işlemde kaldırılması hükümlerinin uygulanması açısından ayrı bir dava olması nedeniyle, duruşmada bulunan taraf, duruşmaya gelmeyen tarafla ilgili olan asıl dava veya karşılık davalardan sadece biri hakkında dosyanın işlemde kaldırılmasını talep edebilir³²⁰.

³¹⁶ ‘Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir’. 3. HD 2005/6058 E, 2005/8154 K. (AKİP içtihat programı).

³¹⁷ KURU:Usul,c.4,s.3958.

³¹⁸ ‘HUMK.nun değişik 8.maddesinin 11/1 nolu bendine göre "...kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tespit davaları bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davaların sulh hukuk mahkemelerinde" görülüp neticelendirilmesi gerekir. Bu durumda asıl dava ve karşılık davanın birlikte ele alınarak dosyadaki tüm deliller değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken karşılık davanın ayrılmasına karar verilmesi hatalıdır.6.HD 2001/9612 E, 2001/9825 K.(AKİP İçtihat Programı).

³¹⁹ KURU:Usul,c.4,s.3958.

³²⁰ ‘Adil yargılanma ve dinlenilme hakkının bir gereği olarak hakim, taraflara duruşmalarda hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için imkan vermeli, tarafları usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet etmelidir. Fakat tarafların kendilerine tanınan bu imkana rağmen, duruşmaya gelmek zorunluluğu yoktur. Hukuk davalarında duruşmaya gelmemenin müeyyidesi, dava dosyasının işlemde kaldırılması (HUMK. m.409) veya yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesidir (HUMK.m.213, 377).Öncelikle iki taraf da duruşmaya gelmezse, dava dosyası işlemde kaldırılır. Taraflardan yalnız biri duruşmaya gelir, diğer taraf gelmez ve gelen taraf davayı takip etmeyeceğini bildirirse, dava dosyası yine işlemde kaldırılır(HUMK. m.409).İkinci olarak, taraflardan yalnız biri duruşmaya gelir ve davayı takip edeceğini bildirirse, davaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir.Bu şekilde işlemde kaldırılan dosya üç ay daha derdest olmaya devam eder. İlk bir ay içinde dava harç yatırılmaksızın, sonraki iki ay içinde harç yatırılarak tarafların birinin başvurusu ile yenilenebilir(HUMK. m.409).HUMK. 409/3.

5.2. Karşılık Dava Müstakil Bir Davadır

Karşılık dava asıl davadan müstakil bir davadır³²¹. Bu nedenle;

Asıl davanın açılmış olduğu mahkemede karşılık dava açıldıktan sonra asıl davanın davacısının açmış olduğu davasından feragat ve davasını geri alsa bile asıl davanın açıldığı mahkemenin karşılık dava açısından yetkisi devam eder ve karşılık dava asıl davanın açıldığı mahkemede görülür³²².

Asıl dava ile karşılık davanın şartları her iki dava açısından da ayrı ayrı incelenir³²³. Asıl dava şartlarından biri eksik olarak açılmış bile olsa, bu açılan asıl davaya yönelik olarak davalı davacıya karşı karşılık dava açılabilir³²⁴.

Asıl dava ile karşılık dava birlikte incelenip karara bağlanır³²⁵.

maddesinde "... tarafların birinin başvurusu üzerine yenilenebilir" hükmünü içermektedir'.HGK 2007/8-161 E, 2007/155 K. (AKİP İçtihat Programı).

³²¹ 'Karşılık dava müstakil bir davadır. Bu nedenle karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir'. 14. HD 2001/6941 E, 2001/7847 K. (AKİP İçtihat Programı).

'HUMK.nun 203 ve onu izleyen maddelerde düzenlenmiş bulunan karşı dava, bilindiği üzere asıl davadan bağımsız ayrı bir dava olup, Harçlar Kanunu gereğince de ikamesi için ayrı başvuru ve nispi harç yatırılarak açılabilir'. 11. HD 2000/1524 E, 2000/4972 K. (AKİP İçtihat Programı).

'Esas dava ile karşılık dava müstakil davalardır. Tarafların takas ve mahsup talepleri de bulunmadığına göre dava ve karşılık davanın ayrı ayrı karara bağlanması gerekirdi'.15. HD 1990/300 E, 1990/3422 K.(AKİP İçtihat Programı).

³²² ANSAY: (Hukuk Muhakeme Usulleri),s.460.

³²³ MUŞUL, Timuçin: Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler (Usul Hukuku), Ankara 2009, s. 220.

³²⁴ KURU: Usul,c. 4,s.3891,3958,3959.

