

10833

T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

3444 SAYILI KANUNLA DEĞİŞTİRİLEN
MEDENİ KANUNUN 24 VE 24 a, BORÇLAR
KANUNUNUN 49 UNCU MADDELERİNE GÖRE,
KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN

MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ŞARTLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tez Danışmanı
Prof. Dr. Fikret EREN

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

Çiğdem AKBULUT

ANKARA - 1989

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	VIII
BİBLİYOGRAFYA.....	X

GİRİŞ

§ 1. KİŞİLİK HAKKI VE KORUNMASI.....	1
I. KİŞİLİK HAKKI.....	1
A. KİŞİLİK HAKKININ TANIMI	1
B. KİŞİLİK HAKKININ ÖZELLİKLERİ.....	5
II. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI.....	8
A. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASININ ÖNEMİ.....	8
B. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMA ŞEKİLLERİ.....	11
1. KAMU HUKUKU KURALLARIYLA KORUMA.....	11
2. ÖZEL HUKUK KURALLARIYLA KORUMA.....	14
a. Genel Olarak.....	14
b. Kişilik Hakkını Koruyan Davalar.....	15
aa. Savunma Davaları.....	15
aaa. Tecavüzün Önlenmesi Davası.....	16
bbb. Tecavüzün Durdurulması Davası.....	16
ccc. Tecavüzün Tesbiti Davası.....	17
bb. Tazminat Davaları.....	17
aaa. Maddi Tazminat Davası.....	17
bbb. Vekâletsiz İşgörme Hükümlerine Göre Haksız Tecavüzden Elde Edilen Menfaatlerin Geri İstenmesi.....	18
ccc. Manevi Tazminat Davası.....	18

B Ö L Ü M I
M A N E V İ Z A R A R

	Sayfa
§ 2. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ.....	19
I. ZARAR KAVRAMI.....	19
II. MADDİ ZARAR.....	20
A. KAVRAM.....	20
B. MADDİ ZARAR ÇEŞİTLERİ.....	20
1. Fiili Zarar - Yoksun Kalınan Kâr.....	21
2. Şahsa Verilen Zarar - Şeye Verilen Zarar.....	21
3. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolayısıyla Zarar.....	21
4. Müsbet Zarar - Menfi Zarar.....	22
5. Somut Zarar - Soyut Zarar.....	22
III. MANEVİ ZARAR.....	23
A. TANIM.....	23
B. UNSURLARI.....	23
1. KİŞİ UNSURU.....	23
a. Gerçek Kişiler.....	24
b. Tüzel Kişiler.....	24
2. KİŞİLİK DEĞERLERİ.....	25
a. Fizik Kişilik Değerleri.....	25
b. Duygusal Kişilik Değerleri.....	26
c. Sosyal Kişilik Değerleri.....	26
3. KİŞİLİK DEĞERLERİNDE MEYDANA GELEN EKSİLME.....	26
4. EKSİLMENİN İRADE DIŞI OLMASI.....	27

§ 3. MANEVİ ZARARI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	29
I. SÜBJEKTİF GÖRÜŞ.....	29
II. OBJEKTİF GÖRÜŞ.....	32
III. GÖRÜŞÜMÜZ.....	33

B Ö L Ü M II

M A N E V İ T A Z M İ N A T

§ 4. MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMI, FONKSİYONU VE NİTELİĞİ...	40
I. MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMI.....	40
II. MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU.....	44
A. TATMİN GÖRÜŞÜ.....	44
B. CEZA GÖRÜŞÜ.....	49
C. TELAFİ GÖRÜŞÜ.....	54
III. MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİĞİ.....	60
A. GENEL OLARAK.....	60
B. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN DEVRİ.....	61
C. MANEVİ TAZMİNATIN MİRASÇILARA GEÇMESİ.....	65
D. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN HACZİ VE BU TALEPTEN FERAGAT.....	68

B Ö L Ü M I I I
M A N E V İ T A Z M İ N A T D A V A S I N I N Ş A R T L A R I ,
T A R A F L A R I Y E Y E T K İ L İ M A H K E M E

Sayfa

§ 5. MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ ŞARTLARI.....	70
I. KİŞİLİK HAKKININ İHLÂLİ.....	70
A. SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNİN İHLALİ.....	71
1. ŞEREF VE HAYSİYETİN İHLALİ.....	71
a. Şeref ve Haysiyet Kavramı.....	71
b. Şeref ve Haysiyetin İhlâli.....	73
c. Mesleki Şeref ve Haysiyetin İhlâli.....	76
2. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ İHLALİ.....	78
a. Özel Hayat	78
aa. Gizli Alan.....	78
bb. Özel Alan.....	79
cc. Ortak Alan.....	79
b. Kişinin Gizli ve Özel Hayat Alanının İhlâli.....	80
3. HÜRRİYETLERİN İHLALİ.....	82
B. DUYGUSAL KİŞİLİK DEĞERLERİNİN İHLALİ.....	84
II. MANEVİ ZARAR.....	86
III. UYGUN İLLİYET BAĞI.....	86
IV. HUKUKA AYKIRILIK.....	89
A. GENEL OLARAK HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI.....	89
1. SÜBJEKTİF TEORİ.....	90
2. OBJEKTİF TEORİ.....	91

	Sayfa
B. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBLERİ	95
1. GENEL OLARAK.....	95
2. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBLERİNİN ÇEŞİTLERİ.....	96
a. Zarar Görenin Rızası.....	97
aa. Rıza Kavramı.....	98
bb. Unsurları.....	99
aaa. İrade Beyanı.....	99
bbb. Zarar Gören Rıza Göstereceği Konuda Bilgi Sahibi Olmalıdır.....	99
ccc. Rıza Ahlâka Aykırı Olmamalıdır.....	100
cc. Sonuçları.....	101
b. Üstün Nitelikte Özel Yarar veya Kamu Yararı... ..	103
aa. Genel Bilgi.....	103
bb. Yararlar Çatışması ve Özellikle Basın Hürriyeti.....	104
aaa. Genel Olarak	104
bbb. Basın Açıklamaları ve Eleştirileri Açısından Hukuka Aykırılık/Uygunluk Sorunu.....	108
1/a. Doğruluk (Gerçeğe Uygunluk) Unsuru	108
1/b. Kamu Yararına (Genel Menfaate) Uygunluk Unsuru.....	110
1/c. Güncellik Unsuru.....	111
1/d. Şekilî Uygunluk (İfade Uygunluğu) Unsuru.....	112
cc. Şikayet Hakkının Kullanılması.....	113
dd. Savunma Hakkının Kullanılması.....	115
c. Kanunun Verdiği Bir Yetkinin Kullanılması.....	116
d. Meşru Savunma	118
e. Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma...	119

	Sayfa
V. KUSUR	120
A. KUSUR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ	123
1. KUSUR KAVRAMI	123
2. KUSURUN ÇEŞİTLERİ.....	126
a. Kasd.....	126
b. İhmal.....	127
aa. Ağır İhmal.....	127
bb. Hafif İhmal.....	127
cc. Orta İhmal.....	128
B. MANEVİ TAZMİNATTA KUSURUN ROLÜ	128
C. KUSURSUZ SORUMLULUK HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT	129
§ 6. MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI	132
I. DAVACI	132
II. DAVALI	137
§ 7. MANEVİ TAZMİNAT TÜRLERİ	138
I. NAKDİ TAZMİNAT	138
A. GENEL OLARAK.....	138
B. MANEVİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI.....	139
II. DİĞER TAZMİN ŞEKİLLERİ	143

§ 8. MANEVİ TAZMİNAT DAVASINDA GÖREVLİ VE	
YETKİLİ MAHKEME.....	149
I. GÖREVLİ MAHKEME.....	149
II. YETKİLİ MAHKEME.....	150
§ 9. ZAMANAŞIMI.....	152
SONUÇ	156

KISALTMALAR

A.	: Auflage (Bası)
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİTİAD	: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
Art.	: Artikel (Madde)
Aşa.	: Aşağıda
AY	: Anayasa
b.	: Bası
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BG.	: Bürgerliches Recht (Medeni Hukuk)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları; Resmi Külliyat)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
DHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: İcra İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırımız
Md.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
OR.	: Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
sh.	: Sayfa
Teilbd.	: Teilband
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dairesi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA

- AĞACIKOĞLU, Nejat : Manevi Zararların Tazmini, ABD, 1974, s.5, sh. 928, 935
- AKİPEK, Jale : Türk Medeni Hukuku, 1 inci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, İkinci Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara, 1961
- AKÜNAL, Teoman : Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977
- ALPASLAN, Reha : Manevi Tazminat Konusuna Genel Bakış, AD, 1967, s. 7, 10, sh. 607, 620
- ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku, c.I, II, b. 3, Ankara, 1950
- AYİTER, Nûşin : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981
- AYİTER, Nûşin : Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AHFD, 1968, c. XXV, no. 1-2, sh. 137, 144
- ATAAY, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, b. 3, 1 inci Yarım, İstanbul, 1981
- ATAAY, Aytekin : Şahıslar Hukuku, b.3, 1 inci Yarım, İstanbul, 1978
- ATALAY, Özcan : Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini, I, YD., 1979, s. 4, 5, sh. 877, 894; II, YD., 1980, s. 1, 2, sh. 107, 119 (Atalay, I, II)
- ATALAY, Özcan : Tinsel Ödence (Manevi Tazminat) Davaları, ABD., 1978, s. 6, sh. 928, 938 (Atalay, Manevi Tazminat)

* Birden çok eseri bulunan yazarlara atıfta bulunulurken kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- ATALAY, Özcan : Manevi Zarar ve Tazmini, Türk Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1981, s. 29, sh. 7, 13
- AŞÇIOĞLU, Çetin : Kusurun Belirlenmesinde ve Derecelenmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Fonksiyonları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V (25-26 Mart 1988), sh. 105, 137.
- BAŞAR, Nur : Genel Olarak Manevi Tazminatın Şartları ve Sonuçları, Atatürk Üniversitesi İşletme Fakültesi Araştırma Enstitüsü İşletme Dergisi, 1980, s. 11, sh. 185, 217.
- BAYDAR, Zeki : Manevi Tazminat Davası Şartları ve İntikali (BK. md. 49) I, AD. 1979, s. 6, sh. 435, 467; II, AD. 1980, s. 1, sh. 33, 47 (Baydar I, II)
- BECKER, H : Berner Kommentar , Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. A., Bern 1941
- BELGESAY, M. Reşit : Mahkeme İçtihatları ve Manevi Tazminat, İBD, 1940, c. XIV, no.11, sh. 654-660
- BREHM, Ronald : Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI., 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Bern 1989 (Berner Kommentar)
- Von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- CAEMMERER, E. : Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel hukuk Yönünden Korunması, (Çev. Ergun Özsunay MHAD, 1973, C.7, S.10, Sh.69,83

- ÇALI, Murtaza : Haksız Fiilden Doğan Tazminat, Ankara, 1968
- ÇALKIN, Fahri/ : Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları,
TUĞSAYUL Muhsin İstanbul, 1948
- DESCHENAUX/ STEINAUER : Personnes physiques et tutelle, Berne 1980
- DESCHENAUX /TERTIER : La Responsabilité Civile, 2. edition, Berne
1982
- DESCHENAUX/TERTIER : Sorumluluk Hukuku (Çev. Salim Özdemir),
Ankara. 1983
- DEVELLİOĞLU, Ferid : Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara
1962
- DÖNMEZER, Sulhi/
- ERMAN, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku , Genel Kısım,
c.II, b.9, İstanbul. 1986
- DÖNMEZER, Sulhi : Basın ve Hukuku, b.4, İstanbul, 1976
- DRUEY, Jean Nicolas : Persönlichkeit als Postulat Oder als Objekt
des Rechtsschutzes, ZSR, 1976, I. Halbband
- DURAL, Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler,
b.3, İstanbul 1987
- EGGER, August : Einleitung und Personenrecht, Zürcher
Kommentar, I, Zürich 1930
- EGGER/ÇERNİS : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin
Hukuku, c.I, (Çev. Volf Çernis), Ankara, 1947
- EREM, Faruk : Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, c. 1, b.12
Ankara 1984
- ERDURAK, G. : Türk Ceza Kanunu Tatbikatında Manevi
Tazminat, AD. 1973, s.4, sh. 298, 302
- EREN, Fikret : Borçlar hukuku, Genel Hükümler c.1, b.2,
Ankara 1987 (Eren, C.I)

- EREN, Fikret : Borçlar hukuku, Genel Hükümler c. II, b.2, Ankara 1988
- EREN, Fikret : Sorumluluk Hukukunda Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Eren, Uygun İlliyet)
- EREN, Fikret : Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. yaş Armağanı, Ankara, 1975, sh. 461,491 (Eren, Hukuka Aykırılık Bağı)
- EREN, Fikret : Basında Hukuki Sorumluluk, Türk Basınının Sorunları Sempozyumundan Ayrı Bası, 1986 (Eren, Basın)
- EREN, Fikret : Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli, Prof. Dr. Oğuzoğlu'na Armağan, sh. 167,178, Ankara 1972 (Eren, Destekten Yoksun Kalma)
- ESSER, J : Schuldrecht, 4.A., Bd.I, Allgeminer Teil, Karlsruhe 1970
- FEYZİOĞLU, N.F : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, b.2, İstanbul 1976
- FRANKO, Nisim : Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz : Şeref ve Haysiyetin Korunması, Forum, 1962, c.15, s.202,sh. 16,17

- GROSSEN, Jacques Michel : La protection de la personnalité en droit privé, ZSR, 79(1960), sh. 10-130 a
- GUHL/MERZ/KUMMER : Das schweizerische Obligationenrecht, 7. A. Zürich 1980
- GÜNDÜZ, Adil : Manevi Tazminatta Kusurun Rolü, ABD. 1972, s. 1, sh. 17,23
- GÜRSOY, Kemal Tahir : Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD, 1973, c.xxx, No.1,4, sh.7-56
- GÜVEN, Sabri : Kusur Kavramı ve Çeşitleri I: YD 1981, s.4, sh. 570-588; II: YD, 1982, s.1,2, sh.154-188 (Güven I,II)
- HATEMİ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976
- HUBMANN : Das Persönlichkeitsrecht, 1967 BGHZ 13,334
- İÇEL, Kayıhan : Kitle Haberleşme Hukuku, b.2, İstanbul 1985
- İMRE, Zahit : Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar , Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, b.3, İstanbul,1980
- İMRE, Zahit : Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM, 1974, sh. 147,168 (İmre,Şahsiyet)
- İMRE, Zahit : Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, (İmre, İsim)
- İMRE, Zahit : Kusursuz Mesuliyet, İstanbul, 1949, (İmre, Kusursuz Mesuliyet)

- İNAN, A. Neim** : Borçlar hukuku, Genel Hükümler, Ders Kitabı, b.3, Ankara 1984
- JÄGGİ, Peter** : Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR. 79 (1960), sh. 133a-261a
- KANETİ, Selim** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara 21-22 Ekim 1977), sh. 28-66, İstanbul, 1980; (Kaneti, Kusur)
- KANETİ, Selim** : Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, (Ankara 15-16 Aralık 1978), sh. 142,162, İstanbul 1981; (Kaneti, Çatışan Değerler)
- KANIK, Tahir** : Manevi Tazminat Davaları, AD. 1950, s.11, sh 1166,1177
- KÄNZIG, Ernst** : Die Widerechlichkeit nach Artikel 41, Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1939
- KAPLAN, İbrahim** : Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo, Televizyon) Karşısında Korunması, AD. 1979, s.3-4, sh.200,231
- KARAHASAN, M. Resit** : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması AHFD, 1962, c. XIX, sh. 251,276
- KELLER, Alfred** : Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 4.A., Bern, 1979, Band II, 1987 (Keller I,II)

- KELLER, Alfred : Haftpflichtrecht, Zürich 1985
- KELLER/GABI : Das Schweizerische Schuldrecht, Band II: Haftpflichtrecht, Basel/Frankfurt 1985
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Şeref ve Haysiyete ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD, 1984, s.1, sh. 15-21. (Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik)
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi? DHFD, 1983, s.1, sh. 287-294
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Basın Özgürlüğü ve Kişilik Hakları, ABD 1989, s.2, sh. 315-322, (Kılıçoğlu, Basın Özgürlüğü)
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, AHFD, 1972, C. XXIX, s. 3, 4, sh. 185, 225. (Kılıçoğlu, Haksız Fiiller)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Kişilik Hakkını Koruyan Manevi Tazminat Davasına ilişkin Yeni Gelişmeler (MK 24, BK 49), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu (Ankara, 21,22 Ekim 1977), sh.141-180, İstanbul 1980
- KOZİOL, Helmut : Osterreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Wien 1973
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medeni Hukuk, Genel Prensipler Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler) 1 ve 2. Kitaplar b.2, İstanbul 1984

- KURU, Baki : Heczi Celz Olmoyan Seyler, AHFD, 1962, c.XIX, s. 1, 4. sh. 277, 326.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.1, b.4, Ankara 1979
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, B.A. München 1982; Band II, Besanderer Teil, 11 A., München 1977 (Larenz I, II)
- LÖFFLER, Martin : Presserecht, Kommentar, 2.A., Band I Allgemeine Grundlagen Verfassungs- und Bundesrecht, München 1969 (Löfler, Presserecht, I)
- MENGI, Tülin : Hukukta Ortak Sorumluluk ve Manevi Ödence, Günümüzde Yargı, 1978, s.29, sh. 18,19
- OFTİNGER, Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4.A., Zürich 1975 (Ofllinger, I)
- OĞUZOĞLU, Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku b.5, Ankara 1963
- OĞUZMAN/SELİÇİ : Kişiler hukuku Dersleri, b.4, İstanbul 1988
- OSER/SCHÖNENBERGER : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner, Teil, Z.A., Zürich, 1929
- OSER/SCHÖNENBERGER : Borçlar hukuku, II, Kısım (m 41-109), (Çev. Recai Seçkin), c.5, Ankara 1950
- ÖNEN, T : Zarardan Sorumluluk, AİTİAD, 1978, c. 10 s.1-2, sh. 155-165
- ÖZEK, Çetin : Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978
- ÖZÖN, Mustafa Nihat : Büyük Osmanlıca-Türkçe sözlük b.6, İstanbul 1976

- ÖZSUNAY, Ergun: : Gerçek kişilerin Hukuki Durumu, b.4, İstanbul 1979
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukuka Giriş, b.5, İstanbul 1986 (Özsunay, Giriş)
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, b.5 İstanbul, 1982 (Özsunay, Tüzel Kişiler)
- ÖZSUNAY, Ergun : Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu (Ankara 21-22 Ekim 1977), sh. 67-126, İstanbul 1980. (Özsunay, İşleten)
- ÖZTAN, Bilge : Şahsın hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 1987
- RIKLİN, Franz : Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Freiburg 1968
- SAYMEN, Ferid Hakkı : Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940
- SAYMEN, Ferid Hakkı : Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, c.2, İstanbul 1948(Saymen Şahıslar Hukuku)
- SAYMEN, Ferid Hakkı : Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?, İHFM, 1940, c.6, s.1, sh 126-145 (Saymen-Makale)
- SAYMEN, Ferid Hakkı/
ELBİR, Halid Kemal : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1966

- SCHÖNENBERGER/JÄGGI : Zürcher Kommentar, Band. V: Obligationerecht
Teilbd. 1 a. (Allgemeine Einleitung, Art. 1-17
OR) 3. A. Zürich 1973
- SCHWARZ, Andreas : Borçlar hukuku Dersleri, (Çev. Bülent Davran),
c.1, İstanbul 1948
- SERİM, Ekrem : Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararı
Üzerinde İnceleme, ABD, 1988, s.2,
sh. 200-215
- SERDAN, Rana : Kişilik Hakkının Korunmasıyla ilgili Bazı
Düşünceler, MHAD, 1977, s.14, sh. 93-112
- SIEBERT, W : Şahsiyet Hakları ile ilgili Meseleler (Çev.
Bilge Öztan), AHFD, 1969, c.XXVI s.1,2,
sh.217-230
- SIMONIUS : Şahsiyet Hakları (Çev. Fikret Arık) SBFD,
1955, c.x, s.1, sh. 186-198
- SİRMEN, Lâle : Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat,
Ankara Hukuk Fakültesi 50'nci yıl Armağanı,
c.1, sh. 359-379, Ankara
- STOLL, Hans : Empfiehlt sich eine Neuregelung der
Verpflichtung Zum Geldersatz für
immateriellen Schaden Verhandlungen des 45
Deutschen Juristentages, Band 1/1, München
und Berlin 1964
- TANDOĞAN, Haluk : Şahsiyetin Akit Dışı ihalelere Karşı
Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla
Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması,
AHFD, 1963, c.xx, s.1-2, sh. 1-36

- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Tandoğan, Mesuliyet)
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c.II, b.3, Ankara 1987 (Tandoğan, c.II)
- TANDOĞAN, Haluk : Quelques problemes relatifs à la responsabilité civile en droits allemand suisse et français I, Ankara 1966; II, Ankara 1967 (Tandoğan, Quelques problemes I,II)
- TEKİNAY/AKMAN/
BURCUOĞLU/ALTOP : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.6, İstanbul 1988
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, b.5, İstanbul 1987
- TERCIER, Pierre : La nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984 (Tercier, Personnalité)
- TERCIER, Pierre : Contribution à l'étude du tort moral et de sa reparation en droit civil suisse, Fribourg 1971 (Tercier, Contribution)
- TOSUN, Öztekin : Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Milletlerarası Anlaşma, MHAD, 1973 s. 10, sh 283,303
- TÖRE, Futuhi : Manevi Tazminat Davaları, AD, 1970, s.8, sh. 531-546
- Von TUHR, ANDREAS : Borçlar hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), c.I,II, Ankara 1983
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, b.6 İstanbul, 1976

- TUNÇOMAĞ, Kenan : Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları, TÜTİŞ, 1984, s.2, sh.2-10
- ULUSAN, İlhan : Türk Medeni Kanunu Öntasarısında Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, 1985 sh. 88-896
- ULUSAN, İlhan : Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi İle İlgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, MHAD, 1973, s. 7(10), sh. 209,218
- ÜNAL, Mehmet : Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AHFD, 1978, c.xxxv, s. 1-4, sh. 397-435
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebül'ula Mardin'e Armağan, sh.739-758, İstanbul 1944 (Veldet, Armağan)
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Kişilik Hakları ve Hukuk Devleti Murat Sarıca Armağanı, 1988, sh.179,195, (Velidedeoğlu, Armağan)
- YÜCE, Turhan : Medeni Hukukumuzda Manevi Tazminat, AD 1952, s.3, sh. 400,409
- YÜCE, Turhan : Yargıtay Ticaret Dairesinin Manevi Tazminata İlişkin Bir Kararı Üzerine Tahlil ve Tenkidler, AD. 1966, s.11, sh. 781,792 (Yüce, Manevi Tazminata İlişkin Bir Karar)

- ZARARSIZ, Emin : İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Manevi Tazminat Ödeme Zorunluluğu, DHFD, 1985, s.3, sh. 287-325)
- ZEN-RUFFİNEN, P : İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler (Çev. Haluk Burcuoğlu), İBD, 1985, s.4,5,6, sh. 357-380
- ZEYKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1989

GİRİŞ

§ 1. KİŞİLİK HAKKI VE KORUNMASI

I. KİŞİLİK HAKKI

A. KİŞİLİK HAKKININ TANIMI

Kişilik hakkının tanımına Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında yer verilmemiştir. 3444 sayılı kanunla, Türk Medeni Kanununun 24, Borçlar Kanununun 49 uncu maddelerinde yapılan değişiklikten (1) önce, "kişilik hakkı" yerine "şahsi menfaatler" terimi kullanılmaktaydı. "Şahsi menfaatler" terimi kişinin kişisel varlıklarına duyduğu ilgiyi (menfaati) ifade ettiğinden, eleştirilere neden olmaktaydı (2). Bu eleştirileri gidermek amacıyla Kanun değişikliği isabetli olarak "şahsiyet hakkı" (kişilik hakkı) terimini kullanmıştır.

(1) 3444 sayılı kanun 4.5.1988 tarihinde kabul edilmiş, 19812 sayılı Resmî Gazete'de 12 Mayıs 1988'de yayımlanmıştır.

(2) Tandoğan, sh. 6-7; Zevkliler, sh. 413; Kılıçoğlu, sh. 3-5

Doktrinde (3) ve Yargıtay İctihatlarında (4) kişilik hakkının çeşitli tanımları yapılmaktadır. Bu tanımlarda genellikle, bazı kişilik değerleri sayılmakta ve kişilik hakkının bunlar üzerinde bir hak olduğu belirtilmektedir. Gerçekten, kişilik hakkı kişinin kişilik değerleri üzerinde kişi olmak sıfatıyla sahip bulunduğu, kişiliğine bağlı, vazgeçilmez, devredilmez bir haktır. Hayat, vücüt bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, özel hayat, isim, resim gibi kişilik değerleri üzerindeki hak, kişilik hakkını ifade eder.

Kişilik hakkı, kişilik değerleri üzerinde tek ve genel bir haktır. Kişilik değerleri üzerinde ayrı ayrı kişilik hakları bulunmamaktadır. Belki kişilik değerlerinin herbiri üzerinde geçerli olan tek tek haklardan sözedilebilir. Ancak bunlar kişilik hakkı olarak adlandırılmazlar (5). Kişilik hakkı bu kişilik değerleri üzerindeki hakların tamamını oluşturur. Hukukumuzda tek bir kişilik hakkının değişik yansımaları sözkonusu olmaktadır (6). Medeni kanununun 24 ve 24a, Borçlar Kanununun 49 uncu maddeleri "şahsiyet hakkı" (kişilik hakkı) terimini kullanmakla, genel ve tek bir kişilik hakkının varlığını açıkça kabul etmiştir.

-
- (3) Kişilik hakkının doktrindeki çeşitli tanımları için bkz.: Eren, sh. 388; İmre, İsim, sh. 801; Akipek, sh. 108; Egger/Çernis, sh. 292; Zevkililer, sh. 411; Dural, sh. 112; Üzsunay, sh. 97; Üzsunay, Giriş, sh. 252; Yelidedeoğlu, Armağan, sh. 183; Kaplan, sh. 201; Serozan, sh. 93; Tekinay, Giriş, sh. 249; Atalay, sh. 878.
- (4) Y4HD. 14.5.1984, E. 4068 K.4737, (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 13.12.1982, E.9752 K.11402 (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 5.3.1987, E., 480 K., 1540. (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 21.3.1985, E.1984/8689, K. 307 (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 18.1.1988, E.87/8372, K.299 (YHD. 1988. s.5. sh. 722, 723) Y4HD. 19.2.1985, E. 1984/9947, K.1296 (Yayınlanmamıştır).
- (5) Zevkililer, sh. 410; Tandoğan sh.12; Üzsunay, sh.149; Akipek, sh. 109. Karş.Koziof, sh. 5; Hubmann, sh.85 vd.
- (6) Tandoğan, sh. 13,14; Dural, sh.113; Serozan, sh. 93.; Bkz. Hatemi, sh. 53.

Kişilik değerleri toplumdaki gelişmeye, teknikteki ilerlemeye paralel olarak değişmektedir. Bu nedenle bunlar sınırlı bir şekilde sayılamazlar. Ayrıca kişinin psikolojik, sosyal, ekonomik bir bütün olarak çok yönlü olması da kişilik değerlerinin sınırlı bir şekilde belirlenmesini engellemektedir (7).

Kişilik değerlerinin sınırlarını tespit etme güçlüğü karşısında, bu değerler ortak bazı niteliklerine göre çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır (8).

Egger (9) tarafından yapılan klasik sınıflandırmaya göre, kişilik değerleri, "iç kişilik değerleri" ve "dış kişilik değerleri" olmak üzere ikiye ayrılır. İç kişilik değerleri, kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu değerlerdir. Bunlar vücut bütünlüğüne ilişkin değerler (vücut bütünlüğü, hayat, sağlık gibi) ve ruhsal değerlerden (ruh bütünlüğü, faaliyet özgürlüğü, gibi) oluşur. Dış kişilik değerleri ise, toplumsal hayattan doğan kişilik değerleridir. Bunlar, başkalarıyla birlikte yaşamının sonucu olarak doğan, kişinin toplum içindeki yerini belirleyen değerlerdir. Şeref ve haysiyet, özel tanıtma araçları (isim, meslek ünvanları, armalar, gibi), bu tür kişilik değerlerine örnek gösterilebilir.

(7) Öztan, sh. 112.

(8) Egger /Çernis, sh. 278 vd; Eren, sh. 388; Zevkliler, sh. 414; İmre, İsim, sh. 803-804; Dural, sh. 117; Öztan, sh. 112 vd; Akipek, sh. 109,110; Tekinay,Giriş, sh. 249-250.

(9) Egger, sh. 278 vd; Bkz. Özsunay, sh. 98; Tandoğan, sh. 7; Karayalçın, sh. 266.

Bazı hukukçular ise, kişilik değerlerini "fizik (maddi) kişilik değerleri", "duygusal kişilik değerleri" ve "sosyal kişilik değerleri" olmak üzere üçe ayırmaktadırlar (10).

Fizik kişilik değerleri, daha çok gerçek kişilerde, yani insanlarda söz konusu olur. Bunlar, bir insanın yaşama (hayat), vücut bütünlüğü, sağlık hakkı ile hareket hürriyeti ve cinsel özgürlük hakkıdır. Vücut bütünlüğü hakkı, beden bütünlüğü hakkıyla ruh bütünlüğü hakkını içerir. Bir kimsenin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarruf hakkı da fizik kişilik hakkı içerisinde yer alır. Duygusal kişilik değerleri kişinin toplumda birlikte yaşadığı yakınlarıyla kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkıdır. Özellikle bir kişinin aile ve evlilik ilişkilerinin sayılmasını isteme hakkı, burada sayılabilir. Sosyal kişilik değerleri, şeref, haysiyet, isim ve resim üzerindeki hak ile bir kişinin özel hayatına saygı duyulmasını isteme haklarından ibarettir. Sosyal kişilik değerleri arasında fikir ürünleri hakkı (telif hakları) ile ekonomik hürriyet hakkı da sayılabilir (11).

Medeni Kanununun 24, 24a ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddelerinde öngörülen genel kişilik hakkının yanında, değişik kanunlarda bazı kişilik değerleri özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin MK. md. 25-26, isim üzerindeki hakkı, BK. md. 47, hayat ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakkı, FSEK md, 14 vd., 70,85-87, fikir ve sanat eserlerine ilişkin kişilik hakkını, TTK. md. 56 vd. ekonomik hürriyet hakkını özel olarak düzenlemiştir.

(10) Eren, sh. 388; Descheneaux/Steinauer, sh. 134 vd; Tercier, Personnalité, sh. 52 vd.

(11) Eren, sh. 389; Tercier, Personnalité, sh. 71 vd; Fikri haklar konusunda geniş bilgi için bkz. Ayiter, sh. 6 vd.;

Kişilik hakkının içeriğini, yani korunmaya değer kişilik değerlerinin neler olduğunu tesbit edecek makam, hâkimdir. Hâkim, önce ihlâl edilen kişilik değerinin hukuken korunmaya değer olup olmadığını tespit eder. Bunu yaparken yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarına başvurur, gerekirse kendisi hukuk kuralları yaratır (12). Toplumdaki hızlı gelişmeler, teknikteki ilerlemeler; yeni kişilik değerlerinin kabul edilmesi, kişilik hakkının içeriğinin tespiti görevini hâkim'e yüklemektedir.

B. KİŞİLİK HAKKININ ÖZELLİKLERİ

Kişilik hakkı yararlanma haklarından (13). Yararlanma hakları doğrudan doğruya hukukî bir değer ve menfaate yönelmiş olup, sahibine bu değer ve menfaatten yararlanma yetkisi vermektedir (14). Üçüncü kişiler de hak sahibinin bu değer ve menfaatten tam olarak yararlanmasına imkân verecek şekilde davranmak zorundadırlar (15). Kişilik hakkı herkese karşı ileri sürülebilir. Kişi kişilik hakkının tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini herkesten isteyebilir. Bu nedenle kişilik hakkı mutlak bir haktır (16).

(12) Tandoğan, sh. 14; Dural, sh. 113; Özsunay, sh. 98.

(13) Eren, I, sh. 48

(14) Eren, I, sh. 47

(15) Lorenz I, sh. 15; Schönerberger/Jäggi, Vorbem, vor Art.1.N.80,81; Eren, sh. 47.

(16) Eren, I, sh. 48; Öztan, sh. 110; Zevkliler, sh. 411; Özsunay, sh. 150; Tekinay, Giriş, sh. 249; Akipek, sh. 111, Oğuzman/Seliçi, sh. 91, Dural, sh. 116; Kılıçoğlu, sh. 8; İmre, İsim, sh. 802.

Kişilik hakkı malvarlığı değil, şahıs varlığı haklarındanndır. Bu nedenle parayla ölçülemez. Çünkü kişilik hakkının içeriğini oluşturan hayat, sağlık, vücut bütünlüğü, şeref, haysiyet gibi değerler parayla ölçülemeyen değerlerdir (17). Kişilik hakkının parayla ölçülememesi, onun malvarlığına ilişkin etkileri olmayacağı anlamına gelmez (18). Örneğin, kişinin; ticari ve mesleki şeref ve haysiyetinin ihlâlinde ortaya çıkan manevi zararlar yanında müşterilerini ve mesleğini kaybetme nedeniyle meydana gelen maddî zararlar da mal varlığına ilişkindir.

Kişilik hakkı, kişiye kişi olması nedeniyle tanınan haklardanndır. Bu nedenle gerçek kişilerde doğumla birlikte herhangi bir kazandırıcı işleme gerek olmadan kendiliğinden kazanılır ve ölümle birlikte sona erer. Tüzel kişilerde ise bu hak, kuruldukları andan itibaren kazanılır ve tüzel kişiliğin sona ermesiyle ortadan kalkar (19).

Kişilik hakkı miras yoluyla intikal etmez. Ölümünden sonra yapılan tecavüzler, ölenin kişilik hakkına değil, onun hayattaki yakınlarının kişilik hakkına tecavüz teşkil eder (20).

(17) Zevkliler, sh. 412

(18) Dural, sh. 116; Kılıçoğlu, sh. 7; Öztan, sh. 110; İmre, İsim, sh. 802; Eren, I, sh. 38,39

(19) Kılıçoğlu, sh. 7; Öztan, sh. 111; Eren, sh. 388

(20) İmre, İsim, sh. 803; Kılıçoğlu, sh. 7; Zevkliler, sh. 412; Öztan, sh. 111; Akipek, sh. 111;

Kişilik hakkı esas itibariyle şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır (21). Bu nedenle kural olarak başkalarına devredilemez (22). Kişilik hakkından vazgeçilemeyeceği gibi, bu hak zamanaşımına da uğramaz (23). Kişilik hakkı başkalarına devredilemediğinden bir borç için rehnedilemez, haczolunamaz ve iflas masasına girmez (24).

(21) Dural, sh. 116; Bkz. aça. sh. 60, 61

(22) Dural, sh. 117; Özsunay, sh. 150; Zevkliler, sh. 411, 412

(23) Zevkliler, sh. 412; Serozan, sh. 94; Dural, sh. 117.

(24) Dural, sh. 116; Öztan, sh. 111; Kılıçoğlu, sh. 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 927.

II. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

A- KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASININ ÖNEMİ

Kişi toplumun temeli, devlet hayatının kurucu hücre, varlık sebebidir. Kişinin yeteneklerini geliştirebilmesi, toplumda yapıcı hizmetlerde bulunabilmesi, verimli çalışabilmesi için, kişilik hakkına tecavüz edilebileceği endişesinden uzak bir ortamda yaşaması gerekir (25). Hukuk düzeni, kişilik hakkına saygı duyulması, kişiliğin gelişmesi ve saldırılara karşı korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadır (26). Hukuk düzenlerince bu fikrin benimsenmesi önemli bir adım olmuştur. Konuya kronolojik açıdan bakıldığında, insanlar, önce sırf insan olmaları nedeniyle, kişi olarak tanınmayı hukuk düzeninden istemiş ve bunu kabul ettirmişlerdir (27). Hukuk düzeni kabul ettiği bu varlığı korumak ve daha mükemmel hale getirmek için, onu hukukî düzenlemelerle koruma yolunu seçmiştir. Bu düzenlemeler bir taraftan özel hukuk, bir taraftan da kamu hukuku alanında kendisini göstermiştir (28).

(25) Bkz. Eren, Basın, sh. 1 vd.

(26) Dural, sh. 111

(27) 1699 tarihli İngiliz Haklar Kanunu (Bill of Rights), 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi ve Amerika Bağımsızlık Bildirisi, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yeterlilik Hakları Beyannamesi.

(28) Üzten, sh. 108; Bkz. eşa., sh. 11

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan ve İkinci Dünya Savaşı'nın yapılmasına neden olan totaliter rejimlerin kişiye önem vermemeleri, en önemli varlık olarak devleti kabul edip, onun çıkarları için kişilik hakkını ihlâl etmeleri karşısında, savaş sonunda tüm devletlerin kişilik hakkının ihlâl edilmesine karşı önlemler almaları gereğini ortaya çıkarmıştır (29).

Günümüzde modern teknoloji, kitle haberleşme araçlarındaki büyük buluş ve gelişmeler, kişilik hakkını ihlâli ihtimalini büyük ölçüde arttırmıştır. Teleobjektifli fotoğraf makineleri ile çok uzak mesafelerden kişinin özel yaşamına ilişkin fotoğrafları çekilebilmekte, çok küçük elektronik aygıtlarla kişilerin konuşmaları rahatlıkla izlenebilmekte, telefonları dinlenebilmektedir (30). Ayrıca yapılan montajlar ve karıştırmalarla, bir kimseye veya özel hayatına yapılan yanlış yakıştırmalar ve bunların basın, radyo ve televizyon ile herkesin bilgisine sunulması artık basit ve kolay bir iş olmuştur (31).

Diğer taraftan ekonomik alandaki gelişmeler, iş ilişkilerinin yoğunlaşması, yeni işletme yöntemlerinin bulunması, küçük çaptaki kredi taleplerinin artması kişiler hakkında bilgiler toplanmasını ve bunların kolayca değerlendirilmesini gerektirmiştir (32). Bu durum bilgisayarlar

(29) Dural, sh. 111; Tandoğan, sh. 3; Siebert, sh. 217; Simonius, sh. 198.

(30) Eren, Basın, sh.9; Eren sh. 365; Özsunay, sh. 131; Kılıçoğlu, sh. 10; İmre, Şahsiyet, sh. 147; Siebert, sh. 217, vd. Caemmerer (Çev. Özsunay) sh.73.

(31) İmre, Şahsiyet, sh. 147; Eren, Basın, sh. 9

(32) Kılıçoğlu, sh. 10; Dural, sh. 111; Özsunay, sh. 138 vd.

aracılığıyla kişilere ait pek çok özel bilgileri toplayan bilgi toplama bankalarının (Databank) ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu bankalar devlet idaresine ve büyük işletmelere kolaylıklar sağlarken, kişilik hakkına yeni ve kolay saldırı tehlikelerini de beraberinde getirmiştir. Çünkü, böylece, kişiler hakkında onların haberi olmadan özel bilgileri toplamak ve onların rızası hilâfına bunları yayabilmek ihtimali doğmuştur.

