

MANEVİ TAZMİNATIN TAKAS EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ SORUNU

Dr. Arzu Genç Arıdemir*

I. GENEL OLARAK

Manevi tazminatın miras ile intikalini ve temlikini bazı koşulların gerçekleşmesi halinde olanaklı kılan MK md.25 f.IV, manevi tazminat borcunun takas ile sona erdirilip erdirilemeyeceğini veya hangi koşulların gerçekleşmesi halinde takas edilebileceğini düzenlememiştir. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu'nun takasa ilişkin hükümleri (BK md.118-124) arasında da soruna yanıt veren açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle, manevi tazminat talep etme hakkının özellikleri açıklanacaktır. Bu açıklamalarda, manevi tazminatın amacı ile ilgili doktrindeki görüşler kısaca ele alınıp, mevcut yasal düzenleme değerlendirilecektir. Daha sonra ise, burada varılan sonuç da dikkate alınarak, manevi tazminatın takas edilip edilemeyeceği sorunu ele alınacaktır. Bu çalışmada, Usul Hukuku kurallarına bağlı olan dava sırasında takas ileri sürülmesi konusu kapsam dışında tutularak, sadece Borçlar Hukuku esaslarına göre takas ileri sürülmesi ile ilgili sorunlar ele alınacaktır.

II. MANEVİ TAZMİNAT TALEP ETME HAKKININ ÖZELLİKLERİ

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kişi, koşulları gerçekleştiğinde, failden manevi tazminat da talep edebilir (MK md.25 f.III). Manevi tazminat talep etme hakkının doğumunu sağlayan sebep, sorumluluk borç ilişkisine göre, bir haksız fiil olabileceği gibi, sözleşmeye aykırı davranış da olabilir¹.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 344, 678; Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Beta, İstanbul 2006, s.310; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2006, s.754, 1011 vd. ("Borçlar Hukuku" şeklinde kısaltılmıştır); Hatemi, Hüseyin, Borçlar Hukuku (Fasikül halinde), t.y., & 20 N.107; Hatemi, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Hatemi/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, & 10, N.17 ("Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku" şeklinde kısaltılmıştır); Brehm, Ronald, Berner Kommentar zum schweizerischem Privatrecht, Das Obligationenrecht, B.IV.1.Abcteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1.Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art.41-61 OR, 2. Auf. Bern, 2005, Art.47 N.12 vd.; Schwenzler, Ingeborg,

Gerek haksız fiil gerekse sözleşmeye aykırılık halinde, mağdur ile manevi zarar veren-fail arasında bir sorumluluk borç ilişkisi kurulur. Bu borç ilişkisi gereğince, manevi zarara uğrayan, zararın giderilmesini borçludan talep etme hakkına, bu alacağı elde etmeyi sağlayan dava ve cebri icraya başvurma yetkilerine sahip iken, borçlu, mağdura karşı borcunu yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Manevi tazminat talep etme hakkı, sorumluluk borç ilişkisinin sadece alacaklı ve borçlu arasında olan bir bağ olması dolayısıyla, nisbi haklardandır². Bu açıdan, manevi tazminat talep etme hakkı, mutlak haklardan birisi olan kişilik hakkından farklıdır.

Hakların kullanma yetkisi açısından şahsen kullanılması zorunlu olan ve olmayan haklar ayrımında, manevi tazminat talep etme hakkının kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde, manevi zararın özellikleri ve manevi tazminatın amacı bakımından benimsenen görüş yatmaktadır.

Doktrinde baskın görüş manevi zararı, mağdurun kişilik hakkı ihlali sonucunda fiziksel ve manevi acılar duyması, ruhsal dengesinin bozulması, yaşama sevincinin kaybolması olarak yorumlamaktadır. Buna göre, manevi tazminat kendine özgü özellikleri olan bir sorumluluk hukuku kurumu olarak kabul edilmektedir. Ancak belirtmek gereklidir ki, bu görüşü savunanlar arasında manevi tazminatın amacı bakımından bir uzlaşma bulunmamaktadır³.

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auf., Bern 2006, N.17.03 vd.; Becker, Hermann, Berner Kommentar, zum schweizerischem Privatrecht, schweizerisches Zivilgesetzbuch, B.IV., Obligationenrecht, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, 2. Auf. Bern, 1945, Art.47 N.2 vd. , Art.97 N.26; Schnyder, Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Obligationenrecht, Art.1-529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand, 3. Auf., Basel.Genf.München, 2003, Art.47, N.2 vd.; Tekinay/Akman/Altop/Burcuoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993,s.757-758; Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi mes'uliyet), Ankara 1961, s.424; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 6. Bası, İstanbul 1976, s.825; Franko, Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973, s.96; Saymen, F. Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora tezi, İstanbul 1940, s.148-149.

² Eren, Borçlar Hukuku, s.49.

³ Manevi tazminatın amacı, kimilerine göre, mağdurun failden öç alma duygusunu giderme ve faili işlediği haksız fiil dolayısıyla cezalandırma (Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, § 10, N.1; Tandoğan, s.331; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", AÜHF D, C.30, Y.1973, s.11; von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s.85-86, 278); kimilerine göre mağdurun ihlal edilen hak duygusunun tatmin edilmesi (Otfinger, Karl/Stark, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auf., Zürich 1995, s.423 vd.); kimilerine göre ise, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda mağdurun duyduğu acıların bir miktar para ödenmesi ile ortadan kaldırılması, mağdurda huzurun, mutluluğun ve memnuniyetin yaratılmasıdır. Doktrinde baskın olan bu görüş için bkz. Landolt, Hardy, Zürcher Kommentar, Allgemeiner Bestimmungen, Obligationenrecht, Herausgeber: Gauch/Schmid, 3. Auf., Zürich 2007, Vorbem. zu Art.47/49, N.17; Brehm, Berner Kommentar, Art.47, N.4; Oğuzman/Öz, s.679; Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auf., Zürich 1998, N.445; von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf.,

Bu görüşteki yazarlardan bazılarına göre, manevi tazminat talep etme hakkını kullanma yetkisi bizzat hak sahibine aittir. Bir başka deyişle, bu hak, kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Manevi tazminat, mağdurun kişilik hakkının ihlali sonucunda çekmiş olduğu acı ve elemi dindirmeyi amaçladığı için ödenecek tazminatın bizzat mağdura verilmesi gereklidir⁴. Ayrıca meydana gelen zarar manevi nitelikte olduğundan, manevi tazminat talep edilip edilemeyeceğini de mağdur takdir etmelidir. Bu dava kişilik haklarını korumaya yönelik olduğundan davayı ikame yetkisi bizzat hak sahibine ait olmalıdır⁵. Bu görüşü savunanlara göre, kural olarak, manevi tazminat talebi devredilemez, miras yolu ile intikal etmez ve bu talebin haczi kabil değildir⁶.