³²⁵ 'Davacı Tarafından açılan tescil davasına karşılık,müdahiller tescili istenen taşınmazda kadim yolları olduğundan bahisle tescilini istemiş olduklarını ve müdahillerin iş bu davaları,tescil davasına mukabil bir itiraz davası mahiyetinde olup,tescil davası ile birlikte tetkik ve rüyeti icap etmesine binaen,mahkemece karar yerinde yazılı düşünce sebeplerle müdahillerin itiraz davalarının,tescil davasından tefrikine karar verilmesi yolsuz ve bu hususu hedef tutan bozma dileği gerçek bulunmuş olduğundan,temyiz itirazlarının kabulüyle kararın yazılı sebepten dolayı bozulmasına karar verildi.'8.HD 1962/5464 E,1962/5343 K.(İNAL:s.1132).

'Dava dosyasında biri asli dava,diğeri karşılık dava bulunduğu göre mahkeme ya karşılık davayı asıl davayla birlikte karara bağlamalı ya da karşılık davayı daha önce karara bağlamak istiyor ise karşılık davayı asıl davadan tefrik ederek ayrı bir esasa kaydetmeli ve yeni esas numarasına kayıtlı karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir.Aksi halde şimdi olduğu gibi davalardan biri hakkında karar numarası verilmeden karar verilip diğer davanın aynı dosyada derdest bırakılması veya aynı esasa kayıtlı birden çok davanın birden fazla karar sayısı veya bir karar sayısı altında müteaddit ilamlarda karara bağlanması gibi sonuçlarla karşılaşılır ki,bir mahkemede açılan davaların hangilerinin karara bağlandığı ve hangilerinin derdest olduğunu titiz bir şekilde takibi amaçlayan düzen kuralları muvacehesinde bu durum caiz görülmez. '12.HD 1989/6956 E,1989/4269 K.(İNAL:s.1134).

Temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir³²⁶.

Taraflardan birinin karşı tarafın davasını kabul etmesi, kendi davasını etkilemez ve davası görülmeye devam eder³²⁷.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 139. Maddesinde ‘Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz’ şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tasarı maddesinin gerekçesinde; Maddede yer alan düzenleme ile, mahkemece birlikte görülüyor olmalarına rağmen, asıl davayla karşı davanın birbirinden bağımsız davalar olduğu hususu açıkça vurgulanmış ve bu çerçevede asıl davanın herhangi bir nedenle sona ermesinin, karşı davanın da sona ermesi sonucunu doğurmayacağı hususunun altının çizildiği belirtilmiştir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 140. Maddesinde ‘Bu Kanunun dava ile ilgili hükümleri, aksine özel düzenleme bulunmayan hâllerde, karşı dava hakkında da uygulanır’ şeklinde düzenlemenin yer almaktadır.

Tasarı maddesinin gerekçesinde; Maddede yer alan düzenlemeyle, karşı dava da müstakil bir dava olduğu için, özel düzenleme bulunan hâller dışında, dava ile ilgili ilke ve kuralların karşı dava bakımından da işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, karşı davada ayrı harç alınacak; dava şartları asıl davadan bağımsız olarak araştırılacak ve verilecek olan kararın hüküm fıkrasında da, karşı dava ile ilgili talebe mahkemenin nasıl cevap vereceği hususuna açıkça işaret edileceği belirtilmiştir.

‘Mütekabil davanın,asıl dava ile birlikte incelenmesi ve ona göre bir karar verilmelidir.’ 1 HD 1949/1114 E,1949/725 K.(DEMİRHAN/TAZEBAY:s.509).

³²⁶ ERCAN: s.277.

³²⁷ KURU: Usul,c. 4,s.3960.

6. KARŞILIK DAVADA HÜKÜM

Mahkeme tek bir hükmün içinde asıl dava ile karşılık dava hakkında ayrı ayrı kararlar verir. Mahkeme sadece asıl dava ile ilgili karar vermekle yetinmemeli, aynı zamanda karşılık dava içinde olumlu olumsuz bir karar vermelidir. Asıl dava ile karşılık dava için ayrı ayrı karar ve ilam harcı alınması gerekir³²⁸.

‘Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir. Mahkemece, asıl dava ve karşılık dava hakkında tek bir hüküm verilir ise de, hükümde asıl dava ve karşılık dava hakkında verilen kararlar ayrı ayrı gösterilir. Bunun sonucu olarak da hükümde asıl dava için ayrı karşılık dava için ayrı karar ve ilam harcı alınmasına, her iki dava için de ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak karşılık dava açılmadan davalının takas ve

³²⁸ ‘Davalı Yaşar Engin tarafından açılan karşılık dava, asıl davadan tefrik edilip ayrı bir esasa kaydedilmediğine göre, asıl dava ve karşılık dava yönünden birlikte karar verilmesi gerekirken, karşılık dava açısından 13.8.2002 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve mahkemece oluşturulan 9.9.2002 tarihli kararda, karşılık dava bakımından hüküm kurulmamış olması usule aykırıdır’.19. HD 2005/2942 E, 2005/6607 K.(AKİP İçtihat Programı).