Kişilik hakkının bu şekilde kolayca ihlâl edilebilmesi tehlikesi karşısında, Almanya'da (33) ve Fransa'da (34) kişilik hakkının daha etkin korunması amacıyla yeni kanun tasarıları hazırlanmış; İsviçre'de ise, Medeni Kanununun 28 ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddeleri değiştirilmiştir (35). Türk hukukunda da kişilik hakkının etkin bir şekilde korunması ihtiyacının gün geçtikçe artması sonucunda, 4.5.1988 tarihinde 3444 sayılı kanunla Türk Medeni Kanununun 24 üncü, Borçlar Kanununun 49 uncu maddeleri değiştirilmiş ve Medeni Kanunun 24 üncü maddesine 24a maddesi eklenmiştir (36).

(33) 1967 tarihli tasarı, bkz. Löffler, Presserecht, I, sh. 509; Grossen, sh. 76, 77e; Tandoğan, Quleques Problemes II, sh. 85.

(34) Bu tasarı için bkz, Der zivilrechtliche Persönlichkeits und Ehrenschtutz in Frankreich, der Schweiz, England und Vereinigten Staten von Amerika, Tübingen 1960, sh. 94.

(35) İsviçre'de 1 Haziran 1985'de yürürlüğe giren 16 Aralık 1983 tarihli kanun, bkz. Tercier, Personnalité, sh. 260 vd; Keller II, sh. 140 vd.

(36) 19812 sayılı Resmî Gazete'de 12 Mayıs 1988'de yayımlanmıştır, sh. 1-3.

B- KİŞİLİK HAKKININ KORUNMA ŞEKİLLERİ

Kişilik hakkı kamu hukuku kurallarıyla ve özel hukuk kurallarıyla korunmaktadır.

1. KAMU HUKUKU KURALLARIYLA KORUMA

Kişilik hakkını koruyan kamu hukuku kurallarının başında milletlerarası hukuk kuralları gelir. Bunlar arasında bilhassa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 8) (37), 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md. 5,12) (38), 27 Haziran 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi (md. 2,3,7,1,76,112), Medeni ve Siyasi Haklar Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Covenant) (39), 4 Kasım 1950 tarihli Roma Konvansiyonu, 22 Ekim 1969 tarihli San Jose Paktı sayılabilir.

Milletlerarası kaynaklar dışında, 1982 tarihli T.C. Anayasası da kişilik hakkını çeşitli maddelerinde temel bir hak olarak garanti altına almıştır. Anayasanın 5 inci maddesinde, devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmakla görevlendirmiştir. Ayrıca, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip

(37) Bu sözleşme Türkiye tarafından (10 Mart 1950 tarih ve 6366 sayılı kanunla kabul edilmiş, 8662 sayılı Resmî Gazete'de 19 Mart 1954'de yayımlanmıştır, sh. 8690-9695.

(38) Bu beyanname 6 Nisan 1949 tarih ve 3/9119 sayılı Kararname ile kabul edilmiştir. (7217 sayılı Resmî Gazete'de 27 Mayıs 1949'de yayımlanmıştır, sh. 16199-16201)

(39) Bu anlaşmanın Türkçe Metni için bkz; Tosun, sh. 281 vd.

olduğu Anayasanın 12 inci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (md. 17), düşünce (md. 26), bilim ve sanat (md. 27) hürriyetine sahiptir. Bundan başka AY. md. 19/1'e göre "Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir". Nihayet, Anayamız basın hürriyetinin başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacıyla sınırlanabileceğini (md 28/IV'ün yollamasıyla md. 26/II) öngördüğü gibi, kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde düzeltme ve cevap hakkını da tanımaktadır (md. 32).

Anayasa hükümleri "yasama, yürütme ve yargı organlarını ... ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları" (md. 11) olduğu için, temel hakları ve özellikle kişilik hakkını korumak, hem devlet organları hem de kişiler için anayasal bir yükümlülüktür (40).

Kişilik hakkı, Ceza Kanunu tarafından da korunmaktadır. Ceza Kanununun 38 inci maddesi, kişinin veya ailenin şeref ve haysiyetine yönelik cürüm ve kabahatlerden dolayı maddi bir zarar meydana gelmese dahi manevi tazminat talep edileceğini; 424 üncü maddesi ise umumi adab ve aile nizamı aleyhine cürümlerde mağdura tazminat verileceğini öngörmektedir. Ayrıca Ceza Kanununda şahsın hayatına (md. 448 vd.), vücut bütünlüğüne (md. 459 vd.), şahsi hürriyetine (md. 179-192), vicdan ve din

(40) Karayalçın, sh. 257; Öztan, sh. 109-110.

özgürlüğüne (md. 175-200), şeref ve haysiyetine (md. 480-490) yapılan saldırıları cezalandıran hükümlerde yer almaktadır.

Basın yoluyla saldırılara karşı kişilik hakkı 5680 sayılı Basın Kanunu (41) ile korunmaktadır. Sözü geçen Kanunun 16 ncı maddesi basın yoluyla işlenen suçlardan, 17 inci maddesi ise bu yolla işlenen haksız fiillerden dolayı cezai ve hukuki sorumluluğu düzenlemiştir (42). Bu Kanunda ayrıca, kişilik hakkının ağır bir şekilde ihlâl edilmesi, genel ahlâk ve adaba aykırı bazı açıklamaların yapılması, mağdurun kimliğinin açıklanması yasaklanmış (md. 33), kişinin şeref ve haysiyetini ihlâl eden gerçek dışı açıklamalara karşı da cevap ve düzeltme hakkı (md. 19) tanınmıştır.

Vergi Usul Kanununun (43) 5 inci maddesinde de kişilik hakkının korumasına ilişkin bir hüküm mevcuttur. Bu hükme göre, vergi mükellefine ait bilgilerin ele alınarak kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüz edilemez, aksi halde Ceza Kanununun hakaret ve sövme cürümlerine ilişkin cezaların üç mislinin uygulanacağı belirtilmektedir.

(41) Bkz. 24.7.1950 tarihli Resmi Gazete, s. 7564.

(42) Kılıçoğlu, sh. 13.

(43) Bkz. 10.1.1961 tarihli Resmi Gazete, s. 10703, 10705

2. ÖZEL HUKUK KURULLARIYLA KORUMA

a. Genel olarak

Özel hukukta, kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel kurallar Medeni Kanun md. 23,24,24a ve Borçlar Kanunu md. 49'da düzenlenmiştir.

Bunların yanında, bazı kişilik değerlerini koruyan özel hükümler de vardır. (MK. md. 25,26,85,126,143,304,305; Bk. md. 45-47,343; FSEK. md. 14-19, 71,80-86; TTK. md. 58; HUMK.md. 576)

Bir fikre göre, Medeni Kanun md. 23, kişilik hakkını bizzat kişinin kendisine karşı (iç koruma), md. 24 ise, başkalarının saldırılarına karşı (dış koruma) korumaktadır (44). Hâkim görüşe göre ise, Medeni Kanunun gerek 23, gerek 24 ve 24a maddeleri kişilik hakkını dıştan gelen saldırılara karşı korur (45). Bu iki madde arasındaki fark kendisini şurada gösterir: Medeni Kanun md. 23, kişilik hakkının kişinin rızasıyla (hukuki işlem sonucu) ihlâlini önlemeye yönelmiştir. Medeni Kanun md. 24 (ve 24a) ise, kişilik hakkını kişinin rızası dışında üçüncü kişilerin saldırılarına (yani hukuki işlem dışı saldırılara) karşı korumayı amaçlar. Biz de hâkim görüşe katılmayı uygun bulmaktayız.

(44) Seymen, Şahıslar Hukuku, sh. 123; Akıpek, sh. 119; Serozen, sh. 94; Atalay, Şahıslar Hukuku, sh. 148; Köprülü, sh. 289, 290; Öztan, sh. 130; Oğuzoğlu, sh. 287 vd.

(45) Karayalçın, sh. 266; Tandoğan, sh. 5, 6; Dural, sh. 154; Üzsunay, sh. 151; Tekinay-Giriş, sh. 251; Oğuzman/Seliçi, sh. 94; İmre, sh. 447; Ayiten, Organ Makli sh. 139, 140.

b. Kişilik Hakkını Koruyan Davalar

Medeni kanun ve Borçlar Kanununda kişilik hakkını koruyan davaları, "savunma davaları" ve "tazminat davaları" olmak üzere ikiye ayırmak gerekir (46).

aa. Savunma Davaları

Savunma davaları, kişilik hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehdidi altında bulunan kimsenin, hâkimden koruma elde etmek amacıyla açtığı davalardır (47). Bu davaların açılabilmesi için zarar ve kusurun varlığı şart değildir (48).

3444 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, Medeni Kanununun 24 üncü maddesinin, "Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün menini talep edebilir" şeklindeki birinci fıkrasına göre, kişilik değerleri hukuka aykırı olarak ihlâl edilen kişi "tecavüzün durdurulması" davasını açabilmekte idi. Doktrin ve içtihatlarla bu davanın yanında iki dava çeşidi daha öngörülmüştü (49). Bunlar mevcut ihlâlin haksızlığının tespiti davası ile ileride meydana gelebilecek bir ihlâlin

(46) Eren, sh. 366.

(47) Eren, sh. 366; Tercier, Personnalité, sh. 106.

(48) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 162; Dural, sh. 160.

(49) Eren, 366; Öztan, sh. 135; Kılıçoğlu, sh. 195; Üzsunay, sh. 159 vd; İmre, İsim, sh. 806.

önlenmesi davalarıydı. Kanun koyucu, içtihatların öngördüğü bu dava çeşitlerini, son değişiklikle Kanun metnine almıştır. Gerçekten, Medeni Kanununun 246 maddesinin birinci fıkrasına göre, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan veya bir tecavüz tehlikesi karşısında bulunan bir kişi, tecavüze son verilmesini veya tecavüz tehlikesinin önlenmesini talep edebileceği gibi, sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini" talep edebilir.

Şu halde kişilik hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehdidi altında bulunan kişiler, hakimden koruma elde etmek amacıyla "tecavüzün durdurulması", "tecavüzün önlenmesi" ve "tecavüzün tespiti" davaları açabilirler.

aaa. Tecavüzün Önlenmesi Davası;

Bu halde, kişilik hakkına henüz bir tecavüz yapılmamıştır. Ancak çok yakın bir gelecekte böyle bir tecavüz beklenilmektedir. Bu dava ile davacı, hakimden yakın bir gelecekte kişilik hakkına yapılacak bir tecavüzün önlenmesini istemektedir.

bbb. Tecavüzün Durdurulması Davası;

Bu dava, kişilik hakkına hukuka aykırı bir tecavüzün yapılması ve bunun halen devam etmesi halinde açılır. Tecavüz sona ermişse, tecavüzün durdurulması davası açılmaz (50).

(50) Müdahalenin sona ermesinden ne anlaşılacağı konusunda bkz. Kocayusufoğlu, sh.151 vd; Kılıçoğlu, sh. 207; Zevkliler, sh. 494.

ccc. Tecavüzün Tespiti Davası;

Kişilik hakkına yapılan bir tecavüzün hukuka aykırı olduğunun mahkemece tespiti amacıyla açılan davaya tespit davası denir. Medeni Kanunun 24a maddesine göre, "... sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti" istenebilir. Şu halde, kişilik hakkına vaki tecavüz sona ermiş olsa bile, etkisinin devam etmesi halinde tespit davası açılabilir (51).

Medeni Kanun md. 24a uyarınca ayrıca, mahkeme kararının yayımlanması ve üçüncü kişilere duyurulması istenebilir. Hükmün ilânı ve üçüncü kişilere duyurulmasıyla kişinin toplumsal saygınlığı yeniden sağlanmak istenmiştir (52).

bb. Tazminat Davaları

Tazminat davalarında kişilik hakkına haksız tecavüz sona ermiştir. Bu davalarla davacı, sona eren haksız tecavüzün olumsuz sonuçlarını, yani zararın giderilmesini, telafi edilmesini amaçlar. Tazminat davaları genel olarak maddi tazminat davası ve manevi tazminat davası olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca kişilik hakkına haksız tecavüzden elde edilen menfaatlerin, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesinin istenmesi de mümkündür. (MK. md. 24a)

aaa. Maddi Tazminat Davası;

Maddi tazminat davası, kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi halinde ortaya çıkan maddi zararın tazmini için açılır.

(51) Bkz. Jäggi, sh. 191 vd; Dural, sh. 160.; Zevkliler, sh. 498.

(52) Bu konuda bkz. e.ş.a.sh.144 vd; Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, sh. 197, 214 vd; Dural, sh. 167; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 166 vd.; Zevkliler, sh. 499 vd.

Burada Borçlar Kanununun 41 inci maddesi anlamında bir kusur sorumluluğu söz konusudur. Bu sebeple maddi tazminat davası açılabilmesi için hukuka aykırı bir davranış, zarar, kusur ve illiyet bağı gereklidir (53).

bbb. Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Haksız Tecavülden Elde Edilen Menfaatlerin Geri İstenmesi;

Kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen kişi, bu ihlâlden elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir. (MK. md. 24a/II) Bu davanın dayanağı Borçlar Kanununun 414 üncü maddesidir. Burada kişilik hakkının korunması için tamamlayıcı bir müeyyide sağlanmıştır. Çünkü elde edilen kazancın talep edilmesi, tazminat ve iade istemlerinde olduğu gibi, hakkı ihlâl edilenin mamelekindeki eksilme ile sınırlandırılmış değildir (54). Kanun koyucu bu istemi, kişilik hakkının korunması açısından daha da belirginleştirebilmek için Medeni Kanunun 24a/II maddesinde açıkça öngörmüştür.

ccc. Manevi Tazminat Davası;

Manevi tazminat davası kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevi zararın tazmini için açılan davadır.

Tezimizde kişilik hakkının ihlâlinde kişinin korunmasını sağlayan davalardan manevi tazminat davası incelenecektir.

(53) Öztan, sh. 138; Dural, sh. 160; Oğuzman/Seliçi, sh. 100.

(54) Tandoğan, C.II, sh. 676;

BÖLÜM I

MANEVİ ZARAR

§ 2. GENEL OLARAK ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

I. ZARAR KAVRAMI

Zarar kavramı, hukukumuzda "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (1).

Dar anlamda zarar bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi, yani maddi zararı ifade etmektedir (2).

Geniş anlamda zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlar birlikte, şahıs varlığında başka bir deyişle manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Böylece geniş anlamda zararı, "Bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme" olarak tanımlamak mümkündür (3). Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında zarar, geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve bu, maddi zararı kapsadığı gibi, manevi zararı da kapsamaktadır. Buna

(1) Eren, sh. 37; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 735; Ünal.Sh. 398

(2) Oftinger. I, sh. 53, 54; Keller, sh. 39; İnan, sh. 273, 274; Tandoğan, Mesuliyet. sh.63; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop,sh.735,876,

(3) Eren, sh. 37; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 63; Koziol.I, sh.9; İnan, sh. 274; Akünal, sh. 43; Keneti, Kusur, sh. 41; Ünal, sh. 399,400; Karahasan, sh. 74, 75.

karşılık Türk-İsviçre hukuklarında doktrin ve uygulamada zarar sözünden daha çok maddi zarar kavramı anlaşılmaktadır (4). Biz, zarar kavramını maddi ve manevi zarar kavramlarını karşılayacak şekilde geniş anlamda kullanmakla birlikte, bu kavramları, kanunumuzda kullanılmış ve hukuk dilimize yerleşmiş olmaları nedeniyle "maddi zarar" ve "manevi zarar" olarak ayırmayı uygun bulmaktayız.

II- MADDİ ZARAR

A. KAVRAM

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığının halen içinde bulunduğu durum ile, zarar verici hukuka aykırı fiil doğmasaydı bulunması gereken durum arasındaki farktır (5). Yani maddi zarar bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, maddi zarar üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir (6).

B. MADDİ ZARAR ÇEŞİTLERİ

Maddi zarar, fiili zarar, yoksun kalınan kâr; şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan doğruya zarar, dolayısıyla zarar; müspet zarar, menfi zarar, somut zarar, soyut zarar olmak üzere çeşitli türlere ayrılır (7).

(4) Oftinger, I. sh. 53-54; Keller, sh. 39; Koziol, I, sh. 9 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 735; Arsebük, sh. 150; YHGK. 14.2.1968, E. 1-403, K. 76 (Karahasan, sh. 147)

(5) İnan, sh. 274; Yeldet, Armağan, sh. 743; Ünal, sh. 399

(6) Eren, sh. 38; İnan, sh. 274; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 19,20.

(7) Eren, sh.43; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 752 vd.

1. Fiili Zarar - Yoksun Kalınan Kâr

Fiili zarar, malvarlığının mevcut, net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Bu azalma, malvarlığının aktif kısmının eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir (8). Yoksun kalınan kâr, malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmadır (9).

2. Şahsa Verilen Zarar - Şeye Verilen Zarar - Diğer Zararlar

Şahsa verilen zarar adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonunda malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Şahsa verilen zarara, vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar (cismani zarar) adı da verilmektedir (10). Şeye verilen zarar, maddi malların ihlali dolayısıyla doğan zararlardır. Şahsa veya şeye verilen zararlar dışında kalan zararlara diğer zararlar denilmektedir. Özellikle hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık dışında kalan ticari itibar, fikir ürünleri hakkı (Telif Hakları) gibi kişilik değerlerinin ihlalinden kaynaklanan zararlar buraya girer (11).

3. Doğrudan Doğruya Zarar - Dolayısıyla Zarar

Zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan doğruya zarar, diğerleri ise dolaylı zarardır. Doğrudan zarar ve dolaylı zararlar

(8) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 64; Eren, sh. 43; İnan, sh. 274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 752.

(9) Eren, 43; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 65; İnan, sh. 275.

(10) Eren, sh. 45.

(11) Eren, sh. 45, 46; İnan, sh. 276

için tazminat uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağına göre tespit edilir (12). Haksız fiil hukukunda "üçüncü şahsın zararı" veya "yansıyan zarar"dan, failin fiilinden zarar gören yanında, aynı zamanda üçüncü bir şahsın zarar görmesi halini anlamak gerekir (13). Doğrudan doğruya zarar, dolaylı zarar ayrımı bugün artık esas itibarıyla haksız fiiller alanında terk edilmiştir. Bu itibarla, fiille uygun illiyet bağı içinde bulunan her zarar doğrudan zarardır (14).

4. Müspet Zarar - Menfi Zarar

Müspet zarar-menfi zarar ayrımı, sözleşme sorumluluğunda sözkonusu olmaktadır. Genel olarak, menfi zarar sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise ifa edilmemesinden doğan zarardır.

5. Somut Zarar - Soyut Zarar

Somut veya sübjektif zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir. Buna "Tabii zarar" da denilmektedir (15). Burada zarar, ihlâl edilen değer malvarlığının bütünü içindeki yeri ve zarar gören işin arzettiği sübjektif değer ve önemi üzerinden hesaplanır. Soyut veya objektif zarar da ise, ihlâl edilen varlığın tek başına piyasada arzettiği objektif değer esas alınır.

(12) Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 761; Eren, sh. 46.

(13) Eren, sh. 67; Ayrıca daha geniş bilgi için, Bkz. esa. sh. 133 vd.

(14) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 70; Eren, sh.66.

(15) Eren, sh. 48

II. MANEVİ ZARAR

A. TANIM

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde (şahıs varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilmedir (16).

B. UNSURLARI

Manevi zarar dört unsurdan oluşur. Bunlar kişi, kişilik değerleri, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme ve bu eksilmenin kişinin iradesi dışında olmasıdır.

1. Kişi Unsuru

Haklardan faydalanan, hak ve borçlara sahip olan varlıklara "kişi" denir (17).

Hukukumuzda her insanın bir "kişi" olduğu ve ilke olarak tüm insanların haklara eşit bir şekilde sahip olma ehliyetinin varlığı kabul edilmiştir (MK.md. 8). Ayrıca, toplum hayatının bir gereği olarak, hukuk düzenince bazı insan ya da mal toplulukları "kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu şekilde başlı başına varlığı bulunan, haklara ve borçlara sahip olan, kendi fiiliyle hukuki muamele yapan topluluklara tüzel kişi (hükmi şahıs) denmektedir (18).

(16) Eren, sh. 49; Stoll, sh. 127 vd.

(17) Dural, sh. 3; Öztan, sh. 4; Oğuzman/Selici, sh. 2; Zevkililer, sh. 179

(18) Öztan, sh. 6; Özsunay, sh. 11; Özsunay-Tüzel Kişiler, sh. 3; Oğuzman/Selici, sh. 2

Hukuk sistemimizde "kişi" kavramı hem "gerçek kişileri", hem "tüzel kişileri" kapsar.

a. Gerçek Kişiler

Gerçek kişiler, insanlardır. İsviçre/Türk hukuku diğer modern hukuklar gibi, insana sırf insan olduğu için, başka hiç bir şart aramaksızın hak ehliyetini vermiş; onu, hakların ve yükümlülüklerin süjesi olarak görmüştür (19). Temyiz gücü olmayanlar da insan olduklarından kişi kavramına girmekte ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip bulunmaktadır.

b. Tüzel Kişiler

Kanun koyucu hukuk kurallarının gösterdiği şekle uygun olarak bir amaç etrafında toplanan insan topluluklarının (dernek, şirket) veya belirli bir amaca tahsis edilen mal topluluklarının (vakıf) "kişi" sayılabileceğini kabul etmiştir (MK, md. 45 vd). İnsanların dışında bazı birey veya mal topluluklarının "kişi" olarak kabul edilmesi bir hukuk politikası sorunudur (20). Toplumsal hayatın beraberinde getirdiği problemleri insanların tek başına karşılayamamaları, güçlerini birleştirme ihtiyacını doğurmuştur (21). Böylece insanların güçlerini belirli bir amaç için birleştirmeleri sonucu oluşan kişi ve mal topluluklarına, hukuk düzeni hak ve borçlara sahip olma yeteneğini tanımıştır. Tüzel kişiler de "kişi" kavramına dahildir.

(19) Dural, sh. 6-7; Özsunay, sh. 10; Öztan, sh. 6; Zevkliler, sh. 180

(20) Dural, sh. 4 vd; Öztan, sh. 5 vd;

(21) Özsunay, Tüzel kişiler, sh. 3

3444 sayılı Kanunla değiştirilen BK.nun 49 uncu maddesinde "kişi, uğradığı manevi zarara karşılık.... bir miktar para ödenmesini dava edebilir" cümlesinde "kişi" terimi kullanılmaktadır. O halde manevi zarara uğrayan "kişi" manevi tazminat talep edebilir. "Kişi" kavramı ise yukarıda açıkladığımız gibi, hem "gerçek kişileri" hem de "tüzel kişileri" kapsamaktadır.

2. Kişilik Değerleri (şahısvorluğı, Kişilik Hakkı)

Kişinin toplum içindeki yeri dolayısıyla diğer kişilerde saygınlık yaratabilmesi ve kendini geliştirebilmesi için, onun, hukuken korunan bazı değerlere sahip olması gerekir. Kişinin kişi olmak sıfatıyla sahip olduğu hukuka korunan değerlere kişilik değerleri (şahısvorluğı, kişilik hakkı) denmektedir (22). Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerler kişilik değerlerini oluşturur. Bu kişilik değerleri "fizik kişilik değerleri" , "duygusal kişilik değerleri", "sosyal kişilik değerleri" olmak üzere üçe ayrılır (23).

a. Fizik (maddi) Kişilik Değerleri

Fizik kişilik değerleri hayat, vücut bütünlüğü, sağlık hakkı, hareket hürriyeti, cinsel özgürlük hakkı gibi daha çok insanlarda söz konusu olan kişilik değerleridir.

(22) Bkz. yuk. řh. 1 vd.

(23) Eren, řh. 365

b. Duygusal Kişilik Değerleri

Duygusal kişilik değerleri, kişinin toplumda birlikte yaşadığı yakınlarıyla kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı ile evlilik ilişkisinin sayılması ve ailesini seyme hakkıdır.

c. Sosyal Kişilik Değerleri

Sosyal kişilik değerleri şeref, haysiyet, isim ve resim üzerindeki hak, özel hayata saygı, ticari itibar gibi toplumsal hayattan doğan kişilik değerleridir. Sosyal Kişilik değerlerine hem gerçek kişiler, hem de tüzel kişiler sahiptir.

3. Kişilik Değerlerinde Meydana Gelen Eksilme

Manevi zararın meydana gelebilmesi için kişinin kişilik değerlerinde objektif bir eksilme olmalıdır (24). Kişilik değerlerindeki eksilme, bu değerlerin hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi sonucu meydana gelir. Örneğin bir kimsenin ölmesi, kolunun sakatlanması, bir kaza sonucunda yürüyemez hale gelmesi, özel yaşamına ait sırların bir gazetede yayınlanması, yalan ve çirkin yakıştırmalar nedeniyle şeref ve haysiyetinin ihlâl edilmesi, kişilik değerlerini objektif olarak eksilmesine neden olur.

(24) Eren, sh. 49; Stoll, sh. 127 vd.

4. Eksilmenin İrade Dışı Olması

Manevi zararın meydana gelebilmesi için, kişinin kişilik değerlerindeki eksilmenin onun iradesi dışında gerçekleşmesi gerekir. Örneğin bir kimse başkasının hareket hürriyetini haksız olarak kısıtlar, onu bir odaya kapatıp dışarı çıkmasına engel olursa veya sağlığı bozucu şartlar içinde yaşamaya zorlarsa, bir gazete onun sırlarını açıklamaya, haysiyetini ihlâl eden yayınlar yapmaya başlarsa, o kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında bir eksilme meydana getirmiş olur. Diğer taraftan bir kişi, özel hayatındaki sırların gazetede yayınlanmasına, tıbbi bir müdahale gerektiğinde ameliyat edilmesine razı olursa; resminin yayınlanmasına, isminin kullanılmasına izin verirse, burada hukuka aykırılık söz konusu olmadığından (25) manevi zararın tazminini talep edemez.

Ancak, bazı hallerde, mağdurun kişilik haklarına yapılacak tecavüzlere rıza göstermesi manevi tazminat talep etmesini engellemez. Çünkü bu rıza her zaman hukuka uygunluk sebebi değildir. Örneğin kişinin hayatı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. İyileşmesi imkânsız bir hastayı çektiği acıdan kurtarmak için öldürmek, hastanın rızasına rağmen hukuka aykırıdır (26). Bir kişinin iradesiyle vazgeçemeyeceği ve üzerinde tasarrufta bulunamayacağı kişilik değerlerine ilişkin tecavüz mağdurun rızasıyla gerçekleşmiş olsa dahi kişilik haklarının ihlâli sayılır, bunun sonucu olarak mağdur manevi tazminat isteyebilir.

(25) Bkz. esa.sh. 85 vd.

(26) Öztan, sh. 114; Dursal, sh. 118; Üzsunay, sh. 99; İmre, sh. 420.

Manevi zarar yukarıda açıkladığımız bu dört unsurdan meydana gelmektedir. Ancak doktrindeki hakim görüş (27), manevi zarar için bir başka unsur daha aramaktadır. Bu unsur, kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme nedeniyle üzüntü ve elem duyması, bu eksilmenin bilincinde olmasıdır. Bu nedenle manevi zarar konusunda kabul edilen görüşler "objektif görüş" ve "subjektif görüş" olarak ikiye ayrılmaktadır.

(27) Bkz. asa sh.29, dn.1.

§ 3. MANEVİ ZARARI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

I. SÜBJEKTİF GÖRÜŞ

Doktrinde hâkim olan sübjektif görüşe (1) göre, manevi zararın meydana gelebilmesi için sadece kişilik haklarının haksız saldırıya uğraması ve bu değerlerde objektif bir eksilmenin vuku bulması (objektif unsur) yeterli değildir. Ayrıca, zarar görenin sözkonusu ihlâl sonucu meydana gelen eksilmeyi yaşamaması, duymaması da gerekir (2). Bu teoriye göre zarar gören şahısvarlığındaki ihlâl sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmeli, huzur, rahatlık ve mutluluk duyguları azalmalıdır (3). Diğer bir deyişle, kişilik haklarının haksız ihlâl sonucu fizik veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama zevkini kaybolan veya azalan kişi manevi zarara uğramıştır (4).

Tercier'e (5) göre manevi zarar, kişilik değerlerinde objektif olarak gerçekleşen eksilme yanında, bu eksilmenin kişinin bilincine yansımaları ve kişiliğindeki bu objektif eksilme nedeniyle ruhsal huzurunu kaybetmesi, acı çekmesidir. Bu görüş sübjektif görüşten farklı değildir. Çünkü burada da manevi zararın gerçekleşmesi için, yine zarar görenin ruhsal dengesinin bozulması onun kişiliğindeki azalmanın farkına vararak acı duyması aranmaktadır.

(1) Jäggi, sh. 185 a vd; Büren, sh. 84,278; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145 vd; Tandoğan-Mesuliyet, sh. 330; İnan, sh. 275; Tekinay/Akmen/Burcuoğlu/Altop, sh. 876, 891, Tunçomeç, sh. 492; Feyzioğlu, sh. 585; Kılıçoğlu, sh. 245; Gürsoy, sh.8; Ünal, sh. 399 vd; Sirmen, sh. 371; Ateay, sh. 89; Ateay I, sh. 879; Franko, sh. 133 vd; Önen, sh. 153; Arsebük, sh. 194; Zararsız, sh. 304.

(2) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145; Kılıçoğlu, sh. 245; Aynı yazar, sh. 288 vd;Zen-Ruffinen (Çev.Burcuoğlu), sh. 367; Deschenaux-Tercier (Çev. Özdemir), sh. 24 vd.

(3) Bkz. Eren, sh. 50; Karş. Ünal, sh. 399 vd.

(4) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145.

(5) Tercier-Contribution, sh. 56 vd; Bkz. Eren, sh. 50, Kocayusufpaşaoğlu, sh. 147; Kılıçoğlu, sh. 245.

Sübjektif teori kabul edildiğinde iki önemli sonuç ortaya çıkar. Bunlardan birincisi, temyiz gücü olmayanların manevi tazminat talep edememeleridir. Zira temyiz gücü olmayan kimsenin bu durumu akıl hastalığı ya da akıl zayıflığından kaynaklanıyorsa, psikolojik varlığı ve ruhsal dengesi bakımından etkilendiği söylenemez. Bu itibarla temyiz gücü olmayanlar, bilinçleri yerinde olmayanlar acı, ızdırıp üzüntü duyamadıklarından, bunların manevi zarara uğramaları söz konusu olmaz (6).

Diğer sonuç ise, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edememeleridir. Tüzel kişiler de acı, ızdırıp hissedemezler. Bu sebeple tüzel kişilerin de manevi zararı olamaz, dolayısıyla manevi tazminat talep edemezler (7). Oysa İsviçre-Türk hukuklarında doktrinde (8) ve uygulamada (9), tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlâli sebebiyle manevi tazminat davası açabileceği kabul edilmektedir. Manevi zarar kavramına ilişkin objektif görüş üstün tutulduğu taktirde, bu sonucun isabeti tartışma götürmez (10). Fakat, sübjektif manevi zarar kavramı açısından

-
- (6) Kılıçoğlu, sh. 264; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 25; Zen-Ruffinen, sh. 365; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 893;
- (7) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 149-150-158; Kılıçoğlu, sh. 267; Aynı yazar, Tüzel Kişiler, sh. 293; Franko, sh. 190-191; Serozan, sh. 109; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 25, Karş. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 891 vd;
- (8) Jäggi, sh. 158 vd; Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 119; Oser/Schönenberger, Art 49, N. 11; Tandoğan, sh. 333; Feuzioğlu, sh. 611; Saymen, sh. 192; Aynı yazar, Makale, sh. 141 vd.
- (9) BGE 64 II 21-22; 95 II 488-489;
Y4HD, 22.6.1973, E.7879, K.6928 (Karahasan, sh.1394);
Y4HD, 13.2.1979, E.10088, K.14000 (Karahasan, sh. 1385-1386)
Y4HD, 15.2.1982, E. 1981-12879, K.1544 (Yayınlanmamıştır).
- (10) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 149-150; Bkz. asa., sh. 32 vd.

tüzel kişilerin duygusal hayatlarını bulduğu, onların kişilik haklarına yapılan haksız tecavüz sebebiyle acı duyacakları ve ruhsal dengelerinin bozulacağı ileri sürülemez (11). Bu sebeple son zamanlarda doktrinde, sübjektif manevi zarar görüşünün zorunlu sonucu olarak tüzel kişilerin manevi tazminat talep edemeyecekleri savunulmaktadır (12).

Yargıtay esas itibariyle manevi tazminatın "kişilik hakları tecavüze uğrayan kişinin duyduğu manevi acıyı bir oranda gidermek ve bozulan ruhsal dengeyi onarmak" amacına yönelik olduğunu kabul etmektedir (13). Buna karşılık, manevi zararı "kişilik hak ve değerlerinde irade dışı gerçekleşen objektif eksilme" olarak (14) tanımlayan Yargıtay'ın, tüzel kişiler (15) ile yakınları öldüğünde henüz çok küçük yaşta olan, hatta ana rahminde olup da sonradan sağ doğan çocuklar (16) için manevi tazminata

(11) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 150; Kılıçoğlu, Tüzel Kişiler, sh. 293

(12) Tercier-Contribution, sh. 64, 65 Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 25; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 150; Kılıçoğlu, sh. 267; Aynı yazar, Tüzel Kişiler 293; Franko, sh. 190-191; Serozan, sh. 109.

(13) Y4HD, 25.5.1984, E.3096, K.5006 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 29.12.1983, E. 9113, K. 10507 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 12.10.1978, E.11736, K.11322 (Karahasan, sh. 1388, 1389)

(14) "Bir şahsın kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeye manevi zarar denir" Y4HD, 25.11.1986, E.6218, K. 8005 (Yayınlanmamıştır)

(15) Bkz. 4HD,13.2.1979, E.10088, K.1400 (Karahasan, sh. 1385, 1386); Y4HD, 15.2.1982, E. 1981/12879, K. 1544 (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 22.6.1973, E. 7879, K. 6928 (Karahasan, sh. 1210)

(16) Y4HD, 12.10.1983, E.7784, K.8331, (YKD.1983, sh. 12, sh.1750, 1751); Y4HD, 5.3.1979, E.9773, K.2900 (Karahasan, sh. 1284); Y15HD, 18.6.1975, E.1483, K.3084 (Karahasan, sh. 1287); Y15HD, 13.6.1975, E.2864, K.3019 (Karahasan,sh. 1287); Y9HD. 8.7.1968, E.6080, K.9754 (Karahasan, sh. 1290)

hükmeden kararları da mevcuttur. Aslında temyiz gücü olmadığından bu çocukların acı ve elem duyguları sözkonusu değildir. Ancak, Yargıtay'a göre bir çocuk için babasız ya da kardeşsiz büyümek kalıcı bir ızdırıp ortamı yaratacaktır ve çocuk yeterli bilince eriştiğinde bu ızdırıpı duyacaktır (17). Bu sebeple Yargıtay ileride gerçekleşecek olan acı ve ızdırıp, yani manevi zarar için manevi tazminata hükmetmektedir (18).

Ayrıca, bazı yazarlar (19) ve Yargıtay (20) ileride iyileşme ihtimali bulunan akıl hastaları için de manevi tazminata hükmedilebileceği görüşündedir.

II. OBJEKTİF GÖRÜŞ

Objektif teoriye (21) göre manevi zarar, bir kişinin kişilik haklarında (şahısvarlığında) iradesi dışında, hukuka aykırı bir tecavüz (saldırı) sonunda meydana gelen objektif eksilme ve kayıplardır. Kişilik haklarını oluşturan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerlere yapılan her saldırı, bu

(17) Y4HD, 5.3.1979, 9773/2900 (Karahasan, sh. 1284); "...Çocuğun ölüm gününde küçük olması, babasının ensızın ölmesinin acısını duyamayacağı anlamında değerlendirilemez. Üstelik manevi zararın ölüm anında doğmasının manevi tazminatın bir ögesi bulunduğu yolunda bir hüküm yoktur. Manevi zararın sonradan doğması olanaklıdır." 15.HD. 22.10.1974, E.807, K.1207 (Karahasan, sh. 1288); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 885'de bu görüşü isabetli bulmaktadır.

(18) "... Öte yandan ilke olarak manevi tazminat müessesesi kabul edildikten sonra küçüklerin geleceğe yönelik zararlarını karşılıksız bırakmak adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı düşer...." Y9HD, 30.6.1970, E.2600, K.7353, (Karahasan, sh. 1290)

(19) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 886, 893,894; Franko, sh. 143,177,181.

(20) "Olay anında akıl hastası olan kimsenin, hissetme gücü mevcut olmasa dahi, olaya göre ileride iyileşmesi mümkün ise, bu taktirde duyacağı elem ve ızdırıp manevi tazminat talebinin kabulüne imkân verir." Y4HD. 23.9.1966,E.6734,K.4349.(Franko, sh.143)

(21) Stoll, sh.127 vd; Oftinger, I, sh. 286 vd; Eren, sh. 49, 50 Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145; Kılıçoğlu, sh. 245.

değerlerde objektif olarak bir eksilme (zarar) meydana getirir (22). Şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye objektif teori denilmektedir (23) .

Manevi zarar, buna uğrayan kişinin genellikle maddi veya manevi bir acı duymasına sebep olur. Ancak, objektif teoriye göre manevi zarar duyulan bu acı, çekilen ızdırap değildir. Acı ve ızdırap, manevi zararın sadece sonucu veya onu ağırlaştırıcı bir sebep olabilir (24).

Objektif teori manevi zarar için kişilik haklarının haksız ihlâlini yeterli görmekte, bu ihlâl dolayısıyla kişinin acı ve ızdırap duymasını, ruhsal dengesinin bozulmasını aramamaktadır. Zarar görenin duyması muhtemel acılar ve hoşnutsuzluk duyguları, objektif teoriyi savunanlara göre manevi zararın ağırlaştırıcı unsurları olarak nitelendirilmelidir (25).

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Çağımızda kişilik hakkı temel hakların başında gelir. Toplum hayatının temeli, devletin varlık sebebi olan kişinin gelişmesi, varlığını koruyabilmesi için, kişilik değerlerinin mümkün olduğu kadar etkili

(22) Stoll, sh. 127 vd; Oftinger, I, sh. 290

(23) Bkz. Stoll, sh. 127 vd; Tercier, Contribution, sh. 52; Oftinger, I, sh. 289-290; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145; Kılıçoğlu, sh. 245; Tekinay/Akmen/Burcuoğlu/Altop, sh. 891.