Doktrinde bazı yazarlar ise, manevi tazminatın kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğunu kabul etmekle birlikte, mağdurun manevi tazminat talep etme iradesini ortaya koyması halinde, hakkın alelade bir alacak hakkına dönüşeceğini ve kişiye sıkı surette bağlı hak olma özelliğini yitireceğini savunmaktadır⁷. Manevi tazminat talep etmeye yönelik iradenin nasıl ortaya konulacağı konusunda ise bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bazılarına göre, iradenin herhangi bir şekilde ortaya konulması yeterli iken⁸, bazıları talebin borçlu tarafından kabul edilmesi veya mahkeme hükmü ile kesinleşmesi gereğini aramaktadır⁹. Dolayısıyla mağdur, manevi tazminat talep etme iradesini ortaya koyduktan sonra, manevi tazminat alelade bir alacak hakkı gibi, serbestçe devredilebilecek, miras yolu ile intikal edebilecektir.

Azınlıkta kalan bir görüş ise, manevi zararı kişilik hakkının ihlali sonucunda kişilikte meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlamakta ve kişinin

Zürich 1974, s.127; Saymen, s.94-95; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "Kişilik Hakkını Korumaya Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK 24, BK.49), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.160. Son yıllarda doktrinde ve mahkeme kararlarında, bu amaçlara ek olarak, manevi tazminatın caydırma ve önleme amacının da bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Zeytin, Zafer, Zur Problematik des Schmerzensgeldes: Feststellung und Ersatz des entschädigungspflichtigen immateriellen Schadens und die Doppelfunktion des Schmerzensgeldes, Diss., Berlin 2001, s.165 vd.; Gurzeler, Beatrice, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss., Zürich 2005, s.163; Serozan, Rona "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, BATIDER, Ankara 1990, s.88-89 ("Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım" şeklinde kısaltılmıştır); Serozan, Rona "Eine differenzierte Beurteilung des Anspruch auf Immateriellen Schadensersatz", Türkisch-Schweizerische Juristentage 1989, Zürich 1990, s.68-69 ("Immateriellen Schadensersatz" şeklinde kısaltılmıştır). Y. 4.HD., 26.10.2005 T., 2004/15251 E., 2005/11929 K., YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴ Franko, s.214; Saymen, s.212.

⁵ Saymen, s.212.

⁶ Saymen, s.213 vd.

⁷ Tunçomağ, s.502; Becker, Berner Komm., Art.47, N1.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s.34; Becker, Berner Komm., Art.47, N.1.

⁹ Tekinay, Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s.277-278.

acı ve elem duyup duymadığını araştırmaya gerek duymamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre manevi tazminat, uğranılan manevi zararın (kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin) aynen veya nakden telafi edilmesini sağlayan ve maddi tazminattan farklı özellikleri olmayan bir tazminat türüdür. Bu nedenle, manevi tazminat talep etme hakkı alelade bir alacak hakkıdır; kişiye sıkı surette bağlı bir hak değildir¹⁰. Kişiye sıkı surette bağlı olan hak, kişilik hakkıdır. Buna göre, alelade bir alacak hakkı olarak manevi tazminat herhangi bir sınırlama olmaksızın devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir¹¹.

Türk Medeni Kanunu ise, yukarıda belirtilen görüşlerden ikincisine taraf olmuştur¹². MK md.25 f.4'e göre, "*manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*" Hükmün gerekçesine göre, eski Medeni Kanun'daki düzenleme isabetli değildir. "*. zira manevi tazminat istemleri ileri sürülmediği sürece kişilik hakkına yönelik saldırıdan elde edilen kazancı istem hakkının başkasına intikal etmesi düşünülemez. Böylece bu istem ileri sürüldükten sonra, malvarlığı niteliği kazanabilir ve miras yoluyla intikal edebilir*¹³." Bu nedenle hüküm yeniden kaleme alınarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevi taz-

¹⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s.753; Kırca, Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", YD, Temmuz 1999, C.25, S.3, s.261; Serozan, Rona, "Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.560 ("Manevi Haklar" şeklinde kısaltılmıştır); Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.93-94.

¹¹ Schnyder, Basler Komm., Art.47, N.7; Eren, Borçlar Hukuku, s.755; Rey, N.446; Oftinger, Karl, Schweizerisches Obligationenrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Zürich 1975, s.293; Serozan, "Manevi Haklar", s.560; Kırca, s.261-262; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.93-94.

¹² 743 sayılı Medeni Kanun yürürlükte iken manevi tazminat talebinin miras ile intikali bakımından MK md.85 f.II'de bir düzenleme bulunmaktaydı. Nişanlanmaya ilişkin hükümler arasında yer alan MK md.85 f.II'ye göre, "*Manevi tazminat davası mirasçıya intikal etmez; şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder.*" 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümler arasına bir hüküm eklenmiştir. (RG, 19812 S.. 5.1988 T). Eski MK md.24a f.III'e göre, "*manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilmez ancak miras yolu ile intikal eder*". Yapılan bu değişiklikte, MK md.85 f.II de yürürlükten kaldırılmadığı için her iki hükmün uygulama alanı konusunda tartışma doğmuştur. Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, (Gerçek Kişiler), İstanbul 2001, s. 149-150; Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s.97, N.51; Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1999, s.43, N.29; Tekinay, s.277-278; Oğuzman, Kemal, "İsviçre'de ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması Özellikle Manevi Tazminat Davaları Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof. Dr. H. Tandoğan'a Armağandan ayrı bası, Ankara 1990, s.50; Tekinay, Selahattin, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. H. Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s.60-61; Öztan, Bilge/Öztan, Fırat, "İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanunun 85/II'inci Maddesinin Durumu", Prof. Dr. J. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s.261-262.

¹³ Gerekçe için bkz. Arpacı, Abdülkadir, Gerekçeli Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Temel Yayinevi, İstanbul 2002, s.115.

minat talebini ileri sürmüş olması gerektiği belirtilmiştir. “*Maddeye göre ileri sürmenin mutlaka dava yoluyla gerçekleşmesi şart olmayıp saldırıya uğrayan kişinin bunu ortaya koyan ve kanıtlanabilen hür iradesi yeterli görülmüştür.*”¹⁴ Bu gerekçe ile birlikte hüküm değerlendirildiğinde, miras bırakan (mağdur) tarafından manevi tazminat talebinin herhangi bir şekilde ileri sürülmesi ve bu durumun kanıtlanması, manevi tazminat alacağının miras yolu ile intikaline yol açacaktır¹⁵. Buna karşılık manevi tazminat talebinin devri için alacağın fail tarafından kabul edilmesi gereklidir¹⁶. Doktrinde mahkeme hükmü ile kesinleşmiş manevi tazminat alacaklarının da temlik edilebileceği belirtilmektedir¹⁷.