‘Kocanın açtığı boşanma davası üzerine kadın da süresinde karşılık dava açmıştır (HUMK md. 195-203). Karşılık dava tefrik edilmediğine göre asıl ve karşılık dava hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekir’.2. HD 1998/8358 E, 1998/9790 K.(AKİP İçtihat Programı).

‘boşanma davalarının kendine özgü bir yapısı vardır. Asıl dava ile karşı dava birbirine bağlıdır. Davacının açmış olduğu boşanma davasının kesinleşmesine karar verilmesi halinde bozmaya konu olan karşılık boşanma davası bir anlamda konusuz kalır. Kaldı ki Özel Daire bu durumu “bozma sebebine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına” ifadesiyle kararında diğer yönleri incelemeyi belirtmiştir. Davacı-karşı davalının açmış olduğu boşanma ve velayet davası da karşı dava gibi henüz kesinleşmemiştir. O halde her iki dava yönünden hüküm kurulması gerekirken sadece karşı dava yönünden hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup kararın öncelikle bu yönden bozulması gerekir’.HGK 2008/2-738 E, 2008/743 K. (AKİP İçtihat Programı).

‘Davalıda karşılık davası ile boşanma ve ziynetler hakkında istekte bulunmuştur. Mahkemece; kocanın asıl, kadının karşılık davasına konu edilen her husus hakkında infazda karışıklık yaratmayacak şekilde (HUMK md. 388) hüküm kurulması zorunludur (HUMK md.74). Kadının boşanma isteği hakkında açıklık yoktur. Bu yön üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.2. HD 2003/1183 E, 2003/4468 K. (AKİP İçtihat Programı).

‘Taraflar arasındaki uyuşmazlık inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacının alacak davasına karşılık davalı da kötü niyet tazminatı ve inşaatın geç tesliminden dolayı cezai şart olarak toplam 750.000 TL.nin tahsili için karşı dava açmıştır. Esas dava ile karşılık dava müstakil davalardır. Tarafların takas ve mahsup talepleri de bulunmadığına göre dava ve karşılık davanın ayrı ayrı karara bağlanması gerekirdi. Oysa mahkeme, tarafların alacaklarını tespit edip mahsup yaptıktan sonra karar vermiştir. Bu suretle yargılama giderlerine tarafların haklılık oranlarına göre ayrı ayrı hesaplanıp hükmedilmesi gerekirken mahsup yapılması usul ve yasaya aykırı olup kararın taraflar yararına bozulması icap eder’. 15. HD 1990/300 E, 1990/3422 K. (AKİP İçtihat Programı).

mahsup talebinde bulunması halinde, davacının alacağından-varsa-borcu takas edilmek suretiyle hüküm kurulması gerekir³²⁹.

7. KARŞILIK DAVANIN TEMYİZİ

Karşılık dava ile asıl dava hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması nedeniyle temyiz sınırı bakımından her iki dava ayrı olarak belirlenir ve her iki dava da birbirinden bağımsız olarak temyiz edilebilir³³⁰.

Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararında; miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalanna ilişkin nihai kararlar HUMK.'un 427/11 maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırın kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırın belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate almır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz. Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir. İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırın her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir. Karşılık davada, temyiz sınırın asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir. Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davasının miktar ve değerine göre belirlenir. Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde asıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Kısaca temyize konu edilen miktara bakılarak kesinlik belirlenir. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması halinde, kısaca kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir. (E. 2010/13569, K: 2010/12550. Meşe İçtihat Programı)

³²⁹ 3. HD 2005/6058 E, 2005/8154 K.(AKİP İçtihat Programı).

³³⁰ KURU:Usul,c.4,s.3964.

8. KARŞILIK DAVADA YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİ İLE VEKALET ÜCRETİ

Hukuk Usulü Muhakeme Kanununun 423. Maddesinde ve uygulamada kabul edilen yargılama giderleri şunlardır.

HUMK Madde 423- Masarifi muhakeme aşağıda beyan olunan şeylerdir:

1 - Tarife mucibince mahkeme kalemi vasıtasıyla yapılan masraflarla celsei muhakeme, keşif ve haciz masrafları,

2 - Şahidin seyahat ve ikamet masrafıyla yevmiyesi ve ehlihibre ücret ve masrafları,

3 - İlam harçları,

4 - Resmi dairelerden talep olunan evrakın asıl ve suret tasdik ve pul harçları,

5 - Mahkemede bizzat hazır bulunanların bulundukları günlere ait seyahat ve ikamet masrafları,

6 - Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri.