(24) Eren-Başın, sh. 14; "Manevi zarar buna uğrayan kişinin genellikle maddi veya manevi bir acı duymasına neden olur. Ne var ki manevi zarar, duyulan bu acı, çekilen ızdırap değildir. Acı ve ızdırap manevi zararın sadece sonucu olabilir" Y4HD, 25.11.1986, E. 6218, K. 8005 (Yayınlanmamıştır).

(25) Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 145;

bir şekilde korunması gerekir. Günümüzde teknolojideki gelişmelere paralel olarak kişilik hakkının ihlâl edilmesi ihtimalinin artması, kişilik hakkının korunmasında daha etkili önlemler alınmasını gerekli kılmıştır. Bu sebeple kişiyi ve kişilik hakkını daha iyi koruyan çözümlerin getirilmesi gerekmektedir.

Tüzel kişiler sosyal hayatın bir gereği olarak, hukuk düzeni tarafından kişi olarak kabul edilmiştir. Medeni Kanununun 46 ncı maddesine göre tüzel kişiler yaradılışı icabı insana özgü olan haklardan başka bütün haklara sahiptirler. O halde, tüzel kişiler sosyal kişilik değerlerine sahiptir; onların da bir ismi, toplum içinde bir saygınlığı, ticari itibarı vardır ve bu kişilik değerleri de korunmalıdır. Oysa tüzel kişilerin acı, ızdırap, elem duymaları söz konusu olmaz. Bu nedenle manevi zarar için kişinin acı, ızdırap duymasını arayan sübjektif görüş kabul edildiği takdirde, tüzel kişilere bu yetenekten yoksun olduğu için, manevi tazminat talep etme hakkı tanınmaz (26).

Hukuk düzenimiz, her insanı insan olması nedeniyle bir hak süjesi olarak kabul etmiştir (27). Bu nedenle temyiz gücü olmayanlar da hak ehliyetine sahip olup, onların da kişilik hakları vardır. Durum böyle olunca temyiz gücü olmayanlarla bilinçleri yerinde olmayanların acı, ızdırap hissedemeyeceklerini ileri sürüp bunların zarara uğramayacaklarını ve dolayısıyla manevi tazminat talep edemeyeceklerini savunmak, bu kişilerin kişilik değerlerinin diğer kişi ve insanlara oranla daha az

(26) Bkz. yuk. sh. 30

(27) Bkz. yuk. sh. 23 vd.

korunması sonucunu doğurur. Bunun sonunda ise, temyiz gücü olmayanların kişilik değerleriyle diğer insanların kişilik değerleri arasında kişilik hakkının korunması açısından bir eşitsizlik yaratılmış olur. Çünkü, sübjektif görüş kabul edildiği takdirde, hukuka aykırı bir davranış sonucunda bilinç kaybına uğrayan kimseye, acıyı hissetmesi mümkün olmadığından manevi tazminat hakkı tanınmazken, daha hafif bir ihlale uğrayan kimse sırf acıyı duyduğu için manevi tazminat talep edebilmektedir. Bu, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adalet ve hakkaniyet fikrine de aykırıdır.

Bazı yazarlar (28) tüzel kişinin manevi tazminat talep edememesinin, onun hukuksal korumadan yoksun kaldığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Bu yazarlara göre, tüzel kişiler, kişilik haklarının korunması için savunma davalarını (29) rahatlıkla açabilirler. "... manevi zarara uğraması sözkonusu olmadığı için manevi tazminat davası açamayan tüzel kişi, kendisi hakkında toplumda uyandırılan yanlış ve olumsuz izlenimleri silmek, yani haksız tecavüz sonucu ortaya çıkan tecavüz durumunu ortadan kaldırmak üzere pekâlâ bir tecavüzün durdurulması davası açabilecektir." (30) Özellikle, yapılan müdahalenin hukuka aykırı olduğunun tespiti ve bu hükmün ilâmı tüzel kişinin toplumda kaybettiği saygınlığını yeniden elde etmesinde etkin bir koruma sağlamaktadır. Öyle ki bu yazarlara göre (31), mehkeme kararının ilâmı kişilik hakkının hukuka aykırı ihlâllere karşı korumada manevi tazminata nazaran daha elverişlidir.

(28) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 150-158; Frenko, sh. 190; Kılıçoğlu, sh. 268; Aynı yazar, sh. 290 vd; Serozan, sh. 109.

(29) Bkz. yuk. sh. 15 vd.

(30) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 158.

(31) Kılıçoğlu, sh. 268; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 167 vd.

Oysa savunma davalarının (müdahalenin önlenmesi müdahalenin durdurulması, müdahalenin tespiti) fonksiyonu ve şartları manevi tazminat davasından tamamen farklıdır. Manevi tazminat davasının açılabilmesi için zararın gerçekleşmiş, doğmuş olması şarttır (32). Buna karşılık müdahalenin önlenmesi davasının açılabilmesi için, henüz kişilik hakkına bir müdahalenin yapılmamış ve dolayısıyla zararın doğmamış olması gerekir (33). Müdahalenin durdurulması ve müdahalenin tespiti davalarının açılabilmesi için ise, birincisinde müdahalenin, ikincisinde ise müdahale veya etkilerinin halen devamı şartı aranmaktadır (34). Örneğin, bir kişinin izni olmaksızın resminin büyük afişler ve duvar ilânlarıyla sergilenmesi ya da özel yaşamının bir gazetede günlük anılar şeklinde yayınlanması sözkonusu ise, müdahalenin kaldırılması için, bu yayın ve ilânlar devam etmelidir. Duvar afişleri sökülmüş ya da gazetede yayın sona ermişse artık müdahalenin durdurulması davası açılmaz. Ancak, meydana gelen manevi zararın giderilebilmesi için manevi tazminat davası açılabilir.

Ayrıca diğer kişiler, hem savunma davalarından yararlanabilmekte, hem tazminat davalarından yararlanabilmektedirler. Bu durumda temyiz gücü olmayanların ve tüzel kişilerin kişilik hakları diğer kişilere oranla daha az korunmakta ve bu kişiler arasında eşitsizlik meydana gelmektedir.

(32) Bkz. eşa. sh. 86

(33) Eren, sh. 366.

(34) Eren, sh. 366, 367; Kocayusufoğlu, sh. 156; Dural, sh. 150.

Doktrinde hâkim görüş (35) ve Yargıtay (36) sübjektif teoriyi benimsemekle beraber, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedir. Bir teori kendi içinde bütünlük göstermelidir ve kendi alanına giren konuların tümüne uygulanabilmelidir. Bu sebeple hem manevi zarar için kişinin elem, acı, ızdırap duymasını aramak hem de elem, acı, ızdırap duymadıkları halde tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanların manevi zararından sözetmek mümkün olmamalıdır. Tüzel kişilerin ve temyiz gücüne sahip olmayanların manevi zararı ancak objektif manevi zarar teorisi kabul edildiği takdirde söz konusu olabilir. Çünkü objektif manevi zarar teorisi kişinin kişilik değerlerindeki hukuka aykırı eylem yüzünden meydana gelen objektif eksilmeyi manevi zarar olarak kabul etmekte, ayrıca bu eksilme nedeniyle kişinin acı, ızdırap, elem duymasını aramamaktadır.

Temyiz gücü olmayanlar ve tüzel kişiler de kişi olarak kabul edildiğinden, başka bir deyişle, onların da kişilik hakları olduğundan kişilik haklarının haksız ihlâllere karşı korunması gerekir. Subjektif manevi zarar teorisi kabul edildiği takdirde, bu kişiler için kişilik hakkının korunması yollarından en etkilisi olan manevi tazminat talep edebilme yolu kapanmış olacaktır.

(35) Jggi, sh. 158 vd; Tandoğan, Mesuliyet sh. 333; Von Tuhr (ev.Edede), sh. 119; Feziloğlu, sh.611; Saymen, sh. 192; Atalay, Manevi Tazminat, sh.130, Gürsoy, sh. 12; Saymen, Makale, sh. 141 vd; Ayrıca bkz. yuk. sh. 29.

(36) Bkz. yuk.sh. 30

Kaldiki, 3444 sayılı kanunla değiştirilen BK.nun 49 uncu ve MK.nun 24 üncü maddesinde, eski metindeki "kimse" terimi yerine "kişi" terimi kullanılmıştır. Bu şekilde manevi tazminat talep edebilecek "kişi"lerden bahsedilmektedir. Kişi kavramına tüzel kişiler girdiği gibi, temyiz gücü olmayanlar da girmektedir. O halde Kanun bu değişiklikle, tüzel kişilerin ve temyiz gücü olmayanların manevi tazminat talep etmelerini kabul eden bir düzenleme getirmiştir. Böylece kanun koyucunun objektif görüşe eğilim gösterdiğini söyleyebiliriz. Ayrıca, Kanunda sübjektif görüşü destekleyen, manevi zarar için kişinin elem, acı, ızdırıp duymasını arayan bir madde veya hüküm de bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi yeni bir kararında sübjektif teoriyi açıkça eleştirerek objektif teoriyi benimsemiştir (37). İsviçre Federal Mahkemesi, 6 Temmuz 1982 tarihli Lémoni/Grisoni kararında, durumun bilincinde olmayan mağdurun dahi, maruz kaldığı manevi zararın tazminini talep etme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Hâkim, tazminatın miktarını belirlerken tecavüzün sübjektif sonuçlarını yani hissedilen acının ağırlığını dikkate almalıdır. Olayda, bir anesteziştin ameliyat sırasındaki hatası sonucu, 15 yaşındaki bir genç kız tam ve kesin bir şekilde sakat kalmıştır. Ağır bir bunalma ve bütün vücudundaki felç nedeniyle, genç kızın durumu her gün en az iki kişinin yoğun bakımını gerektirmektedir. Buna rağmen Federal Mahkeme, genç kız için yüzbin İsviçre Frankı manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Görülüyor ki, Federal Mahkeme bu kararında açıkça objektif manevi zarar görüşünü kabul etmiştir.

(37) BGE 108 II. sh. 422 vd.

Yargıtay da "... Borçlar Yasasının 49 uncu maddesinde tanzim edilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksilmedir.... Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru, itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının, bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı gerçeği ise ortadadır" (38) şeklindeki görüşüyle, tüzel kişiler açısından objektif manevi zarar teorisini, benimsemiştir. Ayrıca Yargıtay, "Bir şahsın kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeye manevi zarar denilmektedir. Manevi zarar buna uğrayan kişinin genellikle maddi veya manevi bir acı duymasına neden olur. Ne var ki manevi zarar, duyulan bu acı çekilen ızdırap değildir. Acı ve ızdırap manevi zararın sadece sonucu olabilir. Manevi zarar kişilik hak ve değerlerinde irade dışında gerçekleşen objektif eksilmedir." şeklindeki kararında açıkça objektif görüşü benimsemektedir (39).

Diğer taraftan kişinin elem, acı, ızdırap duyması unsuru son derece sübjektif bir unsurdur. Kimin, hangi oranda acı hissettiği, ızdırap çektiği objektif kriterlerle belirlenmemektedir (40).

Bu sebeplerle subjektif manevi zarar teorisine katılmamaktayız. Zira kanımızca, kişilik hakkının daha etkili ve kişiler arasında ayırım gözetmeden korunmasını sağlamak objektif manevi zarar teorisinin kabul edilmesiyle mümkün olabilir.

(38) 4.HD, 13.12.1979, 10088/14000 (Karahasan, sh. 1385-1386)

(39) Y4HD. 25.11.1986, E. 6218, K. 8005 (Yayınlanmamıştır)

(40) Eren, sh. 50; Karş. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 148;

BÖLÜM II

MANEVİ TAZMİNAT

§ 4. MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMI, FONKSİYONU VE NİTELİĞİ

I. MANEVİ TAZMİNAT KAVRAMI

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin yani manevi zararın giderilmesi, tazmin veya telafi edilmesidir (1).

Manevi tazminat genel olarak Medeni Kanunun 24, 24a ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Manevi tazminatı düzenleyen genel hüküm, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir".

Medeni Kanunun 24 ve 24a maddelerinde kişilik hakkının hukuka aykırı tecavüzlere karşı korunması düzenlenmiştir. Medeni Kanunun 24 üncü maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına tecavüz edilen kişinin hâkimden korunma isteyebileceği genel ilke olarak benimsenmiş, 24a maddesinde ise bu korunma yolları sayılmıştır. Medeni Kanunun 24a maddesinin II inci fıkrasında, birinci fıkrada korunma yolları olarak

(1) Eren, sh. 364; Stoll, sh. 1 vd; Oftinger, I, sh. 286-287; Bkz. karşı. Tercier, Personnalité, sh. 258; Tandoğan, Mesuliyet sh. 330; İnan, sh.338; Kocayusufoğlu, sh.142 vd; Üzün, sh. 138; Dural, sh. 161; Von Tuhr (Çev.Edege), sh. 116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Aktop, sh. 877; Ünal, sh. 400 vd; Kılıçoğlu, sh. 241 vd; Tunçoğlu, sh.492; Çalı, sh. 2,108; Ateş, sh. 108.

sayılan tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması, tecavüzün haksızlığının tesbiti davalarının yanında, manevi tazminat davası açma hakkı da saklı tutulmuş ve böylece Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine yollamada bulunulmuştur.

3444 sayılı kanunla değiştirilmeden önce Medeni Kanunun 24 üncü maddesinin II inci fıkrasında yer alan " Manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ davası ancak kanunun tayin ettiği halde ikame olunur." şeklindeki hüküm, manevi zararın tazminini kanunda açıkça öngörülen hallerle sınırlamaktaydı. Buna karşılık, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi "Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse, hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın, hususi ağırlığı icap ettiği surette, manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebilir" şeklinde genel bir hüküm içermekte ve böylece manevi zararın tazminini kusurun ve ihlâlin özel ağırlığı şartına bağlı kılmaktaydı (2). Bu düzenlemeler karşısında doktrinde, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi Medeni Kanunun 24 üncü maddesinin II inci fıkrasına oranla, genel bir hüküm olarak kabul ediliyor (3) ve bu hükümle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda özel bir düzenlemeyle koruma altına alınmış kişilik değerleri dışındaki kişilik değerlerinin ihlâl edilmesi halinde, zarar gören manevi tazminat isteyebiliyordu. Fakat, kanunda özel olarak düzenlenmiş kişilik değerleri dışındaki kişilik değerlerinin ihlâlinde, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde

(2) Bkz. yuk.sh.120 vd.

(3) Eren, sh. 365; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 332; İnan, sh. 339; Ünal, sh. 409; Saymen, sh. 106 vd; Kılıçoğlu, sh. 242; Dural, sh. 162; Feziloğlu, sh. 604; Gürsoy, sh. 9; Franko, sh. 32; Atasy, sh. 109; Yüce, sh. 404. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 887.

aranan kusurun ve ihlâlin ağırlığı şartı gerçekleşmediği takdirde, manevi tazminat talep edilemiyor ve bu kişilik değerleri diğerlerine oranla daha az korunuyordu (4). Bu nedenle, 3444 sayılı kanunla (5) isabetli olarak Medeni Kanununun 24 üncü maddesinin II inci fıkrasındaki, manevi tazminat davasının ancak kanunda öngörülen hallerde açılabileceği hükmü ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddesindeki ihlâlin ve kusurun özel ağırlığı şartı kaldırılmıştır.

3444 sayılı kanunun getirdiği düzenleme karşısında, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi, kişilik hakkının ihlâlinde meydana gelen manevi zararın tazminini düzenleyen genel bir hükümdür. Kişilik hakkı ihlâl edilen her kişi, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat talep edebilir. Medeni Kanununun 24 ve 24a maddeleri, kişilik hakkının korunma yolları arasında manevi tazminat talep etme hakkını da saklı tutarak Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine atıfta bulunmaktadır.

Manevi tazminat talebini düzenleyen özel hükümler de vardır. Bunlar; isim hakkının ihlâli (M.K.md.25), nişanın bozulması (M.K.md. 85), evlenmenin butlanı (M.K.md. 126/II), boşanma (M.K.md.143), babalık davası

(4) Bkz. 4.5.1988 tarih, 3444 sayılı kanunun gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, 18. Dönem, c. 10, yasama yılı. 1, S.Sayısı: 25.

(5) 4.5.1988 tarih, 3444 sayılı kanun, RG, 12 Mayıs 1988, s. 19812.

(M.K.md. 305), yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün ihlâli (B.K. md 47) halleridir. Özel hükümlerde manevi tazminat istemi, bu hükümlerin aradığı şartlara bağlı olarak ileri sürülür (6). Örneğin, vücut bütünlüğünün veya isim hakkının ihlâli sebebiyle manevi tazminat talep etmek için, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine dayanmaya gerek yoktur. Çünkü, bu hallerde Borçlar Kanununun 47 ve Medeni Kanunun 25 inci maddeleri özel hükümler getirmiştir.

Borçlar Kanununun 47 inci maddesi, fizik (maddi) kişilik değerlerinin, yani yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevi zararların tazminini düzenlemektedir. Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ise, bu sayılan kişilik değerleri dışında kalan kişilik değerlerinin, özellikle sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevi zararların giderilmesini amaçlayan manevi tazminat davasını düzenlemektedir (7).

Manevi tazminat akit dışı sorumluluk hallerinden başka, akdi sorumluluk hallerinde de Borçlar Kanununun 96/II maddesi gereğince talep edilebilir (8).

(6) Dural, sh. 162,163; HGK, 9.2.1985, E.1871, K.121 (YKD.1984, sh. 13); 4 HD, 4.3.1985, E.10306, K.1728 (YKD.1985, s. 6, sh. 806)

(7) Eren, sh. 365

(8) Eren, sh. 366; Oftinger, I. sh. 287-288; 13.HD, 24.9.1981, E.4831, K.6005 (YKD, 1981, s.12, sh. 1576, 1577)

II. MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU

Manevi tazminatın fonksiyonu doktrinde tartışmalıdır. Bunda telafi fonksiyonu görenler bulunduğu gibi, tatmin ve ceza fonksiyonu görenler de vardır.

A. TATMİN GÖRÜŞÜ

Doktrinde (9) ve uygulamada (10) hâkim olan bu görüş, manevi tazminatta zararın telafi edilmesini veya zarar verenin cezalandırılmasını değil, zarar görende uğramış olduğu manevi zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa hafifletip azaltacak bir tatmin fonksiyonu görmektedir.

Bu görüşe göre, mağdura manevi tazminat olarak bir miktar para ödendiği takdirde, onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya

(9) Jäggi, sh. 18a.vd; Von Büren, sh. 84 vd; Von Tuhr. (Çev.Edege) sh. 116; Oser/Schönenberger, Art 47.N.3; Seymen, sh. 92,95; Tendoğan, Mesuliyet sh. 330-331; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 17 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 877; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 160,161; Tunçoğlu, sh. 500,501; Franko, sh. 126; Serazan, sh.97; Zevkliler, sh. 502; Dural, sh. 161; Öztan, sh. 138 vd; Gündüz, sh. 18.

(10) Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969, E.32, K.12 (RG. 2.7.1966, S.13238; YİBK, 22.6.1969, E.7, K.7 (RG. 28.7.1966, s.12360); Y2HD, 31.10.1983, E.7616, K.8056 (YKD, 1984, s.11, sh. 1654); Y15HD.24.5.1976, E.921, K.2269 (YKD.1977, s.10, sh.1446); Y4HD,16.6.1977, E.9690, K.7016 (YKD, 1978, s.6,sh.916); Y4HD, 26.11.1987, E.6651, K.8688, (Yayınlanmamıştır); Y4HD; 17.2.1987,E. 9980,K. 9302 (Yayınlanmamıştır)

tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu oluşur (11). Manevi tazminat sevinçle ceza arasında bir denge kurmaya yönelir, yani acı için sevinç amacını taşır (12). Burada sözkonusu denge, verilen acı için, ödenen para ile sağlanmaktadır; başka bir ifade ile para bir denge aracı olmaktadır (13). Bu nedenle manevi zararın tazmininde ceza ile tazminat arasında yer alan bir tatmin niteliği vardır (14). Bazı yazarlara göre, aslında burada bir "tatmin" sözkonusu olmayıp, bir "tamir" vardır (15). Bu tamirde esas olan manevi huzurun yeniden yaratılmasıdır.

(11) Bkz. Eren, sh. 368; "Manevi tazminat, kişilik hakları tecavüze uğrayan kişinin, duyduğu ağır acıyı bir oranda gidermek amacına yöneliktir " Y4HD, 22.5.1984, E.3096, K.5006 (Yayınlanmamıştır); Ayrıca Bkz., Y4HD,12.10.1978, E.11739, K.11322 (Karahasan, sh.1388,1389)

(12) Druey, sh. 23; Riklin, sh. 386; Akünel, sh. 49,50.

(13) "Paremin bu alanda gördüğü iş.... bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten..... ibarettir." Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969, E.1968/33, K. 12 (RG. 2.7.1969, s. 13238; Ayrıca Bkz. Y4HD, 16.6.1977, E.9690, K.7016 (YKD, 1978, s.6,sh.916, 917)

(14) Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 18.21; Çalkın/Tuğsavul, sh.44; "Esasen manevi tazinat, ne bir ceza ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü davacının menfaati düşünülmezsizin, sorumlu olana hukukun ihlâlinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararı karşılamasını amaç edinmediği için de, gerçek manâda bir tazminat sayılamaz. Manevi tazminat mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevliit etmelidir" YİBK. 22.6.1966, E.7, K.7 (RG. 28.7.1966, s.13260); Ayrıca Bkz. Y4HD, 2.10.1984, E.6238, K.7225 (YKD, 1985, s.2, sh.190); Y4HD, 16.6.1977, E.9690, K.7016 (YKD 1978, s.6.sh. 916-917); Y4HD. 26.11.1987, E.6651, K.8688, (Yayınlanmamıştır), Y4HD. 17.12.1987, E.9980, K.9302 (Yayınlanmamıştır); Y4HD.1.5.1981, E.1187, K. 6165 (Yayınlanmamıştır); Y4HD. 21.1.1988, E.8053, K.669, (YHD, 1988, s. 5,sh.721,722)

(15) Winter, sh.36 vd. (Kılıçoğlu,Hukuki Nitelik, sh. 18'den naklen)

Şüphesiz şahıs varlığında meydana gelen eksilme parayla ölçülüp karşılanamaz. Bu bakımdan manevi zararın belli bir miktar para ile giderilebileceği kolaylıkla iddia edilemez (16). Ancak, tatmin görüşüne göre, mağdura ödenecek para, belirli oranda da olsa onun acı ve ızdıraplarının dindirilmesini sağlar (17). Fena ve acı bir his, paranın sağlayacağı iyi ve tatlı bir hisle tatmin ve telafi edilebilir. Kaldı ki, tazminat olarak ödenecek para acı ve ızdırapları tam olarak karşılamasa, gidermese bile, onun yarattığı olumsuz sonuçları, kötü etkileri hafifletebilir. Ödenecek bir miktar para, zarar görenin duyduğu acıların hafiflemesine, hiç değilse bazı avunma çarelerinin bulunmasına yardımcı olur, böylece bozulmuş olan ruhi huzurun kısmen de olsa yeniden elde edilmesini sağlar (18). Gerçekten manevi tazminat olarak ödenen para ile zarar gören, ihlâl edilen değerini yerine mümkün olduğu takdirde yeni ve

(16) "Manevi zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönteminde özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye yurmaktaki imkânsızlıkta ve manevi kayıpların telâfi kabul etmez niteliğindedir" Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969, E.1968-33, K.12, (RG. 2.7.1969, s.13238)

(17) Saymen, sh.92; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 21; "Paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut, manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir" (Anayasa Mahkemesi 11.6.1969, E.1968-32, K.12 (RG., 2.7.1969, s. 13238); Y4HD. 16.6.1977, E.9690, K.7016 (YKD, 1978, s.6., sh. 916-917);

(18) Von Tuhr(Çev. Edege), sh. 116; Tandoğan, Mesuliyet sh. 331, Özten, sh. 138 vd;

başka bir değer ikame ederek, şahıs varlığındaki azalmayı dengeleyebilir (19). Bu yeni değer genellikle mameleki bir değerdir. Böylece zarar görenin şahıs varlığında bir eksilme olurken, malvarlığında da bir çoğalma, artma meydana gelir ve bu şekilde mağdur, manevi bir tatmin, rahatlama ve haz duyar (20). Malvarlığında meydana gelen bu çoğalma sayesinde zarar gören bir başka şekilde sevinme, yeni duygular elde edebilme imkânına da kavuşabilir (21). Örneğin, hükmedilen para ile bir hayır kurumuna bağışta bulunmak veya bir yoksul öğrenciye bakmak kişide bir huzur hissi yaratabilir, ondaki acıyı unutmayı sağlayabilir.

Ayrıca, tatmin görüşünü savunan bazı yazarlara göre zarar verenin devlet eliyle, belirli bir miktar para ödemeye mahkum edildiğini görmek de, zarar görende bir tatmin bir rahatlama duygusuna neden olmakta ve böylece mağdur acı ve çöküntülerden kurtulmaktadır (22). Zarar verenin bu

(19) Bkz. Eren, sh. 369; "Para, genel bir değer olmak yönünden zarara uğrayanların katlandıkları acı ile denkleşecek birçok olanakları sağlayan, üstelik tatmin ve teselli yolları açan ve böylece manevi acılar ile kayıpları hafifleten bir araçtır" Y4HD. 22.6.1970, E.4924, K.5159 (Karahasan, sh. 1395-1396)

(20) Yon Tuhr (Çev. Edege), sh. 116; Tandoğan, Mesuliyet sh. 330, 331; Karahasan, sh. 1142; Töre, sh. 531.

(21) Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 4.

(22) Zevkililer, sh. 502; Yon Tuhr (Çev. Edege), sh. 116; Tandoğan, Mesuliyet sh. 331; Akipek, sh. 156; "Eylemde bulunan kişinin mahkum olması, yani haksızlığın sübuta ermesi mağduru zaten oldukça huzura kavuşturur ve böylece kısmen tatmin etmiş olur" Y2HD. 29.1.1976, E.9403 K.625 (YKD 1976, s.7, sh. 958); Karş. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 160.

şekilde cezalandırıldığını görmek, zarar görende belirli bir para kazanmaktan çok daha büyük bir tatmin duygusu yaratır (23). Özellikle manevi tazminat olarak çok düşük bir miktarda paranın ödenmesine karar verilmesi durumunda, bu kendini daha ağırlıklı gösterir (24).

Manevi tatmin ve rahatlama, haz duygusu, zarar görenle zarar verenin barışması, zarar görenin zarar vereni affetmesi hallerinde de doğar. Barışma ve af hallerinde zarar görenin hissettiği acı ve elem sona erer. Bu durumda manevi tazminat talebi ileri sürülemez (25).

Tatmin görüşü, ancak sübjektif manevi zarar teorisi kabul edildiği zaman savunulabilir (26). Zira, ancak manevi zarar, kişinin şahıs varlığının ihlâlinden duyduğu elem ve ızdırap olarak kabul edildiği takdirde, bu ızdırapların para ile elde edilebilecek sevinç ve huzur duygusu ile tatmin edilmesinden bahsedilebilir. Alınan paranın zarar görende bir tatmin duygusu yaratabilmesi için de onun böyle bir duygu ve yeteneğe sahip olması gerekir. Tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar böyle bir

(23) "Tecavüz edenin mahkemece mahkûm edilişi, davacı niteliğindeki kişilerde daha fazla bir tatmin hissi oluşturur" Y4HD., 3.2.1978, E.1130, K.1293 (Karahasan, sh. 1390,1391); "Manevi tazminat, bozulan manevi dengenin yerine gelmesi ve kişinin duygusal olarak tatmin edilmesini amaç edinen.... bir telâfi şekli olup bir bakıma haksızlığa uğrayan kimsenin kızgınlık hislerini dindirmek aracıdır" Y2HD.,31.10.1983, E.7617, K. 8056 (YKD, 1984, s.11. 1654)

(24) Zevkililer, sh. 502; Von Tuhr (Çev. Edege) sh. 118; Akipek, sh. 156; Franko, sh.127.

(25) Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 118; Öztan, sh. 140; Bkz. Eren, sh. 369; Tunçoğlu, Hizmet, sh. 3.

(26) Eren, sh. 369.

duygu ve yeteneğe sahip olmadıkları için, ödenen paranın bu kişilerde bir tatmin duygusu yaratması mümkün değildir.

Biz objektif manevi zarar görüşünü ve bunun sonucu olarak tüzel kişilerin ve temyiz gücü olmayanların manevi tazminat talep edebileceklerini kabul ettiğimizden (27), temelini sübjektif manevi zarar teorisine dayandıran tatmin görüşüne katılmıyoruz. Ayrıca, tatmin görüşü manevi tazminat için failin kusurunu gerektirir (28). Bu nedenle, sebep sorumluluklarındaki manevi tazminat ve sigortacının ödeyeceği manevi tazminat tatmin görüşü ile açıklanamaz. Çünkü, sebep sorumluluklarında zarar veren kusursuz olsa bile manevi tazminat ödemek zorundadır (29). Sigortacının tazminat ödeme borcu ise, sigorta sözleşmesine dayandığından, kusurlu ve sorumlu olmadığı halde, sigortacı tazminat ödemektedir (30).

B. CEZA GÖRÜŞÜ

Bazı yazarlar para olarak ödenen manevi tazminatta, zarar vereni

(27) Bkz. yuk.sh.33 vd.

(28) Eren, sh. 369.

(29) Bkz. esa.sh. 129 vd.

(30) Eren, sh. 369;

cezalandırma fonksiyonu görmektedirler (31). Bu yazarlara göre manevi tazminatın esas görevi failden bir miktar para almak suretiyle onu cezalandırmaktır. Ancak, burada diğer cezalardan farklı olarak, mağdur lehine bir para cezası söz konusudur (32).

Ceza görüşünü savunan yazarlara göre manevi tazminata hükmetmek için, zarara değil, kusura daha fazla önem verilmelidir (33). Zira, failin kusuruna göre tazminata hükmetmek, daha yüksek miktarlarda tazminat ödenmesine imkân vermektedir. Anglo-Amerikan hukukunda manevi tazminat bakımından ağırlık failin kusuruna verilmekte ve çok yüksek miktarlarda tazminata hükmedilmektedir (34). Karayalçın'a göre, manevi tazminatın önleme ve ceza fonksiyonu kabul edildiği takdirde, manevi tazminat miktarları yükseltilebilecek ve böylece kişilik hakkına yapılan ihlallerin tekrorlanması önlenilebilecek, kişilik hakkı daha etkili bir şekilde korunabilecektir (35).

(31) Karayalçın, sh. 267; Kamk, sh. 1166, 1167; Belgeşay, sh. 654 vd.

(32) Bkz. Saymen, sh. 83; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 15;

(33) Bkz. Saymen, sh. 84; Kılıçoğlu, Hukuku Nitelik, sh. 15; Franko, sh. 125.

(34) Bkz. Stoll, sh. 139; Karayalçın, sh. 267-272; Franko, sh. 125.

(35) Karayalçın, sh. 267 vd.

Diğer taraftan manevi zararın taktiri, failin kusurunu ölçmekten çok daha zordur. Mahkemeler mağdurun duyduğu elem ve ızdırabı ölçmede zorluk çektikleri halde, failin kusurunu daha kolaylıkla taktir edebilmektedir (36). Bu nedenle ceza görüşünde olanlar mağdurun durumu değil, failin kusurunun esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Ayrıca, bu yazarlara göre kanunda manevi tazminat için kusurun özel ağırlığının aranmış olması (37), failin kusuruna daha fazla önem verildiğini göstermektedir (38).

Dokrinde bazı yazarlar, manevi tazminatın tatmin fonksiyonu yanında kısmen de olsa ceza fonksiyonunu da kabul etmektedir (39). Bu yazarlara göre, manevi tazminat parasının ödenmesiyle, özellikle failin hâkim tarafından kınanmasıyla, mağdurun intikam duygusu tatmin edilmekte, zarar verenin malvarlığındaki özelle zarar göreni psikolojik olarak tatmin etmektedir. Bu itibarla manevi tazminatın manevi zararı gidermek kadar, onu önlemek ve zarar vereni cezalandırmak fonksiyonu da vardır (40).

(36) Bkz. Franko, sh. 125 vd; Belgesay, sh. 654 vd.

(37) Manevi tazminat için kusurun özel ağırlığının aranması şartı 3444 sayılı kanunla Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Ayrıca, bkz. sh. 120 vd.

(38) Bkz. Franko, sh. 125; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 15; Gürsoy, sh. 11.

(39) Tandoğan, Mesuliyet sh. 331; Gürsoy, sh. 11; Belgesay, sh. 654; Ayrıca Bkz. Zevkliler, sh. 502.

(40) Karayalçın, sh. 267; Baydar, sh. 450, 451; Başar, sh. 190.

Hâkim görüşü, manevi tazminatı cezai nitelikten uzak, bir özel hukuk kurumu olarak görülmektedir. Sebep sorumluluğu hallerinde manevi tazminatın kabul edilmesi (41), ceza görüşünün aleyhinde bir delildir (42). Zira, bu tür sorumlulukta kusur olmadan da zarar veren manevi zarardan sorumlu tutulmaktadır. Oysa manevi tazminat cezai nitelikte olsaydı, failin böyle bir tazminata mahkûm edilebilmesi için, kusurlu olması gerekirdi.

Ceza görüşü, sigortacının ödemek zorunda olduğu manevi tazminatla da bağdaşmaz (43). Zira, sigortacı kusurlu olmadığı gibi, zararı sorumlu olduğu, zarar verdiği için değil, sözleşme gereği borçlu olduğu için tazmin etmektedir.

Diğer taraftan manevi tazminatın amacı failin bir kayba uğraması değil, mağdurun zararını gidermektir (44). Bu sebeple manevi tazminat, zarar verenin malvarlığında bir azalmaya yol açmasına rağmen, zarar veren için bir ceza değil, zarar gören için bir tazminattır.

Manevi tazminat borcundan zarar verenin ölümü halinde mirascılarının sorumlu tutulabilmesi (45), manevi tazminatta müteselsil

(41) Bkz. asa. sh. 129 vd.

(42) Eren, sh. 370; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 17; Franko, sh. 127.

(43) Eren, sh. 370

(44) Yon Tuhr. (Çev. Edage), sh. 116; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 16; Saymen, sh. 86; Tunçameç, Hizmet, sh. 3.

(45) Bkz. asa. sh.137; Tandoğan, Mesuliyet sh. 336.

sorumlulukta sorumlu kişilerin herbirinden ayrı ayrı tazminatın tamamının istenebilmesi (46), manevi tazminatın bir ceza niteliğinde olmadığını göstermektedir. Zira, Ceza Hukukunda cezaların şahsiliği ilkesi sözkonusudur ve failin ölümü halinde mirasçıları cezadan sorumlu tutulamaz (47). Ayrıca, Ceza Hukukunda birden çok failden birine cezanın tamamını yüklemek mümkün değildir.

Ceza Hukukundaki kanunilik ilkesi de manevi tazminatın bir ceza olmadığını göstermektedir. Kanunilik ilkesi gereği her suçun cezasının yanında açıkça belirtilmesi gerekirken, manevi tazminatın miktarı her olayın şartlarına göre hâkim tarafından tayin edilmektedir (48). Ayrıca, ceza görüşü, devletin cezai sorumluluğu olmadığı halde manevi tazminata mahkum edilmesini de açıklayamamaktadır (49).

Manevi tazminatın cezai fonksiyonu tazminat hukuku ile de bağdaşmaz. Zira tazminat ister maddi ister manevi olsun bir zararın giderilmesini amaç edinmektedir. Bu itibarla manevi tazminatın yeri Özel Hukuk ve özellikle Borçlar Hukukudur. Özel Hukuk ve Borçlar Hukuku ise,

(46) Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik, sh. 16; Saymen, sh.88; Bkz.asa.sh. 137.

(47) Bkz. Dönmezer/Erman, sh. 593, 594

(48) Bkz. Erem, sh. 74 vd; Tandoğan, Mesuliyet sh. 348. Saymen, sh. 88; Kılıçoğlu, Hukuki Nitelik sh. 16; Başar, sh. 190, Erdurek, sh. 298; Asa. sh. 139 vd.

(49) Saymen, sh. 89; Başar, sh. 190.

mahiyetleri itibarıyla cezalandırmak için değil, tazmin etmek için hüküm koyar (50).

C.TELAFİ GÖRÜŞÜ

Telafi görüşüne göre, manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmektir (51).

Sorumluluk hukukunun amacı zararın zarar gören üzerinden alınarak bir başkasına, özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır (52). Manevi tazminatın amacı, kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin şahısvarlığında meydana gelen eksilmenin karşılanması, telafi edilmesidir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, nasıl maddi tazminat malvarlığındaki eksilmeleri karşılama, giderme amacıyla ise, manevi tazminat da şahısvarlığındaki eksilmeleri giderme, telafi etme amaçındadır.

Manevi zarar aynen tazmin ve telafi edilebileceği gibi, nakden de tazmin edilebilir.

(50) Franko, sh. 127, Tandoğan, Mesuliyet, sh.347 vd.

(51) Eren, sh. 370; "Telafi" kelimesinin sözlük anlamı "ziyan olunanın yerini doldurma, ziyanı karşılama" veya "elden çıkmış birşeyin veya o değerde olanın yerine getirilmesi"dir. Bkz. Devellioğlu, sh. 1281; Özön, sh. 639

(52) Eren, sh 27,

Manevi zararın aynen tazmini, zararın mahiyeti icabı pek fazla görülmemektedir. Zira, aynen tazminde zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar görenin şahısvarlığı , kişilik değerleri hangi durumda bulunacak idiye o durum fiilen tekrar sağlanmaktadır (53) Bu açıdan manevi tazminat davası, gerçekleşmiş bir manevi zararı mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırıp eski durumun geri getirilmesini amaçlar. Bir hakaret veya iftiranın fail tarafından alenen geri alınmasında, sağlık durumu ihlal edilen kimsenin tamamen tedavi edilmesinde, izinsiz çekilen bir fotoğrafın negatifinin imha edilmesinde veya geri verilmesinde durum böyledir. Diğer taraftan, birçok halde özellikle kişiye ilişkin zararlarda aynen tazmin mümkün olmamaktadır. Zira, ölen kişiyi yeniden hayata kavuşturmak, vücut bütünlüğü ihlâl edilen, mesela gözü çıkarılan bir kişiye aynı gözleri takmak mümkün değildir (54). Bu sebeple, kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevi zararlarda genellikle nakden tazmin yoluna başvurulur.

(53) Eren, sh. 370; Bkz. Kooayusufpaşaoğlu, sh. 139,145; Zevkiler, sh. 502; Akipek, sh. 156.

(54) Bkz. Eren, sh. 360; Aynı yazar, Destekten Yoksun Kalma, sh. 167.