Kanaatimizce, mağdurun manevi tazminat talep etme iradesini ortaya koyması halinde, manevi tazminat talep etme hakkının alelade bir alacak hakkına dönüşeceğine yönelik görüş en isabetli görüştür. Medeni Kanun mirasla intikal bakımından bu görüşe uygun bir düzenleme getirmiştir. Ancak talebin devri bakımından aynı görüşü benimsememiş, bu konuda getirdiği düzenleme (hakkın devrini karşı tarafın kabulüne bağlamak) ile hükmün gerekçesinde belirtilen görüşle çelişkiye düşmüştür. Manevi tazminatın kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması, hak sahibinin korunması amacının bir sonucudur. Hak sahibi tazminat talep etme iradesini herhangi bir biçimde ortaya koyduğu zaman, ölümü halinde mirasçılarının failden tazminat talep etmesi de mağdurun arzusuna uygun olacaktır. Aynı şekilde hak sahibi manevi tazminat talebini üçüncü kişiye devretmek istediğinde de bu arzusunu ortaya koymaktadır. Bu halde, ayrıca failin de manevi tazminatın devri için kabulünü aramak gereksizdir. Bu itibarla, Medeni Kanunun manevi tazminatın devri bakımından karşı tarafın kabulünü araması yerinde olmadığı gibi, mirasla intikal açısından getirdiği prensiple de çelişmektedir.

¹⁴ Gerekçe için bkz . Arpacı, Türk Medeni Kanunu, s.115-116.

¹⁵ “*Manevi tazminat davası açma hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, davacı manevi tazminat davası açtıktan sonra vefat ederse, davacının mirasçıları manevi tazminat davasına devam edebilir.*” (Y.11.HD. 2.12.2003 T., 2003/4767 E., 2003/11386 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. Y.4.HD., 4.7.2005 T., 2004/12974 E., 2005/7368 K. “*Manevi tazminat isteme hakkı, kural olarak zarar görene ait bir haktır. Ancak, zarar gören ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini izhar etmiş ise, manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal eder. Mirasçılar açılmış davaya devam edebilirler veya dava henüz ikame edilmemiş ise, bizzat dava açabilirler (Hukuk Genel Kurulu’nun 03.04.1963 gün ve E: 1963/4-80, K: 1963/42 sayılı kararı).*” Bkz. Y.21.HD., 21.2.2007 T., 2006/18030 E., 2007/2541 K. (Kazancı İçtihat Bankası). “*Davaya konu olayda davalının haksız olduğu ileri sürülen ihbar eyleminden zarar gören (...)’dır. Adı geçen taraftan bu nedenle manevi tazminat isteminde bulunulmadığı gibi; karşı tarafın kabulü de söz konusu değildir. Şu durumda manevi tazminat isteminin mirasçı sıfatını taşıyan davalılara geçtiği kabul edilemez.*” Bkz. Y.4.HD., 18.10.2005 T., 2004/12706 E., 2005/11107 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁶ MK md.25 f.IV’ün eleştirisi için bkz. Hatemi, Fasiküller, § 20 N.19, 126; Eren, Borçlar Hukuku, s.753; Serozan, “Manevi Haklar”, s.581.

¹⁷ Oğuzman/Öz, s.933.

İsviçre Medeni Kanunu'nda¹⁸ ve Alman Medeni Kanunu'nda¹⁹ ise, manevi tazminatın miras ile intikali ve devrini düzenleyen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

İcra ve İflas Kanunu ise, 82.maddesinin 11.bendinde “*vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar*” in haczolunamayacağını düzenlemiştir. Doktrine göre, hükümde, tazminat türleri arasında bir ayırım yapılmadığı için hem BK md.45 gereğince mağdura veya destekten yoksun kalanlara ödenecek tazminat hem de BK md.47 gereğince mağdura veya ölümü halinde yakınlarına ödenecek manevi tazminat haczedilemeyecektir²⁰. Hükümdeki ifade sadece beden bütünlüğünün ihlali halinde manevi tazminatın haczedilemeyeceğini kapsasa da doktrine göre, diğer manevi tazminat alacakları da haczedilemez. Buna göre, devri mümkün olmayan hakların haczi de mümkün değildir²¹. Bu görüştekilere göre, yabancı bir kişinin (hak sahibinin alacaklısının) hak sahibine tanınan yetkiyi devralması anlamına gelecek şekilde talebin haczedebileceğini kabul etmek, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı surette bağlı hak niteliği ile bağdaşmaz²². Bu nedenle, kişilik hakkının ihlali sebebiyle manevi tazminat talebi, ancak TMK md.25 f.1' teki

¹⁸ 1999'da yapılan değişikliklerle nişanım bozulmasına ilişkin hükümler arasında yer alan ve manevi tazminat talebinin devrini ve mirasla intikalini düzenleyen Art.93 ZGB yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükümde “zamanaşımı” na ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. AS 1999 1118 ff. İsviçre doktrini genel olarak mirasla intikal bakımından miras bırakanın iradesinin herhangi bir şekilde açıklanması halinde talebin miras ile intikal edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Schnyder, Basler Komm. Art.47, N.7. Federal Mahkeme de bu görüştedir. Bkz. BGE 118 II 407. Aksi görüş ve kararlar için bkz. Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. Zu Art.47/49, N.288. Manevi tazminatın devredilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. Zu Art.47/49, N.288; Schnyder, Basler Komm. Art.47, N.7.

¹⁹ Alman Medeni Kanunu'nun değişiklikten önceki düzenlemesine göre, manevi tazminat talebi sözleşmeyle kabul edilmedikçe veya derdest davada ileri sürülmedikçe (derdesti rüyet olma), devredilemez ve miras ile intikal edemezdi (BGB § 847 Abs.1 s.2). Ancak 1.7.1990 tarihinde yapılan değişiklik ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. (BGBl I s.478). Alman doktrini, manevi tazminatın hiçbir sınırlamaya bağlı kalmadan devredilebileceğini ve miras yolu ile intikal edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried, Schadesnersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, herausgeben von Joachim Gernhuber, B.1, Auf., Tübingen 2003, § 7 V 6, s.448; Hacks/Ring/Böhm, Schmerzengeldbeitrag, Aufgabe 2002, 21. Auf., 2002, sh.17; Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen Schadenersatz, Schmerzengeld, 4. Auf., Köln Berlin Bonn München 2002, s.219, N.478; Deutsch, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auf., Köln Berlin Bonn München 1996, s.565 N.897.

²⁰ Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, s.211; Saymen, s.223. İİK md.82 b.11'in sadece maddi tazminat ile ilgili olduğu, manevi tazminatın ise kişiye sıkı suretle bağlı hak olduğu için haczedilemeyeceği yönünde bkz. Uyar, Talih, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Ankara 1990, s.657.