7 – Delil tespiti giderleri(HUMK m.368-374)³³¹.

8 – İhtiyati tedbir giderleri³³².

Karşılık davanın müstakil bir dava olması nedeniyle harca tabidir. Bu nedenle davalı karşılık dava açarken ayrı başvuru harcı peşin karar ve ilam harcını yatırması gerekir³³³.

³³¹ YILMAZ,ZEKERİYA: Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti,Ankara 2006,2. B,s.17-18.

³³² YILMAZ,ZEKERİYA: s.17-18.

³³³ YILMAZ,ZEKERİYA: s.205.

‘Karşılık dava müstakil bir davadır. Bu nedenle karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir. Davalının karşılık davayı da içeren cevap dilekçesi harç alınmadan dava dosyasına konulmuş ve işleme tabi tutulmuştur.Mahkemece, karşılık davanın haçları ödetilmeden karşılık davaya bakılarak, yazılı olduğu şekilde karşı davanın kabulüne karar verilmesi doğru

Mahkeme, karşılık davanın müstakil bir dava olması nedeniyle yargılama giderleri, yargılama harçları ve vekalet ücretleriyle ilgili olarak asıl dava ve karşılık dava ayrı ayrı karar vermelidir³³⁴.

Karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi durumunda diğer taraf yararına vekalet ücreti taktir edilmez³³⁵.

görülmüştüğünden hükmün bozulması gerekmiştir'. 14. HD 2001/6941 E, 2001/7847 K. (AKİP İçtihat Programı).

³³⁴ 'Taraflar arasındaki uyuşmazlık inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacının alacak davasına karşılık davalı da kötü niyet tazminatı ve inşaatın geç tesliminden dolayı cezai şart olarak toplam 750.000 TL'nin tahsili için karşı dava açmıştır. Esas dava ile karşılık dava müstakil davalardır. Tarafların takas ve mahsup talepleri de bulunmadığına göre dava ve karşılık davanın ayrı ayrı karara bağlanması gerekirdi. Oysa mahkeme, tarafların alacaklarını tespit edip mahsup yaptıktan sonra karar vermiştir. Bu suretle yargılama giderlerine tarafların haklılık oranlarına göre ayrı ayrı hesaplanıp hükmedilmesi gerekirken mahsup yapılması usul ve yasaya aykırı olup kararın taraflar yararına bozulması icap eder'. 15. HD 1990/300 E, 1990/3422 K. (AKİP İçtihat Programı). 'Mahkeme, asıl davadaki isteme göre yüklenicinin alacağını tespit etmiş ve bundan karşılık dava konusu olup sabit olan gecikme cezası ve noksan iş bedelini indirmek suretiyle ortaya çıkan 29.370 liranın davacı yükleniciye ödetilmesine, fazla isteklerin reddine karar vermiştir. Oysa birleştirilen davalar bir birinden bağımsızdırlar. Bu nedenle esas davada olduğu gibi karşılık davanın da ayrı olarak karara bağlanması, faiz ve vekalet ücretinin ilk davadan müstakil olarak hesaplanması iktiza eder. Mahkemenin karşılık dava kalemlerinden sabit olan kısmını mahsup işlemine tabi tutması ve bunlar için temerrüt faizi hesabına imkan vermemesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür'. 15. HD 1976/1504 E, 1976/2824 K. (AKİP İçtihat Programı). 'Mahkemece, asıl dava ve karşılık dava hakkında tek bir hüküm verilir ise de, hükümde asıl dava ve karşılık dava hakkında verilen kararlar ayrı ayrı gösterilir. Bunun sonucu olarak da hükümde asıl dava için ayrı karşılık dava için ayrı karar ve ilam harcı alınmasına, her iki dava için de ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak karşılık dava açılmadan davalının takas ve mahsup talebinde bulunması halinde, davacının alacağından-varsa-borcu takas edilmek suretiyle hüküm kurulması gerekir'. 3. HD 2005/6058 E, 2005/8154 K. (AKİP İçtihat Programı).