Manevi zararın nakden tazmininde, ihlâl edilen hak veya değer yerine bir miktar para ödemekte ve bu şekilde zarar gerçekleşmeden önce mevcut olan durumun geri getirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak, manevi zararın zarar görene ödenecek bir miktar para ile tamamen telafi edilmesi mümkün değildir (55). Zira, kişilik değerleri ve bunların ihlâlinden doğan eksilme para ile ölçülemez. Fakat, bu durum manevi zararın para ile tazmini fikrini bir tarafa bırakmak için yeterli bir sebep değildir (56). Çünkü bir miktar paranın kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeyi tam olarak gideremeyeceği ileri sürülerek manevi zararın nakden tazmini fikrinin kabul edilmemesi, zarar görenin kişilik değerlerinin yeterince korunamaması sonucunu doğurur. Manevi zararın nakden tazmini mahiyeti itibariyle ne kadar eksik bir koruma olursa olsun, hiç korumamadan daha iyidir.

Manevi zararın para ile tazminini, ahlâken incitici gören, kişiye sıkı sıkıya bağlı değerlerin ticari bir mal haline getirildiğini iddia eden görüşe de katılmak mümkün değildir (57). Zira, alçaltıcı ve kırıcı olan kişilik değerlerinin irade dışında ihlâl edilmesinden doğan zarara karşılık alınan tazminat değil, bu değerlerin iradi olarak parayla bir başkasına devredilmesi, bunlar üzerinde tasarrufta bulunulmasıdır (58). Meselâ, bir kimse hürriyetini, namus ve haysiyetini sattığı takdirde ahlaka aykırı bir davranışta bulunmuş olur. Fakat, bu değerlerin ihlâlinden doğan zarara

(55) Eren, sh. 370; Bkz Gürsoy, sh. 7; Zen-Ruffinen, sh. 370; Ünal, sh. 401; Anayasa Mahkemesi, 11.2.1989, E. 32, K.12 (RG., 2.7.1969, s. 12238); 4.HD, 22.6.1970, E.4924, K.5159 (Karahasan, sh. 1395,1396)

(56) Stoll, sh. 138; Eren, sh. 371; Bkz., Karahasan sh. 1142; Saymen, sh. 92 vd; Caemmerer, (Çev. Üzsunay) sh. 80 vd.

(57) Bkz. Eren, sh. 371; Saymen, sh. 71; Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969, E. 32, K. 12 (RG., 2.7.1969, s. 13238);

(58) Stoll. sh. 143; Eren, sh. 371

karşılık alınan tazminat ahlâka aykırı değildir. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği gibi, ".... ıvaz karşılığı kendisine hakaret edilmesi için anlaşma yapan kimse ile hakarete uğrayıp manevi tazminat isteyen kimse arasında ahlâk açısından fark bulunmadığı yolundaki bir iddianın savunulabilecek, desteklenecek yanı, hattâ mantık sınırları içinde bir yeri yoktur" (59).

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu çeşitli hükümlerinde nakden tazmin ilkesini açık olacak kabul etmiş, hükme bağlamıştır. Özellikle, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesindeki ".... kişi, uğradığı zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" şeklindeki hükümde manevi zararın nakden tazmin edilebileceği açıkça görülmektedir.

Nakden tazmin fikri reddedildiği takdirde çağdaş anayasalarda büyük ölçüde önem verilen insan haysiyetinin, kişilik hakkının, korunması gerçekleşemeyecektir. Bu nedenle, ihlâl edilen kişilik değerinin yeniden iadesinin, mümkün olmadığı hallerde, manevi zararın nakden tazminini kabul etmekten başka çare yoktur (60).

Tatmin ve ceza görüşleri de manevi zarara karşılık belirli bir miktar para ödenmesini, yani nakden tazmini kabul etmektedir (61). Fakat, bu görüşlerden tatmin görüşü, parayı meydana gelen elem ve üzüntünün

(59) Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969, E.32, K.12 (RG. 2.7.1969. s. 13238)

(60) Eren, sh. 372

(61) Bkz. a.g.a. sh. 139 vd.

unutturulması, acı ile sevincin dengelenmesi vasıtası olarak görürken; ceza görüşü parayı kişilik hakkının kusurlu olarak ihlâl edilmesi nedeniyle faile verilen bir ceza olarak görmektedir. Oysa telafi görüşüne göre, manevi zararı bir miktar para ile telafi etmek, kişilik değerlerindeki eksilmeyi tam olarak gidermese de, mahiyeti itibarıyla bir tazminattır (62). Bu nedenle telafi görüşü, tatmin ve ceza görüşleri gibi sübjektif bir görüş olmayıp, tamamiyle objektif bir görüştür. Zira bu görüşe göre, zarar görene uğramış olduğu zarara karşılık ödenecek para, onun zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın ödenir (63). Bu açıdan, telafi görüşü, manevi zararı kişilik hakkının ihlâlinde duyulan elem ve acılar olarak nitelendirmeyen objektif manevi zarar anlayışına (64) da uygundur.

Manevi tazminat, maddi tazminata birçok yönden benzer, fakat ondan esas itibarıyla giderilmesi gereken zararın mahiyeti bakımından ayrılır; bir halde malvarlığının azalması, ötekinde kişilik değerlerinde, şahısvarlığında bir eksilme söz konusudur (65). Bu nedenle, nasıl maddi tazminatta zarar görenin zararının telafi edilmesi, onun bu zararı hissetmesine bağlı değilse, durum manevi tazminatta da aynıdır. Aksi halin kabulü, yeni malvarlığı değerlerinin ihlâli halinde maddi

(62) Bkz. yuk. sh. 54 vd.

(63) Eren, sh. 371.

(64) Bkz. yuk. sh. 33 vd.

(65) Zen. Ruffinen, (Çev. Burcuoğlu), sh. 369; Eren, sh. 367.

tazminatı kabul edip, kişilik değerlerinin ihlâli halinde manevi tazminatı kabul etmemek, mameleki değerleri kişilik değerlerinden üstün tutmak anlamına gelir ki, bunu Türk hukuku yönünden haklı gösterecek bir dayanak bulmak mümkün değildir (66).

Tatmin görüşü, manevi tazminatı, kişilik değerlerinin ihlâli halinde duyulan elem ve acının unutturulması, bir miktar para sayesinde neşe ve huzur hissi sağlayarak, acı ile sevincin dengelenmesi vasıtası olarak görmektedir (67). Buradaki acı, sevinç, keder gibi hisler kişiden kişiye değişen, sübjektif unsurlardır. Bu sübjektif unsurlar nedeniyle, tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar manevi tazminat talep edememektedir ve böylece kişilik hakkının korunması açısından diğer kişilerden farklı bir muameleye tâbi tutulmaktadır (68). Bu durum eşitlik ve hakkaniyet fikrine aykırı olduğu gibi, çağdaş hukuk ve anayasalarda yer alan insan haysiyetine, kişilik hakkına ve bu hakkın korunması fikrine de aykırıdır. Oysa, manevi tazminatın amacı, meydana gelen zararın objektif bir şekilde, yani kişinin bu zarardan duyabileceği elem ve ızdıraplar veya bir miktar paranın sağlayacağı sevinç ve huzur hissi nazara alınmadan, giderilmesi, telafi edilmesi olarak kabul edildiği takdirde; manevi tazminat sübjektiflikten kurtulacak ve temyiz gücü olmayanlarla tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebileceklerdir.

(66) Eren, sh. 371

(67) Bkz. yuk.sh. 44 vd.

(68) Bkz. yuk. sh. 30 vd.

Manevi tazminat bir "tatmin" olarak nitelendirilemeyeceği gibi, ceza olarak da nitelendirilemez (69). Çünkü manevi tazminatın amacı zarar vereni cezalandırmak değil, meydana gelen zararı mümkün olduğu kadar gidermek, telafi etmektir. Manevi tazminat mahiyeti itibarıyla telafi amacı güden bir tazminat olarak kabul edildiği için, zarar gören zarar verenle barışmış olsa bile bu davayı açabilir (70).

III. MANEVİ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Doktrinde manevi tazminatın hukukî niteliği konusunda iki ayrı görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre, manevi tazminat talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır (71). Bu görüşü savunan yazarlar, sübjektif manevi zarar ve tatmin fonksiyonuna dayalı manevi tazminat teorisinden hareket etmektedir. Bu yazarlara göre manevi tazminat zarar görenin çekmiş olduğu acı ve ızdırabı dindirmeyi amaçlar. Acı ve ızdırab ise sübjektif bir unsurdur ve bunu ancak zarar gören yaşayabilir. Bu nedenle duyulan elem ve ızdırabı gidermek maksadıyla istenen manevi tazminat talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır.

Diğer bir görüşe göre manevi tazminat talebi mameleki bir hak, bir alacak hakkıdır (72). Bizimde katıldığımız bu görüşe göre kişiye sıkı

(69) Bkz. yuk. sh.48 vd, 52 vd.

(70) Eren, sh. 372.

(71) Bkz. İnan, sh. 341; Dural, sh. 89 vd; Özsunay, 61 vd; Zevkililer, 189 vd; Yon Tuhr, (Çev. Edege), sh. 117; Arsebük, sh. 198; Franko, sh. 214; Saymen, sh. 112; Atasay, sh. 110; Fevzioğlu, sh. 595.

(72) Bkz. Öftinger I, sh. 293; Yon Büren, sh. 86; Keller/Gabi, sh. 117; Eren, sh. 373.

sıkıya bağlı olan hak manevi tazminat talebi değil, kişinin kişilik değerleri üzerindeki hakkı, yani kişilik hakkıdır. Manevi tazminat talebi ise kişilik hakkının ihlâl edilmesi halinde belirli bir paranın ödenmesini öngören bir alacak hakkıdır. Zira manevi zararın meydana gelmesi için kişinin acı ve ızdırap duyması şart değildir. Acı ve ızdırap manevi zararın sadece bir sonucu olabilir. Manevi tazminatın fonksiyonu kişide meydana gelen zararı gidermek, telâfi etmektir. Kişilik değerlerinin ihlâlinde ödenecek bir miktar para ile, meydana gelen manevi zararın telafisi amaçlanır. İşte bu nakdi tazminat kişinin zarar verenden talep edeceği bir alacak hakkıdır ve bu hakkın şahsa bağlı bir niteliği yoktur.

Manevi tazminatın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup olmadığı, manevi tazminatın devri ve mirasçılara geçmesi konusunda önem taşımaktadır.

B. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN DEVRİ

MK. 24a/III'e göre, manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez. Bu hükümlerle kanun koyucu manevi tazminat talebinin devredilebileceğini kabul etmiş, ancak bu devir için manevi tazminat isteminin zarar veren (davalı) tarafından kabul edilmesi şartını öngörmüştür.

Manevi tazminat talebinin devri konusunda genel olarak böyle bir düzenleme yapılmadan önce, doktrinde bazı yazarlar manevi tazminat talebinin devredilemeyeceğini; veya ancak karşı tarafça kabul edilme ya da bu konuda dava açılmış olma şartlarının gerçekteşmesi halinde devredilebileceğini savunmaktaydı (73). Bu görüşlerin hareket noktası

(73) Yon Tuhr. (Çev. Edege), sh. 117 vd; Saymen/Elbir, sh. 339; Saymen, sh. 212; Arsebük, sh. 198; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 324; Zevkililer, sh. 504;

manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmesi idi. Bu yazarlara göre, manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ise sadece hak sahibi tarafından kullanılır, başkalarına devredilemez (74).

Sübjektif manevi zarar ve tatmin fonksiyonuna dayanan manevi tazminat teorisini savunan yazarlara göre, manevi tazminatın amacı kişilik hakkının ihlâlinde kişide meydana gelen acı, ızdırap ve elemi dindirmek; bir miktar paranın temin edeceği vasıtalarla kişiyi tatmin etmektir (75). Oysa, manevi tazminat talebi başkalarına devredildiği takdirde, bu fonksiyonunu yerine getiremez. Zira, acı ve ızdırap sübjektif bir unsurdur ve bunu sadece zarar gören yaşayabilir, başkaları yaşayamaz. Bu nedenle manevi tazminat talebi bir yandan yaşanan acı ve elemi karşılığı, diğer yandan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan başkalarına devredilemez (76). Bu görüşten hareket eden bazı yazarlar, manevi tazminat talebinin karşı tarafça kabul edilmesi veya bu konuda açılan manevi tazminat davasının karara bağlanması halinde devredilebileceğini kabul etmektedir (77). Zira bu takdirde, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan manevi tazminat hakkı, kişiye bağlı hak karakterini

(74) Bkz. Dural, sh. 89 vd; Özsunay, sh. 61 vd; Zevkliler, sh. 289 vd.

(75) Bkz. yuk.sh.29 vd.

(76) Von Tuhr (Çev. Edege) sh. 117; Arsebük, sh. 198; Franko, sh. 214 vd.

(77) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 324; İnan, sh. 341; Atasay, sh. 110; Zevkliler, sh. 504, 505; Franko, sh. 214; Feyzioğlu, sh. 595; Bkz. Sirmen, sh. 376.

kaybetmiş olacak, olağan bir alacak hakkı niteliğine dönüşecektir (78).

Bu görüş, kanuni dayanağını, nişanın bozulmasında manevi tazminatı düzenleyen MK.nun 85 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "Manevi tazminat davası mirasçıya intikal etmez. Şu kadar ki, miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder" şeklindeki hükümde (79) bulunmaktadır. Bu hükümün kıyas yoluyla bütün manevi tazminat taleplerinin devrine uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (80).

Doktrinde bu konuda savunulan karma bir görüşe göre ise, manevi tazminat talebi başkalarına devredilebilir. Ancak, bunun için zarar görenin manevi tazminat isteme iradesini açıklamış olması gerekir (81). Zira kişi manevi tazminat talep etme iradesini açıkladığı takdirde kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hak mameleki bir nitelik alır, bir alacak hakkına dönüşür. Kişinin bir başkasına bu hakkını devretmesi veya devir için harekete geçmesi ise, manevi tazminatı talep etme iradesini gösteren bir

(78) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 324.

(79) Nişanın bozulmasındaki manevi tazminat için bkz. Sirmen, sh. 86 vd.

(80) Ateş, sh. 110; Franko, sh. 214.

(81) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 334; Becker, Art 47. N.1. Oser/Schönenberger, Art.47, N.8; Deschenaux/Tercier, sh. 211; Tunçomaç, sh. 501, 502; Baydar II, sh. 36; BGE 74 IV 106; 81 II 389; 88 II 462; 91 II 197.

davranıştır (82). Ayrıca, bu devir bir ivaz karşılığında yapılmışsa, elde edilen para ile meydana gelen acı ve ızdırapları tatmin edecek araçlar temin edilebilir; eğer karşılıksız devredilmeğe zarar verenin tazminat talebini devralan kişiye bir miktar para ödemek zorunda olması, zarar göreni mânen tatmin eder (83).

Bizim de katıldığımız manevi tazminatın bir alacak hakkı olduğu görüşüne göre, her alacak hakkı gibi manevi tazminat talebi de herhangi bir şarta bağlı olmaksızın başkalarına devredilebilir (84).

Kanun koyucu, kanunda yapılan ilâve ile (MK. 24a/III), yukarıda açıkladığımız görüşlerden manevi tazminat talebinin ancak belirli şartlarla devredilebileceği görüşünün etkisi altında kalarak, manevi tazminat talebinin devri için, bunun karşı tarafça kabul edilmesi şartını getirmiştir. Biz, manevi tazminat talebinin bir alacak hakkı niteliğinde olduğunu kabul ettiğimizden, bu talebin, böyle bir şart olmaksızın devredilebilmesini, kanunda yapılacak ilk değişiklikte gerçekleştirmesini temenni etmekteyiz.

(82) Bkz. Keller II, sh. 114; BGE 63 II 159

(83) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 334, 335.

(84) Oftinger I, sh. 293; Von Büren, sh. 86; Keller/Gabi, sh. 117; Eren, sh. 377.

C. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN MİRASÇILARA GEÇMESİ

3444 sayılı kanunla getirilen MK.nun 24a maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Manevi tazminat talebi..... mirasçılara intikal eder". Bu düzenlemeyle kanun koyucu manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi için herhangi bir şart aramamıştır.

Doktrinde manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi konusundaki fikirler, manevi tazminat talebinin devri için ileri sürülen fikirlerle benzerlik gösterir (85). Sübjektif manevi zarar teorisinden hareket eden yazarlar, manevi tazminat talebinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu; bu nedenle mirasçılara ancak karşı tarafça kabul edildiği veya bu konuda miras bırakanın bir dava açmış olması halinde geçebileceğini savunmaktadır (86). Bu yazarlar, MK. md. 85/II'deki nişanın bozulmasında manevi tazminatın mirasçılara geçmesini düzenleyen hükmün genel olarak bütün manevi tazminat taleplerine uygulanması gerektiği görüşündedirler.

(85) Bkz. yuk.sh.61 vd.

(86) Yon Tuhr (Çev. Edege) sh. 117 vd; Saymen, sh. 220, 222; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Aktop, sh. 923 vd; İnan, sh. 341; Atasay sh. 110 vd; Franko, sh. 218 vd; Zevkililer, sh. 504, 505; Belgesay, sh. 660; Feyzioğlu, sh. 595; Zararsız, sh. 314; "...manevi tazminat isteyebilme hakkı ancak kişinin kendisi tarafından ileri sürülebilir. Çünkü bu hak kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Bu hak şayet bir mahkeme önünde ileri sürülmemiş, böylece kullanılmamış ise bu hak sahibinin sonradan başka bir nedenle ölümüyle mirasçılarına geçmez" Y9HD, 23.7.1970, E. 7205. K. 7888 (İBD. 1973, sh. 848)

Bazı yazarlara göre ise, manevi tazminatın mirasçılara geçebilmesi için manevi tazminat isteme iradesinin açıklanmış olması gerekir. Bunun için talebin karşı tarafça kabul edilmesi veya zarar görenin ölümünden önce manevi tazminat davası açmış olması yanında, böyle bir dava açmak için iradesini açıklamış mesalâ bir avukata vekalet vermiş olması da yeterlidir (87).

Objektif manevi zarar teorisinden hareket eden ve bizim de katıldığımız görüşe göre, manevi tazminat talebi bir alacak hakkıdır ve bu nedenle, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın her alacak hakkı gibi doğrudan doğruya mirasçılara geçebilir (88).

MK.nun 24 a maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme manevi tazminat talebinin mirasçılara intikal edebileceğini herhangi bir sınırlama getirmeksizin kabul etmiştir. Böylece kanun koyucu MK.md. 24a/III'deki bu hükümle sübjektif manevi zarar görüşünden ayrılan bir düzenleme getirmiştir.

(87) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 334, 335; Tunçomağ, sh. 501, 502; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 210; Gürsoy, sh. 11 vd; Kerehasan, sh. 1143, Töre, sh. 532; Alpaslan, sh. 614, 615; Baydar, II, sh. 37; "Ancak zarar gören ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini izhar etmiş ise, manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal eder" Y4HD, 12.6.1981, E. 7633, K. 8562 (YHD, 1982, s.5. sh. 693 vd.)

(88) Bkz. Offinger, I, sh. 293; Keller/Gabi, sh. 117; Eren, sh. 373.

Acaba, MK. md. 24a/III'deki bu düzenlemenin nişanın bozulmasında tanınan manevi tazminatın şartlarına tabi tutulması mümkün müdür? Böylece MK. md. 85/II'deki kuralın tüm manevi tazminat davalarında geçerli olması ve dolayısıyla manevi tazminat talebinin mirasçılara geçebilmesi için, bu konuda dava açılmış veya karşı tarafça talebin kabul edilmiş olması gerekir mi?

Biz böyle bir genellemeye katılmıyoruz. Kanun koyucu eğer manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmesi için, karşı tarafça kabul edilmesi veya dava açılması şartını aramış olsaydı, bunu MK. md. 24a/III'deki düzenlemede açıkça belirtirdi (89). Oysa, MK. md. 24a/III'deki hüküm açıktır ve herhangi bir şart aramaksızın manevi tazminat isteme hakkının mirasçılara geçebileceğini düzenlemektedir. Kaldı ki, MK. md. 85/II özel bir hükümdür ve sadece nişanın bozulmasındaki manevi tazminat taleplerine uygulanabilir. MK.nun 24a maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ise, bütün manevi tazminat taleplerine uygulanabilen genel bir hükümdür. Buna göre, manevi tazminat talebi herhangi bir alacak hakkı gibi mirasın açılmasıyla mirasçılara kendiliğinden intikâl eder. Bir alacak hakkının mirasın açılmasıyla kendiliğinden intikal edememesi ancak, kanunda öngörülen istisnalarda söz konusu olur (MK. md. 539). Böyle bir istisna ise Kanunda mevcut değildir.

(89) Nitekim hükümet tasarısı ve Adalet Komisyonu metinlerinde bu şartlar aranmaktaydı. Ancak, kanun görüşmeleri sırasında bu hükümler metinden çıkarılmıştır. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, C.10, Yasama Yılı: 1; sh. 407; S.Sayı: 25, sh. 14, 15.

D. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN HACZİ VE BU TALEPTEN FERAGAT;

Manevi tazminat talebi hakkı, bir alacak hakkı olduğundan, diğer alacak hakları gibi haczedilebilir (90). Ancak manevi tazminat talebi hakkı kanunda açıkça haczi yasaklandığı taktirde haczedilemez (İİK. md. 82). İcra İflas Kanununun 82 inci maddesinde haczi mümkün olmayan mal ve haklar arasında "vücut ve sıhhat üzerinde ika edilen zararlar için verilen veya verilmesi lâzım gelen paraları....." da saymış, fakat kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan alacaklardan hiç söz etmemiştir. Bu itibarla kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevi tazminat talebi haczedilebilir.

Manevi tazminat talebinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu kabul eden bazı yazarlar, bu hakkın haczedilemeyeceği görüşündedir (91). Bazı yazarlar ise, bu konuda ayırım yapmakta zarar veren (fail) tarafından kabul edilmedikçe veya bir mahkeme kararına bağlanmadıkça manevi tazminat talebinin haczedilemeyeceğini kabul etmektedir (92). Zira bu yazarlara göre, aksi taktirde alacaklılar manevi tazminat hakkını gerekirse mahkemede talep etme hakkına sahip olarak, borçlunun şahsiyet alanına girebilirlerdi.

(90) Eren, sh. 374.

(91) Franko, sh. 222; Saymen, sh. 223, 224; Arsebük, sh. 199, Gürsoy, sh. 12; Alpaslan, sh. 620; Bazı yazarlara göre devri mümkün olmayan şeylerin haczi de mümkün değildir. Bkz. Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, sh. 279;

(92) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 927; Sirmen, sh. 376 vd; Egger, Art 93, No. 7

Manevi tazminat talebi hakkında feragat edilebilir. Ancak, manevi tazminat hakkında bu hak doğmadan önce feragat edilemez (93). Zira, böyle bir feragat kişilik hakkının korunmasından önceden vazgeçme anlamına gelir. Oysa, tazminat istemi doğduktan sonra manevi tazminat hakkında feragat halinde kişilik hakkının korunmasından vazgeçme değil, doğmuş olan bir alacak hakkından vazgeçme söz konusudur ki, kişi bir alacak hakkından her zaman vazgeçebilir.



(93) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 927 vd; Beşar , sh. 197; Alpaslan, sh. 615.

BÖLÜM III
MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ ŞARTLARI, TARAFLARI
VE YETKİLİ MAHKEME

§ 5. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN ŞARTLARI

Manevi tazminat talep edebilmenin şartları, genel olarak Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar, kişilik hakkına saldırı niteliğini taşıyan davranışlara karşı manevi tazminatın kanunda özel olarak (MK md. 25,185,126/II, 143/II, 305; BK md. 47; TTK md. 58) düzenlenmediği durumlarda aranır. Adam öldürülmesi veya vücut bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevi tazminat talepleri BK.nun 47 inci maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Biz konumuzun sınırları açısından, BK.nun 49 uncu maddesinde genel olarak düzenlenen, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevi tazminat talebinin şartlarını inceleyeceğiz.

Bu şartlar, kişilik hakkının ihlâli, hukuka aykırılık, manevi zarar, uygun illiyet bağı ve kusurdur.

I. KİŞİLİK HAKKININ İHLÂLİ

Manevi tazminat talep edebilmek için ilk şart kişilik hakkının ihlâl edilmiş olmasıdır. Bu şart, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında açıkça yer almaktadır. Buna göre "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi..... manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir".

Manevi tazminat talep etmek için kişilik değerlerinin ihlâl edilmesi gerekir. Malvarlığı değerlerinin ihlâli halinde manevi tazminat davası açılmaz (1). Ancak, bir malvarlığı değerinin ihlâl edilmesiyle, bir kişilik değeri de ihlâl edilmiş oluyorsa manevi tazminat talep edilebilir. Örneğin, hatıra değeri çok büyük olan bir şeyin, bir tarihi belgenin hasara uğraması halinde kişilik değerlerinin ihlâli söz konusudur (2).

Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi, duygusal ve sosyal kişilik değerlerinin (3) ihlâlinden doğan manevi zararların giderilmesini amaçlayan tazminat davasını düzenlemiştir. Sosyal kişilik değerlerinin ihlâli, özellikle şeref ve haysiyetin, özel hayatın ve çeşitli hürriyetlerin ihlâl edilmesini kapsar.

A. SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNİN İHLÂLİ :

1. ŞEREF VE HAYSİYETİN İHLÂLİ

a. Şeref ve Haysiyet Kavramı

Şeref ve haysiyet, bir kişiye mensup olduğu toplum tarafından zorunlu sayılan ahlâki niteliklere sahip olduğu veya sahip görüldüğü için verilen değerdir (4).

(1) Y15HD., 17.2.1977, E. 247, K. 353 (YKD. 1978, S.5, sh. 774, 775); Y4HD, 18.1.1988, E. 1987/8372, K. 299 (YHD. 1988, S.5, sh. 722, 723); Y15HD, 14.5.1987, E. 1986/4243; K. 2172 (YKD. 1987, S. 8, sh. 1217, 1218) Y4HD 5.3.1987, E. 480, K. 1545 (Yayınlanmamıştır).

(2) Tandoğan, sh. 330

(3) Bkz. yuk. sh. 26

(4) Eren, sh. 389; Dural, sh. 133 vd; Öztan, sh. 121; Kılıçoğlu, sh. 61 vd; Zevkliler, sh. 422; Üzsunay, sh. 116 vd; Kaplan, sh. 207; Franko, sh. 3 vd; Karahöşen, sh. 1170, 1171; Ateş, Şahesir Hukuku, sh. 137 vd.

Şeref ve haysiyet iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi, herkesin insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu şeref ve haysiyet; ikincisi ise, kişinin kendisini geliştirme ve olgunlaştırma çabaları sonucu elde ettiği değerlerle toplumda ulaştığı yerdir (5).

Doktrinde şeref ve haysiyet iç şeref ve haysiyet, dış şeref ve haysiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (6). İç şeref ve haysiyet, bir kişinin kendisi hakkındaki değer yargısı, kişinin bizzat kendisine olan saygısıdır. Dış şeref ve haysiyet ise, kişiye toplum tarafından duyulan saygı ve bu duygular karşısında kişide oluşan çekinme duygusudur (7).

Bazı yazarlara göre iç şeref ve haysiyet başkaları tarafından ihlâl edilemez ve bu sebeple hukuki korumadan yararlanamaz (8). Buna karşılık, bazı yazarlara göre ise, iç şeref ve haysiyetin, dış şeref ve haysiyet gibi hukuken korunması gerekir (9). Zira, iç şeref ve haysiyet, yani kişinin kendisine verdiği değer de kişilik hakkının kapsamına girer. Biz de, şeref ve haysiyetin her türlü ihlâllere karşı korunması gerektiği, bu sebeple iç ve dış şeref ve haysiyet ayrımı yapmanın pratik bir değeri olmadığı şeklindeki görüşe katılıyoruz.

(5) Dural, sh. 133; Kılıçoğlu, sh. 61;

(6) Bkz. Üzsunay, sh. 117, Dural, sh. 133; Kılıçoğlu, sh. 63; Franko, sh. 3 vd; Köprülü, sh. 277; Kaplan, sh. 207.

(7) Zevkliler, sh. 424; Kılıçoğlu, sh. 64; Dural, sh. 133, 134.

(8) Riklin, sh. 125; Kılıçoğlu, sh. 64.

(9) Üzsunay, sh. 117, Franko, sh. 3.; Zevkliler, sh. 424; Kaplan, sh. 207; Dural, sh. 134.

Kişinin şeref ve haysiyeti denilince, sadece yukarıda açıklanan genel anlamdaki şeref ve haysiyet anlaşılmaz. Kişinin aynı zamanda, belirli bir meslek ya da sanata sahip olmasından dolayı, mesleki şeref ve haysiyeti de vardır (10). Örneğin, bir tüccarın ticari şerefinden, bir sanatçının edebi şerefinden söz edilir ve bunların ihlâli de kişilik hakkının ihlâli sayılır.

Şeref ve haysiyet nisbî bir kavramdır ve bu nedenle kişinin içinde bulunduğu çevre ve zamana göre değişir. Bu bakımdan hâkim, şeref ve haysiyete bir saldırı söz konusu olup olmadığını o zaman ve o yerde geçerli olan değerlere ve inanışlara göre tespit eder (11).

b. Şeref ve Haysiyetin İhlâli

Bir kişi hakkında, toplumun o kişiden beklediği özelliklerden birine veya hiçbirine sahip olmadığı fikrini uyandıracak her davranış, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlâl eder (12).

Şeref ve haysiyeti ihlâl eden davranışlar yazıyla, sözle, resimle olabileceği gibi, doğrudan doğruya bir hareketle de olabilir (13).

(10) Öztan, sh. 122; Dural, sh. 134; Kaplan, sh. 206; Üzsunay, sh. 118.

(11) Dural, sh. 134; Bkz. Kılıçoğlu, sh. 62, 63; Y4HD. 10.10.1967, E. 7204, K. 2332 (Karahesen, sh. 1432)

(12) Öztan, sh. 121; Kılıçoğlu, sh. 74; Kaplan, sh. 206

(13) Zevkliler, sh. 425; Üzsunay, sh. 119

Şeref ve haysiyetin yazıyla veya sözle ihlâli, bir kimse hakkında toplumda gerçek olmayan fikirler uyandıran açıklamalar yapmak (14), bir kişi hakkında yersiz suçlama, iftira ve dedikodularda bulunmak (15), bir kişiye açıktan açığa küfür veya hakaret etmek (16) şeklinde olur.

Şeref ve haysiyetin resimle ihlâli, bir kişinin resminin kişiye toplum tarafından verilen değerlere saldırı niteliğini taşıyacak şekilde yayınlanması, teşhir edilmesi halinde söz konusudur. Örneğin, zina yaptığı için kocası tarafından bıçaklanan kadın yerine, başka bir kadının resminin yayınlanması, kişinin resim yoluyla şeref ve haysiyetini ihlâl eder (17). Kişiye toplum tarafından verilen değerlere saldırı niteliğini taşımayan; sadece, kişinin rızası olmaksızın resminin yayınlanması şeref ve haysiyetin değil, resim üzerindeki bağımsız kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur (18).

(14) Zevkliler, sh. 425; Saymen, sh. 115; Karahasen, sh. 1170; Başer, sh. 201, 202; "TRT gibi bir Anayasa kuruluşunu, haberleri maksatlı olarak tahrif ettiği şeklinde itham etmek, bu kuruluşun kişiliğini ağır bir biçimde zedeler" Y4HD. 8.7.1977, E. 1976/3518, K. 7947 (YKD. 1979. s. 2, sh. 182, 185)

(15) Saymen, sh. 116; Üzten, sh. 121, 122; Karahasen, sh. 1170; Y4HD, 6.7.1988, E. 4029, K. 6857 (YHD. 1988, s. 10.sh. 1471, 1472); Y4HD, 1.12.1987, E. 7189, K. 8811 (YHD, 1988, s.4. sh. 572); Y4HD. 29.11.1977, E. 1976/12714, K. 11212 (YKD. 1979, s. 3., sh. 341, 343).

(16) Saymen, sh. 116; Gürsoy, sh. 23; "Davacının ölmüş kardeşinin, küçültme, aşağılanma amacıyla sapık olarak nitelendirilmesi, aynı zamanda davacının kişisel varlığına da yönelmiş bir saldırı niteliğindedir. Öte yandan, yahudi kökenli olarak gösterilip aşağılanması da doğrudan doğruya davacının kişilik hakkına yönelik ayrı bir saldırı oluşturmuştur" Y4HD, 6.7.1988, E. 2991, K. 6936 (Yayınlanmamıştır).

(17) Kılıçoğlu, sh. 78; Saymen, sh. 19; Y4HD, 2.2.1977, E. 8262, K. 1113 (Karahasen, sh. 1420, 1422)

(18) Kılıçoğlu, sh. 76 vd; Bkz. Franko, sh. 47; Y4HD, 1.3.1988, E.89, K. 1996 (Yayınlanmamıştır).

Bir kişinin adının kasten bir hayvana takılması doğrudan doğruya bir hareketle yapılan şeref ve haysiyetin ihlâlidir (19).

Şeref ve haysiyetin ihlâlinde basın, sinema, radyo ve televizyon, başka bir deyişle gerek sürekli, gerek süreksiz kitle haberleşme araçlarıyla yapılan saldırılar önemli bir yer tutar. Kitle haberleşme araçlarıyla şeref ve haysiyetin ihlâli genellikle ya bir olayın varlığı iddia edilerek (haber verme, olay açıklaması) veya kişi hakkında bir değer hükmü verilerek (eleştiri) yapılır (20).

Olay açıklaması (haber verme) belirli bir olay veya durumun objektif olarak aktarılmasıdır (21). Değer yargısı verilerek yapılan şeref ve haysiyetin ihlâlinde ise bir olay veya durum hakkındaki sübjektif düşünce açıklamaları söz konusudur (22). Değer yargısı verilerek yapılan şeref ve haysiyetin ihlâli, ya sadece soyut sübjektif bir değer yargısının açıklanması veya dış dünyadaki mevcut maddi bir olayla beraber eleştiri ve değerlendirmelerde de bulunmak şeklinde olur (23).

(19) Zevkliler, sh. 425; Franko, sh. 37; Atalay, II, sh. 107

(20) Eren, sh. 387; Kılıçoğlu, sh. 26 vd; Kaplan, sh. 208; Üzten, sh. 122; Dural, sh. 135, 137.

(21) Kılıçoğlu, sh. 28, 74.

(22) Kılıçoğlu, sh. 28, 74; Kaplan, sh. 211

(23) Eren, sh. 388; Kılıçoğlu, sh. 75, 76; Kaplan, sh. 212.

Şikayet hakkının kötüye kullanılması yoluyla da kişinin şeref ve haysiyeti ihlâl edilebilir. Şikayet hakkı sadece başkalarına zarar vermek amacıyla, temelsiz ve uydurma olaylara dayanılarak kötüye kullanıldığı takdirde, kişilik hakkını ihlâl eder ve dolayısıyla manevi tazminat talebine yol açar (24).

c. Mesleki Şeref ve Haysiyetin İhlâli

Kişinin mesleki şeref ve haysiyeti de yazıyla veya sözle ileri sürülen asılsız iddialarla ihlâl edilebilir. Örneğin bilirkişilerin taraf tuttuğu, bir meslek sahibinin yeteneksiz, vicdansız veya gerekli bilgiden yoksun olduğu gibi asılsız iddialar mesleki şeref ve haysiyeti ihlâl eder (25). Bir yazara yöneltilen asılsız iddialar, onun edebî şeref ve haysiyetine, bir tacirin borçlarını ödeyemeyecek durumda olduğu hususundaki yanlış iddialar ise tacirin ticarî şeref ve haysiyetine saldırıdır. Özellikle haksız protestolar ticarî itibarın ihlâlinin tipik örneğini teşkil eder (26).

(24) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 904; "... suçsuz olduklarım bile bile devahilerin davacıyı tehdit ve alıkoyma suçuyla itham etmeleri ve bu ihbar ve şikayet üzerine de davacı hakkında savcılıkça kovuşturmaya başlanması, davacının ahlâki durumu hakkında kamuoyunda ve hiç değilse onu tanıyanlar üzerinde bir kuşku doğmasına neden olacaktır ki, bu davranış davacının kişilik hakkını zedeleyecektir" Y4HD, 29.11.1977, E. 1976/12714, K. 11212 (YKD. 1979, s. 3.sh. 343); "Bir kişinin üzerine suç atılarak, şikayet edilmesi, hakkında kovuşturma açılması, yargılanması onun kişisel değerlerinden olan onur ve saygınlığının toplum içinde tartışılmasına ve dolayısıyla yaralanmasına neden olur" Y4HD, 6.12.1984, E. 7771, K. 9093 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 31.1.1979, E. 6659, K. 1131 (Karahasan, sh. 1322, 1323).

(25) Özten, sh. 122; Ateay, Şahıslar Hukuku, sh. 141, 142. Kılıçoğlu, sh. 67; Gürsoy, sh. 23; Karahasan, sh. 1171.

(26) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 907 vd.; Başar, sh. 201; Karahasan, sh. 1172 vd.; Bkz. YHGK, 9.4.1980, E. 1978/11-1129, K. 1488 (YKD. 1980, s. 10, sh. 1319, 1323); Y4HD, 6.6.1972, E. 14724, K. 5389 (Karahasan, sh. 1354, 1355); Y11HD, 30.4.1975, E. 736, K. 3069 (Karahasan, sh. 1349, 1351)

Bir iş sahibinin veya işletmenin uygun yollarla kazanç elde etmediği şeklindeki yanlış iddialar, ticari şeref ve haysiyeti ihlâl eder (27). İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında "Club Mediteranée" adlı seyahat şirketinin isminin, baskı ve terörün uygulandığı bazı Akdeniz ülkelerine tatil gezileri düzenlediği için, "Club Medityrannis=terör klübü" şeklinde karikatürize edilmesini yazının tamamını göz önünde tutarak, şirketin şeref ve haysiyetini ihlâl edici nitelikte bulmuştur (28).

Kişilerin ticari şeref ve haysiyetine yönelen saldırılar aynı zamanda bir haksız rekabet halini oluşturabilir (29). Haksız rekabet, aldatıcı hareket ve iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde ekonomik rekabetin her türlü suistimalidir (TTK md. 56). Başkalarının mallarını, çalışma ürünlerini, ticari faaliyetlerini kötölemek; başkalarının ekonomik ve mali gücü hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vermek TTK md. 57'ye göre birer haksız rekabet halini oluşturur. Bu şekilde, haksız rekabet yoluyla kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan manevi tazminat talebi TTK md. 60'da özel olarak düzenlenmiştir.

(27) Kılıçoğlu, sh. 67; Karahasan, sh. 1172.

(28) BGE 95 II 481 vd.

(29) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 909; Üzten, sh. 130; Franko, sh. 91; Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 366; Kılıçoğlu, sh. 72,73.

2. KİŞİNİN ÖZEL HAYATININ İHLALI

a) Özel Hayat

Sosyal kişilik değerleri arasında yer alan diğer önemli bir kişilik değeri, kişinin özel hayat hakkıdır. Kişi olması nedeniyle herkes özel hayat hakkına sahiptir. Kişi, kendisini ilgilendiren olay ve bilgilerin başkaları tarafından duyulmasını ve bilinmesini istemez. Herkes, yaptığı, düşündüğü ve söylediği şeylerin kendi özel ve gizli alanında kalmasını arzular (30). Bu itibarla herkes başkasının özel hayat hakkına saygı duymak zorundadır.