²¹ Üstündağ, s.211; Saymen, s.223.

²² Franko, s.222.

koşulların gerçekleşmesi halinde haczedilebilir hale gelecektir²³. Doktrinde manevi tazminatı alelede bir alacak olarak kabul eden yazarlara göre ise, aksini düzenleyen (İİK md.82 gibi) açık bir hüküm olmadıkça manevi tazminat talebi haczedilebilecektir²⁴.

İsviçre Hukukunda ise, Art.92 Z.9 SchKG, İİK md.82 b.11'deki düzenlemeye benzer bir ifade taşımaktadır. Doktrin bu maddeye dayanarak Art.47 OR'deki manevi tazminat talebinin haczedilemeyeceğini belirtmektedir²⁵. Ayrıca Türk Hukukunda kabul edildiği gibi, Art.49 OR'deki manevi tazminat talebinin de haczedilemeyeceği kabul edilmektedir²⁶. Alman Hukukunda ise, § 851 I ZPO çerçevesinde, manevi tazminatın haczedilebileceği kabul edilmektedir²⁷.

Manevi tazminat borcunun takas edilip edilememesinde ise, açık bir kanun hükmü yer almadığı için manevi tazminatın kişiye bağlılığı göz önüne alınarak, doktrinde manevi tazminatın alacaklının rızası olmadan takas edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Aşağıda bu sorun ele alınacaktır.

III. MANEVİ TAZMİNAT TALEP ETME HAKKININ TAKAS EDİLİP EDİLEMESİ SORUNU

A. Genel Olarak

Takas, dar anlamda borcun sona ermesi hallerinden biri olarak, BK md.118-124 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler arasında manevi tazminatta takasın caiz olmadığını düzenleyen açık bir hüküm bulunmasa da doktrinde ve Yargıtay'ın eski kararlarında, çeşitli gerekçelerle manevi tazminatın takas edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Bu bölümde doktrinde ve uygulamada ileri sürülen bu görüşler ele alınacaktır.

B. Doktrindeki Görüşler

1. Yargıtay, eski kararlarında, manevi tazminat borcunun, alacaklının rızası bulunmadıkça takas edilemeyecek olan alacaklardan (BK md.123 b.2) birisi olduğunu kabul ederek, manevi tazminatın alacaklının rızası olmadıkça takas edilemeyeceğine karar vermiştir²⁸. Buna göre, "ölüm üzerine hükmolunan

²³ Üstündağ, s.212; Saymen, s.223. Benzer şekilde Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El kitabı, 2. Bası, Ankara 2006, s.436. Maddi hukuka göre başkasına devri yasak olan hakkın devredilemezliği kanuna dayandığı sürece haczedilemeyeceği görüşü hakkında bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2005, s.305.

²⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s.753.

²⁵ Brehm, Berner Komm., Art.49,N.89; Fritzsche/Walder-Bohner, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1984 Zürich, & 24, N.41.

²⁶ Brehm, Kanunun (Art.92 SchKG) açık ifadesine göre Art.49 OR'deki manevi tazminatın haczinin yasak olmadığını, ancak aksinin kabulünün manevi tazminatın gerçek anlamda bir tazminat olmaması nedeniyle hakkaniyete uygun olmayacağını belirtmektedir. Bak. Brehm, Berner Komm., Art.49, N.89. Bu yönde bir ayırım yapmadan tüm manevi tazminat taleplerinin haczolunamayacağı hakkında bkz. Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. Zu Art.47/49, N.295; Gurzeler, s.178; Becker, Berner Komm.,Art.47, N.1.

²⁷ Lange/Schiemann, § 7 V 6, s.448.

²⁸ İİD., 10.11.1966 T., 10976/1116 (Üstündağ, s.212).

manevi tazminatlar alacaklının ve ailesinin fiilen ve hususi mahiyeti itibarı ile eline geçmesi lazım gelen paralardan madut bulunması dolayısıyla” haczi ve takası mümkün değildir.

2. Doktrinde diğer görüş ise, mutlak surette haczi yasak olanların takas da edilemeyeceğini belirtmektedir²⁹. Yukarıda belirtildiği gibi³⁰, İİK md.82.b.11 gereğince BK md.47’den doğan manevi tazminat talepleri mutlak surette haczedilemeyecek olduğundan bu görüşe göre takas da edilemeyecektir. Bu görüşteki yazarlardan Üstündağ³¹, devri mümkün olmayan alacakların haczinin de mümkün olmayacağını dolayısıyla öteki manevi tazminat taleplerinin de MK md.25 f.IV ’te belirtilen koşul yerine getirilmedikçe devredilemeyeceğini ve haczedilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, haczedilemeyen manevi tazminatın takası da caiz değildir. Aral ise³², mutlak surette haczedilemezliğin takas yasağı getirmeyeceğini belirtmekle birlikte, İİK md.82 b.8-11’de öngörülen mutlak surette haczedilemeyecek alacakların geçinmek için gerekli asgari miktarı aşan kısımlarının takas edilebileceğini belirtmiştir.

3. Doktrinde baskın olan görüşe göre, manevi tazminat, alacaklının rızası bulunmadıkça takas edilemeyecek olan alacaklardan birisi değildir³³. Ayrıca Kanunda manevi tazminat alacağının takas edilemeyeceğini düzenleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Buna göre manevi tazminat, BK md.118 ve devamındaki koşulların gerçekleşmesi halinde, takas edilebilir; bunun için alacaklının rızası da şart değildir³⁴. Yargıtay yeni kararlarında, manevi tazminat alacağının “*Borçlar Kanununun 123.maddesinde sayılan ve hepsinin niteliğinde de az çok bir geçim zorunluluğu giderme gayesi halim bulunan alacakların dışında kaldığı*”, bu nedenle manevi tazminat alacağı ile karşı alacağın her ikisinin de para alacağı olması ihtimalinde takas edilebileceğine karar vermiştir³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir³⁶.

²⁹ von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf., 1984,5 s.200; Keller, Max/Schöbi, Christian, Allgemeine Lehren des Vertagsrecht, B.IV, 3. Auf., Basel und Frankfurt, 1988, s.171.

³⁰ Bkz. II.

³¹ Üstündağ, s.212-213.

³² Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s.82.

³³ Oğuzman/Öz, s.444, dn.144; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1023, dn.12b; Franko, s.224; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s.414.

³⁴ Oğuzman/Öz, s.444, dn.144; Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. zu Art.47/49, N.293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.1023, dn.12b; Franko, s.224; Feyzioğlu, s.402-403, 414.