³³⁵ HGK 1951/170 E, 1951/33 K,

SONUÇ

İnceleme konumuzu, medeni usul hukukunda karşılık dava oluşturmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak dava kavramı, dava şartları ve dava çeşitleri ele alınmıştır. Toplumsal yaşam içerisinde kişiler arasında uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle Anayasanın 2. Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin gereği ve kendiliğinden hak alma yasağı sonucu kişilerin devlete karşı yargı hakkı talep etme hakları bulunmaktadır. Kişilerin bir hakkın inkarı veya ihlali durumunda yargı gücüne başvurarak hakkın korunmasını istemek noktasında sahip olduğu imkana dava hakkı, kişilerin bu korumayı yargı gücünden belirli bir hasma karşı bizzat istemesine de dava denir. Hak ile dava arasında doğal bir bağlantı bulunmaktadır. Hak asıl şeydir, dava(dava hakkı) ise asıl hakkın meydana gelmesini sağlayan yardımcı bir araçtır.

Usul kanunumuzda düzenlenmeyen ancak doktrin ve uygulamada ortaya çıkan genel olarak dava şartları; yargı yetkisi, yargı yolu, görev, davada iki tarafın bulunması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, davaya vekalet ehliyeti ve geçerli vekaletname, hukuki yarar ve kesin hükmün bulunmaması olarak sıralanabilir. Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. Mahkeme, hem davanın açıldığı zaman, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının var olup olmadığını resen inceler, bu konuda tarafların talepte bulunması şart değildir. İstem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartlarının dava açılması ile hüküm verilmesine kadar bulunması gerekir. Mahkeme dava açılırken dava şartlarının bulunmadığını veya yargılama sırasında sonradan dava şartlarının kalktığını tespit ederse davanın dinlenebilir olmadığından reddine karar verir.

Dava çeşitlerinden olan ve usul kanunumuz da düzenlenen eda davası, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya, bir hakkın yerine getirilmesine ilişkin davalardır. Buna karşılık usul kanunumuzda düzenlenmeyen tespit davası, davacının açtığı dava ile bir

hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin aydınlatılması hususlarının tespiti talebiyle ilgili davalardır. Aynı şekilde usul kanunumuzda düzenlenmeyen inşai dava, Davacının bir hukuki durumun kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir hukuki durumun tesisi amacıyla açtığı davalardır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, genel olarak karşılık dava ve davanın hukuki temeli ve karşılık dava şartları ele alınmıştır. Açılmış olan bir davada, davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir.

Karşılık dava için aranılan dava şartları, asıl davanın derdest olmalı, asıl dava ile karşılık dava aynı yargılama usulüne tabi olmalı, asıl dava ile karşılık dava arasında yakın bir ilişki bulunması olarak sayılabilir. Bu son şartın gerçekleşmesi için ya takas veya mahsup talebi olacak yada asıl dava ile karşılık dava arasında bağlantı bulunması gereklidir. Davalının takas etmek istediği karşılık alacağının miktarının asıl davada asıl davacının alacağından fazla ise ve davalı bu fazla miktarı hüküm altına aldirmek istiyorsa o zaman davalın karşılık dava açması gerekir. Eğer bu miktar asıl dava miktarın az ise bu durum da dava açamayacağı için bunu def'i olarak ileri sürmelidir.

Karşılık davanın kabule şayan bulunmadığı itirazının ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. İtiraz da bulunup bu itiraz haklı görüldüğünde mahkemenin ne karar verileceği tartışmalı bir konudur. Ancak ağırlıklı görüş bu durumda mahkeme karşılık davanın ayrılmasına karar verir. Eğer itiraz edilmez ise mahkeme asıl dava ile karşılık davayı birlikte görür.

Karşılık dava, asıl davanın davalısı tarafından asıl davacıya yönelik olarak açar. Karşılık davaya benzer nitelikte bulunan davaya fer'i müdahalede Davayı kaybetmesi halinde üçüncü kişiden talepte bulunacak tarafın kazanması halinde üçüncü kişinin lehine etkileri olur. Üçüncü kişinin bu sebeple asıl dava tarafının davayı kazanması için ona yardımcı olması gerekmektedir. Bu amaçla tarafın davayı kazanabilmesi için davaya katılması ve tarafa ileri sürülecek iddia ve savunmalarda yardımcı olmasına imkan