Kişinin özel hayat alanı doktrinde genel olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlar, gizli alan, özel alan ve ortak alandır (31).

aa) Gizli Alan

Bir kimsenin, kendilerine özel olarak anlattığı kişiler dışında kalan şahıslar tarafından bilinmesini istemediği olay ve davranışlardan oluşan alan, gizli alanı ifade eder (32). Buraya başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olay ve belgeler girer (33). Örneğin, aile ilişkileri,

(30) Eren, sh. 389; Dural, sh. 142; Öztan, sh. 125.

(31) Tandoğan, sh. 26 vd; Eren, sh. 389; Dural, sh. 143 vd; Kılıçoğlu, sh. 82 vd; Öztan, sh. 125 vd; İmre, Şahsiyet, sh. 148; Özsunay, sh. 126; Ateş, sh. 131; Zevkililer, sh. 431; Kaplan, sh. 214.

(32) Eren, sh. 389; Tandoğan, sh. 26; İmre, Şahsiyet, sh. 149; Zevkililer sh. 431; Kılıçoğlu, sh. 85 vd; Özsunay, sh. 127 vd.

(33) Dural, sh. 143; Öztan, sh. 125.

mektuplar, hatıra defterleri, kişinin ev hayatı gizli alana dahildir.

bb) Özel Alan

Bir kimsenin yalnız yakından tanıdığı dostları, aile çevresi gibi sınırlı sayıda kişilerle paylaşmak istediği olaylardan oluşan hayat alanına özel alan denir. Bu alana dahil olaylar gizli alana girmeyen olaylardır (34). Herkes, özel hayat alanını ilgilendiren olayların da gizli kalmasını, başkaları tarafından bilinmemesini ister.

cc) Ortak Alan

Ortak alan, bir kimsenin başkalarının bilgisine ulaşması mümkün olaylardan oluşan hayat alanıdır. Yani, kişinin herkes tarafından bilinmesinde sakınca görmediği olaylar bu alana dahildir (34). Kişinin bir meslek ya da iş sahibi olarak yaptığı faaliyetler, sinema veya tiyatroya gitmesi, boks veya futbol maçlarını izlemesi, dernek üyesi olması, konferans ve yarışmalara katılması gibi faaliyetler kişinin ortak hayat alanını oluşturur.

Özel hayatı meydana getiren alanlardan kişilik haklarıyla koruma altına alınan alanlar, ilke olarak gizli alan ile özel alandır. Bu alanlardaki olaylar, kişinin hayatını oluşturur. Buna karşılık ortak alana dahil olayların açıklanması hukuken korunmaz (35). Zira, ortak alanda olaylar toplumun gözü önünde meydana gelmektedir. Bir kimsenin gezinmesi, tiyatroya gitmesi, maç seyretmesi, kazaya uğraması, hattâ bir suç

(34) Üzsunay, sh. 126; Tandoğan, sh. 26; İmre, sh. 148; Kılıçoğlu, sh. 64.

(35) Eren, sh. 390; Dural, sh. 144; Öztan, sh. 126; Üzsunay, sh. 127 vd.

işlemesi herkes tarafından görülen bilinen olaylardır. Bu gibi olayları diğer kişiler öğrenebilecekleri gibi, başkalarına da aktarabilirler (36). Ancak, kişilerin ortak hayat alanlarına ilişkin aslı olmayan söylentiler yaymak, küçük düşürmek amacıyla ve kötüniyetle ortak hayat alanına giren bilgileri başkalarına aktarmak, şeref ve haysiyete yönelik bir saldırı niteliği taşır (37).

b) Kişinin Özel ve Gizli Hayat Alanının İhlâli

Bir kişinin hayatının gizli ve özel alanına yapılan her türlü müdahale, özel hayat hakkını ihlâl eder (38).

Kişinin gizli ve özel hayat alanının ihlâli, bu hayatın ve gizli hususların araştırılması, bulunması ve bunların başkalarına açıklanması şeklinde olur (39). İnsanın kendi hayatını yaşamak; tek başına veya ailesi ve yakınlarıyla birlikte bulunmak hakkı vardır. İnsan evinde veya diğer bir yerde dilediği gibi yaşamakta serbesttir ve hayat tarzını istediği gibi düzenleyebilir. Bu itibarla, kişinin özel hayat hakkını ihlâl eden her türlü müdahale hukuka aykırıdır (40). Telefonların ve özel konuşmaların

(36) Dural, sh. 144; Kaplan, sh. 215; Tandoğan, sh. 26; Zevkliler, sh. 433, 434.

(37) Tandoğan, sh. 27,28; Zevkliler, sh. 434; Dural, sh. 144; Kılıçoğlu, sh. 91; Kaplan, sh. 215, 216.

(38) Dural, sh. 144; Öztan, sh. 126.

(39) İmre, sh. 471; Aynı yazar, Şahsiyet, sh. 154; Zevkliler, sh. 434; Dural, sh. 146; Öztan, sh. 126.

(40) Dural, sh. 144, 145; İmre, sh. 472; Özsunay, sh. 128.

gizlice dinlenmesi, mektupların açılıp okunması, özel ve gizli hayatı tespit etmek için film, fotoğraf, teyp gibi vasıtaların kullanılması, kişinin özel hayatının bir roman ya da oyun konusu yapılması hep kişilik hakkına saldırı niteliğini taşıyan davranışlardır (41).

Kişinin özel ve gizli hayatını öğrenme, belirli teknik araçları kullanma suretiyle olabileceği gibi, böyle bir araç kullanmadan da olabilir (42). Günümüzde, uzaktan ses ve görüntü alabilen dürbün, teleobjektif, teleskop, fotoğraf makinası, teyp, telsiz gibi teknik araçların yardımıyla kişinin gizli ve özel hayatı rahatlıkla öğrenilebilmektedir (43). Bunun yanında, kapı veya pencerelerden gizlice seyretme veya dinleme, konuşmalara kulak misafiri olma, bir kişinin evine gizlice girerek bazı belgeleri elde etme şeklinde de kişinin gizli alanı ihlâl edilebilir (44).

Bir kimse gizli hayat alanına dahil bazı olayları çok yakın bulduğu bir veya birkaç kişiyle paylaşabilir. Ancak, bu durumda gizli alana dahil olayları paylaşan kişinin, bunları başkalarına aktarması, kişinin gizli hayat alanına müdahale teşkil eder (45). Buna karşılık, özel hayat alanı

(41) Kılıçoğlu, sh. 94 vd; Özten, sh. 126; Dural, sh. 145; Özsunay, sh. 129.

(42) Zevkliler, sh. 434 vd; Özsunay, sh. 130 vd; Kılıçoğlu, sh. 94 vd.

(43) Zevkliler, sh. 434; Özsunay sh. 131; İmre, Şahsiyet, sh. 154.

(44) Özsunay, sh. 130; Dural, sh. 145; Özten, sh. 126 vd.

(45) Kılıçoğlu, sh. 93 vd; Özten, sh. 127; Zevkliler, sh. 432; Tandoğan, sh. 26,27; İsviçre Federal Mahkemesi bir erkekle bir süre birlikte yaşamış fakat daha sonra ayrılmış olan bir kadın hakkında, erkeğin bu ilişkiyi ve buna ait gizli kalması gerekli hususları açıklayan uygunsuz bir mektup yazıp, bunu hem bu kadına hem de başkalarına göndermesini, kadının kişilik hakkına bir tecavüz olarak nitelendirmiştir, BGE 97, II 92 (İmre, sh. 155'den naklen)

kişinin ailesiyle, tanıdıklarıyla paylaştığı bir alan olduğundan, bu kişilerin edindikleri bilgileri başkalarına aktarmaları mümkündür (46). Örneğin, bir yaş günü partisinin davetliler dışında konuşulması, anlatılması özel hayat alanını ihlâl etmez. Ancak, bu tür olayların belirsiz kişi topluluklarına, başka bir deyişle kamuya açıklanması hukuka aykırıdır. Zira, özel hayat alanı sadece kişinin yakınlarına açıktır. Bu nedenle, özel hayat alanına giren olayların basın yoluyla kamuya açıklanması kişilik hakkını öncelikle ihlâl eder (47). Meselâ, bir kimsenin karısıyla tartışmasını, karşı cinsle ilişkisini, iş yaşamındaki başarısızlıklarını; üyeler listesini gizli tutan bir derneğin üyelerinin kimlerden oluştuğunu (48) basın yoluyla açıklamak onun özel hayat alanına bir saldırı oluşturur (49).

3. HÜRRİYETLERİN İHLÂLİ

Hürriyetler, kişiye kişi olarak tanınan ve ondan ayrılmaması gereken değerler olarak, sosyal kişilik değerlerinin en önemlilerindedir. Bu itibarla kişinin hürriyetlerine yapılan bir saldırı, onun kişilik hakkını ihlâl eder (50).

(46) Kılıçoğlu, sh. 93.

(47) Kılıçoğlu, sh. 93; Tandoğan, sh. 30; Karş.Kaplan, sh. 216 vd.

(48) BGE 97 II 97, Ulusan, MHAD, 1973 s.10, sh. 209 vd; İmre, Şahsiyet, sh. 155

(49) İmre, sh. 471; Kılıçoğlu, sh. 93.

(50) Zevkliler, sh. 421; Akipek, sh. 129; Eren, sh. 378; Tekinay/Akmen/Burcuoğlu/Altop sh. 888.

Hürriyet, kişilerin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde, diledikleri şekilde hareket etmeleri, serbestçe faaliyette bulunabilmeleri anlamına gelir (51). Bir kimsenin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe hareket etmesi, dilediği yerde oturması veya yerini değiştirmesi, gezmesi, dilediği gibi düşünmesi, inanması, düşünce ve görüşlerini açıklaması, serbestçe ekonomik girişimlerde bulunması, hürriyetlere sahip olmasının bir sonucudur. Bu itibarla, bir kişinin haksız olarak tutuklanması (52), hapsedilmesi, sürekli olarak belirli bir yerde kalmaya veya bir kişinin yanında hayat boyu çalışmaya zorlanması, hiç evlenmemesi için baskı yapılması kişilik hakkına saldırı niteliği taşır (53).

Yargıtay, foto muhabirinin resim çekmesine haksız olarak engel olunmasını, gazeteciye tanınan haberlere ulaşmak, haberleri toplamak ve yaymak hususundaki hürriyetin, sonuç olarak kişilik hakkının ihlâli saymıştır (54).

Ekonomik hürriyet hakkı da sosyal kişilik değerleri arasında yer alır (55). Bir kimseyi, ekonomik faaliyetlerinde belli bir hareket tarzına

(51) Akipek, sh. 129; Köprülü, sh. 279.

(52) Köprülü, sh. 280; Y4HD, 13.3.1986, E. 1321, K. 2298 (Yayınlanmamıştır)

(53) Zevkliler, sh. 421; Tekinay, Giriş, sh. 258; Akipek, sh. 131; Köprülü, sh. 280.

(54) Y4HD, 28.6.1971, E. 1971/4922, K. 6390 (Karahasan, sh. 1357); Ayrıca Bkz. Elektriği ve suyu kesten kesen ev sahibinin bu hareketi ile kiracının kişilik hakkının ihlâl edildiğine ilişkin karar, Y3HD, 20.9.1963, E. 8119, K. 6633 (Karahasan, sh. 1370, 1371)

(55) Eren, sh. 389.

zorlamak veya belli bir davranışından dolayı zarara uğratmak için, onunla iş münasebetlerinin örgütlü bir şekilde kesilmesi demek olan boykot, kişinin ekonomik hürriyetini ihlâl eden bir faaliyettir (56).

Topluluk veya birlik halinde alınan tedbirlerle, başkasının serbest rekabetine devamlı veya geçici olarak engel olmayı amaç edinen, bu rekabeti zorlaştıran ya da bazı şartlara bağlı kılan kimse, onun kişilik hakkını, ticari ve sınaî faaliyette bulunabilme hürriyetini ihlâl etmiş olur (57).

B. DUYGUSAL KİŞİLİK DEĞERLERİNİN İHLÂLI

Duygusal kişilik değerleri, kişinin birlikte yaşadığı yakınlarıyla kurmuş olduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı ile evlilik ilişkisinin sayılması ve ailesini sevmeye hakkıdır (58).

Bir kimsenin yakınlarıyla olan ilişkisine, aile değer bütünlüğüne, evlilik birliğine yönelik her saldırı duygusal kişilik değerlerini ihlâl eder.

Aile değer bütünlüğünün ihlâli, o aileyi oluşturan tüm fertlerin duygusal kişilik değerlerine saldırı teşkil eder (59). Bu itibarla, aile

(56) Tekinay, Giriş, sh. 259; Öztan, sh. 130; BGE 86 II 365.

(57) Dural, sh. 151; Tekinay, Giriş, sh. 261; Öztan, sh. 130; Köprülü, sh. 279; Ateay, Şahıslar Hukuku, sh. 143, 144.

(58) Eren, sh. 389

(59) Y4HD, 16.10.1979, E. 6924, K. 11432, (YKD, 1980, s. 10, sh. 1215); YHGK, 9.11.1979, E. 1978/4-264 K. 1351 (YKD, 1980, s. 7, sh. 926, 927)

fertlerinden biri aleyhine işlenen ırza geçme eylemi, o ailenin saflığını, değer bütünlüğünü ihlâl ettiğinden, ailenin tüm fertleri bu haksız fiil nedeniyle manevi tazminat isteyebilirler (60).

Yeni evlenmiş eşlerden birinin, bir başka erkekle kaçması (61) veya evli bir erkeğin başkasının karısıyla zina yapması halinde (62) kocanın, evlilik ilişkisine saygı duyulmasını isteme hakkı, dolayısıyla evlilik birliğini, aile bütünlüğünü oluşturan duygusal kişilik değeri ihlâl edilmiş olur.

Önemli bir korku uyandıracak nitelikteki hareketler de duygusal kişilik değerlerinin ihlâli mahiyetinde olabilir (63). Meselâ, iki nişanlıdan birine soğuk bir şaka yapmak amacıyla, gerçekte ölmediği halde, nişanlısının öldüğünün bildirilmesi durumunda, bu davranış nişanlı kızın kişilik hakkının ihlâli olarak kabul edilmiş ve manevi tazminata hükmedilmiştir (64).

(60) "... bir erkek, bir küçüğün zorla ırzına geçerse onun bu eylemi küçüğün kişilik haklarını ağır bir şekilde halele uğrattığı kadar, onun aile bütünlüğünü de doğrudan doğruya haleldar etmiş olur. Gerçekten ana ve baba bu olayın doğuracağı acıyı ömürleri boyunca duyacaklardır. Çünkü onlar, bu olayın doğrudan doğruya mağdurları olduğundan kendileri için de uygun görülecek bir manevi tazminata hükmedilmesi yasağa uygun düşer" Y4HD, 14.11.1985. E. 8730, K. 9329 (Yayınlanmamıştır)

(61) Y4HD, 28.2.1984, E. 566, K. 1930 (Yayınlanmamıştır)

(62) BGE 78 II 289; Tekinay, Giriş, sh. 259; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 895; Eren, sh. 378.

(63) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 895 vd.; Yargıtay'a göre kavgada korkutmak maksadıyla silah çekmek manevi tazminatı gerektirmez. Bkz. Y4CD, 28.5.1978, E. 3504, K. 3777 (YKD, 1979, s. 1, Sh. 132)

(64) Tuor, II, III (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 896'dan naklen)

II. MANEVİ ZARAR

Manevi tazminat davası açılabilmesi için kişilik hakkının ihlâlinden bir (manevi) zarar doğmuş olmalıdır.

Manevi zarar daha önce incelendiği için burada söz konusu yere yollama yapılmakla yetinilecektir.

IV. UYGUN İLLİYET BAĞI

Manevi zarardan sorumluluk için, diğer önemli bir şart illiyet bağıdır. İlliyet bağı sorumluluğun asli şartı, temel ilkesidir. Bu şart olmaksızın bir kişinin sorumluluğu düşünülemez.

İlliyet bağı, gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran davranış veya olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir (65). Bu itibarla, meydana gelen manevi zararlar, kişilik hakkını ihlâl eden davranış arasında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

Tabiiatta bir olayın meydana gelmesi için, bir çok şartın bir arada bulunması gerekir. Ancak, zararlı bir olayı (sonucu) meydana getiren her

(65) Oftinger, I. sh. 70; Eren, sh. 51; İnan, sh. 277 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 71 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın sh. 762 vd; Kaneti, Kusur, sh. 36; İlliyet bağı konusunda geniş bilgi için bkz. Eren, Uygun İlliyet sh. 2 vd.

şart, hukuk açısından önem taşımaz. Hukukta, sonucu meydana getiren şartlardan yalnız biri veya bir kaçını önem taşır ve bu şart "sebebe" adını alır (66).

Zararı meydana getiren şartlardan hangisinin hukuken önem taşıması gerektiği konusunda çeşitli illiyet teorileri ileri sürülmüştür. Bu teorilerden en önemlileri "şart teorisi" ve "uygun illiyet bağı" teorisidir.

Şart teorisine göre, zararlı sonucun meydana gelmesi için zorunlu olan her şart, sebebe olarak nitelendirilir (67). Bir kimse sonucun meydana gelmesi için zorunlu olan şartlardan yalnız birini gerçekleştirmişse, zararlı sonuçtan sorumlu olur.

Şart teorisi, sorumluluğun sınırsız bir şekilde genişlemesine neden olmaktadır. Zira, sonucun meydana gelmesi için gerekli her şart sorumluluğu doğuran sebebe sayıldığı takdirde, failin, fiilinin en uzak sonuçlarından özellikle dolaylı zararlardan bile sorumlu olması gibi bir sonuç doğmaktadır ki bu sonuç hukuk ve adalet duygularına aykırı düşer (68).

Zararı meydana getiren şartlardan hangisinin sorumluluğu kuran sebebe sayıldığı Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim olan "uygun

(66) Eren, Uygun İlliyet, sh. 17; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 74 vd; İnan, sh. 278;

(67) Koziol, I, sh. 41; Lorenz, I, sh. 314) Oser/Schönenberger Art 41 No 77; Eren, Uygun İlliyet, sh. 21 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 771; İnan, sh. 279; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 74 vd.

(68) Lorenz, I, sh. 315; Esser, sh. 300; Eren, Uygun İlliyet, sh. 28 vd; Tandoğan, sh. 75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 771; Karş., Kaneti, Kusur, sh. 37.

illiyet bağı teorisine göre belirlenir (69).

Uygun illiyet bağı teorisi de "zorunlu şart" kavramından hareket eder. Bir şartın sebep adını alması için, önce onun zararlı sonucu gerçekleştiren bir sebep olması gerekir. Ancak, uygun illiyet bağı teorisine göre, zararlı sonucu doğuran zorunlu şartlardan her biri sorumluluğu doğuran sebep değildir. Sorumluluğu doğuran sebep, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan bir sebeptir (70). Bu itibarla somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucu gerçekleştirme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir (71).

Manevi tazminat talep edebilmek için, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre, kişilik hakkını ihlâl eden davranış, somut olayda meydana gelen türden manevi bir zararı gerçekleştirmeye mahiyeti itibariyle elverişli olmalı; yani manevi zararla kişilik hakkını ihlâl eden davranış arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır.

(69) Oftinger, I, sh. 72; Oser/Schönenberger, Nr. 80, Art 41; Lorenz, I, sh. 404; Eren, sh. 58; Aynı yazar, Uygun İlliyet, sh. 51 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 76 vd; İnan, sh. 279 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 771 vd; Tunçomaç, sh. 450; Schwarz, sh. 127; Karahasen, sh. 155; Önen, sh. 139; Kaneti, Kusur, sh. 37.

(70) Oftinger, I, sh. 72, 73.

(71) Eren, sh. 58, 59; BGE 107 II 430; Y4HD. 14.1.1982, E. 1981/12393, K. 393 (YKD. 1982, s. 4, sh. 490, 491)

II. HUKUKA AYKIRILIK

Manevi tazminat talep edebilmek için diğerk bir şart, kişilik hakkının ihlâlinin hukuka aykırı olmasıdır. Bu husus BK.nun 49 uncu maddesinde açıkça ifade edilmiştir. BK.nun 49 uncu maddesine göre, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir".

A. GENEL OLARAK HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Hukuka aykırılık, bir insan davranışı hakkında objektif hukuk kuralları açısından yürütölen bir değer yargısıdır (72). Bir insan davranışı ile hukuk normları arasında bir çatışma, bir uyumsuzluk varsa, o davranış hukuka aykırıdır. Bu anlamda hukuka aykırılık "en geniş anlamda" hukuka aykırılıktır (73). Diğerk bir deyişle, "en geniş anlamda hukuka aykırılık" bir hukuk kuralının ihlâlidir.

Geniş anlamda hukuka aykırılık belirli bir biçimde davranışı zorunlu kılan, yasak ve emir koyan, soyut ve genel bir normun ihlâlidir (74). Örneğın, karayolunda yolun solundan giden bir sürücünün bu davranışı hukuka aykırıdır. Zira, karayolu trafik kurallarına göre, sürücüler yolun sağından gitmek zorundadırlar. Burada davranış hukuk düzeninin yasak ve

(72) Kaneti, Kusur, sh. 38; Aynı yazar, Çatışan Değerler, sh. 143; Eren, sh. 144; Kılıçoğlu, sh. 41

(73) Eren, sh. 128; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 40.

(74) Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 40; Kılıçoğlu, sh. 53, 54; Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, sh. 19;

emir koyan soyut ve genel bir normunu ihlâl ettiğinden geniş anlamda hukuka aykırılık söz konusudur (75).

Hukuka aykırılığın yukarıda açıkladığımız genel anlamları dışında, sorumluluk hukuku alanında kendine özgü bir anlamı vardır. Bu anlamda hukuka aykırılığın tanımı, kişilik hakkının korunması ile ilgili MK. md. 24, 24a ve BK. md. 49'da yer almadığı gibi genel olarak haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK. md. 41'de de yapılmamıştır. Bu tanım, yapmak doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır.

Hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda, doktrinde başlıca iki teori savunulmaktadır. Bu teoriler "sübjektif teori" ve objektif teori" dir.

1. SÜBJEKTİF TEORİ

Sübjektif teoriye göre, zarar verici fiil, ancak, failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırıdır (76). Buradaki yetkiden anlaşılacak hukuk düzeni tarafından tanınan haklar ve hukuk düzeninin sınırlamadığı doğal özgürlüklerdir (77). Fail, kendi yetki alanı içinde kaldığı sürece, davranışlarıyla başkalarına zarar vermiş olsa bile, bu davranış hukuka aykırı olmaz.

(75) Eren, sh. 129.

(76) Bkz. Offinger, I, sh. 129. N. 4; Eren, sh. 124; Kaneti, Kusur, sh. 38; İnan, sh. 255; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 17,18; Kılıçoğlu, sh. 42 vd; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 41; Hatemi, sh. 16.

(77) Kaneti, Kusur, sh. 38.

Bu teoriyi savunun yazarlara göre, başkasına zarar veren her fiil ilke olarak hukuka aykırıdır (78). Zira, fail, hukuk düzeninin kendisine tanımış olduğu yetki sınırını aşmış bulunmaktadır. Buna göre davranış değil, bizzat zarar hukuka aykırıdır. Ancak, fail, haklı bir sebebe dayandığını, somut olayda davrandığı şekilde hareket etmeye ve başkasına zarar vermeye hakkı olduğunu ispat ederse fiilin haksızlığı ortadan kalkar (79).

2. OBJEKTİF TEORİ

Objektif teoriye göre, hukuka aykırı fiil, yetkisiz olarak işlenen fiil değil, kişilerin hak ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuna yani genel davranış kurallarına aykırı olan fiildir (80).

Objektif teori, sübjektif teoriden farklı olarak hukuka aykırılığın tayininde zarar verenden değil, zarar görenden hareket etmektedir. Zarar verme olgusu tek başına hukuka aykırı değildir (81). Zira, toplumda bir arada yaşayan kişilerin olağan hareket ve faaliyetleri ile ekonomik rekabetleri çoğu zaman başkaları için zararlı sonuçlar doğurabilir (82). Meselâ, her yeni ticari, sınai veya tarımsal faaliyet, bu alanlarda daha

(78) Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, sh. 44; İnan, sh. 255.

(79) Eren, sh. 125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 643.

(80) Bkz. Eren, sh. 125, 126; İnan, sh. 256; Kaneti, Kusur, sh. 38, 39; Kılıçoğlu, sh. 48; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 41

(81) Kaneti, Kusur, sh. 38; Eren, sh. 125; Kılıçoğlu, sh. 48.

(82) Eren, sh. 125; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 41.

Önce çalışanlar için zarar verici bir fiil teşkil edebilir. Yeni bir ticarethane veya işyeri açıldığı zaman bu alanda çalışan diğer işyerlerinin müşterileri azalabilir, ürettiği malların miktarı ve fiyatı düşebilir. Böylece, bir işyerinin normal rekabet şartları içindeki faaliyeti, diğer bir işyerinin zarara uğramasına neden olmaktadır. Bu zararı meydana getiren davranışın hukuka aykırı olduğu ve zararın tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülemez (83). Zira bunu kabul etmek, toplum halinde yaşamayı çok zor bir hale sokar.

Hukuk, kişilerin toplum halinde bir arada yaşamalarını genel davranış kurallarıyla düzenlemiştir. Davranış kuralları kişilerin hak ve menfaatlerini, hukuki değer ve varlıklarını koruma amacı güden, emir ve yasaklar koyan kurallardır (84). Kişilerin bu davranış kurallarına uyma ve başkalarına zarar vermeme ödevleri vardır. Objektif teoriye göre hukuka aykırılık, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden genel davranış normlerinin ihlâlidir (85). Bu bakımdan objektif teoriye normatif teori de denilmektedir (86).

(83) Känzig, sh. 45; Kılıçoğlu, sh. 46

(84) Eren, sh. 126, 130.

(85) Otfinger, I, sh. 128, 129; Keller/Gabi, sh. 36; Känzig, sh. 49; Kaneti, Kusur, sh. 39; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 18; Deschenaux/Tercier (Çev.Özdemir), sh. 40.

(86) Bkz. Eren, sh. 126; Känzig, sh. 64 vd; Kılıçoğlu, sh. 50 vd.

Fransız hukuku, sübjektif teoriyi kabul etmiştir. Fransız hukukuna göre, başkasına zarar veren her davranış failin kusurundan ileri geliyorsa hukuka aykırı sayılır (87). Buna karşılık, Türk, Alman ve İsviçre hukukunda hâkim görüş objektif teoridir (88). İsviçre Federal Mahkemesine göre de bir davranış ancak hukuk düzeninin hukuki değerleri korumaya hizmet eden yazılı ya da yazılı olmayan yasaklarına veya buyruklarına aykırı ise, hukuka aykırıdır (89).

Bizim de katıldığımız objektif görüş açısından hukuka aykırılık şu Şekilde tanımlanabilir. Somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması halinde, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir Şekilde koruma amacı güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlâline hukuka aykırılık denir (90). Bu tanım sorumluluk hukuku, özellikle BK. md. 41/1 açısından hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Sorumluluk hukuku bakımından hukuka aykırılık, hukuk normuna aykırılıktan daha dar bir anlam ve muhteva taşımaktadır. Bu nedenle buna "dar anlamda hukuka aykırılık" da denilmektedir (91).

(87) Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, sh. 643; Kılıçoğlu, sh. 42.

(88) Bkz. Offinger, I, sh. 128; Ghl/Merz/Kummer, sh. 165 vd; Oser/Schönenberger Art. 41, N. 89; Keller/Gabi, sh. 36; Koziol, I, sh. 70; Jggi, sh. 208; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 18; Eren, sh. 126; İnan, sh. 256; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, sh. 643; Kaneti, Kusur, sh. 38; Kılıoğlu, sh. 47; Saymen/Elbir, sh. 444; İmre, İsim, sh. 805; Fezioğlu, sh. 483.

(89) BGE 90 II 274.

(90) Offinger, I, sh. 128; Eren, sh. 128; Kaneti, Kusur, sh. 39; Ghl/Merz/Kummer, sh. 164; Keller/Gabi, sh. 36; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 18; İmre, İsim, sh. 805.

(91) Eren, sh. 128; Deschenaux/Tercier (ev. zdemir) sh. 40.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, hukuka aykırılık iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, hukuka aykırılığın olumlu ve olumsuz unsurlarıdır.

Hukuka aykırılığın olumlu unsuru, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış normunun ihlâlidir (92). Başkasına zarar vermeyi yasaklayan norm, başkasının hukuk tarafından korunan varlıklarına ve özellikle mutlak haklarına saldırıyı yasaklayan normdur. Mutlak haklar, hukuk düzeninin koymuş olduğu emir ve yasaklarla doğrudan doğruya koruma amacı güttüğü ve bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymak zorunda oldukları hukuki varlıklardır (93). Bu itibarla, mutlak hakları ihlâl eden her davranış hukuka aykırıdır (94).

Kişilik hakları da mutlak hakların başında yer alır. Bu nedenle kişilik hakkına yapılan her saldırı, temel bir koruma normunu, bir mutlak hakkı ihlâl ettiğinden hukuka aykırıdır.

Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmamasıdır (95). Kişilik hakkını

(92) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 143; Eren, sh. 129

(93) Eren, sh. 134; Özsunay, Giriş, sh. 246 vd; Bkz. yuk. sh. 5

(94) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 21; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, sh. 652; İnan, sh. 256; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 42; Saymen/Elbir, sh. 410

(95) Eren, sh. 129; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 143 vd.

ihlâl eden bir davranışın hukuka aykırı sayılabilmesi için, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmaması gerekir.

B. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

1. GENEL OLARAK

Hukuka uygunluk sebepleri hukuk düzeninin yasakladığı bir fiilin yapılmasına ya da emrettiği bir davranışın yapılmamasına ve dolayısıyla koruduğu hukuki varlık ve menfaatlerin ihlâl edilmiş olmasına rağmen, davranışın hukuka aykırı olmasını engelleyen sebeplerdir (96). Hukuka uygunluk sebepleri çatışan hukuki varlık ve menfaatlerin ve dolayısıyla iki koruma normunun karşılaştırılmasının ve dengelenmesinin bir sonucudur (97). Bu itibarla hukuka uygunluk, birbiriyile çatışan iki hukuki varlık ve menfaatten, iki koruma normundan birinin daha üstün tutulmasını ifade eder.

Somut olayda zarar veren lehine bir üstün koruma normu ve dolayısıyla bir hukuka uygunluk sebebi varsa, zarar yerinin davranışı hukuka uygundur. Bir davranış bir tek tespit ve hükümle ya hukuka aykırı, ya da hukuka uygun olarak nitelendirilir (98). Bu nedenle hukuka aykırı bir

(96) Känzig, sh. 147; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 144.

(97) Eren, sh. 144; Kaziol, I, sh. 75; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 44; BGE, 101 II 177.

(98) Eren, sh. 144

davranışın daha sonra bazı sebeplerin ortaya çıkmasıyla hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz (99). Bir davranış hukuka uygun olarak nitelendirildiği takdirde, bu davranışın daha önce hukuka aykırı olduğunu söylemeye imkân yoktur. Burada hukuka aykırılığın oluşmasını engelleyen, davranışın hukuka uygun sayılmasını gerektiren nedenler vardır. Bu itibarla "Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler (100) yerine "Hukuka uygunluk sebepleri" terimini kullanmak daha uygundur (101).

2. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN ÇEŞİTLERİ

Kişilik hakkının ihlâlinde hukuka uygunluk sebepleri genel olarak üçe ayrılır. Bunlar, "zarar görenin zarara rıza göstermesi", "üstün nitelikteki bir özel ya da kamu yararı" ve "kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması"dır. 3444 sayılı kanunla değiştirilen MK.nun 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasında bu sebepler açıkça belirtilmiştir. MK. md. 24/II'ye göre "Şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuk aykırıdır".

Ayrıca, kişilik hakkının ihlâlinde hukuka uygunluk sebepleri arasında, uygulamada pek fazla görülmemekle birlikte meşru savunma ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma da sayılabilir.

(99) Kânzig, sh. 148; Koziol, I, sh. 75

(100) Bkz. Üzten, sh. 133; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 654; Tandoğan, sh. 17 vd.

(101) Eren, sh. 145; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 145; Kânzig sh. 148.

a) Zarar Görenin Rızası

Hak, hukuk düzeninin fertlerinin iradesine tanımış olduğu yetkidir (102). Herkes kendisine tanınmış olan bu yetkiden ilke olarak vazgeçebilir. Bir kişinin kendi hakkından vazgeçmesi ise, hukuk normunun kendisine tanımış olduğu korumadan vazgeçme anlamına gelir. Böylece, kişinin zarara razı olması, yani hukuk normunun kendisine tanımış olduğu korumadan önceden vazgeçmesi halinde ilke olarak hukuka aykırılık söz konusu olmaz (103). Esasen, bu husus BK. md. 44/1'de açık olarak hükme bağlanmıştır. Ancak, burada şöyle bir soru üzerinde durmak gerekir. Acaba kişi, kişilik hakkına ilişkin tecavüze rıza gösterebilir mi?

Medeni Kanununun 23 üncü maddesi, kişilik hakkını oluşturan değerlerin hukuki bir işlemle hukuka ve ahlâka aykırı bir şekilde devir veya kısıtlanmasının sonuçlarını düzenlemiştir; kişinin bu konuda yapabileceği hukuki işlem ve eylemleri ya yasaklamış ya da sınırlandırmıştır. Gerçekten MK. md. 23/II'ye göre, kimse hürriyetlerinden vazgeçemeyeceği gibi, kanuna ve ahlâka aykırı olarak da sınırlanamaz. BK.nun 19/II nci maddesi ise hukuka, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı bir sözleşmenin geçersiz olacağını belirtmiştir. Ancak 3444 sayılı kanunla değiştirilen MK. md. 24'e ilave edilen ikinci fıkraya göre "Şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızasına dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır hükmü karşısında kişilik hakkı ihlâl edilen şahıs, tecavüz fiiline rıza gösterdiği takdirde, bu tecavüz hukuka uygun bir hale gelmekte, böylece MK. md. 23/II ve BK. md. 19/II'nin muhtevası belirli oranda daraltılmakta, sınırlandı-

(102) Bkz. Eren, I, sh. 46 vd; Özsunay, Giriş, sh. 235 vd.

(103) Eren, sh. 146; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 660; Öztan, sh. 133; İnan, sh. 258; Kılıçoğlu, sh. 178 vd; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 44.

rılmaktadır. MK. md. 24/II'nin bu sarih metni karşısında, kişilik hakkının ihlâline rıza gösteren kişi, tazminat talebinde bulunamaz. Zira rıza, tecavüz fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, MK. md. 24/II, rızanın sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığını öngörmekte, buna karşılık ahlâka aykırılık hakkında hiç bir hüküm içermemektedir. Bu durum karşısında, kişilik hakkına tecavüz fiiline rıza, ahlâka aykırı ise, böyle bir rıza, BK. md. 19 ve 20'ye göre geçersizdir.

Bu açıklamaların ışığı altında MK. 24/II'de düzenlenmiş bulunan rıza kavramının unsur ve sonuçlarının incelenmesi gerekir.

aa) RIZA KAVRAMI

Rıza, bir kişinin hukuk düzeninin kendisine tanımış olduğu haklardan ve özellikle bunların korunmasından önceden tek taraflı bir irade beyanıyla vazgeçmesidir. Rıza, niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukukî işlemdir (104). Bu muamele ile kişi, kişilik haklarına yapılan tecavüze önceden izin vermekte, söz konusu tecavüzü onaylamakta ve bu suretle böyle bir tecavüzden doğacak zararın tazminini istemekten vazgeçmektedir.

(104) Bkz. Tercier, *Personnalité*, sh. 90; Eren, sh. 146; İnan, sh. 258; Tandoğan, *Mesuliyet*, sh. 31; Kılıçoğlu, sh. 179; Ateş, sh. 284; Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 371; Buna karşılık bazı yazarlara göre, zarara razı olmak hukukî bir işlem olmayıp maddi bir fiildir. Bu görüş için bkz. Känzig, sh. 162, 163; Lorenz, II, sh. 527; Kılıçoğlu, sh. 178 vd; Arsebük, sh. 557.

bb) UNSURLARI

Hukuken geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için şu unsurların bulunması gerekir.

aaa) İRADE BEYANI

Rıza, tek taraflı bir hukukî muamele olduğundan, bu muamelenin meydana gelmesi için her şeyden önce bir irade beyanının bulunması gerekir (105). Bu irade beyanı, karşı tarafa bildirilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu beyan, sarih veya zımni olabileceği gibi ivazlı veya ivazsız da olabilir (106). Ayrıca, rıza beyanı, herhangi bir şekle tâbi değildir (107).

Rıza gösteren kişinin fiil ehliyetinin bulunması, rızaya ilişkin iradenin sakat olmaması gerekir (108).

bbb) Zarar Gören Rıza Göstereceği Konuda Bilgi Sahibi Olmalıdır

Zarar gören, rıza göstereceği konuda bilgi sahibi olmalı, bu konuda aydınlatılmış bulunmalıdır (109). Meselâ, tıbbi bir konuda vücut bütünlüğüne müdahaleye izin verecek olan kişiye, bu müdahalenin hangi

(105) Tercier, Personnalité, sh. 90.

(106) Bkz. Tercier, Personnalité, sh. 90; Eren, sh. 148, 395; Kılıçoğlu, sh. 180; Tandoğan, sh. 33; Üzsunay, sh. 103.

(107) Tercier, Personnalité, sh. 90.

(108) Eren, sh. 146, 147; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 31, 32; İnan, sh. 258; Atasay, sh. 285; Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 371.

(109) Tercier, Personnalité, sh. 90; Bkz. Eren, sh. 147; Özten, sh. 115; Üzsunay, sh. 100; Köprülü, sh. 268.

amaçla yapılacağı, sonuçlarının ne olacağı ayrıntılı bir şekilde açıklanmış olmalıdır. Aksi takdirde hastanın bu konuda vermiş olduğu rıza, müdahaleyi hukuka uygun kılmaz.

ccc) Rıza Ahlâka Aykırı Olmamalıdır

Kişilik hakkının ihlâline izin veren rızanın ahlâka uygun olması gerekir (110). Bu prensip MK. md. 23/II ve BK. md. 19/II'de ifadesini bulmuştur. MK. md. 23/II'ye göre kimse, kişilik haklarından vazgeçemeyeceği gibi, kanuna ve ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Diğer taraftan BK. md. 19/II'ye göre hukuka, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı bir sözleşme geçersizdir.