³⁵ Y.4.HD., 22.12.1980 T., 1980/12270 E., 1980/14925 K. (Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, Beta s.1275, dn.48). Benzer bir gerekçe için bkz. Y.4.HD., 22.2.1988 T., 1988/391 E., 1988/1655 K. (Karahasan, s.1268). Yargıtay HGK, 26.9.2007 T. ve 2007/4-621 E., 2007/615 K. sayılı kararında gerekçesi üzerinde durulmadan manevi tazminat alacağının takas edilebileceği belirtilmiştir.

³⁶ BGE 123 III 211; 88 II 311.

C. Kanaatimiz

Haczi mutlak surette yasak olan alacakların takas da edilemeyeceğini düzenleyen açık bir hüküm kanunumuzda yer almamaktadır. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu, § 394'te açıkça bir alacağın haczedilemediği sürece takas da edilemeyeceğini düzenlemiştir³⁷. Ancak Türk Hukukunda böyle bir hüküm olmadığı için haczedilemeyeceklerin aynı zamanda takas da edilemeyeceğini söylemenin herhangi bir hukuki dayanağı yoktur³⁸.

Aral'ın mutlak surette haczedilemezliğin takas yasağı getirmeyeceğini belirtmekle birlikte, İİK md.82 b.8-11 de öngörülen mutlak surette haczedilemeyecek alacakların geçinmek için gerekli asgari miktarı aşan kısımlarının takas edilebileceğini belirten görüşü³⁹ ise, kanaatimizce yerinde değildir. Zira hukuk sistemimizde takas ile haciz arasında böyle bir şekilde paralellik kurulmasını sağlayacak bir düzenleme yoktur, her ikisi birbirinden farklı kurumlardır.

Haciz ve takas, alacaklının alacağına kavuşmalarını sağlayan iki farklı yol olmalarına rağmen aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Haciz, borçlunun malvarlığına alacağı karşılama yetecek kadar olan kısmına el konulup, bunların kanunda belirtilen şekilde paraya çevrilmesi sonucu elde edilen meblağdan alacaklının tatmin edilmesini amaçlar. Hacizde, bu aşamalar Devletin cebri icra organları eliyle yürütülür⁴⁰. Takas ise, karşılıklı, muaccel ve aynı çeşit iki borcun borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini sağlamaktadır⁴¹. Takas, alacaklıya kendi alacağı bakımından bir tatmin, borçluya ise borcundan kurtulma imkânı sağlayan bir kurumdur⁴². Takasta hacizden farklı olarak, alacağın doğduğu borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişi yoktur; hukuki işlemlerin tarafları aynı kişilerdir ve hukuki sonuçlar onların üzerinde doğmaktadır⁴³. Bu itibarla, takasta, iki kişi birbirinden alacaklı ve borçlu olduğu için manevi tazminat borçlusu ile alacaklısı karşı karşıyadır; iki kişi arasındaki borç ilişkisinin dışında kalan kişilerden olan alacak ve borç söz konusu değildir. Oysa hacizde manevi tazminat hak sahibinin üçüncü kişiye (haciz alacaklısına) olan bir başka borcunun ödenmesinde kullanılmaktadır.

³⁷ Hükümün ikinci cümlesinde ise, bu kuralın istisnaları düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auf., München 1997, Art.394, N.2

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1025. İsviçre Hukuku bakımından benzer görüş için bkz. Aepli, Viktor, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Der Erlöschen der Obligationen, V1h1, Zürich 1991, Art.114-126, N.74, s.330. Haczin caiz olmamasının alacağın konusunun alacaklının eline verilmesi gerektiğine bir karine teşkil edebileceği hakkında Oğuzman/Öz, s.461.

³⁹ Aral, s.82.

⁴⁰ Üstündağ, s.171 vd.

⁴¹ Schwenzer, s.407 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s.1226; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, s.642.

⁴² Aral, s.11-13.

⁴³ Oğuzman/Öz, s.444; Wolfgang, Peter, Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Obligationenrecht, Art.1-529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand, 3. Auf., Basel.Genf.München, 2003, Art.120, N.5 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s.1226; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, OR Allgemeiner Teil, Band I und II, Zürich-Basel-Genf, 2003, N.3397 vd.; von Tuhr/Escher, s.191.

Bu, hak sahibinin rızası olmadan Devletin cebri icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bir başka deyişle, amacı, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda mağdurun duyduğu acıların bir miktar para ödemesi ile ortadan kaldırılması, mağdurda huzurun, mutluluğun ve memnuniyetin yaratılması olan manevi tazminat, (onun iradesine aykırı olarak) hak sahibine değil, borç ilişkisinin dışında bir üçüncü kişiye (haciz alacaklısına) ödenmektedir. Bu, manevi tazminatın amacına aykırı bir sonuçtur. Bu itibarla gerek BK md.47'den gerekse BK md.49'dan doğan tüm manevi tazminat talepleri İİK md.82 b.11 gereği haczedilemeyecektir. Oysa takasta, manevi tazminat alacaklısı, borçluya olan borcunu sona erdirdiği oranda alacağını da elde ettiği için fiili olmasa da soyut bir zenginleşme elde etmektedir.

Ayrıca belirtmek gereklidir ki, BK md.47 bakımından İİK md.82 b.11 dolayısıyla, diğer manevi tazminatlar bakımından ise "devredilemeyen haciz ve takası da caiz değildir" gerekçesi ile manevi tazminatın takas edilemeyeceğini söylemek de BK md.47'den doğan manevi tazminatlar ile diğer manevi tazminatlar arasında gereksiz bir farklılık yaratılmasını sağlamaktadır. Zira BK md.47'deki manevi tazminat, hak sahibi rıza göstermedikçe asla haczedilemeyecek, bu görüşe göre takas da edilemeyecek iken, örneğin BK md.49 gereği talep edilen manevi tazminat devredilebilir hale geldikten sonra (yani karşı taraf bunu kabul ettikten sonra) haciz ve takas edilebilecek hale gelecektir. Koşulları, amaçları aynı olan bu tazminatlar bakımından bu tür bir ayırım yapmak yerinde olmayıp, hepsi için aynı esası benimsemek daha yerinde olacaktır. Buna göre, gerek BK md.47'den gerekse BK md.49'dan doğan tüm manevi tazminat talepleri İİK md.82 b.11 gereği haczedilemeyecek ancak takas edilebilecektir.

BK md.113 ve devamında dar anlamda borçların sona ermesine ilişkin haller düzenlenmiştir. Buradaki sona erme sebepleri ile diğer borçların sona erme sebepleri, sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, kural olarak, diğer bütün kaynaklardan doğan borçlara uygulanır. Bu açıdan haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk borç ilişkisi gereğince ortaya çıkan manevi tazminat borcunun da burada sayılan sebeplerden biri ile sona ermesini engelleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca manevi tazminat borcu ifa, ibra ile sona erebiliyorsa, doktrinde bir ifa ikamesi olarak⁴⁴ kabul edilen takas ile sona ermesinde de bir sakınca yoktur. Zira manevi tazminat alacaklısı, takas edilen miktar oranında takas beyan edene olan borcundan kurtulmak suretiyle bir zenginleşme elde etmektedir.