veren müessesedir. Yine benzer nitelikteki davaya asli müdahale ise, Başka taraflar arasında görülmekte olan davanın konusu hak veya şeyin bir kısmı veya tamamı üzerinde bir iddiasında bulunan üçüncü kişi tarafından dava konusunun görüldüğü mahkemeye bu davanın taraflarına yönelik ayrı bir dava açmasına denir. Davanın ihbarında ise, görülmekte olan bir davada taraflarca, aleyhe hüküm verilmesi halinde rücu edebileceği üçüncü şahsa bildirilmesi ve yardım talep edilmesidir. karşılık davada asıl davanın davalısı olan tarafın asıl davanın davacısına yönelik aynı mahkemede ve aynı dosyada karşı dava açmasına karşılık dava denir(HUMK m.203). Karşılık davada davayı açan kişi asıl davanın davalısı olarak taraflardan biridir. Buna karşılık davaya feri müdahalede, asli müdahalede ve davanın ihbarı kişi asıl davanın tarafı değildir ve bu dava dışından üçüncü kişi olarak davaya katılmaları söz konusudur. Bu nedenle karşılık dava bu üç müesseseden farklıdır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, karşılık davaya ilişkin esaslar ve davanın açılması ele alınmıştır. Karşılık dava asıl davanın görüldüğü mahkemeye açılır ve her iki dava aynı mahkemede görülür. HUMK 5.maddesine müteakıl davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise müteakıl davanın kıymeti esas alınacaktır. HUMK 14.maddesinde belirtildiği üzere asıl davaya bakan yer mahkemesi karşılık davaya da bakmaya yetkilidir. HUMK 203. Maddesine göre; davacı karşılık davasını, esas dava hakkındaki esasa cevap süresi içerisinde cevap layihasını bildirmek suretiyle ikame edebilir.

Karşılık dava, açılan asıl davanın davalısı tarafından, asıl davanın davacısına yönelik açılabilir. Karşılık dava, asıl davanın davalısı tarafından asıl davanın davacısına karşı açılır. Harçlar Kanununun 6/1. Maddesine göre karşılık davalar, müstakil davalar gibi harca tabidir. Buna göre karşılık dava ayrı bir dava olması nedeniyle harca tabidir. Karşılık davalının asıl davaya cevap verilmesinde olduğu gibi esasa cevap süresi içerisinde karşılık davaya cevap verme hakkı vardır. Bu cevap dilekçesi ile karşılık davaya karşı itirazları ve cevaplarını bildirir.

Davalının açtığı karşılık davaya karşı, asıl davanın davacının da karşılık dava açıp açamayacağı konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş karşılık davaya karşı karşılık dava açılamayacağı yönündedir.

Asıl dava ile karşılık dava mahkeme tarafından birlikte incelenir ve delilleri birlikte değerlendirilir. Karşılık dava asıl davadan müstakil bir davadır. Mahkeme tek bir hükmün içinde asıl dava ile karşılık dava hakkında ayrı ayrı kararlar verir. Mahkeme, karşılık davanın müstakil bir dava olması nedeniyle yargılama giderleri, yargılama harçları ve vekalet ücretleriyle ilgili olarak asıl dava ve karşılık dava ayrı ayrı karar vermelidir.

Çalışma konularımızla ilgili olarak yeni Hukuk Muhakemesi Kanunu tasarısı ile getirilmek istenen yenilikler ortaya konulmuştur. Yeni kanun tasarısında eski kanunda düzenlenmeyen ve tartışmalı olan konularla ilgili olarak hükümler getirildiği ve belirsizliklerin açıklığa kavuşturulduğu görülmüştür.

Bütün bu incelemeler kapsamında; karşılık dava müessesesi, dava ekonomisini gerçekleştirmesi, iki dava sonucunda ortaya çıkacak hükümler arasında meydana gelecek muhtemel çelişkiyi yok etmesi, iki dava açılacağına tek dava dosyası ile ihtilafların çözülerek zamandan tasarruf edilmesi açısından önemlidir. Yeni Hukuk Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesiyle uygulamada karşılaşılan tereddüt ve aksaklıkların azami dereceye indirileceği ve karşılık dava müessesine daha fazla işlerlik kazandıracağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

AKKAN, Mine: **Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma**, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/I sayı 6.

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/YILDIRIM-DEREN, Nevhis: **Medeni Usul Esasları**, İstanbul 2006.

ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2003.

ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin/GÜNEL, Yüksel Mete: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Son değişiklikleriyle İçtihatlı-Notlu**, Ankara 1982.

ANSAY, Sabri Şakir: **Hukuk Muhakeme Usulleri (Ansay, Hukuk Muhakeme Usulleri)**. IV, Ankara 1944.

ANSAY, Sabri Şakir: **Hukuk Yargılama Usulleri, (Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri)**. 7. B, Ankara 1960.

ARAL, FAHRETTİN: **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara 2010.

ATALAY, Özcan: **Uygulamada Takas ve Mahsup**, ABD, 1980/1.

ATALI, Murat: **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara 2007.

AYAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya 2005.

AYAN, Şefik/DOĞRUEK, Tarık: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Seçilmiş İçtihatlar**, Ankara 1954.

BELGESAY, Mustafa Reşit: **Dava Teorisi(Dava Teorisi)**, İstanbul 1943.

BELGESAY, Mustafa Reşit: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi(Usul Şerhi)**, İstanbul 1956, 4.B.