Bir kimse ancak belirli hakların korunmasından, belirli müdahaleler için vazgeçebilir (111). Örneğin bir kimse hiç bir zaman hayat (yaşama) ve vücut bütünlüğü hakkında vazgeçemez. Buna karşılık, herkes, sağlığı ve hayatının kurtulması için ameliyat edilmesine veya spor müsabakalarına katılmaya rıza gösterilebilir. Zira burada yüce düşünce ve amaçlar söz konusudur. Bundan başka kişi özel hayatının bir bölümünün veya herhangi bir resminin bir gazete veya dergide yayınlanmasına izin verebilir (112). Ancak kişi, özel hayatının bazı gizli bölümlerini, meselâ cinsel yaşamına ilişkin bazı olayların bir gazete

(110) Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 661; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 31,32; İnan, sh. 258; Ataay, sh. 284, 285; Saymen/Elbir, sh. 447, 448.

(111) Tercier, Personnalité, sh. 91; Bkz. Eren, sh. 395; Kılıçoğlu, sh. 282; Ayiter, Organ Nakli, sh. 138 vd.

(112) Eren, sh. 395; Zevkliler, sh. 436.

veya dergide yayınlanmasına veya resminin herhangi ahlâk dışı bir olayda kullanılmasına izin veremez (113). Bu konudaki rıza ahlâka aykırı olduğundan geçerli değildir.

Her olayın özelliğine göre, kişilik hakkının ihlâl edilmesine gösterilecek rızanın ahlâka aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Sürekli ve ağır ihlâller, müdahale ve tecavüzler ahlâka aykırıdır (114). Bir kimse sürekli olarak bir kişilik değerinin ihlâline izin veremez.

cc) SONUÇLARI

Yukarıda açıkladığımız unsurları taşıyan geçerli bir rıza, kişilik hakkına yapılan tecavüz fiilini hukuka uygun kılar. Bunun sonunda da kişilik hakkına yapılan tecavüze rıza gösteren kişi, manevi tazminat talep edemez.

Kişilik hakkının ihlâli ile verilen rıza kapsam itibarıyla birbirine uygun olmalıdır (115). Rızanın sınırlarını aşan ihlâl, yeni bir haksız fiil teşkil eder. Meselâ özel hayatının belirli bir kısmının bir dergide yayınlanmasına izin veren kişinin izin verdiği kısmın kapsamını aşan bir yazı veya haberde durum böyledir.

(113) Bkz. Kılıçoğlu, sh. 182; Tekinay, Giriş, sh. 257.

(114) Tercier, Personnalité, sh. 91; Bkz. Eren, sh. 395; Kılıçoğlu, sh. 182, 183.

(115) Tercier, Personnalité; sh. 91; Bkz. Eren, sh. 148, 395, Öztan, sh. 114; Kılıçoğlu, sh. 183.

Aynı şekilde boks, güreş gibi sportif faaliyetlerde bulunan kişinin davranışı vücut bütünlüğüne verilecek zararlara önceden rıza göstermek anlamına gelir. Ancak, sportif faaliyetlerde gerekli kurallara uyulmayıp, sınır aşıldığı taktirde rızaya rağmen fiil hukuka aykırı olur. Zira rızanın kapsamı aşılmıştır (116).

Rıza, sahibi tarafından her zaman geri alınabilir (117). Geri alma, karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı andan itibaren, ileriye etkili olarak sonuçlarını doğurur. Geri olmadan, önceden vazgeçmek (feragat) geçerli değildir (118).

Rıza, tecavüz ve dolayısıyla zarar meydana gelmeden önce verilmiş olmalıdır. Tecavüz meydana geldikten sonra verilen rıza fiilin hukuka aykırılığını değil sadece tazminat hakkını ortadan kaldırır (119). Hukuki bakımdan geçersiz olan rıza, fiili hukuka uygun kılmamakla beraber, BK. md. 44'e göre ortak kusur sayılır ve hâkime tazminat miktarını indirme ya da tamamen ortadan kaldırma yetkisi verir (120).

(116) Eren, sh. 148.

(117) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, sh. 661; Kılıçoğlu, sh. 179, 180, Eren, sh. 147, 152.

(118) Tercier, Personnalit, sh. 92.

(119) Eren, sh. 148; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, sh. 661, İnan, sh. 258; Kılıçoğlu, sh. 180, 182; Ataay, sh. 385; ztan, sh. 115; Saymen/Elbir, sh. 447.

(120) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altp, sh. 662; Eren, sh. 147, 346; İnan, sh. 336; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 32; Kılıçoğlu, sh. 178.

b) Üstün Nitelikteki Özel ya da Kamu Yararı

aa) Genel Bilgi

Sorumluluk hukuku bakımından önem taşıyan hukuk kurallarının amacı, kişilerin hukuki varlık ve menfaatlerini korumaktır. Ancak, bir kişinin belirli bir hukuk kuralının koruduğu menfaati ile diğer bir kişinin menfaati arasında bir çatışma olabilir. Bir başka deyişle, somut olayda genel olarak hukuk düzeninin koruduğu bu iki menfaatin her ikisinin de korumadan yararlanması mümkün olmayabilir. Öyle ki, somut olayda bir menfaatin korumadan yararlanması, öteki menfaatin ihlâl edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu durumda hukuk kurallarının koruduğu değerlerin çatışması söz konusudur (121). Birbiriyle çatışan iki hukuki varlık veya menfaatten birinin diğerine üstün tutulması halinde, üstün tutulan bu menfaate, üstün özel menfaat denir. Meselâ meşru savunma halinde BK. 52'de Kanun koyucu tecavüz edene karşı, savunmada bulunan kişinin kişilik değerlerini daha üstün özel değer (menfaat) olarak kabul etmiştir.

Kamu yararı, toplumun genel değer ve menfaatlerini ifade eder. Kamu yararı ile kişi yararı karşılaştınca, ilke olarak kamu yararına üstünlük tanınır. Böyle olunca da toplum yararını korumak amacıyla kişi yararına sınırlamalar getirilebilir (122). Anayasanın 13 üncü maddesi, kamu yararının korunması amacıyla temel hak ve hürriyetlerin dolayısıyla kişilik hakkının da sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle kişinin izni olmasa da kamunun sağlığını korumak, kamu esenliği ve düzenini sağlamak amacıyla kişilik hakkı ihlâl edilebilir. Örneğin,

(121) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 150.

(122) Zevkliler, sh. 484; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 31; Y4HD, 15.10.1981, E. 9783, K. 11230 (YKD. 1982, sh. 1, sh. 38)

salgın hastalıkları karşısında kişilerin, belirli bir yerde karantina altına alınıp oradan çıkmaları engellenebilir; ya da belirli bir yerin halkı başka bir yere aktarılabilir (123). Kamu düzeni amacıyla sokağa çıkma yasağı ilân edilebilir, belirli yerlere seyahat kısıtlanabilir. Bütün bu davranışlar kişilik hakkını ihlâl etmekle beraber, kamu yararı amacıyla yapıldığı için hukuka aykırı değildir.

aa) Yararlar Çatışması ve Özellikle Basın Hürriyeti

aaa) Genel Olarak

Anayasalarda temel haklar arasında düzenlenen "basın hürriyeti" ile "kişilik hakkının" birbiriyle çatışması her zaman mümkündür.

1982 Anayasası kişilik hakkını çeşitli maddelerinde temel bir hak olarak düzenlemiştir. AY. Md. 17/1'e de göre, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmaz" hükmü ile, kişilerin özel hayat hakkı güvenceye alınmıştır.

Diğer taraftan Anayasa 5 inci maddesinde Devlete, "Kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" görevini vermiştir.

(123) Zevkliler, sh. 485; Tandoğan, sh. 17.

Basın hürriyeti düşüncenin basın yoluyla serbestçe açıklanabilmesi hürriyetidir (124). Basın hürriyeti Anayasalarda temel hak ve hürriyetler arasında, düşünce ve kanaati açıklama hürriyetinin özel bir türü olarak yer almaktadır. 1982 Anayasası 25/1 inci maddesinde "herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip" olduğunu belirttiikten sonra, 26 ncı maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemiştir. AY. Md. 26/1'e göre "Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. "Düşünceyi açıklama hürriyetinin özel bir türü olan basın hürriyeti ise AY'nın 28 inci maddesinde "Basın hürdür" şeklinde ifade edilmiştir.

Basın hürriyeti, basına kamuyu ilgilendiren konularda topluma bilgi vermek ve kamu oyunu oluşturmak görevlerini (125) serbestçe yapabilmesi için tanınmıştır (126). Gerçekten basın, okuyucuya toplumu ilgilendiren olayları bildirmek, onu, her türlü siyasi, ekonomik, bilimsel,

(124) Eren, sh. 386; Aynı yazar, Basın, sh. 1 vd; Kılıçoğlu, sh. 124; Aynı yazar, Basın Özgürlüğü, sh. 315 vd; Dönmezer, Basın, sh. 41; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 153; Y4HD, 15.10.1981, E. 9783, K. 11230 (YKD. 1982, S.1 sh. 37).

(125) Bkz. Eren, sh. 386; Aynı yazar, Basın, sh. 2; Kılıçoğlu, sh. 130 vd; Kaplan, sh. 206; İçel, sh. 9; Üzek, sh. 32; Atalay, II, sh. 113 vd.

(126) Kılıçoğlu, sh. 125; Tandoğan, sh. 31; Tekinay, Giriş, sh. 162; "Basın özgürlüğünün amacı, kamuyu ilgilendiren konularda doğru ve gerçeği uygun haber vermek, çeşitli konularda kamuoyunu aydınlatmak, toplumsal ve siyasal olaylar üzerinde kitleleri düşünmeye sevk etmek ve bu suretle kamuoyunu oluşturmaktır" Y4HD, 3.2.1983, E. 1982/11527, K. 1087 (YKD. 1983, s. 6, sh. 833, 835); Y4HD, 9.5.1983, E. 4271, K. 5025 (Yayınlanmamıştır). Y4HD, 27.3.1984, E. 1134, K. 3067 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 13.3.1986, E. 1483, K. 2349 (Yayınlanmamıştır).

edebî ve sanat olayları hakkında yönlendirmek, kamu yararıyla ilgili sorunlarda fikir alışverişini başlatmak, toplumu meşgul eden meselelerde pratik çözümlerin bulunmasına çalışmak, devlet yönetimi ve özellikle kamu parasının harcanması konusunda bilgi istemek, devlet işlerindeki her türlü suistimalleri bulmak" görevlerini (127) serbestçe yerine getirmelidir. Basının bu görevleri niteliği itibarıyla bir kamu hizmeti ve görevidir (128).

Basın toplum menfaatini ilgilendiren konularda kamu oyunu oluşturmak görevini yerini getirirken kamu yararı ile ilgili olayları açıklamak, değerlendirme ve eleştiriler yapmak zorundadırlar. Ancak, basın bu olayları açıklarken, değerlendirme ve eleştiriler yaparken ilgili kişi veya kişilerin şeref ve haysiyetini, özel hayatını, mesleki ve ticari itibarını ihlâl edebilir ve böylece onların maddi ve manevi zarara uğramalarına neden olabilir (129). Bu nedenle basın hürriyeti ile kişilik hakkı özellikle kişinin şeref ve haysiyeti, özel hayat hakkı bazı hallerde çatışabilir. Bu çatışan iki değer ve menfaatten hangisinin üstün tutulacağına, somut olayda hâkim karar verir (130). Ancak, şunu hemen belirtelim ki, Anayasa kişilik hakkını, basın hürriyetinin sınırlarından

(127) BGE. 37 I 377

(128) Eren, sh. 387; Kılıçoğlu, sh. 130 vd.

(129) Eren, Basın, sh. 6; Kaneti, Çalışan Değerler, sh. 153; Dural, sh. 137; Tandoğan, sh. 20; Üzsunay, sh. 121.

(130) Kaneti, Çalışan Değerler, sh. 152; Tekinay, Giriş, sh. 261; Dural, sh. 141; İmre, Şehsiyet, sh. 162; Tandoğan, sh. 17.

biri olarak kabul etmiştir (131). AY. Md. 28/IV'e göre "Basın hürriyetinin sınırlanmasında Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır." Anayasanın düşünceyi açıklama hürriyetini düzenleyen 26 ncı maddesi ise, düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanılmasının "Başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut konunun öngördüğü meslek sırlarının korunması" amaçlarıyla sınırlanabileceğini hükme bağlamaktadır.

Basın, kişiler ve toplum üzerinde çok etkili ve güçlü bir araç, bir faaliyettir. Zira, günümüzde teknolojideki gelişmelerin bir sonucu olarak basın ve diğer kitle haberleşme araçları vasıtasıyla kişilik hakkını ihlâl eden bir haber veya eleştiri, çok kısa bir zaman içinde milyonlarca kişinin bilgisine sunulmaktadır (132). Kişinin şerefini, özel hayatını ihlâl eden bu yanlış bilgi ve kanaati binlerce insanın zihninden silmek ise, çok zordur. Ayrıca yayınlanan bu yazıların, bunlar kağıt üzerinde cismani bir varlığa sahip oldukları için sonradan yeniden okunması da mümkündür (133).

(131) "Anayasal bir değer taşıyan basın yoluyla düşünce açıklamak hakkı (AY.Md.26) bu hakkın sınırları içinde kalındığı sürece hukuka uygun sayılacaktır." Y4HD, 9.5.1983, E. 4271, K. 5025 (Yayınlanmamıştır); "Salt basın hürriyeti ve haber verme görevi davalıların kusurlu davranışlarına ve davacıların haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz imkânı sağlamaz. Anayasa basına hürriyet tanıırken, 10 uncu maddesi ile de (1982 AY.Md.12) herkese kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler tanımıştır." (YH6K. 19.1.1983, E. 1981/4-223, K. 14)

(132) Bkz. Eren, Basın, sh. 8,9; Kaplan, sh. 204, 207 vd.; İmre, Şahsiyet, sh. 147 vd; Özsunay, sh. 131 vd.

(133) Jäggi, sh. 244 a.

Basın hürriyeti ile kişilik hakkı çatıştığında her somut olayda, hâkim yukarıda açıkladığımız noktaları da gözönünde tutarak MK. Md. 1 gereğince hukuk düzeninin genel ilkelerinden, hakkaniyet ve adalet esaslarından yararlanarak, kişilik hakkını ihlâl eden bir haber veya eleştirinin hukuka uygun olup olmadığını tespit edecektir (134).

**bbb) Basın Açıklamaları ve Eleştirileri Açısından
Hukuka Ağırlılık/Uygunluk Sorunu**

Kişilik hakkını ihlâl eden haber veya eleştirinin hukuka uygun olup olmadığını tespitinde doktrin (135) ve uygulama da (136) şu unsurlar oluşmuştur. Bunlar; doğruluk, kamu yararına uygunluk, güncellik ve şekli uygunluk unsurlarıdır.

1/a) Doğruluk (gerçeğe uygunluk) Unsuru

Basının kişilik hakkı ihlâl edilen kimse hakkında verdiği haber ya da yazdığı eleştirinin hukuka uygun sayılabilmesi için herşeyden önce doğru olması, gerçeğe uygun bulunması gerekir (137). Gerçeklere

(134) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 152; Tekinay, Giriş, sh. 261; Dural, sh. 141; İmre, Şahsiyet, sh. 162; Tandoğan, sh. 17.

(135) İmre, Şahsiyet, sh. 147 vd; Eren, Basın, sh. 9; Özsunay, sh. 131 vd.

(136) İmre, Şahsiyet, sh. 147; Eren, Basın, sh. 9.

(137) Eren, sh. 396; Kılıçoğlu, sh. 165 vd; Aynı Yazar, Basın Özgürlüğü, sh. 321, 322 Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 153; Tandoğan, sh. 30; Tekinay, Giriş, sh. 262; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 896 vd; Özsunay, sh. 119; Dural, sh. 138; Zevkililer, sh. 485; Atalay, II, sh. 115; Egger/Çernis, sh. 297 vd; Karahasan, sh. 1223 vd; "Haberi hukuka uygun kılan nedenlerden biri de haberin gerçeklere uygun olarak verilmiş olmasıdır. Oysa, davacıların herhangi bir soygun, gasp ve hırsızlık olaylarına karışmaları söz konusu değildir. Davalı gazetecinin gerçeklere aykırı olarak davacıları adı geçen suçların faili olarak göstermesi haberi hukuka aykırı kılmıştır" Y4HD, 14.6.1988, E. 2485, K. 5958 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 30.10.1984, E. 5561, K. 7982 (Yayınlanmamıştır).

uymayan, doğru olmayan bir haber veya eleştiri, kişilik hakkını ihlâl ettiği takdirde dâima hukuka aykırıdır (138). Ancak, sadece haberin veya eleştirinin doğru olması ve gerçeğe uygun bulunması kişilik hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılması için yeterli değildir. Haberın veya eleştirinin güncellik ve kamu yararı unsurlarına da uygun olması gerekir (139).

Gerçeklik haberin veya bir olaya dayanan eleştiride olayın, gerçeğe uygun olmasını ifade eder. Bir haberin gerçeği uygun olup olmadığının tespiti, orta düzeydeki bir okuyucunun habere vereceği anlama göre yapılır (140).

Gerçeğe uygunluk tam olmalıdır. Bu itibarla haberin bir kısmının yazılması ya da bazı kısımlarına ağırlık verilerek, diğer kısımların okuyucunun gözünden kaçacak bir biçimde verilmesi haberin doğruluk

(138) Özsunay, sh. 119; Kılıçoğlu, sh. 165 vd; Dural, sh. 138; Eren, sh. 396; Franko, sh. 76; "Eğer bir olay gerçek değilse, başka bir anlatımla verilen haber gerçeği yansıtmıyorsa öteki unsurların araştırılmasına girilemez" Y4HD, 16.7.1986, E. 5000, K. 5716 (Yayınlanmamıştır).

(139) Dural, sh. 138; Eren, sh. 396; Kılıçoğlu, sh. 166 vd.

(140) Eren, sh. 397; Kılıçoğlu, sh. 167; Y4HD, 9.5.1983, E. 427, K. 5025 (Yayınlanmamıştır).

unsurunu zedeler (141). Uydurma ve fantazi haberler gerçeğe her zaman uygun olmadıkları gibi, bir kısmı doğru, bir kısmı doğru olmayan uydurma ve fantazi haberler de gerçeğe uygun değildir (142).

1/b) Kamu Yararına (Genel Menfaate) Uygunluk Unsuru

Haber ve eleştiri kamu yararına, genel menfaate uygun olmalıdır. Özellikle siyasi kişiler, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, sanatkâr, sporcu gibi kişiler, toplumun ilgisini çektikleri, topluma mâl oldukları için, bunlar hakkında yapılan eleştiri veya verilen haberlerde kamu yararı mevcuttur (143). Bu itibarla, bu gibi kişilerin, özel hayatlarının büyük bir kısmı ortak alanı oluşturur (144). Ortak alanla ilgili bir haber veya eleştiri, bu kişilerin kişilik hakkını ihlâl etse bile, doğruluk unsuru mevcutsa, bu ihlâl hukuka aykırı değildir. Ancak, bu gibi kişilerin de gizli hayat alanları vardır ve bu alana müdahale kişinin rızası bulunmadıkça hukuka aykırıdır (145). Bir devlet adamının resminin veya karikatürünün veya hayat hikâyesinin yayınlanması hukuka aykırı

(141) Kılıçoğlu, sh. 169 vd; Dural, sh. 138

(142) Eren, sh. 397; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 154; Kılıçoğlu, sh. 168; Üzek, sh. 240; Karahasan, sh. 1224, 1226; "Bir haberin hukuka uygun sayılabilmesi için 'haber niteliğinin' varlığı ve 'haber içeriğinin' gerçeğe uygunluğu yeterli değildir. Gerçek bir olaya 'ana noktalarda' gerçek dışı unsurların eklenmesi halinde, artık hukuka uygunluktan söz edilemez. Henüz hakkında kesin hüküm verilmemiş olan bir sanığın suçlu olarak gösterilmesi haber verme hakkının sınırlarının objektif yönden asılması demektir" Y4HD, 25.2.1985, E. 845, K. 1449 (Yayınlanmamıştır); YHGK, 19.1.1983, E. 1981/4-223, K. 14 (Yayınlanmamıştır)

(143) Eren, sh. 397; Aynı yazar, Basın, sh. 20, 21; Tandoğan, sh. 31 vd; İmre, Şahsiyet, sh. 162; Dural, sh. 139 vd; Üzsunay, sh. 121 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 900; Kılıçoğlu, sh. 154 vd.

(144) Eren, sh. 397; Tandoğan, sh. 31; Kılıçoğlu, sh. 158

(145) Grossen, sh. 87a; Tandoğan, sh. 32; İmre, Şahsiyet, sh. 162

değildir; fakat, bu kimseyi küçük düşürecek, özel hayatına ilişkin ve sırf ona ait olan gizliliklerin bir genel menfaat bulunmadığı halde yayınlanması hukuka aykırıdır (146). Diğer taraftan, toplum hayatında tanınmış sanatçı, sporcu gibi kişiler hakkındaki yayınlar ancak işlerine ve şöhretlerine ilişkin olduğu ve o kişinin halka tanıtılması için gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır (147). Bu ölçüyü aşan açıklamalar, kişinin rızası olmadan yapılmışsa hukuka aykırıdır.

Buna karşılık, kamu hayatı ile ilgisi az olan kişilerin özel hayatlarına ve bilhassa özel ve gizli alanlarına giren bir olayın haber yoluyla açıklanması, böyle bir olay nedeniyle eleştiri yazılması onun kişilik hakkını ihlâl ettiği takdirde, kamu yararı, genel menfaat mevcut olmadığı için, haber ve eleştiri gerçeklere uygun olsa bile, ihlâl fiili hukuka aykırıdır (148).

1/c) Güncellik Unsuru

Güncelliğini kaybetmiş bir olay hakkındaki haber ve eleştiriler üstün değer olma niteliğini ilke olarak taşımaz ve hukuka uygunluk sebebi

(146) İmre, sh. 162

(147) Tandoğan, sh. 33; Kılıçoğlu, sh. 158 vd.

(148) Eren, sh. 397; Zevkliler, sh. 486; "Öte yandan, gerçek yönleriyle olayın toplumsal ilgiyi çekebilecek bir 'haber' özelliği de yoktur. Her iki davacı, devlet adamı politikacı ya da sanatçılar gibi özel hayatları ve yaşantı biçimleri toplum tarafından merak edilen, izlenen kimselerden değildirler. Rüşte erişmiş bu iki sade vatandaşın.... özel hayatında bir sır teşkil eden ve gizli kalması gereken bu doğal olayı abartılmış bir mizansen biçiminde ve çirkinleştirilmiş bir ifade tarzı içinde topluma teşhir etmeyi basın görevi olarak kabul ve basın özgürlüğü çerçevesinde mütalas etmeye de olanak yoktur" Y4HD, 28.4.1987, E. 2077, K. 3267 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 13.3.1986, E. 1483, K. 2348 (Yayınlanmamıştır).

olmaz. Gerçekten unutulmuş, hatırlanmasında yarar bulunmayan olayların tekrar gündeme getirilmesinde genel menfaat ve kamu yararı mevcut değildir (149).

1/d) Şekli Uygunluk (İfade Uygunluğu) Unsuru

Haber ve eleştirinin veriliş ve yazılış şekli kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalı, basın açıklamasının özü ve biçimi arasında uygun bir denge bulunmalıdır (150). Bundan maksat, haberin açıklanış biçiminin fazla sürüm ve sansasyon, intikam gibi amaçlarla değil, kamu yararı amacına hizmet etmesi, ilgiliye en az zarar verici açıklama tarzının seçilmesi, ilgilinin kişiliğini gereksiz yere ihlâl eden sözler kullanılmaması; haberin gereğinden fazla önemli gösterilip çarpıcı bir şekilde açıklanmış olmamasıdır (151). Haber ve eleştiri doğru olsa ve

(149) Eren, sh. 397; Kılıçoğlu, sh. 163; "Somut olay içinde 'güncellik ve kamu yararı' unsurları ele alındığında yayının bu amaçlara uygun olduğu bütün açıklığı ile ortadadır. Türk Toplumunun siyasi, sosyal ve ekonomik yapısına olumsuz etkileri nedeni ile 'kaçakçılık olayı ve olayları' güncel olaylar içindeki yerini sürekli olarak korumaktadır" Y4HD. 30.10.1984, E. 5561, K. 7982 (Yayınlanmamıştır)

(150) "... gazete olayı duyurmakla kalmamış, 'utanmaz, kursağında haram para' gibi aşşağılayıcı ve bayağılayıcı sözcüklerle davacının onur ve saygınlığına, bu ve diğer değerlerden oluşan kişilik haklarına saldırıda bulunmuştur. Bu tür yazıda olay verilirken konu ile konunun açıklama biçimi, anlatılışı arasında düşünsel bağ (aracın amaca uygunluğu) bozulmuş ve tazminat koşulu gerçekleşmiştir" Y4HD. 12.5.1987, E. 2257, K. 3774 (Yayınlanmamıştır).

(151) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 903; Kılıçoğlu, sh. 172 vd. "Gerçek olaylara dayanmış olsa da yazının sübjektif amaçlarla (sansasyon-sürüm-kin vb.) kamu oyuna duyurulması halinde hukuka uygunluktan söz edilemeyecektir. Olayımızda devletle ait gazetede haber ilk sahifede azımsanamayacak genişlikte ve abartılarak (örneğin resmi fuhuş gibi) verilmiştir. Haberin okuyucuya daha uygun biçimde ve ifadelerle sunulması olanağı varken bunun, biraz sürüm, biraz sansasyon amacıyla verildiği kabul edilmelidir" Y4HD, 24.4.1986, E. 2585, K. 3547 (Yayınlanmamıştır).

bunda kamu yararı bulunsa bile, uslûp uygun ve nazik değilse ve özellikle aşığılayıcı küçük düşürücü, amaç dışı veya amacı aşan ya da abartıcı nitelikte ise, haber ve eleştiri sırf bu yönüyle hukuka aykırı olabilir (152).

cc) Şikâyet Hakkının Kullanılması

Kişilik hakkını ihlâl eden eylem ve davranışlar diğer kişilerin ya da kamunun üstün yararını korumak amacıyla yapılmışsa hukuka aykırı değildir (153). Bu itibarla, zabıtaya ya da suçları kovuşturmaya yetkili makamlara yapılan ceza şikâyetleri, ihbarlar, kişisel ceza davaları, başkalarının kişilik haklarını zedelese bile belirli ölçüler içinde hukuka uygundur (154). Burada Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile kişilik hakkının çatışması söz konusudur. Hâkim, bu iki hukuki değer ve menfaatten hangisinin daha üstün tutulacağını MK.nun 1 inci maddesine göre hukuk düzenini genel ilkelerinden yararlanarak

(152) Eren, sh. 398; Kaneti, Çatışan Değerler 156, 157 "herhangi bir haber, ne derecede gerçeği uygun olursa olsun haberin verililişinin gerektirmediği tahkir edici bir dilin kullanılması durumunda, hukuka uygunluk durumu söz konusu olamaz" Y4HD, 15.10.1981, E. 9783, K. 11230 (YKD, 1982, s. 1, sh. 36, 40); "Kullanılan ifadenin habere konu olan olay ile düşünsel bir bağlantısının, bir ilgisinin bulunması zorunludur. Bu zorunluluğu aşan ve kişiyi objektif yönden tahkir edici ifadelerin kullanılması durumunda hakkın sınırı aşılmış hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkmış olur" YHGK, 2.7.1980, E. 1978/4-187, K. 2109 (YKD, 1980, s. 11, sh. 1455 vd); "Olay doğru, güncel ve onda kamu yararı bulunsa bile, şekle de aykırı olmamalıdır. Haber ve eleştirinin verililiş, yazılış biçimi kişilik hakkını zedeleyecek uslûp ve tarzda olmamalı, basın açıklamasının özü ile biçimi arasında uygun bir denge bulunmalıdır" Y4HD, 9.5.1988, E. 3982, K. 4771 (Yayınlanmamıştır).

(153) Bkz. yuk. sh.103 vd.

(154) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 158; Çalkın/Tuğsavul, sh. 99, 100; Karahasan, sh.118 vd; "Kural olarak suçların kovuşturulması nedeniyle yetkili makamlara yapılacak şikâyetler hukuka aykırı sayılmazlar" Y4HD, 9.7.1984, E. 5656, K. 6239 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 24.4.1986, E. 2902, K. 3598 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 9.10.1985, E. 6250, K. 7988 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 28.2.1984, E. 565, K. 1947 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 28.2.1984, E. 565, K. 1947 (Yayınlanmamıştır). Y4HD, 22.12.1982, E. 10704, K. 11595 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 23.1.1985, E. 1984/8561, K. 261 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 14.5.1984, E. 1995, K. 4747 (YKD, 1984, s. 11, sh. 1662, 1664)

belirleyecektir (155). Kişilik hakkını ihlâl eden bir davranışın hukuka uygun sayılabilmesi için her şeyden önce hukuk düzeni tarafından korunan üstün bir menfaate dayanması gerekir (156). Ancak, hukuk tarafından korunan bir üstün menfaatin bulunması yeterli değildir, ayrıca şikâyet hakkının da kötüye kullanılmamış olması gerekir (157). Şikâyet hakkı salt

(155) Tandoğan, sh. 17 vd; Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 152; Dural, sh. 141; Tekinay, Giriş, sh. 261; Egger/Çernis, sh. 296 vd; "hak arama hürriyeti ile davacının çatışan kişilik hakkının sınırlarının MK.nun 1. maddesindeki ana kural uyarınca hâkim, tarafından büyük bir özenle çizilmesi gerekir. Çünkü, kişilik hakkına saldırıda bulunan kimse eğer üstün çıkarları korumak için davranmışsa, davacının saldırıya uğrayan kişilik hakkı korumadan yererlenemeyecektir" Y4HD, 12.3.1985, E. 594, K. 2049 (Yayınlanmamıştır); "... olayda davacıların kişilik haklarıyla davalıların şikâyet haklarının çatışması söz konusudur. Nitelik bakımından aynı değerde olan bu iki hak arasındaki çatışma birinin diğerine üstün olduğu yolunda önceden bir ilkeye bağlanamayacağından, her olayın kendisine özgün gerçekleşme biçimine göre hangisinin üstün tutulacağına taktir edilmesi gerekir. Gerçekten Anayasada hak arama hürriyeti olarak tanımlanan şikâyet ve başvurma hakkının tamınması başkalarının kişilik haklarını zedelese bile, belirli ölçüler içinde kalındığında hukuka uygun düşebilir. Bu uygunluğun dayanağı, şikâyeti yapanların veya kamunun üstün çıkarlarının korunmasıdır" Y4HD, 1.10.1985, E. 5753, K. 7592 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 8.9.1982, E. 6084, K. 7436 (YKD, 1983, s. 2, sh. 194 vd).

(156) Tandoğan, sh. 18; Y4HD, 8.9.1982, E. 6084, K. 7436 (YKD, 1983, s.2, sh. 194 vd.); "Şikâyet hakkının kullanılmasında üzerinde durulması gereken yön şikâyet yapılırken korunmak istenen hak ile ihlâl edilen şahsiyet hakkı arasında uygun bir dengenin sağlanması gerekir. Şayet korunması istenen hakkın, şahsiyet hakkından üstün olduğunun benimsenmesi mümkün ise şikâyet sebebi ile, şahsiyet hakkının ihlâl edildiğinden söz edilemez" Y4HD, 13.3.1984, E. 2006, K. 2487 (Yayınlanmamıştır).

(157) "Kişisel ve toplumsal ilişkiler içerisinde bu iki hakkın çatışması ve hukuki çıkarların karşı karşıya gelmesi halinde şikâyet ve ihbar hakkının kullanılması biçiminde tezahür eden bir davranış özgürlüğünün, onur ve saygınlık gibi kişisel hak ve değerlere tercih olunabilmesi için, bu davranışın hukukça korunan üstün bir çıkarın sağlanmasına yönelik bulunması yeterli olmayıp, aynı zamanda uygun esaslarla yapılması, daha açık bir anlatımla gerçek olaylara dayandırılması ve aşırılığa varmaması da lazımdır. Aksi halde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur ki, bunun da hukuken himayesi mümkün değildir" Y4HD, 3.12.1984, E. 9205, K. 8936 (Yayınlanmamıştır). "Elinde hiçbir ispat vasıtası (delil ya da emare) olmayan kişinin tahmine ya da zenne dayanarak veya vasat bir kişinin dahi yetersizliğini taktir edeceği kamtlara dayanarak şikâyet hakkını kullanması aşırı bir davranış olarak hukuken korunmamalıdır" Y4HD, 18.3.1986, E. 1872, K. 2472 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 7.10.1986, E. 4951, K. 6903 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 16.12.1986, E. 7658, K. 8389 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 18.3.1986, E. 1872, K. 2472, (YKD, 1986, s. 9, sh. 1284, 1286)

başkasına zarar vermek amacıyla temelsiz ve uydurma olaylara dayanılarak kötüye kullanıldığı takdirde, bu kötüye kullanma kişilik hakkını ihlâl eden davranışı hukuka aykırı kılar (158).

dd) Savunma Hakkının Kullanılması

Avukatlar mesleklerini icra ederken savunması ile görevli oldukları hakları korumak için, karşı tarafın kişilik haklarını ihlâl eden davranışlarda bulunabilirler (159). Avukat, temsil ettiği tarafın menfaatini karşı taraf için bundan doğabilecek zararları düşünmeden sert bir biçimde savunmak zorundadırlar. Avukatın üzerine aldığı mesleki ve

(158) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 904; Franko sh. 101/102; Karahasan sh. 1170, 1171; "... şikâyet veya başvuru toplumsal görevine aykırı bir şekilde kullanılmışsa bu kötüye kullanma, davranışı hukuka aykırı kılar. Örneğin, şikâyette bulunanın elinde şikâyetine konu ettiği olayın gerçekleştiğini gösterebilecek ciddi ve inandırıcı kanıtların bulunmaması halinde kusurlu davranılmış ve hukuka aykırı hareket edilmiştir" Y4HD, 1.10.1985, E. 5753, K. 7592 (Yayınlanmamıştır) Benzer karar bkz. Y4HD, 9.6.1977, E. 10341, K. 6741, (YKD, 1978, s. 9. sh. 1463, 1464); "Bir kimsenin şikâyet ve ihbar hakkının kötüye kullanıldığının kabulü için bile bile şikâyet edileni zararlandırma amacıyla kin ve garezin tesiri altında hareket ettiğinin ve şikâyet ve ihbarın temelinde bulunan olayların ciddi ve inandırıcı delillerle desteklenmesine rağmen şikâyetin yapıldığının sabit olması lazımdır" Y4HD, 30.10.1981, E. 10880, K. 11888 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 23.2.1984, E. 1130, K. 1747 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 9.7.1984, E. 5456, K. 6239 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 4.2.1986, E. 187, K. 289 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 19.2.1985, E. 84/9947, K. 1296 (Yayınlanmamıştır); Y4HD 3.11.1986, E. 6296, K. 7448 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 7.7.1987, E.3386, K. 5597 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 23.3.1987, E. 694, K. 1799, (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 16.3.1985, E. 1156 K. 2726 (Yayınlanmamıştır).

(159) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 159; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 905 vd; Zevkililer, sh. 487

toplumsal ödev bunu gerektirir (160). Bu itibarla, savunmanın menfaatleri diğer tarafın kişilik haklarından üstün tutulmakta ve bu çerçeveye içinde kalan davranışlar hukuka uygun sayılmaktadır (161).

Ancak, avukat savunması gereken menfaatin haklı gösterdiği sınırı aştığı takdirde hukuka aykırı davranmış olur (162). Avukatın temsil ettiği tarafın menfaatlerinin korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif bir tartışmanın sınırını aşan, diğer tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi gibi göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır (163).

c) Kanunun Verdiği Bir Yetkinin Kullanılması

Kanunun verdiği bir yetki kullanılırken, bir kişinin kişilik hakkı ihlâl edilmiş olsa da yetkinin kullanılması hukuka aykırı değildir (164).

(160) Y4HD, 2.5.1975, E. 1160, K. 5782, (YKD.1976, s. 2, sh. 157, 161)

(161) Kaneti, Çatışan Değerler, sh. 159; "Savunma hakkının üstünlüğü ve sorumsuzluğu ilkesi haksız eylem sorumluluğunun esas öğelerinden biri olan 'hukuka aykırılık' da ortadan kaldırır" Y4HD, 21.1.1985, E. 1984/10035, K. 191 (Yayınlanmamıştır); "Bir davanın görülmesi sırasında, taraflar veya vekillerince dava konusunda mahkemeye verilen dilekçe ve duruşmada yapılan sözlü açıklamalarda kullanılan sözler, kişisel hakları zedeleyici nitelikte bulursa dahi..... savunma hakkının sınırı aşmış olmadıkça BK.nun 49 uncu maddesi kapsamına giren bir haksız eylem olarak nitelendirilemez" YHGK, 21.1.1987, E. 1986/4-332, K. 4987/28

(162) "Bununla beraber.... savunma hakkına tanınan bu üstünlük kötüye kullanılır, dava bahane edilerek veya iddia ve savunmanın sınırı aşılarak, yasanın amacı dışına çıkılarak kişilik haklarına saldırı olursa, eylem yine hukuka aykırı olacaktır" Y4HD, 21.1.1985, E. 1984/10035, K. 191 (Yayınlanmamıştır).

(163) Y4HD, 2.5.1975, E. 1160, K. 5782 (Karahasan, sh. 1192); Y4HD, 21.5.1984, E. 4413, K. 4926 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 27.2.1985, E. 1087, K. 1596 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 21.5.1984, E. 3718, K. 4924 (Yayınlanmamıştır).

(164) Zevkliler, sh. 487; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 30, 31; Atasoy, sh. 283.

3444 sayılı kanunla değiştirilen Medeni Kanunun 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasında "kanunun verdiği bir yetkiye dayanan" tecavüzlerin hukuka aykırı olmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Kanunun kişiye tanımış olduğu bu yetki kamu hukukundan doğabileceği gibi, özel hukuk tarafından verilmiş bir yetki de olabilir.

Kamu hukukundan doğan bir yetkinin ilgili memur ve kamu görevlisi tarafından kanuni şart ve sınırlar içinde kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez (165). Meselâ suç işleyen ve suç üstü yakalanan ve heran kaçabilme tehlikesi bulunan kişiye kelepçe takılması ve tutuklanması, icra memurunun borçlunun mallarını herkesin gözü önünde haczetmesi hallerinde hukuka aykırılık yoktur (166)

Ancak, yetkili memur kusurlu olarak yetkisini aşmış veya yetkili olmayan kişi görev gaspında bulunarak bu fiili işlemişse, böyle bir davranış hukuka aykırıdır (167).

(165) Eren, sh. 144; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 30, 31; Zevkliler, sh. 487; Kılıçoğlu, sh. 121; Feyzioğlu, sh. 501; Saymen/Elbir, sh. 446.

(166) Tekinay/Akmen/Burcuoğlu/Altop, sh. 662, 663; İnan, sh. 257; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 30, 31; Feyzioğlu, sh. 501; Çalkın/Tuğsavul, sh. 27 vd; Saymen/Elbir, sh. 446.