Takasın hüküm doğurması için gerçekleşmesi gereken bazı koşullar bulunmaktadır. Takasın koşullarından birisi de takas edilmek istenen alacağın kanunun takas yetkisini ortadan kaldırdığı alacaklardan olmamasıdır⁴⁵. BK md.123, alacaklının rızası olmadan borçlunun takas beyan edemeyeceği alacakları üç bent halinde düzenlemiştir. Bunlar, tevdi edilmiş bir şeyi geri verme veya değerini tazmin etme borcu (BK md.123 b.1); haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş bulunan bir şeyi geri verme veya bunların değerini tazmin

⁴⁴ Aral, s.13, 15.

⁴⁵ Aral, s.72. vd.; Wolfgang, Basler Komm., Art.120, N.118 vd.; Schwenger, s.441; Eren, Borçlar Hukuku, s.1230 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N.3425. Taraflar sözleşme ile de takas yasağı getirebilir. Bkz. Schwenger, s.441-442; Tunçomağ, s.1204.

etme borcu (BK md.123 b.1); özel niteliği itibariyle fiilen alacaklıya ödenmesi gereken borçlar (BK md.123 b.2) ve devlet, vilayet ve köyler lehine kamu hukukundan doğan borçlar (BK md.123 b.3) şeklinde sayılmıştır. BK md.123 b.2'ye göre, “nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar”, alacaklının rızası olmadan takas edilemeyecektir. Buna göre, söz konusu alacağın, alacaklının ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olması ve özel niteliği itibari ile fiilen alacaklının eline verilmesi gereklidir⁴⁶. Hükümde, hangi borçların (alacakların) bu bent kapsamına girdiği belirtilmeden, örnek olarak nafaka ve iş ücreti verilmektedir. Bunların dışında örnek olarak, nafaka, kaydı hayat ile verilecek iratlar ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan haklar, BK md.43 f.II gereğince doğan iratlar, BK md.45 f.III gereğince destekten yoksun kalma tazminatı, işçi ücreti verilebilir⁴⁷. Manevi tazminat alacağı ise, ne alacaklının ne de ailesinin geçimi için mutlak surette zaruri olan ve bu sebeple alacaklıya fiilen ödenmesi gereken bir alacaktır⁴⁸. Manevi tazminat, kişilik hakkının ihlali sonucu doğan manevi zararın denkleştirilmesi için ödenen bir tazminattır. Bu sebeple, BK md.123 b.2 kapsamında bir alacak niteliği taşımadığı için manevi tazminat alacağı takas edilebilir, bunun için alacaklının rızası da şart değildir⁴⁹.

Manevi tazminat alacağının takas edilmesini kabul etmek, manevi tazminatın amacına da aykırı düşmeyecektir: Takas, borçlu taraflardan birinin beyanı üzerine, birbirinden alacaklı olan iki tarafın borçlarının azı oranında sona ermesini sağlayan bir hukuki kurumdur⁵⁰. Takasta karşılıklı borçların sona ermesi söz konusu olduğundan takas beyan eden, hem borçlu hem de başka bir alacağın alacaklısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, takas beyan eden manevi tazminat alacaklısı olabileceği gibi manevi tazminat borçlusunu da olabilir:

a) Takas beyan eden manevi tazminat alacaklısı ise: Örnek olarak, T, kendisine hakaret eden B'den 5.000 TL manevi tazminat talep etmiş, mahkeme de bu talebi kabul etmiş ve karar kesinleşmiştir. T, aralarındaki eser sözleşmesinden dolayı B'ye 5.000 TL borçludur. T, B'ye olan borcu ile manevi tazminat alacağını takas ettiğini B'ye beyan etmiştir. T, bu beyanı ile birlikte, manevi tazminat alacağını feda ederek borcundan kurtulmuştur; bir başka deyişle,

⁴⁶ Wolfgang, Basler Komm., Art.125, N.5 vd.; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N.3429; Aepli, Zürcher Komm., Art.114-126, N.55 vd., s.326; von Tuhr/Escher, s.200; Tunçomağ, s1227; Feyzioğlu, s.414; Oser/Schönenberger, Das Obligationen Recht, Erster Halbband, Art 1-183, Zürich 1929, Art.125 N.2.

⁴⁷ Aral, s.82; von Tuhr/Escher, s.200; von Tuhr, s.675; Feyzioğlu, s.414; Becker, Art.47, N.1; Oser/Schönenberger, Art.125, N.8.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, s.444, dn.144; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1023, dn.12b; Franko, s.224; Feyzioğlu, s.402-403. İsviçre Hukuku bakımından aynı görüşte bkz. Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. Zu Art.47/49, N.293; Aepli, Zürcher Komm., Art.114-126, N.69, s.329. BGE 88 II 311.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s.444, dn.144; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.1023, dn.12b; Franko, s.224; Aepli, Zürcher Komm., Art.114-126, N.69, s.329; Feyzioğlu, s.414.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s.452; Wolfgang, Basler Komm., Art.124, N.5; Eren, Borçlar Hukuku, s.1231.

onun B'ye olan borcu sona ermiştir. Ancak takas beyanı, B'nin T'ye olan manevi tazminat borcunu da sona erdirmiştir. Her iki borç aynı miktarda olduğu için her iki borç da tamamen sona ermiştir⁵¹. Manevi tazminat olarak ödenecek 5.000 TL'nin fiilen manevi tazminat alacaklısına (T'ye) ödenmemiş olması ise, kanaatimce manevi tazminatın amacına ulaşmasını engellemiştir. Zira takas işlemi, manevi tazminat alacaklısının (hak sahibinin) irade beyanı ile gerçekleşmiştir. Bu hukuki işlem sonucunda doğacak hukuki sonuçlarda hak sahibinin rızası bulunmaktadır, o, bu şekilde bir ifa ikamesi ile alacağına kavuşmuş olma ile huzura kavuşacağını, mutlu olacağını ortaya koymuştur. T, fiilen 5.000 TL manevi tazminat alacağı eline geçmemiş olsa da eşdeğer bir zenginleşme yoluyla kendi alacağı bakımından da bir tatmin sağlamıştır.

Burada manevi tazminat alacağı yukarıdaki gibi mahkeme kararı ile belirlenmemişse ne gibi bir hukuki sonuç doğacağı da sorulabilir. BK md.118 f.II gereğince, alacaklardan biri ihtilâflı olsa bile takas ileri sürülebilir. İhtilaf çözümleninceye kadar takas ileri süren kendi borcunu ifadan kaçınabilecektir⁵². Takas beyan eden manevi tazminat alacaklısı, böylece B'ye olan borcunu ifadan kaçınabilecektir. İhtilaf onun lehine çözümlenirse, takas normal hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Buna göre, borçlar eşitse her iki borç tamamen; eşit değilse azı oranında sona erecektir. İhtilaf, manevi tazminat alacaklısı aleyhine çözümlenmişse takas hükümsüz hale gelecektir ve takas beyan eden T, borcunu ifade gecikmenin sonuçlarına katlanacaktır⁵³. Mahkeme, talebin manevi tazminatın koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle reddine karar vermiş olabilir. Bu taktirde takasın koşullarından birisi olan tarafların birbirinden alacaklı olması koşulu gerçekleşmemiş olacaktır⁵⁴. Mahkemenin bu gerekçe ile talebi reddetmesi halinde takas koşulları gerçekleşmediği için hükümsüz hale gelecektir.

Mahkeme tazminat koşullarının gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte, talep edilenden daha az miktarda bir tazminat ödenmesine de karar vermiş olabilir. Bu ihtimalde, takas, mahkeme kararı ile kabul edilen alacak miktarına göre hüküm doğuracaktır. Örnek olarak, takas beyan eden 10.000 TL karşı tarafa borçlu ve 10.000 TL manevi tazminat alacaklı olduğunu iddia ederek takas beyan etmiştir. Mahkeme ihtilâfi, 5.000 TL manevi tazminata hükmederek çözümlenmiş ve karar kesinleşmiş ise, takas beyan edenin takas ile 5.000 TL'lik manevi tazminat alacağı karşılığında 5.000 TL'lik borcu sona ermiş, kalan 5.000 TL oranında borçlu olmaya devam edecektir. Oysa Mahkeme 10.000 TL tazminata hükmetse idi, her iki borç tamamen sona ermiş olacaktı. Takas beyan eden 15.000 TL manevi tazminat talep etse idi ve Mahkeme bu talebin tamamını kabul etse idi, takas beyan edenin 10.000 TL'lik borcu sona erecek ve ayrıca o, 5.000 TL daha manevi tazminat talep etme hakkına kavuşacaktı.

⁵¹ Aepli, Zürcher Komm., Art.114-126, N.108.

⁵² Oğuzman/Öz, s. 457; Wolfgang, Basler Komm., Art.120, N.22; Guhl/Koller, Der allgemeiner Teil des schweizerisches Obligationenrechts, 1. Buch, Zürich, 2000, s.301; Fezyioğlu, s.402.

⁵³ Oğuzman/Öz, s.457.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, s.453.

Diğer bir ihtimalde Mahkeme, manevi tazminat talebinin koşullarının gerçekleştiğine karar vermekle birlikte, tazminat türü olarak BK md.49 f.III'teki yetkisini kullanarak başka bir tazminat türüne hükmetmiş olabilir. Bu ihtimalde ise, takasın " tarafların birbirlerinden olan alacaklarının konusunun aynı cinsten olmaları" koşulu⁵⁵ gerçekleşmediğinden takas hükümsüz hale gelecektir.

Diğer borcun ihtilafı halinde ise aynı şekilde ihtilafı alacağın çözümlenmesine göre takas hükümlerini doğuracak veya hükümsüz hale gelecektir.

b) Takas beyan eden manevi tazminat borçlusu ise: Yukarıdaki örneğe göre, takas beyanında bulunan B ise, takas, onun tek taraflı irade beyanı ile yapılacak, hukuki sonuçlar T'nin irade beyanı olmadan doğacaktır. Örnek olarak, B, T'ye olan 5.000 TL manevi tazminat borcu ile eser sözleşmesinden doğan 5.000 TL alacağını takas ettiğini beyan edince, her iki borç da tamamen sona ermiş olacaktır. Manevi tazminat borcu, fiilen alacaklısına yapılan ödeme (tediye) ile değil, takas ile sona erecektir.

Eğer manevi tazminat alacağı ihtilafı ise, tazminat borçlusunun takas beyan etmesi, beyan ettiği miktar oranında manevi tazminat borcu olduğunu kabul ettiğini gösterir. Bu durumda, manevi tazminat alacaklısı kabul edilen miktar yönünden eşdeğer bir zenginleşme sağlamış ve aynı zamanda bu oranda takas beyan edene olan borcundan da kurtulmuş olacaktır. Ancak manevi tazminat alacaklısı, takas beyan edilenden daha fazla bir miktar tazminat talep ediyorsa, bu fark bakımından aradaki ihtilaf, mahkemece veya tarafların yapacakları bir anlaşma ile çözümlenecektir.

Bu konuyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir durum da alacak konularının aynı cinsten olmaları koşulunun, borçlanılan edimlerin ifade birbirlerinin yerine geçebilecek olmasını ifade ettiğidir; örneğin ikisinin de bir miktar paranın ödenmesi konulu edim borcu olmaları gibi⁵⁶. Bu nedenle her ikisinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan maddi tazminat ile manevi tazminat borçlarının takas edilmeleri mümkündür⁵⁷. Ayrıca takas edilecek borçların kaynaklarının aynı olması veya aynı hukuki ilişkiden doğmaları gerekli değildir. Bu itibarla, haksız fiilden doğan manevi tazminat alacağı ile bir başka borç kaynağından doğan alacak takas edilebilecektir.

Takasın koşullarından birisi de tarafların birbirlerinden alacaklı olmasıdır. Buna göre, takas hakkının doğumu için bir kimsenin hem karşı tarafa borçlu hem de karşı taraftan alacaklı olması gereklidir⁵⁸. Örnek olarak, aldığı öldürücü darbe sonucu ağır bir biçimde yararlanan A'nın fail F'ye karşı manevi tazminat alacağı olduğu ve F'nin de başka bir borç ilişkisi dolayısıyla A'dan alacağı olduğu kabul edildiğinde, F'nin alacağı ile A'nın yakınlarının (örneğin

⁵⁵ Oğuzman/Öz, s.455; Wolfgang, Basler Komm., Art.120, N.10 vd., N.14; Schwenger, s.409; Aepli, Zürcher Komm., Art.114-126, N.59 vd.; Guhl/Koller, s.299; Kılıçoğlu, s.644; Gauch/Schluyp/Schmid/Rey, N.3403; Tunçomağ, s.1213.

⁵⁶ Oğuzman/Öz, s.455; Aral, s.30.

⁵⁷ Y.4.HD., 22.2.1988 T. 1988/391 E., 1988/1655 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s.453; Guhl/Koller, s.298; Aral, s.17; Tunçomağ, s.1207; Eren, Borçlar Hukuku, s.1226.

eşi E'nin) BK md.47'ye göre doğan manevi tazminat alacağı takas edilemeyecektir⁵⁹.