BERKİN, Necmeddin M.: **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi (Berkin, Usul Hukuku Rehberi)**, İstanbul 1980.

BERKİN, Necmeddin M.: **Medeni Usul Hukuku Esasları**(Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları),İstanbul 1969.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara 1978,3.B.

BİLGE, Necip: **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara 1967.

ÇATALKAYA, Cevdet/TARIKOĞULLARI, Abdurrahman/ÖZCAN, Mustafa Hamdi: **Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1965.

ÇELİK, Hüseyin: **Yargıtay Örnek Kararları ile Açıklamalı Hukuk Davalarında Dava Ehliyeti ve Davada Husumet**, Ankara 2006.

DEMİRHAN, Orhan/TAZEBEY, İlksev: **Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu,Usulle İlgili Kanun ve İçtihatlar**, Ankara 1965,c.1.

ERCAN, İsmail: **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2006.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2006.

ERDEMİR, İlter: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 1998,2.B.

ERGÜN, Zafer: **İçtihat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 2006,3.B.

ERSOY, Rifat: **Notlu-İzahlı-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**.

HANAĞASI, Emel: **Davada Menfaat**, Ankara 2009.

İNAL, Nihat: **Hukuk Yargılama Usulü Yasası**, Ankara 2003,c.1.

İPEK, M.G.: **Karşı Dava**, Eskişehir Barosu Dergisi,2003,Sayı 1.

KAÇAK, Nazif: **Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 2002.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Tazminat Davaları**, İstanbul 1976,s.712; ABD 1980/1.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları**, İstanbul 2004, c.5.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı: **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara 1952.

KARAOK, Hasan: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Buna Ait İçtihatlar**, İstanbul 1954.

KARSLI, Abdurrahim: **Medeni Usul Hukukunda Usulü**, İstanbul 2001.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2006.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 1.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 2.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 3.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 4.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 5.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü (Kuru, Usul)**, 6.B, İstanbul 2001, c. 6.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (Usul hukuku)**, Ankara 2008.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (Kanun)**, Ankara 2008.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: **İcra İflas Hukuku Ders Kitabı (İcra-iflas)**, Ankara 2008.

KURU, Baki: **Tespit Davaları (Kuru, Tespit Davaları)**, Ankara 1963.

KURU, Baki: **Nizasız Kaza (Kuru, Nizasız Kaza)**, Ankara 1961.

MUŞUL, Timuçin: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Hukuk Usulü Kanunu)**, İstanbul 1999.

MUŞUL, Timuçin: **Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler (Medeni Usul Hukuku)**, Ankara 2009.

- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ,M.Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005,4.B.
- OLGAÇ, Senai: **Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1977.
- ÖNEN, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku(Medeni Yargılama Hukuku)**, Ankara 1979.
- ÖNEN, Ergun: **İnşai Dava(İnşai Dava)**, Ankara 1981.
- ÖZTEK, Esat/KAZANCI,Sadi: **Nazari ve Tatbiki İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1957.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Özcan/ÖZEKES, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2006.
- PEKCANITEZ, Hakan: **Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale**, Ankara 1992.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul 1968.
- REİSOĞLU, Sefa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2006.
- SINMAZ, Burhan/KARATAŞ,İzzet: **İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara 1987.
- SONER, Lütfi Fikri: **Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme olanağı**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ankara 1976, Sayı 10.
- UYGUR, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat hukuku**, Ankara 2003,c.4.
- UYGUR, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, Ankara 1990,c.2.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı (Üstündağ, İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı)**, (İÜHFM), İstanbul 1967.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**(Medeni Yargılama Hukuku), İstanbul 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler**(Üstündağ,Takas), (İÜHFM,İstanbul 1960),c. XXV, sayı 1-4.

TAŞKIN, Alim: **Hakem Sözleşmesi**, Ankara 2000.

TOPUZ, Gökçen/TOPUZ, Seçkin: **Takasın Dava İle İleri Sürülmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008, Cilt 57, Sayı 3.

YENER, Orhan: **Hukuk ve Ceza Davalarında Taraf Teşkili ile Dava Ehliyeti Davaya Vekalet**, Ankara 1997.

YILMAZ, Ejder: **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**(Yılmaz, Islah), Ankara 2010.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**(Yılmaz, Hukuk Sözlüğü), 5.B,Ankara 1996.

YILDIRIM, Kamil: **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 2005.

YILDIRIM, N. Deren; **Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış**, (YD 1995/3), s.225-243.

YILMAZ,Z.: **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti**, Ankara 2006,2. B.

YÜKSEL, Ali Said: **Takas defi**, İBD,1960/11-12.