(167) Eren, sh. 145; Von Tuhr, (Çev. Edege), sh. 370; Zevkliler, sh. 487; Feyzioğlu, sh. 501; Saymen/Elbir, sh. 446.

Özel Hukuk tarafından verilmiş bir yetkinin kullanılması da kanunî sınırları içinde kalmak şartıyla hukuka aykırı değildir (168). MK. md. 467'ye göre, ana ve babanın çocukları üzerinde tedip hakkını kullanırken onların hürriyetlerini kısıtlamaları; evden dışarı çıkmasına engel olarak ders çalışmaya yöneltmeleri, belirli bir okula gitmeye zorlamaları, azarlamaları, gerekirse dövmeleeri makul ölçüde olduğu taktirde, hukuka aykırı değildir (169). Ancak bu hak kötüye kullanılırsa hukuka uygunluk söz konusu olmaz. Örneğin çocuk, ana ve babası tarafından hastanelik oluncaya kadar dövülür veya aylarca evde hapsedilip kimseyle görüştürülmezse, bu davranış hukuka aykırıdır. Bu durumda çocuk, uğradığı maddi ve manevi zararı ana ve babadan tazmin edebilir (170).

d) Meşru Savunma

Borçlar Kanununun 52 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan meşru savunma halinde, savunma fiili hukuka aykırı bir fiil değildir. Meşru savunma, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının hukuki varlığını bir şahsın halihazır veya çok yakın ve hukuka aykırı bir saldırısından kurtarmak için, bu şahsın hukukî varlığını ihlâl eden zorunlu bir savunma fiilidir (171).

(168) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 31; Eren, sh. 145; Zevkliler, sh. 487; Saymen/Elbir, sh. 447; Arsebük, sh. 557.

(169) Zevkliler, sh. 487; Eren, sh. 146; İnan, sh. 258; Öztan, sh. 134; Feyzioğlu, sh. 501; Çalkın/Tuğsavul, sh. 29; Saymen/Elbir, sh. 447; Arsebük, sh. 557.

(170) Yon Tuhr (Çev. Edege), sh. 370, 371; Feyzioğlu, sh. 502; Saymen/Elbir, sh. 447; Arsebük, sh. 557.

(171) Eren, sh. 149; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 656; İnan, sh. 259; Yon Tuhr (Çev. Edege), sh. 372, 373; Ateay, sh. 285.

Bir kişiye zarar vereni, bu davranışından sorumlu olmaktan kurtaran meşru savunma, kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyan fiillerin de hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir nedendir (172). Bir kişi, kendi kişilik değerlerine yönelik yakın ve ciddi bir tehlikeyi defetmek üzere bir başkasının kişilik değerlerine zarar verirse, zarar verinin bu davranışı hukuka aykırı değildir. Örneğin, kendisine iftira yoluyla ağır bir suç yüklenen kişinin, suçsuzluğunu ispat etmek için bir başkasının gizli belgelerini ele geçirmesi hukuka aykırı değildir (173). Zira bu kişi meşru savunma da bulunmaktadır. Diğer taraftan bir kişi, şeref ve haysiyetine saldırıda bulunmaya hazırlanan bir kimsenin şerefsizliğini gösteren yayınlarda bulunursa, meşru savunma hakkını kullanmış sayılır (174). Ancak, meşru savunma nedeniyle yapılan bu davranışlar, saldırıyı önleme amacını aşmamalıdır. Saldırı ile savunma arasında uygun bir denge olmalıdır (175). Aksi takdirde savunma fiili hukuka aykırı olur.

f) Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

Bir hakkın devlet organları vasıtasıyla korunmasının mümkün olmadığı hallerde, bir kişi kuvvet kullanarak bir başkasına zarar verirse BK. md. 52/III'e göre sorumlu olmaz (176).

(172) Zevkliler, sh. 448, 449; Özsunay, sh. 161; İmre, isim, sh. 815.

(173) Zevkliler, sh. 489.

(174) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 33; Kılıçoğlu, sh. 120, 121.

(175) Eren, sh. 150; İnan, sh. 260; Kılıçoğlu, sh. 121; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 656 vd.

(176) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 659; Eren, sh. 153; Feyzioğlu, sh. 496; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 41; Özten, sh. 134.

Bir kimse, hakkını korumak amacıyla kuvvet kullanır ve bir başkasının kişilik değerlerini ihlâl ederse, bu davranış hukuka aykırı değildir (177). Burada menfaatler çatışmasında daha üstün değerdeki bir hukuki varlık, diğer bir hukuki varlığa tercih edilmektedir (178). Örneğin, gizlice başkasının evine giren hırsızın yakalanıp güvenlik güçleri gelinceye kadar bir odada hapsedilmesi durumunda, hırsızın kişisel hürriyetinin ihlâli ev sahibinin hakkını korumak için yapıldığından hukuka uygundur.

V) KUSUR

Kusur sorumluluğunda sorumluluğun en önemli kurucu unsuru, kusurdur. Bu nedenle, sorumluluğun doğması için zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarından başka, zarar verenin davranışının ayrıca kusurlu olması gerekir.

Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi, 3444 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevi zararın tazmini için "kusurun özel ağırlığı" (179) şartını aramaktaydı. Ancak, çağdaş hukuk ve Anayasaların kişilik değerlerine ve kişilik hakkının korunmasına verdiği özel önem karşısında, bu ağırlaştırılmış şartın savunulması mümkün değildi. Kişilik hakkının çağımızda hızla gelişen ulaşım, haberleşme, basın, yayın araçları tarafından her zamankinden daha

(177) Zevkiler, sh. 490

(178) Eren, sh. 153

(179) "Kusurun özel ağırlığı" kavramı için bkz.: Eren, sh. 392; Ünal, sh. 421; Ayrıca eski B.K. 49 uncu maddesinde önceden aranan "zararın özel ağırlığı" şartı da kaldırılmıştır. Oysa İsviçre BK.nun değiştirilen 49 uncu maddesinde ihlâlin ağırlığı şartı manevi tazminat talebi için ayrıca bir unsur olarak aranmaktadır. Bkz. Tercier, Personnalité, sh. 270

çok ve yoğun bir şekilde ihlâl edilmesi tehlikesi gözönünde tutularak, BK.nun 49 uncu maddesinde manevi tazminat için aranan "kusurun özel ağırlığı" şartı kaldırılmıştır (180). Hükümet tasarısının gerekçesinde de belirtildiği gibi "şahsi haklara tecavüzde bulunan kimsenin hatalı davranışının mevcudiyeti halinde ağır zarar ve kusura bağlı olarak uygulanabilen söz konusu 49 uncu madde, kişilik hakkına vaki tecavüzleri yeterince teminat altına almaktan uzak kalmaktadır. Bu nedenle kişilik hakkının en iyi biçimde korunabilmesi amacıyla 49 uncu madde yeniden düzenlenmiştir" (181).

Borçlar Kanununun 49 uncu maddesindeki yeni düzenlemede "kusurun ağırlığı" şartı kaldırılmakla beraber kusurdan hiç söz edilmemiştir. Gerçekten Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık, manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" şeklindedir. Ancak, bu şekilde "kusur"dan hiç söz edilmemesi, kusur sorumluluğunda sorumluluk için kusurun aranmayacağı anlamına gelmez. Zira, kusur sorumluluğunun genel şartları, BK.md. 41'de düzenlenmiş ve kusur orada sorumluluğun bir şartı olarak hükme bağlanmıştır. Ayrıca BK'nun 47 inci maddesinde de kusurdan söz

(180) İsviçre'de basının etkisiyle OR 49a konulan, "kusurun ağırlığı" şartı 1985 yılında kaldırılmıştır. Bu değişiklik için bkz. Tercier, *Personalité*, sh. 260 vd; Keller II, sh. 140 vd.

(181) Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem. 18, c.10, Yasama Yılı, 1, S. Sayısı 25, sh. 7.

edilmemiş olmasına rağmen, maddi (fizik) kişilik değerlerinin ihlâlinden doğan zararlar için de "kusur" aranmaktadır (182). Buna karşılık, sebep sorumluluğu hallerinde doğan manevi zararların tazmininde "kusur" söz konusu değildir (183).

Diğer taraftan, Medeni Kanunda manevi tazminatı düzenleyen özel hükümler (MK. 25/II, 88/II, 126/II, 143/II, 305) göz önünde tutulduğu takdirde, bunlarda da genel olarak "kusur" şartının arandığı görülür. Zevkliler, kanunun tümünde egemen olması gereken bu anlayışın, BK. 49 yönünden de aranmasının zorunlu olduğunu belirterek, manevi tazminatın özel olarak düzenlendiği durumları kıyasen BK.nun 49 uncu maddesine uygulanması, böylece manevi tazminatta "kusur" şartının aranması gerektiği görüşündedir (184).

Biz de 3444 sayılı kanunlar BK.nun 49 uncu maddesinde yapılan bu düzenlemede "olağan kusur şartının" getirildiği görüşündeyiz. Yukarıda da açıkladığımız gibi "kusur" unsurundan söz edilmemesi, kusur sorumluluğunda manevi tazminattan sorumlu olmak için, "kusur"un aranmayacağı anlamına gelmez. Bundan başka, kanun koyucunun amacı da, manevi tazminattan doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk haline getirmek değildir. Nitekim; 3444 sayılı kanunun hazırlıkları sırasında

(182) Bkz. Eren, sh. 376; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 883; Kamk, sh. 1173; Yüce, sh. 409; Gürsoy, sh. 17; Zararsız, sh. 306.

(183) Bkz. aŖa. sh. 129 vd.

(184) Zevkliler, sh. 507

kişilik hakkının basın yolu ile ihlâlinde sorumluluğun kusursuz sorumluluk olması amacıyla Adalet Komisyonu tarafından BK. nun 49 uncu maddesine bir ikinci fıkra eklenmişti. Bu fıkra "Ancak, bu zararı doğuran tecavüz basın ve yayın yoluyla yuku bulduğu takdirde dava açılması için kusur şartı aranmaz" hükmünü taşımaktaydı (185). Ne varki, bu hüküm kanun görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle tasarıdan çıkarılmıştır (186). Bu şekilde kişilik hakkının basın ve yayın yolu ile ihlâllerinde kusur şartının aranmayacağı hükmü kanun metninden çıkarılınca, BK.nun 49 uncu maddesinin manevi tazminat talebinin şartlarını düzenleyen 1 inci fıkrası aynen kalmış ve burada kusurdan söz edilmemiştir.

A. KUSUR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

1. KUSUR KAVRAMI

Doktrindeki hâkim görüşe göre, hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoş görmediği davranış biçimine kusur denir (187). Toplum içinde birlikte yaşayan kişiler, birbirleriyle ilişkilerinde belirli bir davranış biçimine uygun hareket etmek zorundadırlar. Kişilerin birbirlerine zarar vermeden

(185) Bkz. TBMM, Tutanak Dergisi, Dönem, 18, c.10, Yasama Yılı 1, S.Sayı 25, sh.9, 19.

(186) TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, c. 10, Yasama Yılı, 1, sh. 415.

(187) Oftinger, I, sh. 138; Keller/Gebi, sh. 52; Keller, sh. 74; Tandoğan, Mesuliyet, sh.45; Eren, sh. 107; İnan, sh. 265; Tunçoğlu sh. 439; Karati, Kusur, sh. 40 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 663; Üzsunay, İşleten, sh. 69; Güven, I, sh. 574 vd. Aşçıoğlu, sh. 106.

yaşayabilmeleri için, göstermek zorunda oldukları örnek davranış biçimine uymayan, ondan sapan davranışları kusur olarak nitelendirilmektedir (188).

Kusur kavramı konusunda doktrinde hâkim olan teori, objektif kusur teorisidir (189). Bu teori, bir davranışın faille kusur olarak yükletilebilmesi için, benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan normal ve makul bir insanın hareket tarzını esas almaktadır (190). Sübjektif kusur teorisi ise, failin somut olaydaki psikolojik ve moral şartlarını göz önünde tutmaktadır (191). Sübjektif kusur teorisi esas alınacak olursa, her somut olayda failin zekâ ve iradesinin, yeteneklerinin, fizik vasıflarının ve bilgisinin göz önünde tutulması ve failin hukuka aykırı sonucu önceden görüp göremeyeceğinin ve önlenip önleyemeyeceğinin tespit edilmesi gerekir (192). Oysa, insanların zekâ ve

(188) Offinger, I, sh. 139; Eren, sh. 107; BGE. 82, II, 317, 318; 91 II, 42, 43.

(189) Offinger, I, sh. 141 vd; Larenz, I, sh. 263; İnan, sh. 269; Von Tuhr (Çev. Edege), sh. 380; İmre, Kusursuz Mesuliyet, sh. 28 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 50 vd; Özsunay, İşleten, sh. 77 vd; Karş. Kaneti, Kusur, sh. 53 vd; Açıcıoğlu, sh. 108 vd.

(190) Offinger, I, sh. 141, 143; Eren, sh. 108; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 50 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh. 667; Özsunay, İşleten, sh. 77 vd; Y4HD, 9.10.1980, E. 9386, K. 11399 (YKD, 1981, s. 8, sh. 964 vd).

(191) Koziol, I, sh. 99 vd; Larenz, I, sh. 261 vd; Eren, sh. 107 vd; Kaneti, Kusur, sh. 53 vd; İnan, sh. 269 vd;

(192) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 50, 51; Eren, sh. 107, 108; Özsunay, İşleten, sh. 73; Güven, II, sh. 157 vd.

iradelerini, yetenek ve becerilerini gereken biçimde saptayabilmek imkânsız olduğu gibi, toplumsal yaşamdaki güven düşüncesi, kişilerin yetenekleri ne olursa olsun davranışlarında asgari derecede belirli bir özen göstermelerini gerektirmektedir (193).

Bu itibarla, bir davranışın kusurlu sayılabilmesinde benzer şartlar altında aynı sosyal grub içinde yaşayan objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü esas alınmakta, bu ortalama davranış biçimine uymayan davranışlar kusur olarak nitelendirilmektedir (194).

Bir kimsenin kişilik değerlerini ihlâl eden bir davranış, benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapıyorsa, o kişinin davranışı kusurludur. Bu şekilde, ortalama davranış biçiminden ayrılma kusurun objektif yönünü oluşturur (195).

Kusurun sübjektif yönü ise failin temyiz gücüne sahip olmasıdır (196). Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran davranışın faile isnad edilebilmesi ve bunun için de failin sorumluluk ehliyetine sahip olması gerekir. Temyiz gücüne sahip olmayan kişi kural olarak kendi eylemleri ile hukuki sonuçlar doğuramayacağından (MK. md. 15) sorumluluk ehliyetine

(193) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 50 vd; Özsunay, İşleten, sh. 73.

(194) Oftinger, I, sh. 141; Eren, sh. 108 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 51 vd; Kaneti, Kusur, sh. 53 vd; Özsunay İşleten, sh. 74.

(195) Oftinger, I. sh. 141; Keller/Gabi, sh. 52; Eren, sh. 110

(196) Eren, sh. 110 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 55 vd; Özsunay, İşleten, sh. 76.

sahip değildir, dolayısıyla kusurlu sayılamaz (197). Bu itibarla, kişilik hakkını ihlâl eden bir davranışın kusurlu sayılabilmesi için failin temyiz gücüne de sahip olması gerekir. Failin sadece temyiz gücüne sahip olması yeterlidir, onun ayrıca fiil ehliyetine de sahip olması aranmaz (198). Nitekim, MK. md. 16/III'e göre, mümeyyiz küçük ve mahcurlar, haksiz fiillerinden doğan zararlardan sorumludurlar.

2. KUSURUN ÇEŞİTLERİ

Sorumluluk hukuku açısından kusur, kasd ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a) Kasd

Hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilinerek işlenmesine kasd denir (199). Burada hukuk tarafından korunan değer istenilerek ihlâl edilmektedir. Failin kasten hareket ettiğinin söylenebilmesi için, gerek hukuka aykırılığı meydana getiren olayları, gerek çiğnenen hukuk kurallarını bilmesi gerekir (200).

(197) İnan, sh. 270 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 55 vd; Ünal, sh. 418; Özsunay, İşleten, sh. 76 vd; Kaneti, Kusur, sh. 50 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 670; Güven, II, sh. 163 vd; Karahasan, sh. 139 vd.

(198) Eren, sh. 111; İnan, sh. 271; Karahasan, sh. 140; Kaneti, Kusur, sh. 51.

(199) Oftinger, I, sh. 142; Von Tuhr, (Çev. Edege), sh. 378; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 665; Eren, sh. 113 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 45; Ünal, sh. 418; İnan, sh. 266; Kaneti, Kusur, sh. 52; Özsunay, İşleten, sh. 71; Güven I, sh. 585.

(200) Kaneti, Kusur, sh. 52.

b) İhmal

Hukuka aykırı sonuç istenmemekle beraber böyle bir sonucu meydana gelmesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesine ihmal denir (201). Başka bir deyişle, davranışının hukuka aykırı sonucunu önceden gören veya görmesi gereken kimsenin bu sonucu önlemesi için gereken tedbirleri almaması ve gereken özeni göstermemesi durumunda ihmalden söz edilir.

İhmal ağırlık derecesine göre, ağır ihmal, hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılacağı gibi, ağır ihmalle hafif ihmal arasında orta ihmal kabul edilmek suretiyle üçe de ayrılabilir (202).

aa) Ağır İhmal

Aynı şartlar altında bulunan makul her insanın olması gerekli en basit tedbirlerin alınmamasına ağır ihmal adı verilir (203).

bb) Hafif İhmal

Ancak dikkatli bir kimsenin gösterebileceği ve alabileceği tedbirlerin alınmaması hafif ihmal halini oluşturur (204).

(201) Von Tuhr. (Çev. Edege), sh. 380; İnan, sh. 267; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 43 vd; Eren, sh. 115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 667 vd; Ünal, sh. 419; Güven, II, sh. 154 vd;

(202) Eren, sh. 119.

(203) Oftinger, I, sh. 153; Eren, sh. 119; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 54, 55; İnan sh. 268, 269; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 668, Ünal, sh. 419; Güven, II, sh. 161.

(204) Oftinger, I, sh. 153; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 669; İnan, sh. 269; Ünal, sh. 419.

cc) Orta İhmal

Ağır ihmalle, hafif ihmâl arasındaki ihmale orta ihmâl denir
(205).

B. MANEVİ TAZMİNATTA KUSURUN ROLÜ

Kusur haksız fiil (kusur) sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurudur ve kusur sorumluluğunda kusurun her derecesi failin sorumluluğu için ilke olarak yeterlidir (BK. md. 41/1, 98/1)

BK.nun 49 uncu maddesinde 3444 sayılı kanunla getirilen değişiklikten önce sorumluluk için kusurun her derecesi yeterli sayılmıyordu, kusurun ağır olması şartı aranıyordu (206). Kişilik hakkının korunmasında yetersiz kalan ve sosyal ve duygusal kişilik değerleri ile fizik (maddi) kişilik değerleri arasında hukuken korunma bakımından eşitsizlik yaratan bu hüküm 3444 sayılı kanunla değiştirilmiştir. BK.nun 49 uncu maddesinin yeni düzenlemesi, manevi tazminat borcunun doğabilmesi için "olağan kusur" unsurunu getirmiş ve böylece manevi zarardan sorumlulukta kusurun her derecesi yeterli olmuştur. Failin kasten, ihmalle veya hafif ihmalle kişilik hakkını ihlâl eden bir davranışta bulunması, manevi tazminattan sorumluluğun kurucu bir unsurudur.

(205) Eren, sh. 119

(206) Bkz. yuk. sh. 120 vd.

Kusur, ayrıca kusur sorumluluğunda sorumluluğun yani tazminat miktarının belirlenmesinde de önemli bir rol oynar (207). Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayan bir unsurdur. BK. md. 43 ve 44'e göre, failin kusurunun hafifliği, zarar görenin şahsi kusuru manevi tazminatın hesaplanmasında, tazminattan indirim sebepleri arasında yer alır (208). Ancak zarar görenin şahsi kusuru illiyet bağıını kesecek yoğunlukta ise manevi tazminata hükmedilmez (209).

Zarar görenin, zarar verenin ihlâl fiiline sebep olan haksız tahriki, ilke olarak ortak kusur sayılır ve bu taktirde hâkim tazminattan indirim yapar (BK.md. 44/1). Ancak tahrik ağır ise, hâkim durumun özelliklerine göre ya illiyet bağıının kesilmiş olduğuna ya da tazminata gerek olmadığına karar vererek tazminat talebini reddedebilir (210).

C. KUSURSUZ SORUMLULUK HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

Kusur sorumluluğu hallerinde kusur, sorumluluğun kurucu bir unsurudur. Buna karşılık, sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun, kurucu

(207) Eren, sh. 109

(208) Eren, sh. 380 vd; Ünal, sh. 424; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 669; Ayrıca bkz. şa. sh. 141.

(209) Bkz. Oftinger, I, sh. 158; Larenz, I, sh. 494; Eren, sh. 99 vd, 380.

(210) Bkz. Eren, sh. 380; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 915, 917; Ünal, sh. 423 vd; Kusurun ağırlığı şartı yeni BK. 49'da aranmadığı için, zarar görenin kusurunun, zarar verenin kusurunun ağırlığını kaldırıp kaldırmadığı konusundaki tartışmalara gerek kalmamıştır. Bu konuda bkz. YHGK, 9.2.1983, E. 1979/4. 1371, K. 121 (YKD. 1984. s. 1, sh. 13 vd); Ayrıca bkz. Ünal, sh. 424 vd; Özsunay, İşleten, sh. 101; Özek, sh. 273 vd; Karş. Kılıçoğlu, sh. 250 vd; Gürsoy, sh. 17; Y4HD, 28.4.1983, E. 5243, K. 6092 (Yayınlanmamıştır)

şartlarından değildir. Bu itibarla sebep sorumluluğu hallerinde manevi tazminat istenebilmesi için failin kusurlu olması gerekmez (211).

Borçlar Kanununun 47 nci maddesine dayanan manevi tazminat talepleri için sebep sorumlusunun kusurunun aranmayacağı bir içtihadı Birleştirme Kararıyla kabul eden Yargıtay (212), buna karşılık "kusurun özel ağırlığı" şartını taşıdığı için BK.nun eski 49 uncu maddesinin kusursuz sorumlulukta uygulanmayacağını kabul etmişti (213).

Ancak, 3444 sayılı kanunla değiştirilen BK.nun 49 uncu maddesinin yeni şekline göre, manevi tazminat talep edebilmek için "kusurun özel ağırlığı" şartının kaldırılması karşısında, BK. nun 49 uncu maddesinin sebep sorumluluğu hallerinde de kusur şartı aranmadan uygulanması gerektiği kanısındayız.

Bu itibarla, BK.nun 49 uncu maddesi çerçevesindeki manevi tazminata, kusursuz sorumluluk hallerinde; meselâ, temyiz kudretinden yoksun kişilerin hakkaniyet esasına göre sorumlu tutulduğu (BK. md. 54), adam çalıştırmanın (BK. md.55), hayvan tutucusunun (BK. md. 56), bina malikinin (BK. md. 58), aile başkanının (MK. md. 320) sorumlu oldukları hallerde de hükmedilebilecektir.

(211) Eren, sh. 377 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 919 vd; Ünal, sh. 427 vd; Kılıçoğlu, sh. 253; Karş. İmre, İsim, sh. 812, 813; Gürsoy, sh. 27 vd; Serozan, sh. 98.

(212) YİBK, 22.6.1966, E. 7, K. 7 (R.6. 18.7.1966, S. 12360); Bkz. Y4HD, 6.4.1983, E.2891/K. 3732 (YKD. 1983, s. 8, sh. 1164 vd.)

(213) Bkz. YİBK, 22.6.1966, E. 7, K., (R.6, 28.7.1966, S. 12360); Federal Mahkemede aynı görüşteydi. Bkz. BGE. 74 II 20. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Eren, sh. 377 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 921.

Ayrıca, Basın Kanununun 17 nci maddesinde, basın yoluyla kişilik hakkının ihlâlinde, "mevkute (sürekli yayın) sahibi" ve "nâşir" in manevi tazminattan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Basın Kanununun 17 inci maddesine göre, "Basın yolu ile işlenecek fiillerden doğacak maddi ve manevi zararlar, 16 ncı maddeye göre sorumlu olanla birlikte Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre, mevkutelerde sahibi ve mevkute olmayanlarda nâşiri, müteselsilen tazminle ödevlidirler".

Basın Kanunu 17 nci maddesi, 16 ncı maddeye göre sorumlu olanlarla birlikte sürekli yayın sahibini ve sürekli olmayan yayınlarda yayıncıyı (nâşiri), Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre sorumlu tutmaktadır. Bu itibarla, burada BK. md. 55'e dayanan adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel bir uygulaması söz konusudur. Zira yayın sahibi, basın yoluyla kişilik hakkını ihlâl eden faaliyette adam çalıştıran kişi durumundadır (214).

(214) Kılıçoğlu, sh. 280 vd; Üzek, sh. 277 vd; Dönmezer, sh. 385.

§ 6. MANEVİ TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

A- DAVACI

Kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen şahıs, manevi tazminat davası açabilir. Bu hüküm BK.nun 49 uncu maddesinde "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" şeklinde ifade edilmiştir.

BK. md. 49'da şahsiyet hakları tecavüze uğrayan "kişi"den bahsedilmiştir. Kişi kavramı hem tüzel kişileri, hem de gerçek kişileri kapsadığından (1) gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de kişilik haklarının ihlâlinden doğan manevi zarara karşılık manevi tazminat talep edebilir. Ayrıca temyiz gücü olmayanlar da kişi olduğundan ve onların da kişilik haklarının korunması gerektiğinden, manevi tazminat davası açabilirler (2).

Bu dava temyiz gücü olmayanların kanuni temsilcileri tarafından açılır (3). Doktrindeki hakim görüşe göre, temyiz gücü olan küçük veya kısıtlılar, manevi tazminat davasını kanuni temsilcilerinin izni veya icazeti olmadan, bizzat kendileri açabilir (4). Zira, manevi tazminat talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Mümeyyiz küçükler veya kısıtlılar ise şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabilirler (MK. md. 16/II).

(1) Bkz. yuk. sh. 23 vd.

(2) Bu konudaki görüşler için bkz.yuk.sh. 29 vd.; 33 vd.

(3) Offinger, I, sh. 29; Eren, sh. 374; BGE 66 II 115; 89 II 157; Özsunay, sh. 101; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 923; Tandoğan Mesuliyet, sh. 334; Ataay, Şahıslar Hukuku sh. 155; Basar, sh. 193, 194; Töre, sh. 532.

(4) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 333; Özsunay, sh. 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.922, 923; Franko, sh. 179 vd; Basar sh. 193; Töre, sh. 532.

Biz, manevi tazminat talebinin şahsa sıkı sıkıya bağlı hak değil, mameleki bir hak, bir alacak hakkı olduğu görüşündeyiz (5). Temyiz gücü olan küçüklerin veya kısıtlıların malvarlığını etkileyecek işlemlerde bulunabilmesi için kanuni temsilcilerinin izin veya icazeti gerekir (MK.md. 16/1). Bu nedenle kanımızca temyiz gücü olan küçük veya kısıtlıların mameleki bir hak olan manevi tazminat talep etme hakkını kullanabilmesi, yani bu konuda dava açabilmesi için kanuni temsilcilerinin izin veya icazetini almaları gerekir.

Sosyal ve duygusal kişilik değerleri doğrudan doğruya ihlâl edilen kişi, BK. md. 49'a göre manevi tazminat davası açabilir. Bazı hallerde haksız bir fiil, doğrudan doğruya yöneldiği kişinin yakınlarının meselâ eşinin, çocuklarının veya ana ve babasının kişilik hakkını ihlâl edebilir; onların manevi bir zarara uğramasına neden olabilir. Bu gibi hallerde, eskiden dolaylı ya da yansıma yoluyla bir zararın söz konusu olduğu ve dolaylı zararların tazmin edilemeyeceği, bu nedenle haksız fiilin doğrudan doğruya yöneldiği kişinin yakınlarının manevi tazminat talep edemeyeceği kabul ediliyordu (6). Zira, BK.nun 47 inci maddesi adam ölmesi halinde ölenin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmekte, ancak vücut bütünlüğünün ihlâli halinde yakınlarına böyle bir hak tanımamaktadır.

(5) Bkz.yuk.sh.60 vd.

(6) Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, sh. 336; Gürsoy, sh. 31; "Haksız eylem sonunda tazminat isteme hakkı, bu eylemden doğrudan doğruya zarara uğramış olamındır. Bu eylemden dolayısıyla zarara uğramış olanlar, maddi tazminat isteyemeyecekleri gibi, ölüm haline ilişkin BK. 47 ve 45/2 ayrık olmak üzere, manevi tazminat isteme hakkına da sahip değildir" gerekçesiyle Yargıtay çocuklarının iki gözünün kör olmasının ana ve babaya manevi tazminat isteme hakkını vermeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. Y4HD, 25.6.1968, K. 5430 (Karahasan, sh. 1293, 1294)

Federal Mahkeme bir ameliyat sonucu tam ve kesin bir şekilde sakat kalan ve her gün en az iki kişinin yoğun bakımına muhtaç olan çocuğa, anne ve babasının durumunu da gözönüne alarak daha fazla miktarda tazminata hükmetmiştir (7). Bu kararda Federal Mahkeme ana ve babanın doğrudan doğruya kendi kişilik değerlerinin ihlâli için manevi tazminat isteyip istemeyeceğine değinmiş, ancak kesin bir karara varmamıştı.

Son zamanlarda Federal Mahkeme bazı kararlarında vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin yakınlarının BK. md. 49'un şartları gerçekleştiği takdirde manevi tazminat talep edebileceğine hükmetmektedir (8). Federal Mahkemeye göre bir kaza sonunda vücut bütünlüğü haleldar olan eş, çok ağır bir şekilde sakatlandığı takdirde evlilik ilişkisi o derece ihlâl edilir ki, diğer eş buna dayanarak kendi kişilik hakkının ağır bir şekilde tecavüze uğradığını ileri sürebilir. Böyle çok ağır bir ihlâl halinde diğer eş yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya etkilenmektedir. Çünkü burada kişiliğin korunması kapsamında bulunan evlilik birliği ihlâl edilmiş olmaktadır.

Yargıtay da son zamanlarda verdiği kararlarında aile değer bütünlüğünün, evlilik ilişkisinin, yakınlarını seyme hakkının kişilik değerleri arasında bulunduğunu ve bunlara yönelen tecavüzlerin kişinin

(7) BGE 108 II 422.

(8) Bu karar için Bkz. Berner Kommentar, sh. 369 vd; BGE 112 II 222 vd.

kişilik hakkını doğrudan doğruya ihlâl ettiğini kabul etmektedir (9). Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kaza sonucunda erkeklik gücünün tamamını kaybetmiş bir kişinin karısının yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara uğrayacağını kabul etmiş ve eşin manevi tazminat isteyebileceğine hükmetmiştir (10).

Bir kişinin kişilik hakkına yönelen haksız bir tecavüz, o kişinin yakınlarının kişilik değerlerini de doğrudan doğruya ihlâl edebilir (11). Meselâ bir küçüğün zorla ırzına geçen kişinin tecavüz fiili aynı zamanda ailesinin duygusal kişilik değerlerini de ihlâl eder (12). Bunun gibi, bir kişinin özel hayatını anlatan gerçek olmayan bir haber veya bir kişinin uygunsuz resimlerinin yayınlanması o kişinin şeref ve haysiyetini doğrudan doğruya ihlâl ettiği gibi, eşinin de şeref ve haysiyetini doğrudan doğruya ihlâl edebilir. Bu gibi durumlarda tecavüzün yöneldiği kişinin yakınları BK. md. 49'a dayanarak manevi tazminat isteyebilir.

(9) "Aile değer bütünlüğü kişisel varlıkların en önemlilerindedir. Aile bütünlüğü aleyhine işlenen bir haksız eylem, o aileyi oluşturan tüm fertler aleyhine doğrudan doğruya işlenmiş bir haksız eylem sayılır..... ailenin küçük kızının zorla ırzına geçme eylemi, anne ve babanın da aile bütünlüğünü doğrudan doğruya ihlâl etmektedir..... Bu sebeple anne ve babaya da manevi tazminat ödenmelidir" Y4HD, 16.10.1979, E. 6929, K. 11432 (YKD. 1980, S.9,sh. 1214, 1215); Benzer Karar; Y4HD, 14.11.1985, E. 8730, K. 9329 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 6.7.1987, E. 2870, K. 5521 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 30.4.1987, E. 2896, K. 3382 (Yayınlanmamıştır).

(10) Bkz. YHGK. 23.9.1987, E.1987/9-183, K. 655. (Serim, sh. 211 vd.)

(11) Bkz. Eren, sh. 391; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 894. Karş. Kılıçoğlu, sh. 270.

(12) Bkz. Y4HD, 14.11.1985, E. 8730, K. 9329 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 16.10.1979, E. 6929, K. 11432 (YKD, 1980, s. 9, sh. 1214, 1215.

Haksız fiilin doğrudan doğruya yöneldiği kişinin yakınlarının fizik (maddi) kişilik değerleri ihlâl edilmişse, meselâ ruh ve sinir sağlığı bozulmuşsa, bu taktirde yakınlar BK. md. 47'ye göre manevi tazminat talep edebilir (13). Zira kişinin ruhsal bütünlüğü de vücut bütünlüğü kavramı içine girmekte ve vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin manevi tazminat talepleri BK. 47'e göre tazmin edilmektedir.

Ölen kişinin anısına tecavüz halinde, ölenin yakınları bizzat kendi kişilik değerlerinin ihlâl edildiğini öne sürerek manevi tazminat talep edebilir (14). Çok sıkı olarak bağlı olduğu bir eşyaya veya hayvana yönelen hukuka aykırı bir fiil nedeniyle duygusal kişilik değerleri ihlâl edilen kişinin de manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir (15).

(13) Eren, sh. 384; Eren, Uygun İlliyet Bağı, sh. 109 vd; Eren, Hukuka Aykırılık Deği, sh. 479 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 882; Karahasan, sh. 1146 vd. "Cismanî zarar vücut bütünlüğüne karşı ika edilen zararları ifade eder. Vücut bütünlüğü denilince kuşkusuz ruhsal bütünlük de bu kavram içinde mütalaa edilmelidir. O halde olay nedeniyle doğrudan doğruya cismanî zarara maruz kalan çocuğun besamının da ruhsal sağlığı ağır bir şekilde bozularak, şok geçirip tedavi olmak zorunda kaldığının belirlenmesi karşısında illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından böyle bir durumda BK.nun 47 nci maddesi hükmüne dayanılarak manevi tazminat isteyebilecektir" Y4HD, 22.2.1988, E. 1987/9373, K. 1988/1629 (YHD, 1988, S. 8, sh. 1178, 1179); YHGK, 2.12.1987, E. 1987/4-214, K. 894 (YKD. 1988, S.4, sh. 463, 464); Y4HD, 30.11.1976, E. 6958, K. 10448 (YKD. 1978. S.7. sh. 1104, 1105).

(14) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 926; Saymen, sh. 124; Kılıçoğlu, sh. 270.

(15) Riklin, sh. 305, 306; Kılıçoğlu, sh. 271.

B- DAVALI

Manevi tazminat davasında davalı zarar veren yani faildir. Zarar veren ölmüşse, manevi tazminat davası mirasçıları aleyhine açılabilir (16).

Müteselsil sorumluluk varsa manevi tazminat davası müteselsilen sorumlu olan kişiler aleyhine açılır (17). Basın yoluyla kişilik hakkının ihlâlinde yazıyı yazan veya resmi yapan kişi ile sorumlu müdür (Basın Kanunu md. 16) yanında sürekli yayın sahibi ve naşir müteselsilen sorumlu olduklarından (Basın Kanunu md. 17) bunlar aleyhine de manevi tazminat davası açılabilir (18).

Temyiz gücü olmayanlar ve sınırlı ehliyetsizler (MK. md. 16) aleyhine açılacak manevi tazminat davasında davalı, bu kişilerin kanuni temsilcileridir.

Tüzel kişi organları aracılığıyla haksız bir fiil işlemiş ve bir kişinin kişilik haklarını ihlâl etmişse, zarar gören tüzel kişi aleyhine manevi tazminat davası açılabilir (19).

Sebeb sorumluluğu halinde davalı sorumluluk olgusunu gerçekleştiren kişi, meselâ adam çalıştıran, hayvan tutucusu, yapı maliki, aile başkanı veya motorlu araç işletendir (20).

(16) Eren, sh. 385; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 336; Gürsoy, sh. 32; Baydar, sh. 42; Ağacıkoğlu, sh. 932; Töre, sh. 535.

(17) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 336; Eren, sh. 385; Gürsoy, sh. 32.

(18) Bkz. Kılıçoğlu, sh. 271 vd.

(19) Franko, sh. 193, Alpaslan, sh. 614; Baydar, sh. 43; Başar, sh. 195.

(20) Eren, sh. 385; Gürsoy, sh. 32; Töre, sh. 534.

§ 7. MANEVİ TAZMİNAT TÜRLERİ (ŞEKİLLERİ)

BK.nun 49 uncu maddesi manevi zararın ne şekilde tazmin edileceğini göstermektedir. Bu maddeye göre manevi tazminat kural olarak bir miktar para şeklinde nakden ödenir (BK. md. 49/I). Ayrıca BK. 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre hâkimin bir miktar para yerine veya para ile birlikte diğer bir tazmin şekline hükmedebileceği belirtilmektedir. Bundan başka, tecavüzün kınanması kararı ve bu kararın basın yolu ile ilân edilmesi BK. md. 49/III'de bir tazminat şekli olarak ayrıca düzenlenmiştir.

I. NAKDİ TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK

BK. 49 uncu maddesinin l'inci fıkrasında kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin "manevi zarar namıyla bir miktar para ödenmesini" talep edebileceği belirtilmektedir. Manevi zarara uğrayan kişi esas olarak bir miktar para talep edebilir (1). Genellikle uygulamada da daha çok nakdi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Para şeklindeki tazminatın ya sermaye şeklinde toptan, ya da irad şeklinde belirli devreler halinde (BK md. 43) ödenmesine karar verilebilir (2). Bazı yazarlar manevi tazminatın irad şeklinde ödenemeyeceğini kabul etmektedir (3). Esasen sermaye şeklinde ödenmesi manevi tazminatın

(1) Eren, sh. 382; Saymen, sh. 201; Kılıçoğlu, sh. 254 vd; Karş. Serozan sh. 111; Baydar, II, sh. 34; İsviçre Borçlar Kanununun değiştirilen 49 uncu maddesinde manevi tazminata olarak ödenmesi tali bir unsur olarak kabul edilmiştir. İsviçre BK. md. 49'a göre kişilik değerleri ihlâl edilen kimsenin zararı, bir başka şekilde tazmin veya telafi edilmedikçe manevi tazminat talep edebilir. Bkz. Tercier, Personnalité, sh. 271.