Borçlar Kanunu'ndaki irade serbestliği ilkesi (BK md.19) gereğince taraflar, her zaman karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kanunda öngörülmemiş bir şekilde takasa ilişkin düzenleme yapabilirler⁶⁰. Taraflar yapacakları bir anlaşma ile yedek hukuk kuralı niteliği taşıyan kanun hükümlerinden kısmen veya tamamen ayrılabilir. Örnek olarak tarafların, manevi tazminat alacağına takas edilemeyeceğini veya takasın kanundaki koşullarının kendi aralarında uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkündür.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, manevi tazminat, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, BK md.118 ve devamı hükümleri uyarınca takas edilebilir. Bunun için manevi tazminat alacaklısının rızası da gerekli değildir.

IV. SONUÇ

Takas, dar anlamda borcun sona ermesi hallerinden biri olarak, BK md.118-124 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler arasında manevi tazminatta takasın caiz olmadığını düzenleyen açık bir hüküm bulunmasa da doktrinde ve Yargıtay'ın eski kararlarında, çeşitli gerekçelerle manevi tazminatın takas edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu çalışmada takasa ilişkin hükümler çerçevesinde, manevi tazminatın takas edilip edilemeyeceği doktrin ve Yargıtay kararlarındaki tartışmalar değerlendirilerek ele alınmıştır.

Öncelikle belirtmek gereklidir ki, haczedilemeyecek olan alacakların takas da edilemeyeceğini savunan görüş yerinde değildir. Türk Hukukunda Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi haczedilemeyecek alacakların aynı zamanda takas da edilemeyeceğini düzenleyen bir hüküm olmadığı için, aksini kabul etmenin herhangi bir hukuki dayanağı yoktur. Ayrıca takas ile haciz arasında manevi tazminat bakımından bir paralellik kurulması da yerinde değildir. Zira takasta hacizden farklı olarak, alacağın doğduğu borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü bir kişi yoktur; hukuki işlemlerin tarafları aynı kişilerdir ve hukuki sonuçlar onların üzerinde doğmaktadır. Bu itibarla, takasta, iki kişi birbirinden alacaklı ve borçlu olduğu için manevi tazminat borçlusu ile alacaklı karşı karşıyadır; iki kişi arasındaki borç ilişkisinin dışında kalan kişilerden olan alacak ve borç söz konusu değildir. Oysa hacizde manevi tazminat hak sahibinin üçüncü kişiye (haciz alacaklısına) olan bir başka borcunun ödenmesinde kullanılmaktadır. Bu, hak sahibinin rızası olmadan Devletin cebri icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bir başka deyişle, amacı, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda mağdurun duyduğu acıların bir miktar para ödenmesi ile ortadan kaldırılması, mağdurda huzurun, mutluluğun ve memnuniyetin yaratılması olan manevi tazminat, (onun iradesine aykırı olarak) hak sahibine değil, borç ilişkisinin dışında bir üçüncü kişiye (haciz alacaklısına) ödenmektedir. Bu, manevi tazminatın amacına aykırı bir sonuçtur. Bu itibarla gerek BK md.47'den gerekse BK md.49'dan doğan tüm manevi tazminat talepleri İİK md.82 b.11 gereği haczedilemeyecektir. Oysa takasta, manevi tazminat

⁵⁹ BGE 123 III 211. Landolt, Zürcher Komm., Vorbem. Zu Art.47/49, N.293.

⁶⁰ Guhl/Koller, s.297.

alacaklısı, borçluya olan borcunu sona erdirdiği oranda alacağını da elde ettiği için fiili olmasa da soyut bir zenginleşme elde etmektedir.

BK md.113 ve devamında dar anlamda borçların sona ermesine ilişkin haller düzenlenmiştir. Buradaki sona erme sebepleri ile diğer borçların sona erme sebepleri, sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, kural olarak, diğer bütün kaynaklardan doğan borçlara uygulanır. Türk Hukukunda haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk borç ilişkisi gereğince ortaya çıkan manevi tazminat borcunun da burada sayılan sebeplerden biri ile sona ermesini engelleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca manevi tazminat borcu ifa, ibra ile sona erebiliyorsa, doktrinde bir ifa ikamesi olarak kabul edilen takas ile sona ermesinde de bir sakınca yoktur. Zira manevi tazminat alacaklısı, takas edilen miktar oranında takas beyan edene olan borcundan kurtulmak suretiyle bir zenginleşme elde etmektedir.

Diğer yandan manevi tazminatın alacaklının rızası olmadan takas edilemeyecek alacaklardan (BK md.123) olduğu da ileri sürülemez. Manevi tazminat alacağı, alacaklının veya ailesinin geçimi için mutlak surette zaruri olan ve bu sebeple alacaklıya fiilen ödenmesi gereken bir alacaklardan birisi değildir. Manevi tazminat, kişilik hakkının ihlali sonucu doğan manevi zararın denkleştirilmesi için ödenen bir tazminattır. Bu sebeple, BK md.123 b.2 kapsamında bir alacak niteliği taşımadığı için manevi tazminat alacağı takas edilebilir, bunun için alacaklının rızası da şart değildir.

Öte yandan manevi tazminatın takas edilebileceğini kabul etmek manevi tazminatın amacına da aykırı değildir. Takasın manevi tazminat alacaklısının beyanı ile yapılması ihtimalinde, takas işlemi, manevi tazminat alacaklısının (hak sahibinin) irade beyanı ile gerçekleşmiştir. Bu hukuki işlem sonucunda doğacak hukuki sonuçlarda hak sahibinin rızası bulunmaktadır, o, bu şekilde bir ifa ikamesi ile alacağına kavuşmuş olma ile huzura kavuşacağını, mutlu olacağını ortaya koymaktadır. Hak sahibi, fiilen manevi tazminat alacağı eline geçmemiş olsa da eşdeğer bir zenginleşme yoluyla kendi alacağı bakımından da bir tatmin sağlamaktadır. Takasın manevi tazminat borçlusunun beyanı ile yapılması ihtimalinde ise, manevi tazminat borcu, fiilen alacaklısına yapılan ödeme (tediye) ile değil, takas ile sona erecek ve hak sahibi eşdeğer bir zenginleşme sağlayacak ve aynı zamanda bu oranda takas beyan edene olan borcundan da kurtulmuş olacaktır.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde vardığımız sonuç, manevi tazminatın BK md.118 ve devamı hükümlerinde belirtilen koşullar gereğince takas edilebileceğidir. Ancak irade serbestliği ilkesi (BK md.19) gereğince taraflar, her zaman karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kanunda öngörülmemiş bir şekilde takasa ilişkin düzenleme yaparak, manevi tazminatın takas edilemeyeceğini kararlaştırabilirler.