ÖZET

ULGAR, Orbay Bahri. Medeni Usul Hukukunda Karşılık Dava, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

İnceleme konumuzu, medeni usul hukukunda karşılık dava oluşturmaktadır. Çalışmamızda ilgili kanun hükümleri, mevcut uygulama, yeni kanun tasarısıyla Yargıtay kararları incelenmiştir. Kişilerin bir hakkın inkarı veya ihlali durumunda yargı gücüne başvurarak hakkın korunmasını istemek noktasında sahip olduğu imkana dava hakkı, kişilerin bu korumayı yargı gücünden belirli bir hasma karşı bizzat istemesine de dava denir. Genel olarak dava şartları; yargı yetkisi, yargı yolu, görev, davada iki tarafın bulunması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, davaya vekalet ehliyeti ve geçerli vekaletname, hukuki yarar, kesin hükmün bulunmaması olarak sıralanabilir. Mahkeme, davanın açıldığı zaman, ayrıca yargılamanın her aşamasında dava şartlarını kendiliğinden inceler. Davalının aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına, karşılık dava denir. Karşılık davanın şartları, asıl davanın görülmekte olmalı, asıl dava ile karşılık dava aynı yargılama usulüne tabi olmalı, asıl dava ile karşılık dava arasında yakın bir ilişki bulunmasıdır. Karşılık davaya yönelik itirazının ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Karşılık davaya ferî müdahalede, asli müdahalede asıl dava dışından üçüncü kişi olarak davaya katılmaları nedeniyle karşılık davadan farklıdır. Karşılık dava asıl davanın görüldüğü mahkemeye açılır. Her iki dava aynı mahkemede görülür. HUMK 5.maddesine karşılık davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise karşılık davanın kıymeti esas alınacaktır. HUMK 14.maddesinde belirtildiği üzere asıl davaya bakan yer mahkemesi karşılık davaya da bakmaya yetkilidir. Karşılık dava, açılan asıl davanın davalısı tarafından, asıl davanın davacısına yönelik açılabilir. Bu iki dava, mahkeme tarafından birlikte incelenir. Delilleri birlikte değerlendirilir. Karşılık dava asıl davadan müstakil bir davadır. Mahkeme tek bir hükmün içinde asıl davayla karşılık dava hakkında ayrı kararlar verir. Mahkeme, yargılama giderleri, yargılama harçları ve vekalet ücretleriyle ilgili

olarak asıl dava ve karşılık dava ayrı ayrı karar vermelidir. Yeni kanunun yasalaşmasıyla karşılık dava müessesine işlerlik kazandıracağı kanaatindeyim.

Anahtar Sözcükler

1.Dava

2.Karşılık Dava

3.Şartları

4.Açılması

5.Hüküm

ABSTRACT

ULGAR, Orbay Bahri. Reconvention in The Law of Civil Procedure, Post Graduation Thesis, Ankara 2011.

Our main subject in this thesis is establishing a reconvention in frame of Law of Civil Procedure. Our study covers law verdicts, current applications, new draft laws and Supreme Court Decisions. When persons right are undertaken or violated this persons possibility about protecting his right is named as cause of action right, and persons personal request of being protected from a specific adversary by the jurisdiction is named as lawsuit (claim). General lawsuit conditions can be mentioned as follows: Judicial power, judicial remedy, attendance of both sides, party competence, lawsuit competence, valid attorneyship and definitive judgment. At the time when the lawsuit is started, in every stage of the adjudication the lawsuit is analyzing its conditions by itself. When a Defendant is opening a lawsuit at the same court to the same descent Claimant mentioned in the file, than it is called reconvention lawsuit. The conditions of the Reconvention case must be the main as the first case, must be subjected to the same case jurisdiction procedure as the main case and there must be in affiliation between the main and reconvention case. The objection upon the reconvention case must be shown as the first objection. In the secondary intervention of the reconvention, as in the first intervention third persons out of the case are involved, here the conditions are a bit different. Both of the cases will be held in the same court. According to the clause No: 5 of HUMK, if the volume and value of the reconvention case is more than the main case, then the value of the reconvention case will be taken as basis. As it states in the 14th clause of HUMK the court that is taking over the main court is authorized for the reconvention case. The reconvention case can be opened against the main defendant of the main case. Therefore this both cases will be overtaken by the same court. The evidences will be evaluated together. The reconvention case is self contained case of the main case. The court will give different

decisions in the same verdict. The court must decide separately about the main case and reconvention case jurisdiction expenses, jurisdiction taxes and attorneyship costs. In my opinion with the legalization of the new law the reconvention administration will gain operability.

Keys words

1. Lawsuit
2. Reconvention Case
3. Conditions
4. Star over
5. Verdict