(2) Bkz. Eren, sh. 382; Aynı yazar, Destekten Yoksun Kalma, sh. 167 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 344; Gürsoy, sh. 33.

(3) Saymen, sh. 202; Saymen/Elbir, sh. 493.

gayesine daha uygun düşmektedir. Uygulamada da irad şeklinde manevi tazminata pek rastlanılmamaktadır (4).

Para olarak ödenecek manevi tazminatta bu tazminat miktarının hesaplanması manevi zararın mahiyeti nedeniyle önem taşımaktadır.

B. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARININ HESAPLANMASI

Kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, kişilik değerlerinde meydana gelen eksikliği gidermek üzere manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesini talep edebilir (BK. md. 49/1). Kişilik değerlerindeki eksilmenin yani manevi zararın para ile ölçülmesi, ekonomik olarak değerinin saptanması mümkün değildir (5). Bu nedenle manevi tazminat miktarını belirlemek hâkime düşmektedir (6). Hâkim takdir hakkını kullanarak manevi tazminat miktarını belirlerken hakkaniyet ve adalet ilkelerine göre hareket edecektir (MK. md. 4).

3444 sayılı kanunlar BK. 49 uncu maddesine eklenen ikinci fıkrada manevi tazminat miktarını tespit ederken hâkimin dikkate alacağı hususlar belirtilmiştir. BK. md. 49/II'de "Hâkim tazminat miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır" şeklindedir. Bu hükme göre, hâkim her somut olayda tarafların sıfatını sosyal ve ekonomik durumlarını

(4) Eren, sh. 382; Gürsoy, sh. 33; Baydar, II, sh. 34, 35.

(5) Bu konuda daha geniş açıklama için bkz. yuk.sh. 56 vd.

(6) Eren, sh. 381; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 342; Üztan, sh. 140; Zevkililer, sh. 507; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir), sh. 213; Zen/Ruffinen (Çev. Burcuoğlu), sh. 370; İmre, İsim, sh. 813; Feyzioğlu, sh. 594, 595; Atalay, Manevi Zarar, sh. 8, 9.

gözönünde tutarak manevi tazminata hükmedecektir (7).

Manevi tazminat miktarının hesaplanmasında genel olarak 43 ve Bk. md. 44'deki hükümler uygulanır. BK.nun 43 üncü maddesinin birinci fıkrasında "Hâkim, hâl ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tâyin eder" hükmü yer almaktadır. Şu halde failin kusurunun derecesi ve ihlâlin, dolayısıyla zararın ağırlığı tazminat miktarını etkilemektedir (8).

(7) Eren, sh. 381; Gürsoy, sh. 30; Zevkliler, sh. 508; Kılıçoğlu, sh. 257; Ataay, sh. 111; Franko, sh. 144 vd; Karş. Serozan, sh. 99, 100; Başar, sh. 211; Baydar, II, sh. 46; Kanunda böyle bir hüküm yer almadan önce de mahkeme kararlarında tarafların sosyal ve ekonomik durumu gözönünde bulunduruluyordu. "Manevi tazminatın taktirinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tecavüzün mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesi, istek sahibinin toplumdaki yeri, kişiliği ve hassasiyeti manevi tazminatın taktirinde gözönünde tutulur" Y4HD, 22.5.1984, E. 3096, K. 5006 (Yayınlanmamıştır); Y10 HD, 20.5.1976, E. 8355, K. 3924 (YKD. 1977, S.1, sh. 69, 71); "Diğer yandan tarafların mali ve sosyal durumlarını tespit için yapılan araştırma sonucuna göre davacı düşük aylıklı devlet memurudur ve başka geçim kaynağı yoktur.... davacının ise büyük tacir olduğu anlaşılmaktadır. Bu veriler karşısında mahkemece, talep olunan miktarın tamamının olayın özel hâl ve şartlarına uygun düştüğü gözetilmeden 500.000 lira olarak çok az bir tazminata hükmedilmiş olması hakkaniyete uygun düşmemiştir" Y4HD, 16.2.1988, E. 1987/8994, K. 1442 (YHD, 1988, s.8, sh. 1181, 1182);

(8) Bkz. Oftinger, I, sh. 296 vd; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 342; Eren, sh. 381; Kılıçoğlu, sh. 256; Zevkliler, sh. 508; Franko, sh. 140 vd; Ataay, sh. 111, 112; Zen. Ruffinen (Çev. Burcuoğlu), sh. 371; Deschenaux/Tercier (Çev. Özdemir) sh. 213; Töre, sh. 542 vd; İmre, İsim, sh. 813; Alpaslan, sh. 613; Tunçomağ, Hizmet, sh. 7; Ataay, Manevi Tazminat, sh. 132 vd; Saymen, Makale, sh. 131; "İşverenin ağır kusuru sonucu meydana gelen iş kazası 19 yaşında genç kızlık çağı içinde bulunan davacıda tıbben giderilmesi olanaksız bulunan sekel'ler bırakmış ve bu hâl bir genç kız için çok önemli bir ziyneti olan güzelliğini yok etmiştir.... Mahkemece yapılacak iş çevrenin özellikleri dikkate alınarak davacının aynı kültür ve sosyal seviyede bulunan bir genç kıza nazaran saçlarını tamamen kaybetmiş olmasının ne gibi kayıplara yol açacağını.... hak ve nesafet kurallarına ters düşmeyecek şekilde belirlemektir" Y10HD, 20.5.1976, E. 8356, K. 3924 (YKD, 1977, s.1, sh. 69, 71) "Hâkim bu taktir hakkını kullanırken.... tarafların olay içindeki gerçek durumlarını olayın özel niteliğini ve sonuçlarını gözönünde bulundurmamak zorundadır" Y4HD, 2.4.1984, E. 2449, K. 3280 (Yayınlanmamıştır); "Hâkim bu taktir hakkını kullanırken Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını, tarafların olay içindeki gerçek durumlarını, olayın özel niteliğini ve sonuçlarını gözönünde bulundurmamak zorundadır" Y4HD, 2.4.1984, E. 2449, K. 3280 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 23.7.1984, E. 1177, K. 1838 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 25.3.1986, E. 1190, K. 2711 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 22.9.1987, E. 5471, K. 6727 (Yayınlanmamıştır).

BK. md. 44'de tazminatten indirim sebepleri düzenlenmiştir. BK.nun 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre "Eğer zarar kasten veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzakaya maruz bıraktığı taktirde hâkim, hakkaniyete tevfikan zarar ve ziyanı tenkis edebilir". Bu durumda zarar verenin kusuru hafifse ve meydana gelen zararın tazmini borçluyu zor durumda bırakacaksa hâkim tazminat miktarını indirebilecektir (9). Ayrıca BK. md. 44/l'e göre hâkim, zarar görenin, zarara razı olması veya zararın meydana gelmesinde kendi kusurunun bulunması halinde tazminat miktarını indirebilir, hatta tazminata hükmetmekten vazgeçebilir (10). Zarar gören şahsın zarara razı olması halinde fiil hukuka uygun hale gelir ve dolayısıyla tazminat söz konusu olmaz. Ancak geçerli olmayan bir rıza söz konusu ise (11), bu rıza hâkime tazminat miktarını indirme yetkisi verir. Bundan başka zarar verenle zarar gören arasındaki kişisel ilişkiler, zararın karşılık beklemeden, hatır için yapılan bir iş dolayısıyla olması, manevi zararın meydana gelmesinde umulmayan bir olayın katkıda bulunması manevi tazminatın indirim sebepleri olarak gözönünde tutulur (12).

(9) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 342; Franko, sh. 154 vd; Ataaş, sh. 112, 113; Saymen, Makale, sh. 129; Mengi, sh. 18, 19.

(10) Eren, sh. 381, 382; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 342; Ataaş, sh. 114; Gürsoy, sh. 30; Franko, sh. 154 vd; Zen-Ruffinen (Çev. Burcuoğlu) sh. 372; Ağacıkoğlu, sh. 931; Gündüz, sh. 22; "Olayda davacının ağır tahriki manevi tazminatın taktirinde gözönünde bulundurulması gerekir" Y4HD, 12.7.1987, E. 9980, K. 9302 (Yayımlanmamıştır); Y9HD, 5.2.1980, E.528, K. 729 (YKD. 1980, s. 8, sh. 1109); YH6K, 2.12.1987, E. 1987/4-216, K. 895 (YHD, s. 4, sh. 579 vd.); Y4HD, 22.3.1988, E. 10410, K. 2778 (Yayımlanmamıştır); Y4HD, 10.2.1987, E. 1986/8077, K. 1987/814.

(11) Bkz. yuk. sh. 97 vd.

(12) Eren, sh. 381, 382; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 342; Gürsoy, sh. 30.

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde para değerindeki düşmeler ve hayat pahalılığı da dikkate alınmalıdır (13).

Yargıtay ve bazı yazarlar takdir edilecek manevi tazminat miktarının felaketi özlenir hale getirmeyecek miktarda olması ve haksız zenginleşme aracı olmaması gerektiğini kabul etmektedir (14). Kanımızca genel olarak kimse bir miktar para almak için kendisine hakaret edilmesini veya yakınlarından birinin ölmesini istemez (15). Toplumdaki normal, makul insanların çok yüksek tazminat dahi alsalar kendi şeref ve haysiyetinden kişilik değerlerinden ve bu değerlerin korunmasından vazgeçeceği, adeta bu gibi tecavüzleri özleyeceği genel kural olarak kabul edilemez. Böyle bir durumu isteyen kimseler bulursa bile bu kişiler çok az sayıdadır ve hâkim tarafından olayın şartları gözönünde tutularak kolayca tespit edilebilir.

Biz manevi tazminat miktarlarının yükseltilmesi görüşündeyiz (16). Zira, kişilik hakkının korunmasında en etkili önlem olan manevi

(13) Bkz. Gürsoy, sh. 31; Zen-Ruffinen (Çev. Burcuoğlu), sh. 372; Franko, sh. 149; Feyzioğlu, sh. 595; "Manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde diğer etkenlerin yanında, para değerindeki düşme, satın alma değerindeki azalma da gözönünde bulundurulur" Y15HD, 24.5.1974, E. 921, K. 2269 (YKD. 1977, s. 10, sh. 1445, 1446); Y4HD, 19.3.1984, E. 2190, K. 2631 (Yayınlanmamıştır); Y4HD, 2.11.1984, E. 2449, K. 3280 (Yayınlanmamıştır).

(14) Kılıçoğlu, sh. 255; Feyzioğlu, sh. 595; Y2HD, 31.10.1983, E. 7617, K. 8056 (YKD, 1984, s. 11, sh. 1653, 1654); Y4HD, 25.3.1986, E. 1190, K. 2711 (Yayınlanmamıştır).

(15) Aynı görüş için bkz. Franko, sh. 149; Yüce, Manevi Tazminata İlişkin Bir Karar, sh. 789.

(16) Bkz. Eren, sh. 381; Karayalçın, sh. 274; Zevkliler, sh. 509; Gölcüklü, sh. 16, 17.

tazminat talebinin fonksiyonunu yerine getirebilmesi için tazminat miktarları mümkün olduğu kadar yüksek tutulmalıdır. Aksi takdirde, bu düşük miktarları kolayca ödeyebilecek olan kişiler, başkalarının kişilik hakkını ihlâl etmeye çekinmeyecek ve kişilik hakkı yeterince ve etkili bir şekilde korunamayacaktır. Kaldı ki kişilik hakkının çok önemli ve en iyi şekilde korunması gereken bir değer olduğu düşünülerek ne kadar fazla tazminata hükmedilirse edilsin bu değerlerdeki eksilmeyi gideremeyeceği gözönünde tutulmalı ve hiç olmazsa verilebilecek en yüksek tazminat verilmelidir.

II. DİĞER TAZMİN ŞEKİLLERİ

3444 sayılı kanunla değiştirilen BK. nun 49 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, manevi tazminat olarak diğer tazmin şekillerine de hükmedilebileceğini belirtmektedir. BK. md. 49/III'e göre, "Hâkim bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi, tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilânına da hükmedebilir" (17).

Kanun nakden tazmine veya diğer bir tazmin şekline hükmetme konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. BK. md. 49/III'e göre hâkim, manevi tazminat olarak bir miktar paraya hükmedebileceği gibi, nakden tazminden vazgeçip, diğer bir tazminat türüne hükmedebilir. Ayrıca,

(17) 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce BK. md. 49/II "Hâkim bu tazminatın ifası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yahut ilave edebilir" şeklindeydi.

hâkimin nakden tazmin yanında diğer bir tazminat türüne karar verme hakkı da vardır (18).

Manevi tazminat türleri genellikle zarar verenin zarar görenden özür dilemesi, tecavüzde bulunan kişinin sözlerini geri alması, hâkimin tecavüz fiilini kınaması, mahkeme kararının yayınlanması şeklindedir (19).

3444 sayılı kanunla BK. nun 49 uncu maddesinde yapılan değişiklikten önce savunulan ve gittikçe kabul gören bir görüşe göre, manevi tazminat türü olarak yukarıda saydığımız bu haller, aslında bir manevi tazminat şekli olmayıp, savunma davalarının özellikle tecavüzün durdurulması, ya da tespiti davasının konusuna girer (20). Bu görüşü savunan yazarlara göre, kişilik değerlerinin ihlâl edilmesi kişinin manevi bir zarara uğramasına neden olduğu gibi, onun toplum içinde saygınlığının azalmasına veya tamamen yok olmasına da neden olur. Manevi tazminat kişinin uğradığı manevi zararın giderilmesi amacını taşır. Buna karşılık, manevi tazminat kişinin toplumdaki saygınlığının yeniden kazanılmasını sağlamaz (21). Bu yazarlara göre, kişinin toplum içindeki saygınlığının

(18) Bkz. Saymen, sh. 204 vd; Atalay, Şahıslar Hukuku, sh. 154; Başar, sh. 212; Karş. Gürsoy, sh. 38; Yargıtay'ın para yanında diğer bir tazmin şekline hükmedilebilmesi için paranın biraz azaltılması gerektiği, aksi halde HUMK. md. 74'e aykırılık olacağına ilişkin kararı için bkz. Y4HD. 15.5.1963, E. 962/3805, K. 5098 (Karahasan, sh. 944).

(19) Bkz. Eren, sh. 382; Kılıçoğlu, sh. 259, 260; İnan, sh. 342; Saymen, sh. 204, 208; Zevkililer, sh. 510; Franko, sh. 167; Serozan, sh. 171 vd; Fevziçoğlu, sh. 533; İmre, İsim, sh. 914; Atalay, Manevi Zarar, sh. 9

(20) Jäggi, sh. 252a; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 169 vd; Tekinay/Akıman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 914, 915; Kılıçoğlu, sh. 214, 215; Dural, sh. 167 vd;

(21) Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 166 vd; Dural, sh. 168 vd; Kılıçoğlu, sh. 214, 215.

yeniden kazanılması zarar verenin iddiayı geri alması veya tecavüz fiilini kınayan bir kararın yayınlanması şeklinde olur ki bunlar da tecavüzün durdurulması davasının (MK. md. 24a) kapsamına girmektedir. Meselâ, kişilik hakkını ihlâl eden bir haber, bir gazete ya da dergide yayınlanmışsa, bu haber toplumun geniş kesimlerinde o kişi hakkında yanlış kanaatlerin oluşmasına neden olur. Toplumda oluşan bu yanlış kanaatlerin silinmesi ise, tecavüzün hukuka aykırılığını tespit eden mahkeme kararının yayınlanması ile mümkündür.

Bu görüşü savunan yazarlara göre tecavüzün kınanması aslında tecavüzün hukuka aykırılığının tespitinden başka bir şey değildir (22). Hâkim önce tecavüzün hukuka aykırılığını tespit eder, daha sonra hukuka aykırı olan bu fiili kınama kararı verir. Bu itibarla, hâkimin davalıyı kınaması manevi tazminat davasının konusuna değil, tespit davasının (MK. md. 24a) konusuna girer. Zarar verenin zarar görenden özür dilemesi veya iddiayı geri alması halinde zarar verenin haksız tecavüzü ile meydana getirdiği hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması söz konusudur ki, bu halde de tecavüzün durdurulması davası açılabilir (23).

Manevi tazminat türlerini, bir manevi tazminat şekli olarak kabul etmeyip tecavüzün tespiti veya tecavüzün durdurulması davalarının kapsamına sokan görüşün asıl dayandığı nokta, bu davaların açılması için

(22) Bkz. Riklin, sh. 414; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 172; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.914; Kılıçoğlu, sh. 261; Ulusan, sh. 894; Dural, sh. 171.

(23) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 914; Bu talebin hiçbir şekilde istenemeyeceği, bkz. Serozan, sh. 111; Kılıçoğlu, sh. 261.

ihlâlin ve kusurun ağırlığı şartının aranmaması sadece hukuka aykırı tecavüzün varlığının yeterli olmasıdır (24). Oysa, manevi tazminat davasının açılabilmesi için 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce kusurun ve ihlâlin ağırlığı şartı aranmaktaydı. Böyle olunca da kişilik hakkının etkin bir şekilde korunması mümkün olmuyordu. Dolayısıyla bu yazarlar, mümkün olduğu kadar BK.nun 49 uncu maddesinin kapsamını daraltmaya onun yerine BK. md. 24'ün uygulamasını genişletmeye çalışmışlardır (25). Böylece kişilik hakkına, haksız bir tecavüz halinde durdurma veya tespit davaları yoluyla, tecavüzün kınanması, mahkeme kararının yayınlanması, zarar verenin zarar görenden özür dilemesi gibi talepler kusur şartı aranmadan istenebilecektir.

Ancak, 3444 sayılı kanunla BK.nunda yapılan değişiklikler karşısında, bu görüşün savunulması mümkün değildir. BK. md. 49/III'de açıkça diğer tazmin şekillerinden bahsedilmiş ve özellikle tecavüzün kınanması ve bu kararın ilânı manevi zararın tazmin şekli olarak öngörülmüştür. 3444 sayılı kanunun gerekçesinde de tecavüzü kınama kararının bir tazminat şekli olduğu ayrıca belirtilmiştir. Buna göre "Manevi zararı husule getiren fiilin hâkim tarafından kınanması, doktrinde bir manevi tazminat şekli olarak ileri sürülmekte ise de buna dair açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle uygulamada bu yönde bir karar verilmediği görülmektedir. Maddede yapılan değişiklik, hâkimin fiili kınayan bir karar verebilmesi imkânını da sağlamaktadır" (26). Diğer taraftan 3444 sayılı

(24) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 169; Kılıçoğlu, sh. 215; Dural, sh. 169.

(25) Bkz. Jäggi, sh. 189a, 190a; Riklin, sh. 394; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 178 vd; Kılıçoğlu, sh. 261, 262; Dural, sh. 174.

(26) TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 25, Dönem, 18, Yasama Yılı: 1

kanunla, manevi zararın tazmini için aranan ihlâlin ve kusurun ağırlığı şartı kaldırılmıştır. bu itibarla kişilik hakkının daha etkin korunması için BK. md. 49'un kapsamının daraltılmasını savunan görüşün dayanağı kalmamıştır.

Manevi tazminat, kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeyi yani manevi zararı gidermek için ödenir. Tecavüzün durdurulması ve tespiti davalarında ise tecavüz fiili halen devam etmekte veya etkisini sürdürmektedir. Bir kimse kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi gidermek amacıyla, tecavüz fiili sona erdikten sonra kendisinden özür dilenmesini veya tecavüzün kınanmasını ve bu kınama kararının ilânını talep edebilir. Bu halde kişinin kişilik değerlerindeki eksilme, para dışında bir başka tazminat türü ile giderilmektedir (27). Burada manevi zararın aynen tazmini söz konusudur (28). Meselâ bir hakaret fiilinin ölenen geri alınmasında durum böyledir.

Mahkeme kararının yayınlanması BK. md. 49/III'de bir tazminat şekli olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Bk. md. 24a/I'de kişilik hakkı hukuka aykırı olarak bir tecavüze uğrayan kişiye "..... sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti ve gerekiyorsa kararın yayınlanması, ya da üçüncü kişilere bildirilmesini talep" etme hakkı tanımıştır. Böylece tecavüzün hukuka aykırılığının tespit kararının

(27) Bkz. Zevkliler, sh. 514.

(28) Bkz. yuk. sh. 56

yayınlanması veya üçüncü kişilere duyurulması durdurma ve tespit davaları arasında sayılmıştır **(29)**. Bu halde, tecavüzün hukuka aykırılığını tespit eden mahkeme kararının yayınlanması veya üçüncü kişilere bildirilebilmesi için, failin kusurlu olması şartı aranmayacaktır.



(29) Bkz. Dural, sh. 168; Ulusan, sh. 892

§ 8. MANEVİ TAZMİNAT DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

I. GÖREVLİ MAHKEME

Manevi tazminat davasında görevli mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda gösterilen genel hükümlere göre belirlenir. Manevi tazminat talebi memleket hukukundan doğan bir alacak hakkı olduğundan (1), burada HUMK. md. 8'de yer alan ana kural uygulanır. HUMK. md. 8/1'e göre, beşyüz bin liranın üzerinde olan tazminat istemlerinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Beşyüz bin liranın altında olan manevi tazmin istemlerinde ise Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Eğer manevi tazminat olarak sadece para istenmemiş, para yanında veya para yerine diğer bir tazmin şekli talep edilmişse, görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Zira, konusu para ile ölçülemeyen davalarda Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir (2).

Manevi tazminat talebi aynı zamanda suç teşkil eden bir haksız fiilden doğmuşsa Ceza Mahkemesi de manevi tazminata hükmedebilir (3). Ceza Kanunu md. 38'de bir kişinin veya ailenin şeref ve haysiyetini ihlâl eden, suç teşkil eden fiillerden dolayı maddi zarar meydana gelmese bile manevi tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. Ceza Mahkemesi'nde manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik hakkı hukuka aykırı tecavüze uğrayan kişinin şahsi dava açmış veya kamu davasına katılmış (CMUK md. 365) olması gerekir.

(1) Bkz. yuk.sh. 60 vd; Kuru, sh. 211

(2) Franko, sh. 196, 197; Kuru, sh. 211

(3) Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, sh. 345; Franko, sh. 197.

II. YETKİLİ MAHKEME

3444 sayılı Kanunla değiştirilen MK.nun 24 üncü maddesine eklenen 24a maddesi kişilik hakkının korunmasında açılacak davalarda yetkili mahkemeyi özel olarak düzenlemiştir. MK. md. 24a/IV'e göre " Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde de dava açabilir". Ayrıca MK. md. 24a/V'de "Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir" hükmü yer almaktadır.

Böylece, kişilik hakkı ihlâl edilen kişiye kolaylık sağlamak amacıyla, MK. 24a maddesindeki yeni düzenleme, manevi tazminat davasının ve diğer kişilik hakkını koruyan davaların (4), davacının kendi ikametgâhı mahkemesinde de açılabileceği hükmünü getirmektedir (5). Bu özel düzenlemenin yanında, genel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan yetki kurallarına göre manevi tazminat davası açılır.

Genel yetkili mahkeme davalının dava açıldığı tarihte ikametgâhı bulunduğu yer mahkemesidir (HUMK md.9). Buna ek olarak MK. 24a/IV'e göre bu dava, davacının ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir. Ayrıca, manevi

(4) Bkz. yuk. sh. 15 vd.

(5) 3444 sayılı Kanunun Kanun Tasarısında kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin alacağı ihtiyati tedbirleri düzenleyen bir 24b maddesi yer almaktaydı. Ancak, bu madde Usul Kanununda ihtiyat tedbirleri düzenleyen genel kurallar bulunduğu; kişilik hakkının korunmasında ayrıca ihtiyati tedbirleri düzenlemeye gerek olmadığı gerekçesiyle kanun görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle Tasarıdan çıkarılmıştır. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, c. 10, Yasama Yılı: 1, sh. 408, 409.

tazminat davaları ilke olarak kişilik hakkını ihlâl eden bir haksız fiilden doğduğu için söz konusu dava haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde de açılabilir (HUMK.md. 21) (6). "Haksız fiilin vuku bulduğu yer" , "haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer" olarak anlaşılmalıdır (7). Bu itibarla, meselâ, eğer kişilik hakkına ilişkin tecavüz basın yoluyla yapılmışsa, gazetenin, dağıtıldığı her yerde manevi tazminat davası açılabilir (8). Zira, gazetenin alınıp okunmasıyla haksız fiil tamamlanmakta, sonucunu meydana getirmektedir.

(6) Bkz. Franko, sh. 198

(7) Kuru, sh. 319

(8) Kuru, sh. 320

§ 9. ZAMANAŞIMI

Maddi ve manevi tazminat davalarında zamanaşımı süreleri BK. md. 60'da genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevi zararın giderimi için açılan tazminat davasında, BK. md. 60'da düzenlenen bir yıllık kısa ve on yıllık uzun zamanaşımı süreleri uygulanır.

Buna karşılık özel bir kanun hükmü, özel bir zamanaşımı süresi öngörmüşse bu özel sürenin uygulanması gerekir (1).

BK. md. 60/1'e göre bir yıllık kısa zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve zarardan sorumlu olan kişiyi öğrendiği tarihten itibaren başlar. Zararın öğrenilmesinden maksat, zararın varlık ve mahiyetini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir (2). Devamlılık arzeden zarar verici olaylarda, zararı öğrenme anı bu olayın ve meydana getirdiği zararın tamamlandığı, sona erdiği andır.

Bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için aynı zamanda, zarar görenin tazminat yükümlüsü kişiyi de öğrenmiş olması gerekir (BK. md. 60/1) zarar gören, zararı öğrenmiş olmasına rağmen,

(1) Bkz. Eren, sh. 422; Karahasan, sh. 1608

(2) Keller/Gabi, sh. 152; Eren, sh. 423.

zarardan sorumlu kişiyi öğrenmemişse, bir yıllık süre başlamaz. Meselâ basın yoluyla kişilik hakkının ihlâlinde, haberi veya eleştiriye yazanın gizlenmesi halinde açılacak manevi tazminat davasında zamanaşımı süresi bu kişilerin öğrenilmesinden itibaren başlar (3)

Zarardan sorumlu kişi, kusur sorumluluğunda fail, sebep sorumluluğunda ise sorumluluk olgusunu gerçekleştiren kişidir (4). Meselâ, adam çalıştırmanın sorumluluğunda, yardımcı kişinin değil, adam çalıştırmanın öğrenilmesi gerekir. Tüzel kişilerde bir yıllık süre tüzel kişi adına dava açmaya yetkili olan organın zararı ve zarardan sorumlu olanı öğrenme tarihinden itibaren başlar (5).

On yıllık mutlak zamanaşımı süresi, zarar verici olayın vukuundan itibaren işlemeye başlar (BK. md. 60/1). Burada zamanaşımının başlangıç tarihi, haksız fiil veya olayın gerçekleşmesi gibi objektif bir şarta bağlanmıştır. Zarar verici olayın meydana gelmesinden itibaren on yıl geçmesine rağmen, zarar ve tazminat yükümlüsü öğrenilmemişse, tazminat davası zamanaşımına uğrar.

BK. md. 60/11'ye göre haksız fiil Ceza Kanunlarına aynı zamanda bir suç olarak kabul edilmişse ve bu suç için öngörülen ceza zamanaşımı süresinde daha uzun bir süre ise, tazminat davasında da bu uzun

(3) Bkz. Kılıçoğlu, sh. 290.

(4) Keller, II, sh. 251; Eren, sh. 424

(5) Karahasan, sh. 1606, 1607; Töre, sh. 595

süre uygulanır. Burada önemli olan "ceza veya infaz zamanaşımı" süresi değil, "dava zamanaşımı" süresidir (6).

Tazminat davasında, ceza zamanaşımının uygulanması, suçun faili hakkında ceza davası açılması mümkün iken, hukuk davasının açılmayacağını kabul etmenin anlamsız olacağı düşüncesine dayanmaktadır (7).

Basın Kanunu, basın yoluyla işlenen suçlarda CK. md. 102'de yer alan genel zamanaşımı sürelerinden ayrılarak özel zamanaşımı süreleri öngörmüştür. Basın Kanunu md. 35'e göre "Bu kanunda yazılı olan veya basın yoluyla işlenmiş bulunan suçlardan dolayı günlük mevkuteler hakkında altı ay, diğer basılmış eserlerde bir yıl içinde açılmayan davalar dinlenmez". Bu süreler BK. md. 60/1'de yer alan sürelerden daha uzun olmadığından, basın yolu ile işlenen suçlar nedeniyle açılan manevi tazminat davalarında bir ve on yıllık süreler uygulanır (8).

Ceza zamanaşımı süresi haksız fiili işleyen kişiye, yani faile uygulanır. Ayrıca ceza zamanaşımı süresi, failin mirasçılara karşı açılan manevi tazminat davalarında uygulandığı gibi (9), tüzel kişilerin

(6) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 360; Eren, sh. 427; Baydar, sh. 44

(7) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 960; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 362; Kılıçoğlu, sh. 291; Aynı Yazar, Haksız Fiiller, sh. 214.

(8) Kılıçoğlu, sh. 291; Bkz. Özek, sh. 718, 714; Yargıtay, Basın Kanunu, md. 35'deki kısa davalı zamanaşımı sürelerinin uygulanabileceği görüşündedir. Bkz. Y4HD, 20.9.1979, E. 4725, K. 9975 (YKD. 1980, s.8, sh. 1082, 1085)

(9) Eren, sh. 429; Tandoğan, Mesuliyet, sh. 363; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 964; Karahasen, sh. 1618; Başar, sh. 45. Yargıtay'ın mirasçılar hakkında ceza zamanaşımının uygulanamayacağına ilişkin kararı için bkz. Y4HD. 23.1.1964, E.2925, K. 379 (Karahasen, sh. 1730).

organlarının suç teşkil eden fiillerinden dolayı tüzel kişiler aleyhine açılacak manevi tazminat davalarında da uygulanır (10). Ancak ceza zımanasını adam çalıştıran veya aile başkanı gibi özen yükümünün yerine getirilmemesinden sorumlu olan kişileri uygulanmaz (11). Zira, bu gibi kişilerin davranışı suç teşkil etmez.



(10) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh. 964; Eren, sh. 429; Karş. Karahasán, sh. 1614.

(11) Tandoğan, Mesuliyet, sh. 363; Kılıçoğlu, Haksız Fiiller, sh. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, sh. 964; Eren, sh. 429; Karahasán sh. 1614; Y4HD, 15.1.1979, E.1978/12904, K. 1979/146 (YKD. 1979, s. 4, sh. 498, 499)

SONUÇ

Kişilik hakkı kişinin hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, özel hayat, isim, resim gibi kişilik değerleri üzerinde kişi olmak sıfatıyla sahip bulunduğu vazgeçilmez, devredilmez temel bir haktır. Bu hakkın ihlâl edilme tehlikesi günümüz teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak büyük ölçüde artmıştır. Bu nedenle kişilik hakkının daha etkin bir şekilde korunması gerekmektedir.

Kişilik hakkının hukuka aykırı tecavüzlere karşı etkin bir şekilde korunabilmesi için, 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanunla Medeni Kanununun 24 ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddeleri değiştirilmiş; ayrıca Medeni Kanuna 24a maddesi eklenmiştir.

Medeni Kanununun 24 üncü maddesinde kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen bir kimsenin hâkimden korunma talep edebileceği belirtilmekte, 24a maddesinde ise, bu korunmanın yolları sayılmaktadır. Kişilik hakkının korunma yolları arasında, daha önce doktrin ve uygulamada kabul edilen savunma davaları, yani tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve tecavüzün tespiti davaları, Medeni Kanununun 24a maddesiyle kanunîlik kazanmıştır. Ayrıca Medeni Kanununun 24a maddesinde, zarar görene, kişilik hakkının ihlâlinden meydana gelen zararın giderilmesi için maddî ve manevî tazminat davası açma hakkı ile bu tecavüzden elde edilen yararları vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep etme hakkı tanınmıştır.

Manevi tazminat talebi, kişilik hakkının korunma yolları arasında sayıldıktan sonra, BK. md. 49'da günün şartlarına uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. 3444 sayılı Kanunla kişilik hakkının korunması açısından getirilen en büyük değişiklik ve yenilik; eskiden manevi tazminat talep edebilmek için varlığı istenen "kusurun ve zararın (ihlâlin) ağırlığı" şartlarının kaldırılmış olmasıdır. Böylece, kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi nedeniyle manevi zarara uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebilmesi için artık zarar ve kusurun ağır olması aranmayacaktır. İsviçre'de de 1983 yılında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde yapılan değişiklikle, eskiden manevi tazminat talep edebilmek için varlığı gerekli görülen "kusurun ağırlığı şartı" kaldırılmıştır. Ancak, İsviçre'de bugün halen manevi tazminat talebi için zararın (ihlâlin) ağırlığı şartı aranmaktadır. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine göre manevi zararın tazmini için ihlâlin manevi tazminat olarak bir miktar paranın talep edilebilmesini haklı göstermesi gerekir. Türk hukukunda ise, bu konuda bir adım daha atılmış ve kişilik hakkı tecavüze uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebilmesi için ihlâlin ağırlığı şartı aranmamıştır.

Manevi zarar bir kişinin kişilik değerlerinde, iradesi dışında, hukuka aykırı bir tecavüz sonunda meydana gelen objektif bir eksilmedir. Manevi zararın meydana gelmesi için kişinin acı, elem, ızdırap duyması şart değildir. Kişinin acı veya elem duyması, manevi zararın sadece bir sonucu veya ağırlaştırıcı bir sebebi olabilir. Bu itibarla, tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar, acı ve elem duyma yetenekleri bulunmamasına

rağmen manevi zarara uğrayabilir ve dolayısıyla manevi tazminat talep edebilirler. 3444 sayılı Kanunla değiştirilen Borçlar Kanununun 49 uncu ve Medeni Kanunun 24 üncü maddelerinde eski metindeki "kimse" terimi yerine "kişi" terimi kullanılmıştır. "Kişi" kavramı kapsamına tüzel kişiler kadar, gerçek kişiler ve bu meyanda temyiz gücü olanlar veya olmayanlar da girmektedir. "Kişi" sözcüğünü kullananlar, kanun koyucu tüzel kişilerin ve temyiz gücü olmayanların da manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiş; bu suretle objektif manevi zarar görüşünü benimseyen bir düzenleme getirmiştir.

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, yani manevi zararın giderilmesi, telâfi edilmesidir. Manevi tazminatın amacı, kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı tecavüz nedeniyle duyulan acı veya ızdırabın giderilmesi değil, uğranılan zararı aynen veya nakden telâfi etmektir. Manevi zararın mahiyeti itibarıyla, bir miktar para ile tamamen tazmin veya telâfi edilmesi mümkün değildir. Ancak bu imkansızlık manevi zararın para ile tazminini reddetmek için yeterli bir sebep de değildir. Çünkü, bir miktar paranın kişilik değerlerindeki eksilmeyi tam olarak gideremeyeceği ileri sürülerek tazminatın reddedilmesi, zarar görenin kişilik değerlerinin yeterince korunamaması sonucunu doğurur. Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi manevi zararın para ile tazminini esas olarak kabul etmiştir. İsviçre hukukunda ise, manevi zararın para ile tazmini tâli niteliktedir. Zira İsviçre Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine göre para ile tazmin

için, manevi zararın başka bir yoldan tazmin ve telâfi edilmemiş olması gerekir. Oysa Türk hukukunda para ile tazmin esas (BK. md. 49/I) olup, ancak hâkim uygun gördüğü takdirde bunun yanında veya bunun yerine diğer tazmin şekillerine de hükmedilebilir (BK. md. 49/III) .

Bir miktar paranın ödenmesine ilişkin manevi tazminat talebi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak değil, kişilik hakkının ihlâl edilmesinde belirli bir paranın ödenmesini öngören bir alacak hakkıdır. Bu itibarla her alacak hakkı gibi, manevi tazminat talebi de devredilebilir veya mirasçılara geçebilir. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte, Medeni Kanunun 24a maddesinde, manevi tazminat talebinin herhangi bir şarta bağlı olmaksızın mirasçılara geçebileceği kabul edilmiştir. Ancak, Kanunun yeni metni, manevi tazminat talebinin üçüncü kişilere devri için, bunun karşı tarafça kabul edilmesi şartını aramıştır (Mk. 24a/III) Bu düzenleme kanaatimizce kendi içinde bir çelişki taşımaktadır. Zira, bir taraftan manevi tazminat talebi mirasçılara herhangi bir şart aranmaksızın bir alacak hakkı olarak geçebilirken, diğer taraftan bu hakkın bir başkasına devredilebilmesi, bunu, karşı tarafın kabulü şartına bağlamaktadır. Yapılacak bir kanun değişikliğinde bu çelişkinin giderilmesi ve manevi tazminat talebinin devrinin de herhangi bir şarta bağlı olmaksızın hükme bağlanması yerinde olur.

Kanun değişikliğinde, zarar gören kişinin, kişilik hakkına yapılan tecavüze rıza göstermesi, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Böylece, kişilik hakkına yapılan tecavüze rıza gösteren kişi, manevi

tazminat talep edemeyecektir. Ancak, Medeni Kanununun md. 24/1 hükmünde rızanın sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı öngörülmekte, buna karşılık ahlâka aykırılıktan hiç söz edilmemektedir. Bu nedenle, kişilik hakkına tecavüze rıza, ahlâka aykırı ise bu, Borçlar Kanununun 19 ve 20 inci maddelerine göre geçersizdir.

Manevi tazminat talep edebilecek kişi, doğrudan doğruya kişilik hakkı ihlâl edilen kişidir. Bir kişi, yakınlarının uğradığı manevi zarar nedeniyle ilke olarak manevi tazminat isteyemez; ancak, yakınlarına yönelen hukuka aykırı fiil, kendisinin de kişilik değerlerini meselâ duygusal kişilik değerlerini (BK. md. 49) veya vücut bütünlüğü arasında sayılan ruhsal bütünlüğünü (BK. md. 47) ihlâl etmişse, o kişi de doğrudan doğruya manevi tazminat talep edebilir.

Manevi tazminatın miktarını hâkim takdir eder. Hâkim takdir hakkını kullanırken Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını gözönünde tutar, Ülkemizde yargı uygulamasında manevi tazminat miktarı çok düşük tutulmaktadır. Manevi tazminat miktarını tayin ederken hâkimin kişilik değerlerini ve bu değerlerin korunmasını gerçekleştirmek amacıyla daha fazla miktara hükmetmesi yararlı olacaktır.

Kanun değişikliğinde zarar gören uğrayan kişiye, kişilik hakkının korunmasında kolaylık sağlamak amacıyla Medeni Kanunun 24/IV, V maddelerinde manevi tazminat davasını kendi ikametgâhı mahkemesinde açabilme imkânı da getirilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız gibi 3444 sayılı kanun, Medeni Kanunun 24 ve 24a Borçlar Kanununun 49 uncu maddelerinde kişilik haklarının daha etkin bir şekilde korunabilmesini sağlayan önemli değişiklikler ve yenilikler getirmiştir.



T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi