T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

KİŞİLİK HAKKINA SALDIRIDA ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR

Yüksek Lisans Tezi

SEDA KARA KILIÇARSLAN

İstanbul, 2010

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

KİŞİLİK HAKKINA SALDIRIDA ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR

SEDA KARA KILIÇARSLAN

Danışmanı: Prof. Dr. Serap Helvacı

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi SEDA KARA KILIÇARSLAN nın KİŞİLİK HAKKINA SALDIRIDA ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 20.11.2009 tarih ve 2009-18/38 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/~~oyçokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

	Öğretim Üyesi Adı Soyadı	**İmzası**
Tez Savunma Tarihi :	6/1/2010	
1) Tez Danışmanı :	**PROF. DR. SERAP HELVACI**	.....
2) Jüri Üyesi :	**YRD. DOÇ.DR. CANAN YILMAZ**	.....
3) Jüri Üyesi :	**~~DOÇ~~. DR. TUFAN ÖĞÜZ** PROF	.....

ÖZET

Kişilerin bir arada yaşama zorunluluğu ve teknolojik ilerlemeler, kişilik hakkı üzerinde korumanın daha ayrıntılı olarak düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Kişiye yönelmiş olan her davranışın saldırı olarak kabul edilememesi nedeniyle, kişinin katlanmak zorunda olduğu fedakârlığın sınırı dikkatle belirlenmeli, davranışlar kişiyi haddinden fazla zarara uğratmamalıdır. Bu sınırı ise, kuşkusuz hukuka aykırılık kavramıyla açıklayabiliriz. Başka bir deyişle davranışın hukuka uygunluk sınırları içinde yapılıyor olması, kişilerin bir takım saldırılara katlanmasını gerekli kılacaktır.

Çalışmamızın konusu ise, kişilik hakkına yapılan saldırıları hukuka uygun hale getiren "üstün nitelikte özel ve kamusal yarardır". Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Öncelikle konunun daha iyi kavranabilmesi için söz konusu hukuka uygunluk sebepleri açıklanmadan önce, gerekli olan bir takım kavramları inceleyerek konuya giriş yapılmış; konumuza ise, ikinci ve üçüncü bölümlerde yer verilmiştir. Her iki kavramında öğretide tartışmalı olması ve temelinde yarar kavramına dayanıyor olması, konunun içeriğinin kesin sınırlarla belirlenememesi problemini doğurmuştur. Dolayısı ile çalışmamızda da görüleceği gibi, her iki hukuka uygunluk sebebine verilen örnekler, aslında kesin örnekler değildir. Buna rağmen konunun somut bir tabana dayanabilmesi için çalışmamızda, üstün özel veya kamusal yarar olarak sayılabilen, her husus yapılan tartışmalar ve Yargıtay kararları da dikkate alarak incelenmiştir. Kaldı ki, bazı durumlarda çatışma halinde olan özel ve kamusal yarar, yine salt özel bir yarar veya kamu yararı nedeniyle hukuka uygun olmamakta, özel ve kamusal yararın bir bütün olarak üstünlüğü nedeniyle hukuka uygun kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da, konu tekrarlamalardan kaçınmak amacıyla ağırlıklı olan hukuka uygun sebebinin başlığı altında incelenmiştir.

ZUSAMMENFASSUNG

Da die Menschen zusammenleben müssen und auch die technologische Fortschritte führen zur Regelung vom Schutz der Rechtspersönlichkeitsrechte. Nicht jedes Verhalten stellt Eingriff in die Persönlichkeit dar. Die Schranke des Eingriff muss bestimmbar sein . Die Schranken können mit dem Begriff " Rechtswidrigkeit" erklaert werden. Anders kann man auch sagen, dass die Personen rechtsmaesige Eingriffe dulden muss.

Gegenstaende meier Arbeit sind überwiegende private und öffentliche Interessen, die die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte aufheben. Meine Arbeit besteht aus drei Teilen. Damit der Gegenstand beser verstanden wird, wurden manche Begriffe ohne Nennung der Rechtsfertigungsgründen in der Einführung behandelt. In den zweiten und dritten Teilen wurden die Rechtsfertigungsgründen behandelt. Da es sich Interesse, darüber auch in der Lehre diden diskutiert wird, führt zu den Schwierigkeiten über Bestimmen von den Grenzen des Inhalts. Deswegen sind die in mener Arbeit gennanten Beispiele bezüglich beiden Interessen keine absoluten Beispiele. Trotz dieser Situation werden private und öffntliche Interessen zur Konkretisierung meiner Arbeit in Verbindung mit streitigen Faellen und Bundesgerichtsentscheide behandelt. Im Falle vom Bestehen eines Konflikts von privaten und öffentlichen Interessen , werden beide Interessen nicht rein als privates oder öffentliches Interesse rechtsmaessig angenommen , sondern beide werden als Ganze überwiegend rechtsmaessig angenommen. Dieses Ergebnis führt dazu, dass das Interesse unter Titel Rechtsmaessigkeit als überwiegendes Interesse gezaehlt.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

İÇİNDEKİLER i

KISALTMALAR ii

GİRİŞ

I.KONUNUN TAKDİMİ 1

II.KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 2

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I.KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI 3

II.KİŞİLİK HAKKINA SALDIRI 6

A.Genel Olarak 6

B.Kişilik Hakkına Saldırının Unsurları 8

1.Saldırı 8

2.Hukuka Aykırılık 11

a.Sübjektif Teori 13

b.Objektif Teori 14

III.HUKUKA UYGUNLUK KAVRAMI 15

A.Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sınıflandırılması 18

1.Yarar (Menfaat) Eksikliğine Dayanan Hukuka Uygunluk Sebepleri 19

2.Yarar(Menfaat)Üstünlüğüne Dayanan Hukuka Uygunluk Sebepleri 20

B.Türk Hukukunda Belirtilen Hukuka Uygunluk Sebepleri 22

1.Mağdurun Rızası 22

2.Üstün Nitelikte Özel Yarar 25

3.Üstün Nitelikte Kamusal Yarar 25

4.Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması 26

5.Meşru Müdafaa 28

6.Iztırar Hali 29

7.Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma 29

IV.YARAR KAVRAMI 31

A.Özel Yarar 31

B.Kamusal Yarar 32

İKİNCİ BÖLÜM

ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL YARAR

I.KAVRAMA GENEL BAKIŞ 33

A.Mağdurun Üstün Yararı 34

B.Failin Üstün Yararı 35

C.Üçüncü Kişinin Üstün Yararı 36

II.TIBBİ MÜDAHALE 36

A.Genel Olarak 36

B.Mağdurun Rızasının Bulunmadığı Tıbbi Müdahaleler 39

1. Mağdurun Açıkça Rıza Göstermediği Haller 39

2.Mağdurun Aksine Beyanı Olduğu Haller 41

a.Dini Sebepler Nedeniyle Müdahalenin Reddedilmesi 41

b.Açlık Grevi 41

C.Mağdurun Rızasının Bulunduğu Tıbbi Müdahaleler 43

1.Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler 43

2.Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler 46

3.Cinsel Faaliyetlere İlişkin Tıbbi Müdahaleler 48

a.Üreme Faaliyetlerine Yapılan Müdahaleler 48

b.Cinsiyete Yönelik Müdahaleler 51

4.Kan Verme 53

III.MEŞRU MÜDAFAA VE IZTIRAR HALİ 54

A.Meşru Müdafaa 54

1.Genel Olarak 54

2.Meşru Müdafaanın Şartları 55

B.Iztırar Hali 57

1.Genel Olarak 57

2.Iztırar Halinin Şartları 59

IV.HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ 61

A.Genel Olarak 61

B.Hak Arama Özgürlüğünün Şartları 62

1.Üstün Bir Hak veya Çıkar 62

2.Hak Kötüye Kullanılmamalı 63

V.AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 64

A.Genel Olarak 64

B.Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaçınabileceği Haller 66

VI.TİCARİ BOYKOT 67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜSTÜN NİTELİKTE KAMUSAL YARAR

I.KAVRAMA GENEL BAKIŞ 69

II.BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ 70

A.Basın Özgürlüğü İle Kişilik Hakkının Çatışması 73

B.Basın Özgürlüğünde Üstün Kamusal Yararın Tespiti 75

1.Uygun Amacın Tespiti 75

a.Haberin ve Eleştirinin Gerekli Olması 76

aa.Haberin ve Eleştirinin İçerdiği Bilgi 76

bb.Güncellik 78

b.İlgili Kişinin Toplum İçindeki Yeri 79

aa.Kamuoyunun Dikkatini Çeken Kişiler 80

aaa.Kamuoyunun Sürekli Dikkatini Çeken Kişiler 81

bbb.Kamuoyunun Geçici Olarak Dikkatini Çeken Kişiler 83

bb.Sade Kişiler 84

c.Haberin Hedef Kitlesi 84

2.Uygun Aracın Tespiti 85

a.Gerçeklik 86

b.Konu İle İfade Arasında Düşünsel Bağ 87

III.TIBBİ MÜDAHALELER 87

A.Kamu Sağlığının Korunmasına İlişkin Tıbbi Müdahaleler 88

B.Kan Alımı 90

C.Tıbbi Denemeler 90

1.Tedavi Amaçlı Tıbbi Denemeler 91

2.Bilimsel Amaçlı Tıbbi Denemeler 92

D.Nüfus Planlaması Amacıyla Cinsel Üretim Faaliyetlerine Müdahale 93

IV.KAMU DÜZENİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN MÜDAHALELER 96

SONUÇ 96

KAYNAKÇA 100

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
AUHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AUEHFD	:Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch
BK	:Basın Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
DEUHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	:Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
EMK.	:Eski Medeni Kanun
f.	:fıkra
FSEK	:Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
HHY.	:Hasta Hakları Yönetmeliği
HUMK.	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İUHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İUHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	:Karar
KUHFD	:Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	:madde
MHAD	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHAUM	:Mukayeseli Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi
NPHK	:Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODASNHK	:Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
OR	:Obligationenrecht
RG.	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:sayfa
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TCK.	:Türk Ceza Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
TMK.	:Türk Medeni Kanunu
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TŞSTİDK	:Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd.	:ve devamı
Y.	:Yargıtay
YD.	Yargıtay Dergisi
ZGB.	:Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I.KONUNUN TAKDİMİ

Kişilerin bir arada yaşama zorunluluğunun doğurduğu karmaşayı çözebilmek için ihdas edilen hukuk kuralları çağımızdaki gelişmeler sonucunda sürekli gelişmek ve değişmek zorunda kalmıştır. Teknolojinin son elli yıldaki hızlı ilerlemesini göz önünde bulundurduğumuz zaman hukuk kurallarına duyulan ihtiyaç çok daha anlaşılırdır.

Teknolojideki hızlı ilerleme sonucunda, kişinin kişisel değerlerini oluşturan yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, özel hayat, şeref ve haysiyet, isim gibi değerler hayatın olağan akışı gereğince sürekli olarak müdahalelere uğramaktadır. Bu durum kişinin toplum içinde yaşaması nedeniyle kaçınılmazdır. Ancak asıl mesele sözünü ettiğimiz kişisel değerlerin ne zaman hukukun korumasından yararlanıp ne zaman yararlanamayacağıdır. Bu düzenlemeyi ise hukuk kuralları yapacaktır. Hukuk kurallarına aykırı tutum ve davranışlar da kişisel değerlere dolayısı ile kişilik hakkına aykırı olacaktır.

Bununla birlikte kişilik hakkına yapılan müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun sayılması gerektiği de hukuk kurallarınca düzenlenmiş, hukuka uygunluk sebepleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu konuda bize ışık tutacak olan en önemli kaynak ise TMK'udur. Hangi hallerin hukuka uygun sayılacağı kanunun 24/2'inci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, mağdurun rızası, üstün nitelikte özel ve kamusal yarar ve kanunun verdiği yetki nedeniyle kişilik hakkına yapılan müdahaleler hukuka uygun olacaktır. Çalışmamızın konusu ise, bu noktada yoğunlaşmakta, belirtilen hukuka uygunluk sebepleri içinden "üstün nitelikte özel ve kamusal yarar" ele alınmaktadır.

Fakat söz konusu hukuka uygunluk sebepleri temelinde yarar kavramına dayalı olduğu için oldukça görecelidir. Gerçekten kişiden kişiye, toplumdan topluma, zamana, yere, olaya göre yarar değişiklik gösterecektir. Başka bir ifadeyle, bazen iki kişisel değerden birine yapılan saldırı hukuka uygun kabul edilirken bazen, kamu yararı adına kişilik hakkı saldırıya uğramakta ve hukuka uygun kabul edilmektedir. Ayrıca kavramın göreceliliği nedeniyle, öğretide fikir birliğine varılamamıştır. Bu nedenle çalışmamızda,

her iki hukuka uygunluk sebebi, öğretideki eleştiriler de dikkate alınarak somut olaylar üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

II.KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için gerekli olan temel kavramlar incelenmektedir. İlk olarak kişilik ve kişilik hakkı kavramları hakkında genel açıklamalar yapılacaktır. Burada kişilik hakkı kavramını oluşturan kişisel değerler açıklanmadan kişilik hakkının özellikleri ve hukuk sistemlerinde düzenleniş biçimleri İsviçre- Türk hukukuyla Alman hukuku mukayese edilerek açıklanacaktır. Sonra ise kişilik hakkına saldırı ve saldırının unsurları üzerinde durulacaktır. Açıklanacak olan üçüncü kavram ise hukuka uygunluk kavramı olacaktır. Burada hukuka uygunluk kavramının tanımı yapıldıktan sonra öğretideki tartışmalara da değinerek hukuka uygunluk sebeplerinin sınıflandırılması yapılmış ve başlıca hukuka uygunluk sebepleri ele alınmıştır. Son olarak ise yarar kavramı açıklanmaya çalışılmıştır.

Üstün özel yarar ve üstün kamusal yarara ise ikinci ve üçüncü bölümlerde değinilecektir. Her iki hukuka uygunluk sebebini de hangi hallerin oluşturduğu ve verilen örneklerle hangi kişisel değerlerin zedeleneceği her bölümde kendi başlıkları altında ayrı ayrı değerlendirilecektir. Ancak belirtmek zorundayız ki kanunda üstün özel ve kamusal yararın içeriğinin neler olduğu belirtilmiş değildir. Ayrıca öğretide de bu konuda fikir birliği bulunmamaktadır. Bizim verdiğimiz örneklerde ise, bazı durumlarda her iki hukuka uygunluk sebebine birden konu olan müdahalelerin gündeme geldiği görülmektedir. Dolayısı ile özel ve kamusal yararın birbirleriyle çatışması nedeniyle her iki başlık altında değerlendirilebilecek kavramlarla sıklıkla karşılaşılmıştır. Söz konusu durumlarda ağır basan hukuka uygunluk sebebinin başlığı altında konuyu incelemeyi uygun buluyoruz. Ayrıca öğretide konuyu farklı ele alan görüşler de hukuka uygunluk sebebini değerlendirirken ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I.KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

Kişiler hukukunu düzenleyen Türk Medeni Kanun'unda kişi tanımı yapılmamış, TMK. m. 8 yalnızca hak ehliyetinin tanımını vermiştir. Bu maddeden yola çıkarak kişi tanımına ulaşmaktayız[1]. Kişi, hukuk düzeninin kendisine tanıdığı hakları kullanan varlıktır[2].

Latince karşılığı "Persona" olan kişi kavramı, tiyatrocuların sahnede taktıkları maskeyi ifade etmek için kullanılmıştır. Daha sonra aktörü ve oyuncuyu simgeleyen kişi kavramı günümüzde sadece insanı değil kişi ve mal topluluğu şeklinde kurulmuş olan tüzel kişileri de ifade etmektedir[3].

Kişilik kavramı ise, kişi kavramından daha geniş bir kavramdır. Kişilik, kişi kavramını içine alan ama daha başka kavramları da içinde bulunduran daha geniş bir terimdir[4]. Kişilik hakkı kişiliği oluşturan, kişisel varlıklar üzerinde var olan, kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün olmayan mutlak haktır[5]. Kişilik

---

[1] Aydın Zevkliler/ M.Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2000, s. 187.

[2] Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2007, s.1; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay- Özdemir, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 2; Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 5; Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, 13. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008, s. 1-2; Peter Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Jörg/ Rumo- Jungo,; Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich, Basel, Genf: Schulthess Juristische Medien, 2002, s. 76 vd; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz II, Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960, s. 27- 100; Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangı. Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980, s.347; Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 9; Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. I, 4. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007, s.241.

[3] Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (TMK. m.24/a fıkra/I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s.14; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar), 10. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001, s.4; Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul: 1992, s.13; Ülker Gürkan, "Kişilik "Kişilik Kavramının Evrimi", Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s.40.

[4] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 14; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, s.2; Akıntürk, s. 147; farklı görüşler için bkz. Aytekin Ataay, Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş- Hakiki Şahıslar, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969, s. 21- 22; S. Sulhi Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 201; İmre, s.347.

[5] Henrich Hubmann, Das Personlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln: Böhlau Verlag, 1967, s. 122; Dural/Öğüz, s. 97; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.133- 135; Helvacı, s.73; Özsunay, s.211; August Egger, Das Personenrecht, Schulthess & Co, Art 28; Nr. 51, Zürich: 1930, Rona Serozan, "Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların

hakkının içeriği İsviçre ve Türk Medeni Kanunu'nda belirtilmemiştir. İsviçre ve Türk hukuku kişilik hakkını çerçeve bir hükümle düzenleyerek zamana, yere ve topluma göre değişen kişisel değerleri daha geniş hatlarla koruma altına almıştır. Söz konusu düzenleme öğretide çoğunlukla isabetli bulunmaktadır[6]. Gerçekten, kişisel değerlerin mutlak ve değişmez bir listesini belirleyerek kişilik hakkının tanımının yapılması zamanın değişen koşulları nedeniyle ortaya çıkan yeni kişisel değerleri korumasız bırakacaktır. Ancak kişisel değerlerin tanımının yapılmamasının hukuki bakımdan belirsizliğe yol açacağı da savunulan bir görüştür[7].

İsviçre ve Türk düzenlemesi karşısında Alman hukuku kişisel değerleri genel bir hükümle düzenlememiş, doğal hukukun etkisindeki Fransız sisteminden ve Roma hukukunun kazuistik sisteminden etkilenerek karma bir yapı benimsemiştir. Bunun doğal sonucu olarak, bir yandan dar kapsamlı genel düzenlemeler belirlenmişken (BGB m. 823/ f. 1 ve 2 , BGB m. 826) diğer yandan belli kişisel değerler ayrı ayrı hukuksal koruma (BGB m. 824, 825, 831, 836, 839) altına alınmıştır. İsviçre ve Türk hukukundaki genel kişilik hakkına en yakın düzenlemeye Alman hukukunda BGB m.823/ f. 1 ve 2'de rastlamaktayız[8]. Bu düzenlemeye göre:

"Kasten veya ihmalle bir başkasının hayatını, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal eden kişi, o şahsa karşı, bundan doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Miraşçıya Geçebilirliği", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Basım Yayım, Ankara: 2006, s. 563; Haluk Tandoğan, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AUHFD, S. XX, S. 1-4, 1963, s. 12-14; Serap Helvacı/ Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, İstanbul: Arıkan Matbaası, 2007, s. 111; Ali Naim İnan, Medeni Hukuk, Ankara: Sözkesen Matbaası, 2005, s. 109.

[6]Peter Jaggi, Fragen Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Basel: Helbing- Lichtenhahn Verlag, 1960, s. 138a- 139a; Hans Hinderling, Persönlichkeit und Subjektives Recht, Die Aerztliche Aufklaerungspflicht, zwei Aufsaetze zum Persönlichkeitsschutz, Schltess Polygraphischer Verlag, Zürich: 1982, s.13; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay - Özdemir, s.135- 136; Dural/ Öğüz, s.94- 95; Helvacı, (Koruyucu Dava), s.42; Helvacı, s. 70; Abdulkadir Arpacı, Kişiler Hukuku, İkinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s. 107- 108; Özsunay, s.98; Egger, s.232- 271; Zevkliler/Gökyayla/ Acabey, s.444- 445; W. Siebert, "Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler", (Çev.), Bilge Öztan, AUHFD, 1969, S.217- 230; Tandoğan, s. 12; Ertaş Şeref, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, s. 66.

[7] Hasan İşgüzar, "3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanunun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ABD, S. 6, Aralık 1990, s.857.

[8] Dural/Öğüz, s. 96;Yeşim Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Basım Yayım, İstanbul: 1996, s. 7- 8; Siebert, Öztan (çev), 217- 230; Akipek/ Akıntürk, s. 360- 361;Mehmet Ayan/ Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, Konya: Mimoza Basım Yayım, 2007; s. 41; Gediz Kocabaş, "Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 7; Ernst von Caemmerer, (çev.), Ergun Özsunay, "Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması", MHAD, S. 10, 1973, s. 71.

Aynı yükümlülük, bir başkasını koruma amacı güden yasayı ihlal eden kişi için de mevcuttur. Yasanın içeriğine göre bu yasayı kusur olmadan da ihlal etmek mümkünse, tazminat yükümlülüğü ancak kusur halinde doğar".

BGB'nin düzenlemesinde görülmektedir ki, yalnızca kişisel değerler düzenlenmemiş, ayrıca mülkiyet hakkı da kanunda yer bulmuştur. Ayrıca BGB. m. 823/f. 1'de yer alan "...diğer bir hakkını..." ifadesi önceleri içi zamanın ihtiyaçlarına uygun olarak kişisel değerler lehine doldurulmamış, daha çok sınırları kesin hatlarla belirli olan haklar, ifadeyi karşılamıştır. Ancak zamanla Alman hukukundaki bu yaklaşım, kişilik hakkının tek tek korunmasının zorluğu karşısında mahkeme kararları ve öğretinin görüşleri doğrultusunda değişim göstermiştir. Kuşkusuz bu değişiklikte Alman Anayasası'nın 1. maddesinde bulunan "insan haysiyetinin dokunulmazlığı" ilkesi büyük rol oynamıştır. Böylelikle yargısal kararlar yoluyla Anayasa hukuku kuralı, özel hukuka uygulanmıştır[9]. Anayasa hukukunun, kanunlar karşısındaki üstünlüğü nedeniyle özel hukuk kurallarının düzenlenmesini etkilemesine gerek Türk hukukunda gerek Alman hukukunda sıkça rastlanmaktadır[10].

Alman hukukunun yaklaşımı karşısında, İsviçre ve Türk hukukunda kişilik hakkı yalnızca genel bir düzenlemeyle yetinmemiştir. Genel düzenlemenin yanı sıra, çeşitli kanunlarla münferit düzenlemelere yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle, Türk hukukunda TMK m. 23, 24, 25'te genel bir düzenleme benimsenmişken, TMK m.26[11], 27[12], TBK. m.47, FSEK. m. 14 vd. ,70, 85, 87[13] ve TTK m.56 gibi özel düzenlemelerle kişilik hakkını korumuştur. Ancak sözü edilen özel düzenlemeler, genel kişilik hakkı yaklaşımından uzaklaşıldığı anlamına gelmemekte, yalnızca genel kişilik hakkının

---

[9] Hubmann, s.112; Siebert , (Çev), Öztan, s. 137; Atamer, s.7-8; Kocabaş, s. 7.

[10] Dural/Öğüz, s. 95- 96; Arpacı, s. 108; Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIII, İstanbul, 1991, s. 107.

[11] TMK m.26, "Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir".

[12] TMK m. 27, "Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilan olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.

[13] FSEK. m.87, "Aksi kararlaştırılmamış ise, bir kimsenin sipariş üzerine yapılan resim veya portresinden, sipariş veren veya tasvir edilen ve yahut bunların mirasçıları fotoğraf aldırtabilir. Bu hüküm baskı usulü ile yapılan portre ve resimler hakkında cari değildir. Şu kadar ki, bu suretle vücuda getirilen resim ve portrelerin birinci fıkrada sayılanlar için tedariki mümkün olmaz veya nispeten büyük güçlüğu mucip olursa bunların da fotoğrafları aldırılabilir".

çeşitli görünümlerini göstermektedir[14]. Gerçekten kişilik hakkının yere ve zamana göre değişen bir kavram olması nedeniyle, tek tek sayarak kişilik hakkını korumak akılcı bir çözüm olmayacak, gerekli koruma sağlanamayacaktır. Dolayısı ile önceden düzenleme yaparak zamanın ihtiyaçlarına cevap verememek yerine, kişilik hakkının içeriğinin saptanmasını hâkime bırakmanın daha yararlı olacağı açıktır[15].

Yukarıda sözünü ettiğimiz gibi, İsviçre ve Türk hukukunda genel bir hükümle kişilik hakkının korunması ve içeriğinin belirlenmesi hâkime bırakılmış olmasına rağmen, öğreti[16] önemli kişisel değerleri ayrı ayrı değerlendirme eğilimindedir. Buna göre, başlıca kişisel değer olarak yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, yaşam alanı, görünüm ve ses gibi değerleri saymak mümkündür. Ayrıca öğretide kişisel değerlerin, maddi, manevi, mesleki ve ticari kişisel değerler olmak üzere üç gruba ayrıldığı görülmektedir. Bu ayırıma göre, maddi kişisel değerler; hayat, sağlık vücut bütünlüğünü ifade etmektedir. Manevi kişisel değerler ise, şeref ve haysiyet, özel hayat, görüntü gibi değerlerdir. Sonuncu olarak ise, kişinin iktisadi varlığı ve özgürlükleri mesleki ve ticari kişisel değerlerine giren değerlerdir[17]. Bahsetmiş olduğumuz kişisel değerler hakkında açıklamalara gündeme gelen saldırıları ele alırken değineceğimiz için tekrar etmekten kaçınıyoruz.

II.KİŞİLİK HAKKINA SALDIRI

A.Genel Olarak

Kişiler, toplu bir halde, yani toplum halinde bir arada yaşamak zorundadırlar. Bunun sonucu olarak ise, kişilerin kişisel değerlerine yönelik saldırılarla karşılaşması kuvvetle muhtemeldir [18]. Öyle ki günümüzde teknolojinin kat etmiş olduğu yol dikkate

---

[14]Tandoğan, s.14; Özsunay, s. 98; Dural/ Öğüz, s. 95; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay, s. 136; Akipek/Akıntürk, s.363; Ayan/ Ayan, s.41.

[15]Jaggi, s.169a; Tandoğan, s.14; Helvacı, (Koruyucu Dava), s.16- 17; Helvacı, s. 71; Dural/Öğüz, s.95; Öztan, s. 112.

[16]Hubmann, s.175; Jaggi, 208a vd; Oğuzman/ Seliçi / Oktay, s.118- 129; Dural/ Öğüz, s.98- 133; Özsunay, s.98 vd; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 50- 77; Helvacı, s. 69 -101; ; Honsell, Henrich/Vogt, Peter Nedim/ Geiser, Thomas, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, München: Helbing- Lichtenhahn, 2002, Art. 28, Nr.16- 30; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s.402; Öztan, s. 118- 140; İlknur Serdar, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara: 1999, s.73- 95; Ayan /Ayan, s.47 vd; Ataay, s. 99-116.

[17]Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.402 vd., Akipek/ Akıntürk, s.364- 365; Ayan/ Ayan, s.45 vd; Volkan Sırabaşı, İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 27-43; Serdar, s.73- 95.

[18]Akipek/ Akıntürk, s. 367; Siebert, Öztan,(Çev), s.217; Özsunay, s.97.

alınırsa, kişilik hakkının ihlalinin ne denli kolay olduğu ortadadır. Görüntü ve ses kayıt cihazlarının kolaylıkla taşınabilmesi, basının toplum hayatındaki vardığı konum, bilgisayarlarla kişisel bilgilerin kolaylıkla saklanabilmesi, kişisel değerlerin korunmasını güçleştirmektedir[19]. Bu nedenledir ki hukuk düzeni, yalnızca haklara ve borçlara sahip olma konusunda kişilere eşitlik ve bunları kullanma konusunda hürriyet vermekle yetinmemiş, ayrıca kişiliği ve hürriyeti korumak mecburiyetinde kalmıştır[20].

Hukuk düzenin sağlamış olduğu korumanın düzenleniş biçimi, doğrudan kişilik hakkının niteliği ile ilintilidir. Başka bir ifadeyle, kişilik hakkının mutlak, vazgeçilemez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle bir yandan hukuk düzeni üçüncü kişilerin saldırılarına karşı kişileri korurken, diğer yandan bizzat kişinin kendisinin yapacağı işlemlerle kişiliğini sınırlamasına karşı kişiyi korumaktadır. Hukukumuz açısından, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler TMK m. 23, 24 ve 25'de ve TBK m.49'da[21] öngörülmüştür. İsviçre düzenlemesi ise kişiliği, ZGB m.28 ve OR. m. 49 ile koruma altına alınmıştır[22]. Öğretide terk edilmiş olan görüşe göre, TMK m.23 kişiyi bizzat kendisine (iç koruma) karşı korumakta iken, TMK m.24 kişiyi başkalarının saldırılarına (dış koruma) karşı korumaktadır. Oysaki koruma her iki durumda da dıştan gelen tehlikelere karşıdır. Kişi, kendisini aşırı derecede kısıtlayan hukuki işlemlerle bağlayabilir. Ancak bu durum kişinin kendisini serbestçe kısıtlıyor olmasıyla değil, karşısındaki kişinin üzerinde oluşturduğu baskı ile açıklanabilir. İki durumu birbirinden ayıran fark ise, TMK m.23'de kişiliğe başkaları tarafından yapılan saldırı, doğrudan doğruya, saldırıya uğrayanın yapmış olduğu bir hukuki işlem sonucunda ortaya çıkan ihlalleri önlerken, TMK m.24'de ise kişiliğin hukuki işlem dışındaki saldırılarla ihlalini önlemektedir. Başka bir deyişle, birinci halde kişi hukuki işleme rıza göstermektedir, ikinci halde ise kişi üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerine maruz kalmaktadır[23].

---

[19] Dural/ Öğüz, s. 93; Siebert, Öztan,(Çev.) s.218- 219; Akipek/ Akıntürk, s. 366.

[20] Akipek/ Akıntürk, s.366; Marc Amstutz/ Peter Breitschmid/ Andreas Furrer/Daniel Girsberger/ Claire Huguenin/ Markus Müller Chen/ Vito Roberto/ Alexandra Rumo- Jungo/ Anton K Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess, 2007, s. 47.

[21] Kemal Tahir Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", AUHFD, C.XXX, 1973, s.22, "Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse, zarar ve kusuru oranında manevi zararının nakdi bir meblağ ile tazmin edilmesini isteyebilir."; Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AUHFD, C.XV, s. 418 vd.

[22]Geniş bilgi için bkz., Serap Helvacı, "İsviçre Medeni Kanunun 28. Maddesi ile İsviçre Borçlar Kanunun 49. Maddesinin Tarihi Gelişimi", MHAD, C.VIII, S.1-3, 1994, s.237 vd.

[23]Jaggi, s.199a, Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 149; Dural/ Öğüz, s.136; Helvacı, (Koruyucu Dava), s.18; Özsunay, s.151; Ahmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal

Çalışmamızın konusu üçüncü kişilerin, kişisel değerlere yapmış olduğu saldırılardır. Bu nedenle TMK m.23 konumuzun dışında bulunmaktadır. Şüphesiz ki üçüncü kişilerin, rıza dışı tüm davranışlarının kişisel değerlere saldırıyı gündeme getirmesi düşünülemez. TMK m.24'e göre sorumluluğun oluşması için hukuka aykırı davranılmış olması gerekmektedir. Dolayısı ile hukuka uygun davranılmamış olması aranan şarttır. Hukuka uygunluktan nelerin anlaşılması gerektiğini ise maddenin ikinci fıkrası düzenlemiştir. Çalışmamızda, TMK m.24/II'de belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden üstün nitelikte özel ve kamusal yarar konu edilecek; bunun öncesinde ise, hangi davranışların kişilik hakkına saldırı oluşturduğunu belirleyebilmek için kişilik hakkına saldırının unsurları üzerinde durulacaktır.

B.Kişilik Hakkına Saldırının Unsurları

Kişilik hakkına yönelik saldırının varlığından bahsedebilmemiz için iki tane "gidiş yolu" kabul edilmiştir. İlk olarak sormamız gereken soru, üçüncü kişinin davranışı ile koruma altındaki kişisel değerlere zarar verilmiş midir? Bu soruya olumlu cevap verildiyse saldırının hukuka aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır. Başka bir ifadeyle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, hukuka uygunluk sebebinin varlığı araştırılmalıdır. Dolayısı ile saldırının ve hukuka aykırılığın bir arada bulunması gereklidir[24].

1.Saldırı

Kişiliğin TMK m. 24 uyarınca saldırıya uğraması ve kişilik hakkına ilişkin korumadan yararlanabilmesi için öncelikli şart saldırının varlığıdır. Şöyle ki

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir".

Sorumluluk, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara: 2008, s.19; Yaşar Karayalçın, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", AUHFD. C.XIX, S.1- 4, 1962, s.265- 267; Tandoğan, s.5- 6; İmre, s.447; Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul: 1976, s.46; Tour/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 100; Adil Gündüz, "Manevi Tazminatta Kusurun Rolü", ABD, S.I, s.19- 23.

[24] Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 48; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 24 -25, Helvacı, s. 107- 109; Dural/Öğüz, s. 140- 141; Öztan, s. 146- 147;Akipek/Akıntürk, s. 400- 401;Tour/ Schnyder/Schid/Rumo- Jungo, s. 102; Honsell /Vogt / Geiser, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, München: Helbing- Lichtenhahn, 2002, Art. 28, Nr.45.

Bununla birlikte kişiliğin üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunmasında ele alınacak yegâne kanun Türk Medeni Kanun'u değildir. Türk Borçlar Kanun'unun 49'uncu maddesinde de kişilik hakkını koruyan ve beraber ele alınması gereken bir başka düzenleme vardır. Kanun düzenlemesi şöyledir,

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödemesini dava edebilir".

Her iki düzenlemede de karşımıza çıkan saldırı ifadesi (TBK m.49'da tecavüz ifadesi yer almaktadır.) dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda saldırı, bir kişinin davranışları sonucu başkasının kişiliğine zarar vermesi veya zarar tehdidi oluşturmasıdır. Geniş anlamda saldırı, pasif anlamda kullanılmıştır. Başka bir ifadeyle yalnızca saldırıya uğramak değil, saldırı tehlikesini de içine alan bir kavramdır.

Dar anlamda saldırı ise, "bir kişinin, herhangi bir şekilde bir başka kişinin kişisel değerlerini koruyan hakkını, ihlal eden her türlü insan davranışı"[25] olarak tarif edilebilir. Dar anlamda saldırının varlığından bahsedebilmek için, yalnızca hukuka aykırı saldırının varlığı yeterlidir. Saldırı tehlikesinin varlığı, söz konusu saldırı türünü oluşturmayacaktır. Tezimizde üzerinde durduğumuz üçüncü kişilerin kişisel değerlere karşı saldırıları ve bu saldırıların hukuka uygunluğu olduğu için, ele alacağımız kanun maddesi TMK m.24'tür. Burada kullanılan saldırı ifadesi dar anlamda kullanılmıştır. Başka bir ifadeyle, sadece hukuka aykırı saldırıya uğrayan kişi, saldırıya son verilmesini isteyebilir[26]. Bu nedenle, çalışmamızın devamında yapacağımız açıklamalar "dar anlamda" saldırıyı konu alacaktır. Yinelemekten kaçınmak amacıyla "dar anlamda saldırı" ifadesi yerine saldırı ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

Kişilik hakkına saldırının varlığından söz edebilmek için üç unsurun bir arada bulunması gereklidir. Öncelikli olarak, insan tarafından kişilik hakkına yönelmiş bir

[25] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 93.
[26] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.93; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s.102.

saldırı olmalıdır[27]. Dolayısı ile sel, deprem, ekonomik kriz, hastalık gibi kişilik hakkını zarara uğratabilecek sosyal zorluklar bahsetmiş olduğumuz saldırı kavramı içinde yer almaz[28]. Saldırının ortaya konuluş şekli önemli değildir. Bedensel bir davranışla, saldırı oluşabileceği gibi, sözlü olarak da saldırının ortaya çıkması mümkündür. Ayrıca saldırının ortaya konulması sırasında, bir aracın kullanılması da mümkündür. Örneğin, internet aracılığıyla mesaj çekme, mektup yazma, gazetede haber veya köşe yazısının yayınlanması, kesici bir alet kullanma araç olarak kullanılabilir[29]. Kişi tarafından kişisel değerlere yönelmiş, saldırı oluşturabilecek yapma veya yapmama şeklinde tüm iradi[30] davranış tipleri, kişilik hakkına saldırının konusunu oluşturmaktadır[31]. Gerçekten saldırı bir davranışta bulunmak (müspet davranış) şeklinde olabilir veya yapılması gereken bir eylemi yapmaktan kaçınma (menfi davranış) şeklinde gerçekleşebilir[32]. Kişinin gizlice komşusunun mektuplarını okuyup, mektupta yazılanları çevredekilere yayması birinci duruma örnek teşkil ederken, doktorun yaralı hastaya acil müdahale etmesi gerekirken, ihmalkâr davranarak[33] müdahaleyi geciktirmesi ikinci duruma örnektir. Bir davranışta bulunmama şeklinde, saldırıda bulunan kişiye hukuk düzeni tarafından bir yükümlülük verilmiş olmalıdır. Örneğin cankurtaranın boğulmak üzere olan bir kişiye yardım etmemesi kişilik hakkına saldırıdır. Dolayısı ile sorumluluğu söz konusudur. Ancak etrafta bulunan kişilerin sorumluluğu söz konusu değildir[34].

---

[27] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.93; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Altıncı Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s.194; Öztan, s. 146.

[28] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.25, 93.

[29] Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 194.

[30] Bu nedenle irade ürünü olmayan refleks, maddi cebir, uyku ve bilinç kaybı halinde yapılan hareketleri hukuken insan davranışı sayamayız. Detaylı bilgi için bkz., Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, s.483; Selim Kaneti, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul: 2007, s.17.

[31] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.93; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 18; M.Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul: 2000, s.492- 493; Eren, s.482; Tekinay Sulhi/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi,7 Bası, İstanbul: 1993, s.474; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1971, s.366- 367; Andreas Von Tuhr, (Çev). Cevat Edege, Borçlar Hukuku, Olgaç Matbaası, C.1-2, Ankara: 1983, s.361; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/ Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Dördüncü Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s. 8; Aytekin Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Üçüncü Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981, s. 283; Mustafa Tiftik, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara: 1994, s. 45; Nihat Gürsel, "Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı Özellikle Kaçınma Biçimdeki Eylem", YD, C.5, S.3, 1979, s.538.

[32] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.93; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.18; İnan, s.368; Oğuzman /Öz, s.493; Eren, s.482; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 194; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.8; Ataay, s.283.

[33] Buradaki ihmali, kişinin ihmalkâr davranışı kasten yapması yani ihmal suretiyle icradan ayırmak gerekir. Doktor hastaya kasten müdahale etmezse orada kusurun derecesi kasıttır. Bkz. s. Oğuzman/Öz, s.493.

[34] Eren, s.486; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara: 1961, s.13, bu yazarlara göre, denizde bir kişi boğulurken sahilden geçen kişinin yardım etmemesi halinde illiyet bağı yoktur.

İkinci olarak, saldırı bir başka kişinin kişisel değerlerine karşı yapılmış olmalıdır. Zira kişiliğin kapsamına giren unsurlara saldırı halinde, hak sahibi kişiliğin korunmasından yararlanabilir[35]. Örneğin, yapılan saldırı kişinin mal varlığına yönelik ise, kişiliğin korunmasını gerektiren bir saldırıdan söz edilemeyecektir[36]. Ayrıca kişisel değerlere yapılan saldırıya karşı kişinin hukuki korumadan yararlanabilmesi için, saldırının kalifiye bir saldırı olması gereklidir. Saldırının kalifiye olup olmaması ise olaydan olaya ayırt edilmeli ve değerlendirilmelidir. Örneğin, özel yaşamın izinsiz araştırılması, işverenin işçisini iş yerinde gözetlemesi, kişinin aracına GPS sisteminin takılması, özel konuşmaların telefona takılan dinleme cihazı ile kaydedilmesi, saldırı olarak kabul edilebilir[37]. Bununla birlikte öğretide saldırıya maruz kalan kişisel değerler belirli sınıflandırmalarla ele alınmıştır. Buna göre, yaşam, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet gibi alt ayırımlar oluşturulması mümkündür[38].

Saldırının varlığından bahsedebilmemiz için gerekli olan sonuncu unsur ise, kişisel değerlere yönelmiş hukuka aykırı hareketin kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmasıdır. Kişilik hakkının ihlalinin oluşup oluşmadığına ise, her somut olaya göre hâkim karar verecektir[39].

2. Hukuka Aykırılık

Kişiliğe yapılan her müdahalenin, saldırı oluşturması ve TMK m.24'ün sağladığı korumaya yol açması söz konusu değildir. Toplum halinde yaşama zorunluluğu, kimi durumlarda, kişileri kendilerine yapılan müdahalelere katlanmaya

---

[35]Helvacı, (Koruyucu Dava), s.96; Dural/ Öğüz, s. 140; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.153- 154; Öztan, s. 146; Sırabaşı, s.104; Amstutz/ Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller- Chen/ Roberto/Rumo- Jungo/Schnyder, s. 49.

[36] Öztan, s. 146.

[37]Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller- Chen/Roberto/Rumo- Jungo, Schnyder, s.47; Jolanta Kren Kostkiewicz/ Ivo Schwander / Stephan Wolf, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Verlag, 2006, s. 32.

[38] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 50- 77; Dural /Öğüz, s. 98- 133; Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, s. 136- 146; Zevkliler /Acabey/Gökyayla, s. 400- 420; Tekinay, s.249 251; Özsunay, s.98- 123; Öztan, s.117- 141; Akipek/ Akıntürk, s.361-388; Ayan/Ayan, s.45- 60;

[39] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.93; Dural/Öğüz, s. 141; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21- 22 Ekim 1977, s. 143; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s.47.

mecbur bırakmaktadır. Hukuken tarafların gösterecekleri fedakârlığın sınırını ise "hukuka aykırılık" kavramı çizecektir[40].

Gerçekten hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda "hukuka aykırılık", şartı aranmıştır. Türk Medeni Kanun'unun 24. maddesi, "hukuka aykırı olarak" saldırıya uğrayan kişinin saldırıya son verilmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Kişilik hakkına saldırıyı düzenleyen TBK m.49 ise, bu şartı "...hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi..." sözleriyle belirtmiştir. Haksız fiilin unsurlarını düzenleyen TBK m.41/1 ise hukuka aykırılık şartını "haksız bir surette" ifadesiyle düzenlemiştir. Buna göre, kullanılan "haksız" ifadesiyle kastedilen kişinin hakkının bulunmaması değil hukuka aykırı olarak bir davranışta bulunmasıdır[41].

Ancak söz ettiğimiz tüm düzenlemeler, hukuka aykırılığın tanımını yapmamıştır[42]. Genel olarak kavramı tanımlamaya çalışırsak, hukuka aykırılık, haklı sebep olmaksızın saldırıya uğramış hukuki değeri korumak amacıyla hukuk düzeninin

---

[40] Dural/Öğüz, s. 140; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 153; Kocayusufpaşaoğlu, s. 143; Honsell/ Vogt/ Geiser, Art. 28, Nr., 45; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 102; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 32.

[41] Kaneti, (Hukuka Aykırılık) s. 111;İnan, s.368; Oğuzman/Öz, s.493; Eren, s.566;Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1978, s.235; Ali Naim İnan, Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi, Beşinci Bası, Ankara: Sözkesen Matbaası, 2001, s.94- 95; Selahattin Sulhi Tekinay, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 55 vd. ; İlhan Ulusan, "Türk Medeni Kanunu Ön tasarısında Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İBD, C.LIX, S.1-2-3, 1985, s.887 vd.; Hasan Tahsin Gökcan, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2008, s. 33- 35;Y.4.HD. T.20.06.1979, E.4448, K.8275,"Bir kişinin haksız eylemden ötürü manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için diğer şartların yanında o kişinin eyleminin hukuka aykırı olması Borçlar Yasasının 41. maddesinde şart kılınmıştır. 41. madde anlamında hukuka aykırılık, kişilerin mal ya da kişisel varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici bir hareket tarzı kuralına aykırılık halinde ortaya çıkar. Ancak yasa bu hükümle yetinmeyerek 41/1. fıkra hükmü dışında kalan ahlaka aykırı eylemleri de cezalandırma amacını gütmüştür. O halde eylem hukuka ya da ahlaka aykırı olduğu diğer haksız eylem unsurlarını da ihtiva ettiği takdirde haksız eylem sorumluluğundan söz edilebilecektir. Ancak bazı nedenlerin varlığı halinde eylemdeki (Hukuka aykırılık) niteliği kaybolur. Bunlar çeşitlidir ve bir bölümü Borçlar Yasasının 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan birinin varlığı halinde artık o eylemin hukuka aykırı olduğundan söz edilemez. Bunun dışında başkasının haklarına tecavüz hak sahibinin önceden açıkladığı açık yahut zımni rıza ile haksız niteliğini kaybeden bu sonuç zaten hakkın insanların hukuk düzeni tarafından korunmuş bir irade hakimiyetinden çıkar. İşte bu rıza tıpkı icazet gibi bir taraflı hukuki muameledir. Ve onunla bir kimse bir hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak bu rıza hak sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf etmesi hukuken veya ahlaken mümkün varlıklarına yapılacak tecavüzlerde söz konusu olabilir. Aksi halde böyle bir rıza Borçlar Yasasının 20. maddesi hükmünce geçersiz olacağından eylemdeki hakka aykırılık niteliği ortadan kaldırmaz. Bu itibarla tarafların rızaen gayri meşru ilişkide bulunmalarını yasaklayan yada cezalandıran bir hüküm yasalarımızda bulunmadığına göre, ortada hukuka veya ahlaka aykırı eylem söz konusu edilemez. O halde davalının manevi tazminatla sorumlu tutulması anılan gerekli usul ve yasaya aykırıdır" (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

[42] Borçlar kanunu tasarısında TBK m.41/1'in yerini 49. madde almıştır. Buna göre, "haksız bir surette" ifadesi yerini "hukuka aykırı bir fiille" ifadesine bırakmıştır. TBK m. 49 ise 57. maddede düzenlenmiştir. Ancak yeni düzenlemede "hukuka aykırı" ifadesi yer almamıştır. Yeni düzenleme şu şekildedir: "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödemesini isteyebilir"; Mehaz kanun İsviçre Medeni Kanun'unda da hukuka aykırılık şartı aranmıştır, fakat tanım yapılmamıştır, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser, Zivilgesetzbuch I, Art 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Helbing – Lichtenhahn Verlag, München: 2006, Art. 28, Nr., 45; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 102; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 32.

koyduğu emir ve yasakların ihlal edilmesidir[43]. Dolayısı ile konumuz açısından hukuka aykırılığın tanımı ise, kişilik hakkını koruma altına alan hukuk düzeninin koymuş olduğu kurallara hukuka uygunluk nedeni olmadan yapılan saldırıdır[44]. Hukuka aykırılığa yol açan hukuk düzeninin koyduğu kurallara aykırılık, bütün hukuk sistemi göz önünde tutularak belirlenmelidir. Fiilin, hukukun düzenlemelerinden herhangi birine aykırı olması yeterlidir. Bu nedenle, hukuka aykırılık "kanuna aykırılık" ile sınırlı değildir. Genellikle hukuka aykırılık kanunlarla belirlenir. Ancak bunda bir zorunluluk yoktur. Hukuka aykırılık, tüzüklere, yönetmeliklere hatta genelgelere aykırılığı da ifade etmektedir. Ayrıca hukuka aykırılıktan söz edebilmemiz için, emredici hukuk kurallarının ihlali gündeme gelmelidir. Emredici olmayan kurallara aykırı davranılmasıyla hukuka aykırılık sonucu doğmaz[45].

Öğretide hangi durumlarda hukuka aykırılıktan söz edilebileceği, hukuka aykırılığın içeriği tartışmalara neden olmuştur. Hukuka aykırılığın tespitinin, failden mi yola çıkılarak, yoksa hukuk düzeni mi esas alınarak yapılacağı, tartışmaların odak noktasıdır. Konuyu aydınlatmak için ileri sürülen görüşleri iki başlık altında toplamamız mümkündür.

a. Sübjektif Teori

Sübjektif teori, hukuka aykırılığı hakkın var olup olmamasına göre açıklamaktadır. Bu teoriye menfi hukuka aykırılık teorisi de denmektedir[46]. Buna göre fiil, ancak zarar veren kişinin böyle bir fiili işlemeye yetkisi yoksa hukuka aykırılık teşkil eder. Fiile hukuka aykırılık niteliğini veren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Burada hukuka aykırılık "haksızlıktır". Bu teoriyi esas alan yazarlara göre, hukuka aykırılık sorunu bizzat zarar verme fiili ile zararlı sonuçta aranmalı ve bir

---

[43] Oğuzman/ Öz, s. 492; Kocayusufpaşaoğlu,/ Hatemi, / Serozan,/ Arpacı, s.30; Hatemi,(Ahlaka Aykırılık), s. 16; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 34; Selim. Kaneti, "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, Ankara, 15-16 Aralık, 1978, s. 38- 39; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s.476; Atamer, s.10 vd; Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s. 18. Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.56; Harun Bulut, Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırılardan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006, s.131; Mustafa Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C.I Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara:2002, s.336; İnan, (Hukuk Bilgisi), s.94- 95.

[44] Helvacı, (Koruyucu Dava), 97- 98; Helvacı, s.108; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, 153- 154; Dural/Öğüz, s. 140; Honsell/ Vogt/ Geiser, 45; Serdar, s.100.

[45] Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s.196; Eren, s. 568; Oğuzman/Öz, s. 493; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 38; Tiftik, 49; Kostkiewicz/Schwander/Wolf, s. 32.

[46] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.57.

başkasına zarar veren davranışın hukuka aykırılığı, başlangıçta karine olarak kabul edilmelidir. Ancak, fail zarara yol açan davranışının haklı bir sebebe dayandığını ispat ettiği takdirde, davranışın haksızlığının ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir[47].

Bu görüşün taraftarlarının esin kaynağı, İsviçre Borçlar Kanununun, Fransız Medeni Kanunu m. 1382- 1383'den almış olduğu eski 50. maddesidir. Sübjektif teoriyi savunanlar buradaki "haksız" teriminden ilham almışlardır[48].

Bu teoriye göre, mağdurun fiilin hukuka aykırı olduğunu ispat etme mecburiyeti yoktur. Çünkü başkasına zarar veren her fiil karine olarak hukuka aykırıdır. Ancak sonradan fail, haklı bir sebebe dayandığını, bu saldırıyı yapma konusunda haklı olduğunu ispat etmekle sorumluluktan kurtulur[49].

Sübjektif teorinin birçok aksayan yönü vardır. Bunun en önemlilerinden birisi, zarar kavramı ve hukuka aykırılığı aynı kavram olarak ele almasıdır. Oysaki zararın her olduğu yerde hukuka aykırı fiil olmak zorunda değildir. Bir tacirin üretip sattığı bir mal, aynı malı satan tacirin üretimini azaltır ama burada hukuka aykırılık yoktur[50].

Sübjektif teorinin kabul edilmesi halinde, failin ne zaman zarar verme yetkisi var ne zaman yok bilinemez. Bu durum hukuka aykırılığın tespitinde belirsizliğe yol açacağı için yine eleştirilen başka bir yöndür[51].

b. Objektif Teori

Bugün İsviçre- Türk[52] doktrininde hâkim olan teoridir. Objektif teoriye göre, hukuka aykırılık, hukuk kuralları tarafından korunan değerleri ihlal etmek suretiyle

---

[47] Jean Darbellay, Théorie générale de I'illicéité, Fribourg, 1955, s. 56 vd, naklen, Eren, s. 567; Hatemi, (Ahlaka Aykırılık) s.16; İnan, s.369; Oğuzman/ Öz, s.477; Atamer, s.24; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.57.

[48] Atamer, s.25; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.57; Serdar, s.100-101.

[49] Von Tuhr (çev. Edege), s.363;Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.478; Eren, s.587; İnan, s.369; Atamer, s.25; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.58;Tiftik, s.48.

[50] Eren, s. 567- 568; Kaneti, s. 1- 15; Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s.18; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.62; Serdar, s.103.

[51] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.61; İnan, s.369.

[52] Oğuzman/ Öz, s. 478; Eren, s. 568; Tandoğan, (Mesuliyet hukuku), s.18; Kaneti, s..90; Atamer, s. 25 vd.; Zahit, İmre, "Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması", Prof. Dr. Recai Şeçkin'e Armağan, 1974, s. 810; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu,/ Altop, s.476; Kostkiewicz/Schwander/Wolf, s. 32.

gerçekleşmektedir. Burada kişiye zarar vermiş olmak yetmez, ayrıca zarar görenin hukuken korunan değerlerine saldırı gereklidir[53].

Bu teorideki hukuka aykırılık kavramı hukuk kurallarına aykırılıktan daha dar bir kavramdır. Çünkü TBK. m. 41 anlamındaki hukuka aykırılık, kişilerin kişi ve mal varlıklarını koruyan emredici hukuk kurallarına aykırılığı aramaktadır[54].

III.HUKUKA UYGUNLUK KAVRAMI

Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için gerekli olan şartların bir arada bulunması gereklidir. Ancak, söz konusu şartların bir arada olmasına rağmen hukuka uygunluk sebebi bulunduğu takdirde sorumluluk ortadan kalkacaktır. Hukuka uygunluk sebebi, hukuk kurallarının yasakladığı bir eylemin yapılması halinde hukuka aykırılık sonucunun doğmasını engelleyen haklı nedenlerdir[55]. Hukuka uygunluk sebepleri genellikle bütün davranış kuralları bakımından uygulanma imkânı bulurlar. Ancak bu nedenler her hukuk kuralından sonra kanunda belirtilmiş değildir. Genel hukuka uygunluk sebepleri kabul edilmiştir[56].

Kişilik hakkına müdahalenin hukuka aykırılığını engelleyen halleri, TMK m.24/2 açıkça düzenlemiştir. Ancak kanunun açık düzenlemesine rağmen öğretide yapılan tartışmalar da göstermektedir ki tatmin edici bir düzenleme yapılamamıştır[57]. Kanunda rıza, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması

---

[53] Hatemi, (Ahlaka Aykırılık), s. 16; Oğuzman/Öz, s.477- 478 Eren, s.568; İnan, s. 369; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.476; Serdar, s.104.

[54] Eren, s. 568; Oğuzman,/ Öz, s. 478; Kaneti, (Hukuka Aykırılık) s.38; Tiftik, s.49.

[55]Kaneti, s.235; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.144; Kılıçoğlu, Mustafa, s.356; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Beta Yayınevi, Ankara: 2003, s.124; Kaneti, s. 144.

[56] Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.235; Kaneti, (Çatışan Değerler), s.144.

[57] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 461, 3444 sayılı Yasa ile TMK m.24'e yapılan değişiklikleri eleştirmektedir. Bu değişiklikler aynen mevcut düzenlemede var olduğu için yapılan eleştiriler geçerliliğini korumaktadır. " Bu düzenleme ile "hukuka aykırılık" kavramına açıklık getirilmek istenmişse de, istenilen amaca yeterince ulaşılamamıştır. Çünkü aşağıda, "Hukuka Aykırılığın İleri Sürülemeyeceği Durumlar" başlığı altında ele alacağımız üzere, Medeni Kanunun 24'üncü maddesinin yeni metninde yer alan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, "saldırıya uğrayanın rızası" belirli koşullara bağlı olarak Medeni Kanunun 23'üncü ve Borçlar Kanununun 44'üncü maddesindeki düzenlemelerle de yer almakta idi. "Üstün nitelikli özel yarar" da yine Medeni Kanunun 23'üncü maddesindeki rızaya bağlı müdahaleler içinde almakta idi. "Üstün nitelikli kamu yararı ise 1961 Anayasasının 11'inci maddesinde genel olarak düzenlenmişti ve 1982 Anayasasının 14'üncü maddesinde yine genel bir düzenlemeye bağlanmıştır. Kanunun verdiği bir yetkiye dayanma" hali ise açık bir yasal düzenlemeye dayanmamakla birlikte, öğreti ve yargı kararları ile zaten kabul edilen bir durumdu. Böyle olunca, Medeni kanunun 24'üncü maddesinin yeni metni de "hukuka aykırılık" kavramına yeterince açıklık getirememiş, hatta daha önce hukuka aykırılığı ortadan kaldırıldığı kabul edilen ve aşağıda ele alacağımız bazı nedenlerden hiç söz etmeyerek, düzenleme eksik bırakılmıştır".

olmak üzere dört ayrı hukuka uygunluk sebebi kabul edilmiştir. Buna karşılık Borçlar Kanun'unda paralel bir düzenleme mevcut değildir. Borçlar Kanun'u hukuka uygunluk sebebi olarak meşru müdafaa, ıztırar hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma sayılmıştır. Borçlar Kanunu tasarısı ise, Türk Medeni Kanun'uyla paralelliği sağlamak için TMK m.24/2'deki hukuka uygunluk sebeplerini kanunda toplamıştır. Buna göre, "hukuka aykırılığı kaldıran haller" üst başlığı altında hukuka uygunluk sebepleri sayılmıştır. Düzenleme şu şekildedir:

"Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz".

Ayrıca her iki kanunda sayılan hukuka uygunluk sebepleri yanında, öğreti farklı sınıflandırmalarla konuyu ele almıştır. Özellikle fikir ayrılıkları üstün nitelikte özel ve kamusal yararın içeriğini belirlemede ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, kimi yazarlar[58] meşru müdafaa ve ıztırar halini kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak değerlendirmekteyken, başka bir yazar üstün nitelikte özel yarar başlığı altında incelemektedir[59]. Hatta bir başka yazar ise, meşru müdafaa ve ıztırar hali için ayrı başlık açmıştır[60].

Hukuka uygunluk sebepleri üzerindeki tartışmalar yalnızca kavramların içeriğiyle sınırlı değildir. Kanunda kullanılmış olan kavramlar da yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Tartışmaların odağında ise yine "üstün nitelikte özel ve kamusal yarar" vardır. Öncelikle bir kısım yazarlar tarafından, kullanılan ifade gramer kuralları açısından eleştirilmiştir. Tekinay "Türkçede "bir özel... yararına" denmez; "bir özel...yarara" denir." diyerek eleştirilerini dile getirmiş; Arpacı ise "...özel yarara ya da kamu

[58] Öztan, s. 150- 151; Akipek /Akıntürk, s. 405-406; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.168; Oğuzman, s. 18-19.
[59] Dural/Öğüz, s. 142; Helvacı, 114; Heinz Hausheer/ Regina Aebi- Müller, Das Personenrecht des Schweizerichen Zivilgesetzbuches, Bern: Staempfli Verlag, 2005, Art. 28, Nr. 12.36;
[60] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.467-468.

yararına" ifadesinin doğru olduğunu belirterek, Tekinay'a katılmıştır[61]. Hatemi ise, ifadenin Oğuzman Öntasarısında "özel ya da kamusal nitelikte üstün bir yarar" şeklinde kullanıldığını ve bunun 1988 değişikliğiyle değiştirilip bozulduğunu belirtmiştir[62].

Ayrıca bahsedilen hukuka uygunluk sebeplerinin doğuracağı sakıncalar da eleştirilere neden olmuştur. Tekinay "üstün nitelikte bir kamu yararı varsa hukuka aykırı bir tecavüzden söz edilemeyeceği açık ise de, üstün nitelikte hangi özel yararın kişilik haklarına yöneltilen tecavüzü haklı olmaktan çıkaracağı sorunu, gereksiz bazı fikir ayrılıklarına neden olabilir" diyerek üstün nitelikte özel yarar kavramının doğuracağı sakıncalara dikkat çekmiştir[63]. Ancak yazar "üstün kamusal yarar" kavramının hukuka uygunluk sebebi sayılabileceğini kabul etmektedir. Oysaki Arpacı, "özel yarar" kavramı yanında "kamu yararı"nın doğuracağı sakıncalara dikkat çekmiştir. Arpacı'ya göre, "basının fonksiyonları ve buna benzer konular bakımından kendini gösteren özel durumlar dışında, üstün nitelikte bir kamu yararının bulunduğundan bahisle kişilik hakkına saldırıyı hukuka uygun görmek gibi tehlikeli sonuçlar doğurabileceği için, TMK. m. 24/II'nin hukuka uygunluk sebebi olarak kamu yararına yer verilmesi de, tenkide şayandır. Böyle bir hüküm, kamu yararı bahanesiyle insan haklarını hiçe sayan uygulamaların hukuki kılıfı olabilecek kadar vehamet arzetme istidadını taşımaktadır"[64].

Hatemi'ye göre ise "yarar bulunması hukuka aykırılığı gidermez. Bu gibi ifadeler yanlış anlamlara ve kişilik hakkına başkalarının yararının üstün tutulabileceği gibi "şeametli" yorumlara, bazı kişi veya kişi (baskı) gruplarının "çıkar"larının, kişilik hakkına üstün tutulabileceği "sakim" anlayışlara yol açabilir[65].

Hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri olan rıza açısından da durum tartışmalıdır. Öğretide birçok yazar TMK m.23'ün düzenlemesi karşısında rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin hatalı olduğu görüşündedir[66].

---

[61] Tekinay, s. 259- 260;Tekinay, (Eleştiriler), s. 57; Arpacı, s. 149.
[62] Hatemi, s. 105.
[63] Tekinay, (Eleştiriler), s.57; Tekinay, s. 260.
[64] Arpacı, s. 150.
[65] Hatemi, s. 105.
[66] Tekinay, (Eleştiriler), s. 57; Tekinay, s. 259; Hatemi, s. 104- 105; Arpacı, s. 149; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 99-100.

Öğretide fikir birliğine varılamayan başka bir nokta, fiilin hukuka uygunluğu baştan beri mi var olduğu ya da sonradan mı oluştuğudur. Bir kısım yazarlar fiilin başından beri hukuka uygun olduğunu savunmaktadır. Bu yazarlara göre hiçbir zaman hukuka aykırı bir fiil olmamıştır[67]. Hukuka aykırılık hiçbir zaman ortaya çıkmadığı için hukuka aykırılığın ortadan kalkması da söz konusu değildir. Hukuka uygunluk sebeplerinden birine dayanarak yapılmış olan görünüşte hukuka aykırı fiil hukuka uygun olacaktır. Hukuka uygunluk sebepleri hukuka aykırılığın oluşmasını engelleyen olumsuz şartlardır[68].

Bir kısım yazarlara göre ise, davranış hukuksal varlığı ihlal etmiştir, bu nedenle hukuka aykırıdır. Fakat hukuka uygunluk sebebi olduğu için hukuka aykırılık ortadan kalkmıştır. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı eylem hukuka uygunluk sebeplerinden birisi nedeniyle hukuka uygun hale gelmektedir[69].

Kanaatimizce, bir davranış ya hukuka aykırı ya da değildir. Hukuka aykırılığın tanımı yapılırken, hukuk kurallarına aykırı bir davranışın bulunması gerektiğini ve yine hukuk kurallarınca bu davranışı haklı gösterecek bir kuralın olmaması gerektiğini belirtmiştik. Dolayısı ile ortada hukuka uygunluk sebebi varsa, hukuka aykırılık için gerekli olan ikinci şart gerçekleşmeyecek ve baştan itibaren hukuka aykırı bir fiil olmayacaktır.

A.Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sınıflandırılması

Öğretide hukuka uygunluk sebeplerinin ortak özelliklerini dikkate alarak çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır. Konunun çeşitli sınıflandırmalarla ele alınması daha iyi anlaşılması açısından yararlı olacaktır. Bizim yararlanacağımız sınıflandırma yarar eksikliği ya da yarar üstünlüğüne dayalı sınıflandırma olacaktır. Tezimizin konusunu teşkil eden üstün özel ve kamusal yararın açıklanmasında daha faydalı olacağı kanısındayız.

---

[67]Eren, s.584-585; Sırabaşı, s.107; Sibel Özel, "Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s.39; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.145; Karahasan, s.127.
[68]Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.235; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.144.
[69]Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s.30; Kaneti, (Çatışan Değerler), s.145; Von Tuhr, (Çev.) Edege, .s.46; Karahasan, s.127.

Bununla birlikte, öğretide başka sınıflandırma çeşitlerine de rastlanmaktadır. Bunlardan biri hukuka uygunluk sebeplerinin bir kısmını hukuksal işleme dayandıran bir kısmını ise kanuna dayandıran görüştür. Buna göre, rıza, varsayılan rıza ve vekâletsiz iş görme halleri hukuksal işleme dayanan hukuka uygunluk sebepleridir. Kanundan doğan hukuka uygunluk sebepleri ise, yetkili makamın emrini ifa, meşru müdafaa, zaruret hali gibi hallerdir[70].

Başka bir sınıflandırma ise, hukuka uygunluk sebeplerini genel hukuka uygunluk sebepleri ve özel hukuka uygunluk sebepleri olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buna göre, genel hukuka uygunluk sebebi, kişinin üstün yararının var olduğu hallerde mevcuttur. Kişinin üstün yararının varlığına, yararların tartılması ilkesiyle hâkim tarafından karar verilecektir. Özel hukuka uygunluk sebepleri ise, meşru müdafaa, vekâletsiz iş görme, zaruret hali, rıza, kamu yararı gibi hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılabilir[71].

Genel bir bakış açısıyla, tüm hukuka uygunluk sebeplerine bakıldığında, temelde kişilerin herhangi bir yararının zedelenmesi ve bu zedelenmenin meşru görülmesi söz konusudur. Dolayısı ile hukuka uygunluk sebeplerinin açıklanmasında yarar kavramı önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerini incelerken; yarar eksikliği ve üstünlüğüne dayalı sınıflandırmaya bağlı olarak konumuzu incelemeyi daha yerinde görüyoruz.

1.Yarar(Menfaat) Eksikliğine Dayanan Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kişilerin birbirleriyle veya toplumla aralarında yaşanan ilişkilerde yararlarının karşı karşıya gelmesi mümkündür. Kişilerin yararları genellikle toplum yararıyla bağdaşmaz. Hukukun görevi ise çatışan yararları dengelemek ve korumaktır. Ancak

---

[70]Karl Specker, Die Persönichkeitsrechte mit Besonderer Berücsichtigung Des Rehts auf Die Ehre im Schweizerischen Privatrecht, Diss., Aaarau :1910 s.195, naklen, Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.147; Armin Eduard Baader, "Die Widerrechtlichkeit Nach Art 41 Abs. 1 OR, Unter Besonderer Berücksichtigung Der Gründe Für Den Ausschıuss Der Widerrechtickeit, Diss., Basel; 1947, s.146, naklen, Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.147.

[71]Kurt Flückiger, Die Zivilrechtliche Haftung Des Verantwortlichen Redaktors, Staemplfli- Cie Verlag, Bern: 1938; s.13.

hukuk düzeni çatışan yararlardan her ikisini birden koruyamamaktadır. Bu yararlardan birinin diğeri karşısında üstün gelmesi diğer yararın önemini kaybetmesine neden olur[72].

Yarar eksikliğine dayanan hukuka uygunluk sebeplerinde ise üstün olan bir yarar aranmamakta, yararlardan birinin sahip olduğu değer yitirilmektedir. Ancak hukuk düzenin kişinin iradesi olmadan, sahip olduğu menfaatin değerini kaybetmesine imkân vermesi mümkün değildir. Dolayısı ile yarar eksikliğine dayanan hukuka uygunluk sebepleri mağdurun rızasına dayanır.

Kişinin göstereceği rıza ile kişisel değerlerine müdahale mümkün olacaktır[73]. Başka bir ifadeyle, kişi beyan ettiği rızayla sahip olduğu kişisel değerlerin önemini kaybetmesine izin vermektedir. Ancak unutulmamalıdır ki hukuka uygunluğu sağlayacak olan rıza alelade olmamalı, belirli şartları taşımalıdır. Bu şartların neler olduğu ilerleyen bölümlerde ele alınacağı için burada değinmeyeceğiz. Bunun dışında rıza kavramının yanı sıra varsayılan rıza kavramından da bahsetmek istiyoruz. Varsayılan rızanın varlığı halinde, yine bir yarar eksikliği gündeme gelecektir. Kişinin rızasının alınamayacak durumda olması ve rızayı kişi adına açıklayacak bir kimsenin olmaması halinde, müdahaleye varsayılan rıza göstermiş olduğu kabul edilir[74].

2.Yarar (Menfaat) Üstünlüğüne Dayanan Hukuka Uygunluk Sebepleri

Yarar üstünlüğüne dayanan hukuka uygunluk sebeplerinde ise, yararlardan bir tanesi diğerine göre daha korunmaya değer kabul edilerek, çatışan yararlardan diğerinin maruz kaldığı müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir. Yarar üstünlüğüne dayanan hukuka uygunluk sebepleri üçe ayrılmaktadır[75].

Bunlardan birincisi, kişiye hukuk tarafından verilmiş bir ödev nedeniyle kişinin, başkasının yararına yaptığı müdahalenin hukuka uygun olmasıdır. Memurluk görevinin yerine getirilmesi, yetkili makamın verdiği emrin yerine getirilmesi ve tedip hakkı bu

---

[72]Wilfried Landwehr, Das Recht Am Eigenen Bild, P. G. Keller Verlag, Winterthur:1955, s.53- 55.

[73]Kaneti, (Çatışan Değerler), s.148; Landwehr, s.56; Egger, s.Art. 28, Nr. 55; Von Tuhr,(Çev. Edege) s.46; Kaneti, (Hukuka Aykırılık) s.245

[74]Dural/ Öğüz, s. 101; Kaneti, (Çatışan Değerler), s.148; Hakan. Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2007, s. 166; Barış. Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Birinci Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 139- 141; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.146; Karahasan, s.128; Kazım Ali Sonat, "Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini", Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 182.

[75] Landwehr, s.56; Egger, Art. 28 Nr.55; Kaneti, (Hukuka Aykırılık) s.251; Karahasan, s.128.

bölümde ele alınması gereken hukuka uygunluk sebepleridir. Bu nedenle icra memurunun borçlunun mallarını haczetmesi, zabıta memurlarının kanuna uygun olarak başvurdukları zor tedbirleri hukuka uygun olacaktır. Aynı şekilde eski Medeni Kanun'da düzenlenmiş olan ana ve babanın çocukları üzerindeki tedip hakkı nedeniyle çocukların kişilik hakkının ihlal edilmesi, hukuka aykırı olmayacaktır[76].

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi ise, bir başka kişinin hukuk alanına girme yetkisinin hukuka uygunluğudur. Bu bölüme, meşru müdafaa, ıztırar hali, kendi hakkını kullanma gibi nedenler girmektedir[77].

Son olarak ise, hukuk düzeninde her iki yararın karşı karşıya geldiği durumlarda bu yararlardan birine öncelik tanıyan ve hukuka uygun sayan çatışan yararların tartılması ilkesinden bahsedilebilir. Hukuk düzeninde, kişiler arasında veya toplum ile kişiler arasında yarar çekişmelerinin yaşanması büyük olasılıktır. Hukuk, taraflardan birinin yararına öncelik verdiği takdirde üstün kabul edilecek yarar ortadadır, ayrıca yararların tartılması ilkesini yürütmeye gerek yoktur. Ancak kanun açıkça bir çözüm belirtmediği takdirde her somut olaya göre hâkim TMK. m. 1'i ve çatışan yararların tartılması ilkesini göz önünde bulundurarak yararlardan birisine öncelik tanıyacaktır[78].

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, hukuk her iki yararı birden koruyamayacaktır. Çatışan yararlardan sadece bir tanesi hukukun korumasından yararlanacaktır[79]. Ancak hangi yararın üstün tutulacağının, kesin ve mutlak bir çözümü yoktur. Buna rağmen, karşı karşıya gelen yararların kişilik hakkına ait kişisel değerlerle sınırlı olacağı şüphesizdir[80].

Sonuç olarak, kişisel değerler arasında çıkacak olan çatışma, hukuk kuralları tarafından çözümlenmediyse ve müdahalede bulunan kişinin müdahalesi zorunlu ise,

---

[76] Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.252; Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanunu Uyarlanmış Aile Hukuku, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 2003, C.II, s. 416; Gülçin Elçin, Grassinger, bu konudaki görüşleri için bkz. "Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler", Birinci Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul: 2009, s.70- 71.

[77] Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.260; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.146; von Tuhr (çev. Edege), s.106.

[78] Tandoğan, s. 17- 18; Honsell/Vogt/Geiser, s. 49; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 151; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 32.

[79] Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s.235; Tandoğan, 19; Egger, Art. 28, Nr.60- 61; sxKaspar Hotz, Zum Problem Der Abgrenzung Des Persönlichkeitsschutzes Nach Art. 28 ZGB, Verlag Schulthess- Co, Zürich: 1967, s.49- 50; Landwehr, s.55- 56; İlhan Ulusan, "Fedekarlığın Denkleştirilmesi İlkesi", İUHFM, C.XLIII, S. 1-4, 1979, s.122.

[80] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.96; Dural/ Öğüz, s. 142- 143; Öztan, s. 146; Sırabaşı, s.104;

çatışan yararlardan hangisine üstünlük tanınacağı hâkim tarafından karara bağlanacaktır. Değerlendirme nesnel bir şekilde dürüstlük kuralına dayanılarak yapılacaktır. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak hâkimin nesnel bir karar vermesi beklenecektir. Üstün nitelikte yarara karar verilirken sadece ulaşılacak olan yarara bakılmamalı ayrıca yarara ulaştıran aracın da doğru araç olması gerekmektedir. Doğru aracın doğru amaçla birleşmesi beklenmektir. İhlal edilen yararın nitelik olarak daha fazla korunmaya değer olması yeterli değildir. Örneğin, toplumun ünlü bir devlet adamının görüntüsünü görebilme çıkarı, bu devlet adamının görüntüsünün yayınlanmamasından kuşkusuz ki daha büyüktür. Bu durum yine de devlet adamının izinsiz bir şekilde evine girilerek fotoğraflarının çekilmesini haklı kılmaz[81]. Çalışmamızda ele alacağımız hukuka uygunluk sebeplerinde karşı karşıya gelen yararlarla sıklıkla karşılaşacağımız ve yeri geldiğinde ayrıntılı inceleyeceğimiz için daha fazla açıklama yapmadan konuyu sonlandırıyoruz.

B.Türk Hukukunda Belirtilen Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili sınıflandırmaları inceledikten sonra, Türk hukukunda sayılan hukuka uygunluk sebeplerinin incelenmesi gerekmektedir. Böylelikle çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsettiğimiz hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili tartışmalar daha iyi anlaşılacaktır. Ancak konumuzla ilgili olan hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili ayrıntılı açıklamaları yeri geldiğinde yapacağımız için yüzeysel olarak değinmekle yetiniyoruz.

1. Mağdurun Rızası

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin rızası, saldırıyı hukuka uygun hale getirir[82]. Kişinin rızasına tanınmış olan bu yetki, hukuk düzeninin kişinin iradesine verdiği değeri

---

[81]Hotz, s.51; Landwehr, s.55- 56; Hinderling, s.36; Kaneti, 235; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 151; Karahasan, s. 128; Kostkiewicz/Schwander/Wolf, s. 32.

[82]Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 154- 158; Helvacı, (Koruycu Dava), 101-109; Helvacı, s.108-113; Dural/Öğüz, s.103, 104 -141; Öztan, 147; Bulut, s.132; Serdar, s.118-119; İnan, s.372; Sırabaşı, s.112; Eren, s. 586; Oğuzman/ Öz, s.500; M. Kemal Oğuzman, "İsviçre ve Türkiye'de Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 11; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 33; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 46- 48; "Kişisel veriler ilgilinin rızasıyla işlenebilir. Ancak bu rıza hukuk kurallarına uygun ve tereddüte yer vermeyecek şekilde bir rıza olmalıdır. Ancak kişisel verilerin korunması amacı da bazen dengeyi sağlamayı gerekli kılmaktadır. Sınırı aşan para transferlerinde bankalara verilmiş havale emri tereddüte yer vermeyecek şekilde kişisel verilerin işlenmesini

göstermektedir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, rıza genel ve mutlak olarak kişiliğe yapılan saldırıları hukuka uygun hale getirmez[83]. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilmesi için bünyesinde üç şartı barındırması gereklidir.

Öncelikle rıza iradesinin açığa vurulması gereklidir. Rıza ancak fiilin işlenmesi anına kadar verilmelidir. Buna rağmen rızanın istenildiği zaman geri alınması mümkündür. Rıza beyanı kural olarak bir şekil şartına bağlı değildir (TBK m.11). Rıza beyanı açık olarak ileri sürülebileceği gibi, örtülü olarak da ileri sürülebilir[84]. Ayrıca kişinin, vereceği rızanın anlam ve önemini anlayabilecek durumda olması gereklidir. Bu nedenle kişinin fiil ehliyeti konumuz açısından önemlidir. Tam ehliyetlinin ve sınırlı ehliyetlinin vereceği rıza geçerli olacaktır. Tam ehliyetsizler ise kanuni temsilcisi aracılığıyla rıza beyanında bulunabileceklerdir. Problem, sınırlı ehliyetsizler açısından söz konusudur. Çünkü rıza gösterme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve kişilerin rızaları geçersiz kabul olunduğunda, kişiler haklarını kullanamayacaklardır. Bu nedenle ayırt etme gücü olan küçük ve kısıtlılarının rızasının geçerli olması gerekir. Yalnız, verecekleri rızanın anlam ve sonucunu anlayabilecek düzeyde değillerse, kanuni temsilcinin onayı gereklidir[85].

İkinci şart ise, rızanın, kişisel değerlerden vazgeçmenin sonucu gözden geçirilip sonuçlar değerlendirildikten sonra, bilinçli ve serbest irade sonucunda verilmiş olmasıdır. Dolayısı ile kişinin doğru ve sağlıklı olarak bilgilendirilmiş olması gereklidir. Başka bir deyişle kişi aydınlatılmış bir rıza beyanında bulunmalıdır. Bu şartın varlığı özellikle tıbbi müdahaleler açısından önem taşımaktadır. Buna göre, hekim,

---

beraberinde getirecektir." detaylı bilgi için Bkz. Nilgün Başlap, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara: Yektin Yayınları, 2004, s.38.

[83]Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 154; Arpacı, 149; Tekinay, 259; Hatemi, 104- 105.

[84]Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 155- 158; Honsell/Vogt/Geiser, s.48; Helvacı, 110; Helvacı, (Koruycu Dava), s. 105; Ayan/ Ayan, s. 63; Öztan, s. 147; Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul: 1993, s.57.

[85]Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 105; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, 157; Helvacı, s.110; Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s.489-490; Öztan, s.148; Serap Helvacı, "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 1999, s.870; sınırlı ehliyetsizlerin tek başlarına rıza beyanında bulunup bulunamamaları hakkında detaylı tartışmalar için bkz. Çilingiroğlu, s. 54-56; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İatanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 130- 136; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 27; Erman, 80- 90; Amstutz/ Breitschmid/Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 48; Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AUHFD, C. L, S. 1-4, 2001, s. 65- 80; Sonat, s. 178 vd.;Özlem Yenerer-Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, 1. Bası, İstanbul: Legal Kitabevi, 2003, s. 205.

gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin, türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir tıbbi müdahale uygulanmadığı takdirde hastanın karşılaşacağı olumsuz sonuçlar hakkında, hastayı sağlıklı bir karar verebilecek kadar aydınlatmış olmalıdır. Böylelikle, kişi yeterli bilgiye sahip olduktan sonra, kişinin geçerli bir rıza beyanından bahsedebiliriz[86].

Geçerli bir rıza beyanı için aranılacak son şart ise, rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olamamasıdır. Rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması koşulunu TMK. m.23 ve TBK m.19 -20'deki düzenlemelerden yola çıkarak yorumlayabiliriz. Bu hükümler uyarınca, rızanın geçerli olması için, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba, kişilik hakkına aykırı olmaması gereklidir. Aksi halde verilen rıza TBK m.20 uyarınca kesin hükümsüzdür[87]. Bunun sonucu olarak, kişinin hangi amaçla olursa olsun yaşamına son verilmesine rıza göstermesi hukuka aykırıdır. Burada yeri gelmişken ötenazi konusuna ve hakkında yapılan tartışmalara birkaç cümle ile değinmek istiyoruz. Ötenazi (euthanasie), iyileşmesi mümkün olmayan bir hastanın, çektiği acılardan kurtulmak için yaşamına son verilmesine rıza gösterip, hekim tarafından öldürülmesi olarak tanımlanabilir[88]. Ötenazinin hukuka uygunluğu zamanla daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmanın olumlu olumsuz yanları, ülkelere, dinlere, dünya görüşlerine göre farklılık göstermektedir[89]. Hatta ötenazi bazı ülkelerde hukuka uygun kabul edilmektedir. Öğretide, hastanın iyileşme ihtimalinin bulunmaması karşısında, gereksiz acılarla boğuşmak yerine ölümü seçmesinde üstün özel yarar bulunduğu ve müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır[90]. Buna karşılık büyük çoğunluk ötenazinin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır. Buna

---

[86] Dural/ Öğüz, s. 102- 103; Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 157; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 107; Helvacı, 111; Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Ankara, 1982, s. 32 vd; Aşçıoğlu, s. 27; Enis Sarıal, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul: 1985, s. 55- 56; Bayraktar, s. 128; Ayan, s. 71; Çilingiroğlu, s. 59- 60; Amstutz/ Breitschmid/Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller-Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 48; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 33; Yenerer- Çakmut, s. 223.

[87]Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 108; Dural/ Öğüz, s. 141; Çilingiroğlu, s. 76; Hausheer/ Aebi Müller, Art. 28, Nr. 12.22; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, 155; İnan, (Hukuk Bilgisi), s.39-42.

[88] Dural/Öğüz, s. 99; Arpacı, s. 110; Şahin Akıncı, "İrade Muhteriyatı İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi Açlık Grevi ve Ölüm Orucu", SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C. VI, S. 1-2; 1998, s. 738; Özsunay, s. 99; Ataay, s. 100; Yenerer- Çakmut, s. 138; Murat Yavaş, "Ötanazi", Sağlık Hukuku'nda Dünyada Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s. 138.

[89]Erdem Özkara/Çağlar Özdemir /Hamit Hancı /Mustafa Dalgıç/ Murat Civaner/Fatih Yağmur "Ankara'da Yaşayan Hekimlerin Ötenaziye Yaklaşımı", AUHFD, C.LI, 2002, s. .207- 214.

[90] Mehmet Emin Artuk, "Ötenazi", YD., C. XVIII, S. 3, 1975, s. 309- 311, ötenazinin suç olmadığını ileri süren görüşler için bkz..

gerekçe olarak ise, tıbbın hızlı ilerlemesi nedeniyle birçok hastalığın tedavi yönteminin bulunabileceği ve ötenazi uygulamasının kötüye kullanılabileceği gösterilmektedir[91]. Zira, gerek TMK m.23 gerek HHY. m. 13/1 göz önünde bulundurulduğunda ötenaziyi hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.

2. Üstün Nitelikte Özel Yarar

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olan başka bir durum ise, üstün nitelikte özel yarardır. Üstün nitelikte yarar, mağdura, faile ya da üçüncü bir kişiye ait olabilir[92]. Gerçekten, kişilerin sahip olduğu kişilik hakkı üzerinde bir çatışma söz konusudur. Yani, somut olayda, korunan hukuki menfaatlerden birinin seçilmesi mecburiyeti doğabilir. Bir hukuki değer korunurken, diğeri ise çiğnenecektir[93]. Ancak unutulmamalıdır ki yararın üstün tutulup tutulmayacağının değerlendirilmesi, kişilik değerleri arasında yapılmalıdır. Çünkü hiçbir değer kişilik hakkından üstün tutulamaz[94].

Bununla birlikte, belirtmeliyiz ki yarar kavramının göreceliliğin de etkisiyle, üstün nitelikte özel yarara bağlı hukuka uygunluk sebeplerine hangi hallerin girdiği, başka bir ifadeyle hangi hallerin üstün özel yarara dayalı olarak hukuka uygun olduğu belirsizdir. Çalışmamızın konusunu oluşturması nedeniyle kavramın içeriği tüm detaylarıyla anlatılacağı için burada üzerinde durulmayacaktır.

3. Üstün Nitelikte Kamusal Yarar

Kişiliğe yapılan saldırının amacı kamusal yararın gerçekleşmesi de olabilmektedir[95]. Nitekim AY. m.13'de[96] yararların çatışması halinde kamu yararının korunması gerektiği belirtilmiştir.

---

[91]Dural/ Öğüz, s.99; Helvacı, 75; Özsunay, s. 99; Arpacı, 110; Konu hakkında detaylı tartışmalar için bkz. Bayraktar, s. 149; Erman, s. 127; Ataay, s. 100; Artuk, s. 303- 305; Şamil Demir, "Türk Hukukunda Ötenazi", http://www.samildemir.av.tr/2009/03/turk-hukukunda-otanazi/print/, (23.06.2009), s. 1; Özkara/ Özdemir / Hancı/ Dalgıç/ Civaner/Yağmur s. .207- 214;

[92] Helvacı, (Koruyucu Dava), s.126; Oğuzman, Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.137.

[93] Kaneti, (Çatışan Değerler), s. 143- 162; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.157; Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.23; Honsell/Vogt/Geiser, s. 49; Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/ Huguenin/Müller- Chen/Roberto/ Rumu- Jungo/Schnyder, s. 49.

[94]Helvacı, (Koruyucu Dava), s.126; Dural /Öğüz, s.140-141; Tekinay, s.260; Hatemi, s.93; Arpacı, s . 149- 150; Helvacı, s.113;

[95]Oğuzman/ Öz, s509; Helvacı, s.115; Dural/Öğüz, s. 143; Öztan, s. 149- 150; Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/ Huguenin/Müller- Chen/Roberto/ Rumu- Jungo/Schnyder, s. 49.

Üstün nitelikte kamusal yararın en sık görüldüğü alan kitle iletişim araçlarıdır. Basının ve yayın organlarının görevi, bir yandan kamuoyu için önemli olaylarda halkı bilgilendirmek, bir yandan ise eleştiri yaparak kamuoyunu yönlendirmektir[97]. Denetim, eleştiri, uyarma ve gerçekleri açıklama basının en doğal görevleri arasında sayılmakta ve basın özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır[98]. Basın ve yayın organlarının görevlerini yerine getirirken, kişilerin özel hayat, şeref ve haysiyet, görüntü, ses gibi kişisel değerlerine müdahale etmeleri mümkündür. Fakat basın özgürlüğü nedeniyle yapılan müdahaleler hukuka uygundur. Ancak basın ve yayın kuruluşlarına tanınan bu özgürlük sınırsız değildir[99].

Ayrıca kamunun yararının kişi yararına tercih edilmesi, salgın hastalığa karşı aşı kampanyası, sokağa çıkma yasağı, alkol muayenesinde kan alma, suçlunun cezaevine konması, nüfus planlaması, tıbbi denemeler gibi hallerde söz konusudur[100]. Tüm bu hallerde kamunun menfaatinin üstün tutulup tutulmayacağı ve hukuka uygunluğu her somut olayda, durumun özelliklerine göre hâkimin vereceği karara bağlıdır.

Çalışmamızın son bölümünde, bahsetmiş olduğumuz kamusal yararın var olduğu halleri ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bu nedenle daha fazla ayrıntıya girmeden kamusal yarar hallerini saymakla yetiniyoruz.

4.Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Kamu görevlileri ve kurumları, kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerini kullanırken, kişilerin kişilik hakkına zarar verebilmektedir. Kamu görevlileri ve

---

[96]AY. m. 13 , Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

[97]Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, s.160; Öztan, s.150, Helvacı, s.115; Amstutz/Breitschmid/Furrer/Girsberger/ Huguenin/Müller- Chen/Roberto/ Rumu- Jungo/Schnyder, s. 49.

[98]Sulhi Dönmezer, "Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi", İUHM, C.XXXII, S.1, 1966, s.429; Kılıçoğlu, s.170; Tüfek, s.52; Kocabaş, s.89; Bulut, s.153; Hausherr/ Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.31; Honsell/ Vogt/Geiser, s. 51.

[99]Bulut, s.159; Nusret Çolak, Kitle İletişim Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 173- 176.

[100] Öztan, s.150; Ulusan, (Fedakarlığın Denleştirilmesi), s. 101-130; Helvacı, s.114; Gökcan, s. 36.

kurumlarının görevlerini yerine getirmeleri bir hukuka uygunluk sebebidir. Aksi halde bu kişilerin görevlerini yerine getirmeleri mümkün olamaz[101].

Kanunun birçok yerinde örneklerini görebileceğimiz, kanunun verdiği yetkiyi kullanmaya ilk örneği, Anayasa'daki düzenlemelerden verebiliriz.

AY m.19[102]'da kişinin hürriyetine, AY. m.20[103]'de özel hayatına, AY m.21[104], konut dokunulmazlığına, AY. m.22[105]'de haberleşme hürriyetine ilişkin korumalar düzenlenmiştir. Ayrıca sayılan maddelerde kişinin korunan bu değerlerine, yapılan müdahaleler kanunun öngördüğü hallerde, hukuka aykırı olmayacaktır[106]. Örneğin kişinin konutuna izni olmadan girilemez. Bu hal Anayasa tarafından korunma altına

---

[101] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 117; Helvacı, s. 117; Dural/Öğüz, s. 143; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 166; Ayan/Ayan, 61- 63; Öztan, s. 150; Tour/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 103; Kostkiewicz/Schwander/Wolf, s. 33; Haasheer/ Müller, Art. 28 Nr. 12.38/ 12.39.

[102] AY. m.19 - Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.Şekil ve şartları kanunda gösterilen:Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.
Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

[103] Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

[104]AY. m.21, Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

[105] AY. m. 22 , Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.
Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

[106] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.166- 167.

alınmıştır (m.21). Fakat kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için hâkimin kararıyla ya da gecikmesinde sakınca olan hallerde ise kanunun yetkili kılmış olduğu merciin yazılı emri ile kişinin evine girilebilir. Evine girme fiili burada hukuka aykırı değildir.

Yine İcra ve İflas Kanunu'nun m.80/2 ve 3'te[107], haciz memuru hacze gittiği yerde kapalı dolapları ve kilitli yerleri açabilir. Ayrıca kişiler haczin yapılmasına engel olursa kuvvet kullanabilir.

Avukatlık mesleğinde de, avukat müvekkilinin haklarını savunmak adına, karşı taraftaki kişinin kişisel değerlerine müdahalede bulunabilir. Çünkü yaptığı görevle kişiyi savunmakta ve bir kamu hizmeti yapmaktadır. Bu nedenle, avukatın hukuki sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bahsettiğimiz hallerde hukuka uygunluktan söz edebilmemiz için, yetkinin kullanılmasına ilişkin kurallara uyulması gerekir[108].

5. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, TBK m.52'de düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Türk Medeni Kanun'unda ise, meşru müdafaa ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Ayrıca meşru müdafaanın tanımı da yapılmış değildir. Meşru müdafaayı, bir kimsenin kendisine veya başkasının kişiliğine veya malvarlığına karşı diğer bir kişi tarafından yapılan hukuka aykırı ve çok yakın veya mevcut bir saldırıyı bertaraf etmek için saldırıda bulunanın kişiliğine veya malvarlığına yapılan uygun ve zorunlu savunma hali olarak tarif edebiliriz[109].

Meşru müdafaa, hukuka uygunluk sebepleriyle ilgili genel açıklamaların yapıldığı bölümde de görüldüğü gibi tartışmalı bir hukuka uygunluk sebebidir. Kanaatimizce, paralelliği sağlamamış olan Türk Medeni Kanun'u ve Borçlar Kanun'undaki ifadeleri,

---

[107] İİK. m. 80/f.2 ve 3, RG. T. 11.07.1940, S. 3890/1
Talep vukuunda borçlu kilitli yerleri ve dolapları açmaya vesair eşyayı göstermeye mecburdur. Bu yerler icabında zorla açtırılır. Değişik, RG. T. 06.03.1965, S. 538/45, Haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı kuvvet istimal edilebilir.

[108] Oğuzman/Öz, s. 503- 504; Bulut, s. 173, örneğin avukatın dilekçesinde yer alan "tiksindirici duyguların varlığı" ifadesinin savunma sınırlarının içinde olduğu söylenemez.

[109] Eren, s.590; Oğuzman/Öz, s.505; İnan, s.259; Tandoğan, (Mesuliyet), s.33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.486; Bulut, s.146; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 198; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 285; Yusuf Ziya Binatlı Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1966, s. 117; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 110; Zevkliler/ Acabey /Gökyayla, s. 467.

tartışmaların nedeni olarak göstermek mümkündür. Bu durum öğretinin, iki kanunda da ayrı ayrı belirtilmiş olan hukuka uygunluk sebeplerini açıklama çabaları ve farklı fikirlerin ortaya atılması nedeniyle daha da karmaşık hale gelmiştir[110]. Öğretide[111], meşru müdafaayı "üstün nitelikte özel yarar" içinde ele alan görüşlere paralel olarak, çalışmamızda da konuyu bu başlık altında ele almayı uygun buluyoruz. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan bu hukuka uygunluk sebebini daha kapsamlı inceleyeceğimiz için yapılan tanımlama ile yetiniyoruz.

6.Iztırar Hali

Iztırar hali de meşru müdafaa gibi Türk Borçlar Kanun'unda düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Iztırar hali, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının, kişiliğini veya mallarını tehdit eden çok yakın tehlikeden veya zarardan kurtarmak için, bir başka kişinin mallarına zarar verme zorunluluğudur[112].

Iztırar hali de öğretide farklı açılardan ele alınmıştır. Iztırar halini başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alan görüşe rağmen, TMK m.24/II'deki hukuka uygunluk sebeplerinden biri içinde ele alan görüşlere de rastlanmaktadır[113]. Biz ise konuyu "üstün özel yarar" başlığı altında inceleyeceğimiz için bu başlık altında yapılan açıklamaya ayrıntıya inmeden son veriyoruz.

7.Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

Modern hukuk sistemlerinde, kişinin kuvvet kullanarak hakkını koruması kabul edilmemekte ve bu durum hukuka aykırılık sonucunun doğmasına neden olmaktadır. Ancak zorunlu durumlar karşısında, kişinin hukuka aykırı davranışından söz edilmeyecektir[114]. Meşru müdafaa ve ıztırar halinde olduğu gibi, kişinin belirli şartları

---

[110] Bkz. konuyla ilgili s. 15' deki açıklamalar.

[111] Dural/ Öğüz, s. 142; Hausheer/ Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.36;Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49;

[112] Eren, s.592; Oğuzman/ Öz, s.506- 507; Bulut, s.147; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.167; İnan, s.261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, , s.487; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 200; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 288; Binatlı, s. 117; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 112; Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 468.

[113] Bkz. s.15.

[114] Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 291;Oğuzman /Öz, s. 508; Eren, s. 593- 594;Tandoğan, (Mesuliyet), s.41; Kılıçoğlu, (Koruyucu Dava), s. 202; Binatlı, s. 119; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 114; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 468.

sağlaması halinde kendi hakkını korumak için kuvvet kullanması TBK m.52/III'e[115] göre hukuka uygundur. Buna göre, bir kişinin hakkının korunması için zamanında devlet organlarının müdahalesinin sağlanması mümkün değilse veya hakkının kaybolmasını ya da kullanılmasının güçleşmesini engellemek için başka vasıtalar yoksa, kişinin kendisinin kuvvet kullanması hukuka aykırı olmayacaktır.

Kişinin kendi hakkını korumak için kuvvet kullanması, mutlak olarak uygulandığı takdirde hakkının kaybolması ve bir daha elde edilememesi tehlikesini doğurabilir. Bu nedenle, istisnai olarak ve sıkı koşullara bağlı kalarak bu yola başvurulmalıdır. Aksi halde hukuka uygunluktan söz edilemeyecektir[116]. Gerekli olan koşulları tek cümleyle ifade etmek gerekirse, kişinin hakkını koruması için devlet organlarının müdahalesi mümkün olamamalı, kuvvet kullanmadığı takdirde hakkın kaybı veya kullanılmasının güçleşmesi tehlikesi bulunmalı ve kullanılan kuvvet hakkın korunması amacına uygun olmalıdır[117].

Üzerinde durmak istediğimiz son bir konu ise, kişinin kuvvet kullanmasını gerektiren tehlike, hak sahibinin kişiliğine veya malvarlığına yönelmiş bir tehlike değil, bir hakkı elde edememe tehlikesidir[118]. Dolayısı ile, meşru müdafaa ve ıztırar halinden farklı olarak, kişinin kuvvet kullanmasını "üstün nitelikte özel yarar" kavramı içinde ele almamız mümkün değildir[119]. Hangi yararın üstün tutulacağına karar verilebilmesi için karşı karşıya gelen her iki yararın da kişisel değerlere ilişkin olması gereklidir. Oysaki kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanmasında, kullanılan kuvvet kişisel bir değere[120] zarar vermiş olsa dahi, üstün tutulan yarar, kişilik hakkına yönelik değildir. Ayrıca öğretide, kişilik hakkının, kişinin kuvvet kullanmasına dayanarak ihlal edilmesinin yalnızca kişinin kendisine karşı yaptığı müdahaleler için geçerli olduğu savunulmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir kimsenin hayatını korumak için kendi vücut

---

[115] Borçlar Kanunu Tasarısında m.63/II'de düzenlenmiş olan kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma günümüz Türkçesine uyum sağlamıştır. Buna göre, "Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise, ve hakkının kayba uğraması ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz".

[116] Oğuzman/Öz, s. 508; Eren, s. 594; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.488- 489; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 202; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 291.

[117] Eren, s. 594; Oğuzman/Öz, s. 508; Tandoğan, (Mesuliyet), s. 41; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 202; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 291; Binatlı, s. 119; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 114.

[118] Oğuzman/Öz, s. 508.

[119] Aksi görüş için bkz. Hausherr/Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.30, "Kendi Hakkını Korumak için kuvvet kullanması da üstün özel yarara devlet yardımının aynı anda mümkün olmaması durumunda girer".

[120] Bkz. verilen örnekler, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 468- 469.

tamlığına müdahale etmesi, hukuka uygundur. Buna rağmen, müdahale bir başkasının hayatına yapılırsa hukuka aykırı olacaktır[121]. Ayrıca, ananın hayatının tehlikede olması halinde, ceninin hayatına müdahale edilmesi de yapılan tanımlamanın istisnası olarak gösterilmiştir. Bu görüşe karşılık, Helvacı[122] ise, haklı olarak yapılan tanımlamayı isabetli bulmadığını belirtmiştir.

IV.YARAR KAVRAMI

Hak ve hukuk kavramlarını doğuran[123], yarar kavramı herhangi bir kanun veya yazar tarafından tanımlanmış değildir. Oysa konumuz açısından kavramın önemi nedeniyle, ne anlama geldiğinin bilinmesi gerekir. Bu nedenle yarar kavramının kanunlarda kullanılış nedenine bakarak tanımlamaya çalışırsak; yarar bireylerin, toplumsal grupların, kamunun maddi veya manevi gereksinimleriyle ilgili olan ve bunları karşılayan, kişilere veya topluma istifadeler sağlayan menfaat, yarar, çıkar, kardır. Ancak yarar kavramı özünde bir düşünceyi, bir görüşü, bir değer hükmünü ifade etmesi nedeniyle, kişiden kişiye veya konudan konuya değişebilir[124].

Tanımlamaya baktığımızda yararın, bireye ait olabileceği gibi, topluma da ait olabileceğini görmekteyiz. Bireye ait olan yani kişisel yarar söz konusuysa özel yarardan, toplum yararı söz konusuysa kamusal yarardan bahsedilmektedir. Şimdi konumuzu yakından ilgilendiren, özel ve kamusal yarar kavramlarını inceleyelim.

A.Özel Yarar

Özel yarar kavramı, EMK'un 24. maddesine 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda ilk kez hukuk düzenlemesi içindeki yerini almıştır. Ancak her ne kadar kanunda daha önce düzenlenmemiş olsa da EMK m. 23'te rızaya bağlı müdahaleler içinde ele alınan bir kavramdı[125]. Mevcut TMK'da da düzenleme aynen korunmuştur. Her iki kanunda da "üstün nitelikli özel yarar" ifadesi içinde yer alan özel

---

[121] Öztan, s. 151.
[122] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 114.
[123] Hak kavramını açıklayabilmek için öğretide değişik teoriler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden Jhering'in savunduğu menfaat teorisine göre, hakkın özü menfaattir. Başka bir ifadeyle, "hak" hukukça korunan menfaattir. Detaylı bilgi için bkz. Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, 5. Bası, Ankara: Siyasal Kitabevi, 1996, s. 45; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 3 Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s. 132- 133; Eren, s. 43.
[124] Güriz, (Felsefe), s. 133; Güriz, s. 45.
[125] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 463.

yarar kavramı, kişiye ait yararların belli durumlarda kamu yararından üstün tutulmasına neden olan ölçüyü ifade etmektedir.

Özel yarar, kişisel, genel olmayan, bireyle ilgili gereksinimleri karşılayan, bu gereksinimlerle ilgili kişiye kazanımlar sağlayan menfaatleri ifade etmektedir. Özel yarar, kişiden kişiye değişen, kişinin menfaatlerine göre farklılık gösteren bir kavramdır. Bu nedenle kişinin özel yararının hukuk düzeni tarafından değer görebilmesi, diğer kişisel yararlara veya kamu yararına oranla üstün kabul edilmesine bağlıdır.

B.Kamusal Yarar

Kamusal yarar kavramı, devletin otoritesini kullanmadaki sınırı belirleyen, devletin doğrulamasını yapmak için kullanılan bir kavram olarak uzun yıllardan beri hukuk düzeninin bir parçası olmuştur[126]. Kamusal yarar kavramı, 1789 devriminden beri Fransız kamu hukukunda var olmuş ve, "ortak iyilik"e tepki olarak ortaya çıkmıştır[127]. Ancak, kavramın Türk kanun koyucusu tarafından düzenlenmesi yeni denilebilecek kadar yakın bir tarihe dayanır. İlk olarak kamusal yarar kavramı, 1961 AY'sı m. 11'de, daha sonra ise 1982 AY. m.13'te düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, toplum çıkarlarıyla, kişisel çıkar karşı karşıya geldiğinde, kişisel çıkarlara el atılıp, kişisel çıkarların sınırlanması mümkündür[128]. Daha sonra ise Türk Medeni Kanun'unda kamusal yarar kavramı yer almıştır. Bu düzenlemenin en son hali ise TMK m. 24/2'dir.

Kamusal yarar, kişisel olmayan, genele yönelik, halkı (kamuoyunu) ilgilendiren menfaattir[129]. Başka bir ifadeyle devletin veya kamunun gereksinimlerine cevap veren ve bu ihtiyaçları karşılayan, topluma yarar sağlayan değerler bütünüdür[130]. "Kamu yararı kavramı yanında "toplum yararı", "ortak iyilik", "toplumsal refah/esenlik, "genel

---

[126]Didier Truchet, (Çev.), Ethem Atay, "Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı Kaynağı ve Dengeye Dönüş", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: 2005, s. 357- 375; Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. XXIV, S. 2, 1991, s. 3; Osman Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, S. MXXXIX, 2002, s. 16.

[127] Saraç, s. 16, " Ortak iyilik sanayi ticaret toplumuna geçiş öncesi Avrupa toplumlarının siyasi tarihinin ortak kavramıdır", Akıllıoğlu, s. 4.

[128] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 463; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 119; Helvacı, s. 114; Öztan, 149; Ayan/Ayan, s. 65.

[129]Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 207; Osman Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", www.Portal1,sgb.gov.tr/çalışmalar/yayınlar/md/.../0.%20SARAC.pdf, (23.06.2009); Öztan, s. 149.

[130] Ana Britanica Ansiklopedisi, C. XVIII, s. 34.

yarar" gibi çoğu birbirinin yerine kullanılan çeşitli kavramlar bulunmaktadır[131]. Bu kavramların ortak özelliği ise, kişisel yarardan daha üstün bir yararı ifade etmesidir[132]. Çünkü kamusal yarar kavramının kabulü ile kişisel yararların toplum yararlarıyla çelişebileceği kabul edilmiştir[133].

Hukuka uygunluk sebeplerinden bahsederken değindiğimiz gibi, "kamusal yarar" ifadesi de tartışmalara neden olmuştur[134]. Yapılan tartışmalar ve çekincelerin kanımızca nedeni kavramın belirsizliğidir. Roma hukukundan beri hukuk düzeni tarafından kullanılan "kamusal yarar kavramı", genel ifadelerle tanımlanmaya müsait bir kavram değildir[135]. Şöyle ki, toplumların menfaatleri, zamana ve yere göre değişen ihtiyaçlarına göre şekillenecektir. Dolayısı ile kamusal yarar kavramının içeriği hiçbir zaman mutlak olarak belirlenemeyecek, somut olay karşısında çözümü yargı bulacaktır[136].

İKİNCİ BÖLÜM

ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL YARAR

I.KAVRAMA GENEL BAKIŞ

Üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde kişiliğe yapılan saldırı hukuka aykırı sayılmayacaktır[137]. Çalışmamızın konusunu oluşturan iki hukuka uygunluk sebebinden biri olan üstün nitelikte özel yarar konusunda, öğreti hem fikir olmuş, içeriğini kesin olarak belirlemiş değildir. Söz konusu tartışmalara çalışmamızın önceki bölümlerinde yer vermiştik[138]. Üzerinde durmak istediğimiz husus, hangi hallerin üstün özel yarar sayılması gerektiğidir. Bu konuda TMK m.24/2'nin düzenlemesi dört tane hukuka uygunluk sebebinden ibarettir. Ancak TBK meşru müdafaa, ıztırar hali, kendi hakkını kullanmak için kuvvet kullanma olmak üzere üç hukuka uygunluk sebebi daha

---

[131] Akıllıoğlu, s. 7.
[132] Akıllıoğlu, s. 7.
[133] Saraç, s. 17.
[134] Bkz. tartışmalar için s. 15- 16.
[135] Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 469; Özcan Karadeniz, Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara: 1975, 30- 33; Ayan/Ayan, s. 65.
[136] Akıllıoğlu, s. 3; Saraç, s. 16.
[137] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 158- 159; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 126- 128; Helvacı, s. 113; Dural/ Öğüz, s. 142; Öztan, s. 149; Hatemi, s. 104- 105; Akıntürk, s. 151; Tekinay, s. 259; Arpacı, s. 149- 150; Oğuzman, s. 13; Tuor/ Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 103; Hausheer/ Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.23; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 46; Sırabaşı, s. 117.
[138] Bkz. s. 15- 17.

saymıştır. Belirtilen hukuka uygunluk sebepleri ayrı ayrı mı yoksa birbiri içerisinde mi değerlendirilmeli bu tartışmalıdır. Bununla birlikte Borçlar Kanunu Tasarısı tüm halleri bir maddede toplamış fakat bu düzenleme yarar kavramı üzerine dayalı olan hukuka uygunluk sebeplerinden, üstün nitelikte özel ve kamusal yarara açıklık getirememiştir. Kanaatimizce yapılması gereken yararların çatıştığı durumları üstün nitelikte özel ve kamusal yarar başlığı altında sınırlı sayı prensibine bağlı kalmadan düzenlemektir. Böylece mağdurun rızası, kanunun verdiği yetki gibi belli başlı hukuka uygunluk sebepleri yanında, belirsiz ve tartışmalı haller genel bir düzenlemeyle düzenlenmiş olur. Bu sistem kişilik hakkının korunmasını güçlendirmek amacıyla genel çerçeve hükümle kişilik hakkını düzenleyen İsviçre- Türk hukuku düzenlemesine uygun olacaktır. Bu nedenle çalışmamızda öğretide üstün özel yarar içerisinde sayılan hallere aksi fikirleri de belirterek tek tek değineceğiz.

Bununla beraber genel olarak üstün nitelikte özel yarar kavramı, üzerinde duracak olursak, kişilik hakkına yapılan saldırıyı, haklı hale getiren üstün nitelikte özel yarar mağdura, faile veya üçüncü bir kişiye ait olabilir[139]. Hukuk düzeninin iki yararın birden var olduğu ve çatıştığı bir olayda, her iki yararı da koruması söz konusu değildir. Bunlardan ancak birine üstünlük tanınacaktır[140]. Çalışmamızın önceki bölümünde belirtmiş olduğumuz gibi, yararların çatışması için eş değer kişilik değerlerinin karşı karşıya gelmesi lazımdır. Karşı karşıya gelen değerler, mülkiyet hakkı, alacak hakkı gibi malvarlıksal değerlerden biriyle kişisel değerler olamaz. Çünkü kişisel değerlerin herhangi birinin malvarlıksal bir değere değişilmesi hiçbir hukuk düzeninde söz konusu değildir[141].

Şimdi ise üstün yararın kimlere ait olabileceği üzerinde duracağız.

---

[139] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 126- 128; Helvacı, s. 113; Dural/ Öğüz, s. 142; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.158; Bulut, s.145; Öztan, s. 149; Oğuzman, s. 13;

[140] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.157; Kaneti, (Çatışan Değerler), s. 143- 162; Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.23; Honsell/Vogt/Geiser, s. 49; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller-Chen/Roberto/Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49.

[141] Helvacı, (Koruyucu Dava), 127; Helvacı, s. 113; Dural/ Öğüz, s.140 -141; Hatemi, s.93; Arpacı, s.149- 150; Tekinay, s. 260.

A.Mağdurun Üstün Yararı

Hukuka uygunluğu sağlayan üstün yararın, mağdura ait olması durumu tıbbi müdahalelerde karşımıza çıkmaktadır. Kişinin üstün kabul edilen yararı uğruna, tıbbi müdahale, kişinin rızası alınmadan veya hilafına bir beyanı olmasına rağmen uygulanabilir ve kişinin kişisel değerlerine yapılan müdahale mazur görülebilir. Bu konuya tıbbi müdahale başlığı altında değineceğimiz için, örnekler vermeden yapılan açıklamayla yetiniyoruz[142].

B.Failin Üstün Yararı

Kimi durumlarda ise, saldırıda bulunan kişinin üstün yararı, saldırıyı hukuka uygun hale getirecektir. Burada mağdurun üstün yararından farklı olarak, iki kişinin yararı çatışmaktadır. Başka bir ifadeyle, mağdurun üstün yararı söz konusu olduğunda, üstün kabul edilmeyen yarar yine kişiye aitken; burada saldırıya uğrayan kişinin yararı feda edilmektedir. Bu ise kişilerin toplum içinde yaşamalarının gerektirdiği bir sonuçtur. Çünkü yarar kavramı bireyden bireye değişiklik gösterecek ve bireylerin yararları sıklıkla çatışacaktır. Dolayısı ile kişiler kimi hallerde saldırılara katlanacaklardır[143].

Failin üstün yararı nedeniyle saldırının hukuka uygun olabilmesi, saldırının meşru müdafaa, ıztırar hali, ticari boykot, hak arama özgürlüğü kapsamına girmesiyle mümkündür. Buna karşılık Helvacı'ya göre, "kişilik hakkına müdahalenin failin üstün yararı sebebiyle hukuka aykırı sayılmadığı haller aslında meşru müdafaanın söz konusu olduğu hallerdir. Bu nedenle öğretinin üzerinde fikir birliği ile anlaşma sağladığı bu hukuka uygunluk sebebine dayanmak daha uygundur"[144].

Yukarıda belirtmiş olduğumuz söz konusu hallerde, failin yararının hangi hallerde üstün tutulacağı, hangi kişisel değere karşı yapılan saldırıya göz yumulacağı

---

[142] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 126; Helvacı, s. 113; Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 158- 159; Dural/ Öğüz, s. 142; Oğuzman, s. 13; s Andreas Bucher, Personnes Physiqueslité, Protection de la Personnalité 3ééd., Bale et Francfort sur le Main, s. 536, naklen Helvacı, s. 126, "Yararın magdura ya da faile ait olabileceğini fakat üçüncü kişiye ait olamayacağını savunmaktadır".

[143] Helvacı, s. 114; Helvacı, s. 114; Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 160; Dural/Öğüz, s. 142; Oğuzman, s. 13.

[144] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 127.

çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı için yine ayrıntılara burada yer vermeyeceğiz.

C.Üçüncü Kişinin Üstün Yararı

Genel kural kişinin karşı karşıya kaldığı saldırıyı bizzat kendisinin defetmek için harekete geçmesidir. Ancak bazı hallerde bu kuraldan farklı olarak, bir başkasının, üçüncü kişinin yararı uğruna kişisel değerleri ihlal etmesi mümkündür ve bu saldırının üçüncü kişinin üstün özel yararı nedeniyle hukuka uygun olacağı ileri sürülmektedir. Bu halleri meşru müdafaa hali, ıztırar hali veya ticari boykot olarak sayabiliriz. Üçüncü kişinin üstün yararına bir başka örnek ise kanuni temsilci veya avukat gibi kanun veya sözleşme gereğince üçüncü kişinin yararını korumakla görevli kişilerin bulunduğu faaliyetlerdir. Ancak bu durum kanunun verdiği yetki içinde değerlendirilmektedir[145].

Yaptığımız bu açıklamalardan sonra, üstün nitelikte özel yarar olarak sayabileceğimiz halleri ayrı ayrı ele alacağız.

II.TIBBİ MÜDAHALE

A.Genel Olarak

Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel ve ruhsal bir hastalığını, eksikliğini teşhis ve tedavi etmek veya tedavisi mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya kişileri hastalıktan korumak ya da nüfus planlaması amacıyla tıp mesleğini yürütmeye yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin kurallarına uygun her türlü en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan faaliyettir[146].

Tıbbi müdahale sonucunda kişisel değerlerin saldırıya uğraması hukukun meşgul olduğu güncel sorunlar arasındadır. Tıbbi müdahale ile yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, kişilik hakkının ihlalini gündeme getirecektir. Yaşam hakkı kişisel değerlerin tamamına vücut veren en temel haktır. Kişinin yaşamının son bulmasıyla kişilik hakkından söz edemeyeceğimiz için yaşam hakkı kişisel değerlerin

[145] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 128; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160.
[146] Yenerer- Çakmut, s. 24; Çilingiroğlu, s. 15; Ayan, s. 5; Bayraktar, 24.

özüdür[147]. Başka bir ifadeyle yaşam hakkı, kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilme, devamını sağlayabilme ve yapılan saldırılara karşı koyabilme hakkıdır[148]. Yaşam hakkı, üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edilmesi mümkün olmayan bir haktır. Söz konusu durum, AY. m. 17/1[149], İHEB m. 3[150], AİHS m. 2'te[151] açıkça belirtilmiştir. Yaşam hakkının vazgeçilmezliği karşısında, tıbbi müdahalenin yaşam hakkı aleyhine olması mümkün değildir[152]. Zira tıbbi müdahalenin amacı kişinin yaşamını ve sağlığını korumaktır. Ancak tıbbi müdahalenin seyri sırasında, bazı durumlarda kişinin yaşamı sona erebilir, dolayısı ile yaşam hakkı ihlal edilebilir. Bu durumda önemli olan, kişinin yaşamının, basit bir sağlık sorunu uğruna feda edilmemesidir. Sağlık hakkı ise, vücudun düzenli işleyişini ifade eden, fiziksel ve ruhsal sağlık olmak üzere iki anlamda birden düşünülmesi gereken bir başka kişisel değerdir[153]. Kişinin sağlık hakkının da tıbbi müdahale açısından değerlendirilmesi halinde görülen şudur ki, tıbbi müdahalede amaç kişinin sağlığına kavuşmasıdır. Ancak yapılan müdahalenin yanlış bir uygulama (malpraktis) nedeniyle kişiye zarar vermesi mümkündür[154]. Ayrıca yapılan tıbbi müdahalelerden, organ ve doku naklinde görüleceği gibi kişilerden birinin sağlığına kavuşması için diğer bir kişi tıbbi müdahaleye maruz kalmaktadır. Ancak yapılacak olan tıbbi müdahale kesinlikle vericinin sağlığını bozacak bir tıbbi müdahale olmayacaktır. Organ alıcısını ise sağlığına kavuşturacak bir müdahale hukuka uygun olacaktır Bununla beraber sağlığına daha büyük bir katkı sağlayacak müdahalelerin yol açtığı küçük sağlık sorunlarının ortaya çıkması gündeme gelebilir. Sonuç olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tıbbi müdahaleye maruz kalan kişilerin sağlığı ön

---

[147]Helvacı, s. 74; Dural/Öğüz, s. 98;Oğuzman/Seliçi- Oktay- Özdemir, s. 136; Öztan, s. 199; Özsunay, s. 99.

[148] Helvacı, 74; Dural/Öğüz, s. 98; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 136; Öztan, s.119; Özsunay, 99; Bayraktar, 13.

[149] AY. m. 17/1, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir".

[150] İHEB m. 3, "Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır".

[151] AIHS. m. 2, "Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez".

[152] Bu konuda Ötenazi ile ilgili yaptığımız açıklamalar için, bkz.24.

[153] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 406; Yenerer- Çakmut, s. 50; Ayan/Ayan, s. 46; Arpacı, s. 111; Çilingiroğlu, s. 40.

[153] Ayan/ Ayan, s. 46; Arpacı, s.111.

[153] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 3 "Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 "Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun Ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez." AY. m.17/son "Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

[154]İ Hamit Hancı, Malpraktis Tıbbi Gelişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 26.

koşuldur. Yapılacak olan müdahale, kişilerin sağlığı pahasına yapılamaz. Son olarak, tıbbi müdahalenin zarara uğrattığı kişisel değerlerden bir diğeri de vücut bütünlüğüdür. Vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal bütünlük[155] olmak üzere iki türde anlaşılmalı ve kişinin vücudunun küçük bir alanı (saç, tırnak, deri) dahi kişilik hakkı korumasından yararlanmalıdır[156] Vücut bütünlüğü tıbbi müdahalenin en çok zarara uğrattığı kişisel değerdir. Ancak daha üstün bir yarar karşısında yapılan müdahale hukuka uygundur.

Kişilik hakkına yönelik her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır[157]. Ancak kişinin rızasına dayanarak, tıp mesleğini yürütmeye yetkili bir kişi tarafından, tedavi amacı güden ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygundur[158].

Yukarıda da değinildiği gibi, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu belirleyen temel koşul hastanın söz konusu müdahaleye göstereceği rızadır. Gerçekten kendi kişisel değerlerine yönelik müdahaleye engel olması veya müsaade etmesi, kişinin en doğal hakkıdır. Dolayısı ile tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun öncelikle kişinin göstereceği rızaya bağlı olması anlaşılırdır. Ancak aranılan rızanın bir takım niteliklere sahip olması gereklidir[159]. Bu niteliklerin neler olduğunu önceki bölümde belirttiğimiz için tekrar burada yer vermeyeceğiz[160]. Bununla beraber, prensip hukuka aykırılığın mağdurun rızasıyla engellenmesi olmakla birlikte, bazı müdahalelerde kişinin rızası

---

[155] Y. 4. HD. T. 23. 12. 1991, E. 11596, K. 11230, "Davacının kırk seneden fazla kullandığı telefonun numarasını davalı tarafından hazırlanan rehberde yanlışlıkla "acil telefonlar" bölümünde gösterildiğinde uyuşmazlık bulunmamaktadır. Diğer taraftan bu yanlışlık nedeniyle davacının telefonun gece geç vakitlere kadar sık sık arandığı ve davacının arayanlara cevap vermek durumunda kaldığı ve bu durumdan rahatsız olduğu tanık beyanlarıyla anlaşılmıştır. Kaldı ki hayat deneyimleri kişiye ait özel telefonun numarasının yanlışlıkla "acil telefonlar" arasında gösterilmesi halinde belirli zaman dilimiyle sınırlı olmadan çok sık aranacağı ve telefon sahibinin ilgisi olmadığı halde çeşitli soru ve sözlerle muhatap olacağı, sonuçta da ruhi bütünlüğünün bozulacağını ortaya koyar. Kişilik bedeni ve ruhi varlık (değer) olarak kişilik hakkı tarafından korunmaktadır. Bu nedenle kişinin duygu hayatı onu vazgeçilmez kişisel değerlerinden (varlık)dır. Duygu hayatını, ruhi ahenk ve denge onur, saygınlık, namus duygusu özel yaşamı ile toplum, aile bireyleri veya yakın dostlarıyla olan gönül bağlılıkları oluşturur. Bu kişisel değerlere saldırı yoluyla kişiye manevi acılar verdirmek kişinin ruhi varlığına ve sonuçta kişilik hakkına saldırıyı ortaya koyar", (Sinerji İçtihat Programı).

[156] Çilingiroğlu, s. 41; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 403; Öztan, s. 119.

[157] Dural/ Öğüz, s. 100; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 52; Helvacı, s. 76; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 136; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 404; Öztan, s. 121; Çilingiroğlu, s. 42.

[158] Dural/ Öğüz, s.8; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 52; Helvacı, s.78; Sarıal, s. 70; Öztan, s.121- 122; Özsunay, s.100; Arpacı, s.113- 114; Berna Özpınar, "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, ABD, Y. 66, S. 3, 2008, s. 90- 92.

[159] Dural/Öğüz, s. 100; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 52; Arpacı, s. 113- 114; Erman, s.79- 80; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 137; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 438; Hakeri, s. 146- 147; Çilingiroğlu, s. 42; İpekyüz, s. 27; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 46- 48; Mustafa Çeker, "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", www.cu.edu.tr/ insanlar/mceker/tıbbi müdahaleler.rtf., (01.07.2009), s. 1- 15; Sonat, s. 177.

[160] Bkz. s. 22- 23.

alınmasa dahi hukuka uygunluğun gündeme gelmesi muhtemeldir. Ayrıca ileride de açıklayacağımız gibi rızanın bulunduğu tıbbi müdahalelerin de amaçladıkları üstün yarar göz önünde bulundurarak incelenmesi kanaatimizce fayda sağlayacaktır.

B.Mağdurun Rızasının Bulunmadığı Tıbbi Müdahaleler

1.Mağdurun Açıkça Rıza Göstermediği Haller

Az öncede açıkladığımız gibi, tıbbi müdahaleye rıza gösterilmemesine rağmen hukuka uygunluktan bahsedebileceğimiz, üstün yarar teşkil eden haller söz konusudur[161]. Çalışmamız açısından, tıbbi müdahalenin incelenmesi bu durumlarda anlam ifade etmektedir. Bununla birlikte öğretide, rızanın bulunmadığı durumlarda hukuka uygunluğu, üstün özel yarar kavramı dışında açıklayan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden bir tanesi, hukuka uygunluğu tıp mesleğine dayalı olarak açıklamaktadır. Tıp mesleğini esas alan görüş ise, kendi içinde üç gruba ayrılmaktadır. Birinci görüşe göre, hekimin müdahalesi hukuk düzeninin hekime izin verdiği bir faaliyet olduğu için hukuka uygundur. Hekimlik mesleği hukuk düzeni içinde meşru bir faaliyet olarak tanınmış ve uygulamasına izin verilmiştir. Bilimsel kuralların dışına çıkılmadan yapılacak tıbbi müdahaleler bu görüşe göre hukuka uygundur[162]. Yine tıp mesleğini esas alan ve Türk öğretisinde oldukça kabul gören bir başka görüş ise, hukuka uygunluğun hekime verilmiş bir hak olduğu yönündedir. Buna göre hekim hukuk düzeni tarafından verilmiş olan sübjektif hakkı sonucunda tıbbi müdahalede bulunabilecektir. Ancak hukuka uygunluk sınırı içinde kalması, tıbbi müdahalenin sınırları içerisinde kalınmasına bağlıdır[163]. Son olarak ise hukuka uygunluğu sağlayan sebep, hekimin görevi yerine getirme zorunluluğudur. Bu görüşe göre, tıbbi müdahalede bulunmak hekimin sübjektif bir hakkı değil, kamu düzeninin ona vermiş olduğu bir görevdir[164].

Hukuka uygunluğun sebebini hastanın "varsayılan rızasına" dayandıran diğer görüşe göre ise, hastanın rızasının alınması mümkün olmasa da hukuk düzeni hastanın

---

[161] Helvacı, (Koruyucu Dava) , s. 126; Oğuzman/Seliçi- Oktay- Özdemir, s. 159; Oğuzman, s. 13; Dural/Öğüz, s. 142.
[162] Bayraktar, s. 87; Erman, s. 49.
[163] Sonat, s. 182; Hakeri, s. 166; Erman, s.51.
[164] Erman, s.51; Sonat, s. 182.

bu tarz bir müdahaleye rıza göstereceğini varsaymaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında varsayılan rızanın yasal dayanağının TBK. m. 410 (İBK m. 419) vd. hükümlerinde düzenlenen "vekaletsiz iş görme" olduğu kabul edilmektedir[165]. Ancak hukuka uygunluğun temelinde hastanın rızası yattığı için, hekim tıbbi müdahalede bulunurken hastanın objektif menfaatinin yanı sıra sübjektif durumunu da gözetmelidir. Böylece ilk başta hastanın objektif menfaatlerinin gerektirdiği tıbbi müdahaleyi saptayıp, ikinci olarak da hastanın sübjektif durumunu göze alarak varsayılan rızasının sınırlarını çizecektir[166].

Hukuka uygunluğun, çalışmamızda olduğu gibi üstün özel yararla açıklandığı hallerde ise, kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi konusundaki özgürlüğü, üstün kabul edilen bir yarar uğruna feda edilmektedir[167]. Örneğin kişinin rızası olmasa da kişinin rızasının baygın olması nedeniyle alınamayacağı ve gecikmesinde kişinin yaşamı ve sağlığı açısından tehlike oluşturacak durumlarda, hekim rıza beyanı olmadan da kişiye tıbbi müdahalede bulunabilir ve bu uygulama hukuka uygundur[168]. Bu yetki hekime açıkça TŞSTİDK m.70 ve HHY. m. 24/3'te verilmiştir[169].

Aynı şekilde ameliyat sırasında anestezi uygulanmış hastadan, kendisinin yaşamı ve sağlığı için gerekli olan bir müdahale yapılması amacıyla, hekim tarafından, rıza

---

[165] Hakeri, s. 166.

[166] Dural/ Öğüz, s. 101; Erman, s.140- 141; Sonat, s.182; Honsell/ Vogt/ Geieser, s. 48; Hinderling, s. 63; Dural/Öğüz, s. 101.

[167] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 126.

[168] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 126; Helvacı, s. 114; Dural/ Öğüz, s.142; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.159; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 438; Çilingiroğlu, s. 47; Özsunay, (Makale), s.43- 44; Seçkin Topuz, "Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu", EÜHFD, C.III, S.1, 2008, s. 293 vd.; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 48.

[169] HHY. RG. T.01.08.1998, S. .23420, "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.
Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz. Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır."

alınması mümkün değildir. Bu durumda da hekimin müdahalesi hastanın üstün özel yararı nedeniyle hukuka aykırı olmayacaktır[170].

Federal Mahkeme bir kararında ise, bir kimsenin biyolojik baba olup olmadığının tespiti için DNA testinin yapılmasını, hukuka uygun kabul etmiştir. Talep edenin gerçek babasını bilme hakkı karşısında, babanın vücut bütünlüğünün ihlali gündeme gelmeyecektir[171]

2.Mağdurun Aksine Beyanı Olduğu Haller

a.Dini Sebepler Nedeniyle Müdahalenin Reddedilmesi

Bazı durumlarda ise, kişi bilinçli olarak tıbbi müdahaleye rıza göstermeyebilir. Bunlardan biri kişilerin dini inançları gereği tıbbi müdahaleye rıza göstermek istememesidir. "Yehova'nın Şahitleri" adlı mezhebin üyesi kişiler kendilerine kan verilmesine karşı çıkmaktadırlar. Ancak kişinin yaşamını tehdit eden hallerde hekimin rızaya uygun davranması bizim hukukumuz açısından mümkün değildir. Hastanın kan verilmesine karşı çıkması yönündeki açıklama hukuka aykırı olması nedeniyle geçerli bir rıza değildir. Ayrıca hekim, kişinin yaşam hakkının daha üstün bir yarar olması nedeniyle, kişiye tıbbi müdahalede bulunabilecektir. Tıbbi müdahalede bulunması nedeniyle sorumluluğu yoktur[172].

b.Açlık Grevi

Açlık grevi, kişinin düşüncelerini ifade etmek için başvurduğu bir yoldur. Kişiler bu yolla siyasal, toplumsal, ekonomik, kişisel hedeflere ulaşmak ya da belirli bir olay veya davranışı protesto etmek için ve böylece taraftar kazanarak kamuoyu baskısı yaratmak amacıyla, kendilerini yemek yememek ve/veya sıvı almamak suretiyle aç

---

[170]Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.159; Çilingiroğlu, s. 47; Özsunay, (Makale), s.44; Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara: 1991, s.79-80; Helvacı, s.78; Özsunay, s. 102; Hancı, s.76; Hakeri, s.166; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 48.

[171] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160, BGE 134 III 241.

[172] Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 159; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 127; Çilingiroğlu, s.48; Hinderling, s. 71-72; Aksi yönde, Helvacı, (Koruyucu Dava), s.126, "Dini sebeplerle kan naklini reddeden bir kişinin sağlığı veya hayatta kalması için zorunlu ise, hekimin müdahaleye hakkı vardır. Ancak bu örnekte dahi Borçlar Kanun'un vekaletsiz iş görmeye dair hükümlerinden 411. maddesinin III. Fıkrasının uygulanmasının söz konusu olduğunu söyleyebiliriz".

bırakmaktadırlar[173]. Açlık grevinde, hekimin müdahale edip edemeyeceği öğretide çok tartışılmıştır. Özellikle açlık grevine ilişkin tartışmalarda, hekimler ve hukukçular konuyu ayrı ayrı ele almışlardır. Hekimlerin açlık grevi karşısında tutumları açısından Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesi ve Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi bir rehber niteliğindedir. Bu düzenlemelere göre hekimler, bilinci yerinde olan kişinin rızasına uygun olarak herhangi bir müdahalede bulunulmaması taraftarıdır. Ancak kişinin bilincinin kaybolduğu hallerde veya bilinci açık olmasına rağmen açlık grevine devam etmesi halinde; açlık grevinin kişinin yaşamını tehlikeye uğratacağı veya ağır zararlara yol açacağı hallerde, hekim müdahalede bulunabilecek ve gereken tedaviyi uygulayabilecektir[174]. Hukukçular ise, açlık greviyle ilgili farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bir görüşe göre, kişilerin yeme ve içme konusundaki tercihleri kendi özgür iradelerine dayandığı takdirde, bu karara saygı göstermek gereklidir. Kişilerin iradeleri hilafına, kişileri yeme içmeye zorlayan yasal bir dayanak yoktur[175]. Yine bu yönde bir başka görüşe göre, açlık grevi düşünceyi açıklama özgürlüğünün yansımasıdır. Kişinin kendi geleceğini belirleme (self- determination) hakkı nedeniyle, özgür iradesiyle vermiş olduğu karara saygı gösterilmesi gerektiği, ayrıca kişinin rızasının aksine, zorla beslenme yöntemine başvurulduğunda, kişiye karşı kuvvet kullanılması gerektiği, bunun ise kişilik hakkını ihlal edeceği ileri sürülmektedir[176]. Öğretide savunulan bir başka görüşe göre ise, kişinin yaşam hakkının devredilemez ve

---

[173] Metin Feyzioğlu, "Açlık Grevi", AUHFD, C.XLIII, S.1-4, 1993, s. 157 vd.;Yenerer Çakmut, s.186; Bedia Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım, ABD, Y. 65, 2007, s.96; Er, s. 130- 131.

[174] Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi, 5. maddesi uyarınca, "Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir".
Dünya Tabipler Birliği Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi,1 ve 2. maddesine göre, "Hastanın kendi aldığı karara saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir, hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek durumundadır. Bu çelişki özellikle müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim hastanın iradesine aykırıda olsa hastayı yaşama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise sonuçta hastanın kendi iradesine saygı göstermek durumundadır".

[175] Akıncı, (Ötenazi), s. 754; Ata Soyer/ Evren Balta, "Hekimlik Tıbbi Etik ve İnsan Hakları Uluslar arası ve Ulusal Belgeler Türk Tabipler BirliğiYayını, 1996, s. 81, naklen, Yenerer- Çakmut, s. 183; Metin Feyzioğlu, "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı, Ocak 2007; 141 vd; Feyzioğlu, s. 163.

[176] R Murat Önok, İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 4, S. 9, 2007, s. 179, naklen, Ünal Er, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara: 2008, s. 129.

vazgeçilmez olması nedeniyle, açlık grevine müdahale hukuka aykırı olmayacaktır. Zira açlık grevinde bulunan kişinin amacı ölmek değil, uğruna açlık grevinin yapıldığı amacın gerçekleşmesidir. Ancak uzun süre aç kalınmasının kişinin vücudunda ölümle sonuçlanabilecek ağır hasarlar bırakabileceği bir gerçektir[177]. Bu nedenle hekimin kişinin yaşamını tehlikeye sokan durumlarda müdahale etmesi gereklidir. Buna karşın müdahale ile kişinin kendi geleceğini tahin etme hakkı engellenecektir. Ancak kişinin kendi geleceği ile ilgili karar verme özgürlüğü karşısında zedelenen, kişinin yaşam ve sağlık hakkıdır. Söz konusu haklar çok daha üstün haklar olduğu için kanaatimizce yapılacak müdahale hukuka uygundur.

C.Mağdurun Rızasının Bulunduğu Tıbbi Müdahaleler

Kural olarak tıbbi müdahale nedeniyle kişilik hakkının ihlal edilmesini, mağdurun rızası engellemektedir. Ancak bazı hallerde yukarıda değindiğimiz özel durumlarda olduğu gibi, rıza beyanının bulunmamasına rağmen yapılan tıbbi müdahalelerin üstün özel yarar nedeniyle hukuka uygunluğu gündeme gelebilir. Bununla birlikte kanaatimizce, kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği hallerde dahi yapılacak olan müdahalelere kişinin rıza göstermiş olması ve bu girişimlerin kişiyi aşırı derecede zarara uğratmaması hukuka uygunluk için yeterli olmamalı, ayrıca yapılacak müdahale üstün amaca hizmet etmelidir. Üstün amaç bazı durumlarda bizzat tıbbi müdahaleye maruz kalan kişinin veya bir başkasının sağlığına kavuşması, başka bir ifadeyle üstün özel yararın olduğu haller olabileceği gibi, bazı durumlarda kamu sağlığı ve menfaati, yani üstün nitelikte kamusal yarar olabilecektir[178]. Bu nedenle öğretide kişinin rıza göstermesi nedeniyle hukuka uygun kabul edilen tıbbi müdahale çeşitlerini incelerken, biz ayrıca söz konusu müdahalelerin hangi üstün yarara hizmet edeceğini inceleyeceğiz. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, üstün amacın kamu yararı olduğu tıbbi müdahaleler üçüncü bölümde "üstün nitelikte kamusal yarar" başlığı altında incelenecektir.

---

[177] Feyzioğlu, . 157; Yenerer- Çakmut, s. 183; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 159;

[178] Aynı yönde, bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 440, "Yapılacak girişimlere kişinin rıza göstermiş olması ve bu girişimlerin kişiye aşırı zarar vermeyecek nitelikte bulunması da yeterli değildir. Bunların yanında, yapılacak girişim üstün amaç taşımalıdır. Bu üstün amaç kişinin kendinsin sağlığını ve yaşamını kurtarma olabileceği gibi, başka kişilerin yaşam ve sağlıklarının kurtarılması da olabilir. Nitekim Medeni Kanun'un 24'üncü maddesinde değişiklik yapan ve 12. 05. 1988 gün ve 19812 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3444 Sayılı Yasada da, "Üstün nitelikli bir özel ya da kamu yararına dayanmayan tecavüzler hukuka aykırıdır" denilerek, daha önce ilgili yasalarda yer almayan "üstün amaç" koşuluna açıkça yer verilmiştir"; Öztan, s. 149; Teoman Akünal, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum, İstanbul, 1983, s. 20 vd.

1.Organ ve Doku Nakli Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Kişinin vücut bütünlüğüne saldırı oluşturacak tıbbi müdahalelerden birisi, organ ve doku naklidir. Organ ve doku nakli, hem alıcısı hem vericisi yönünden yararların karşı karşıya geldiği durumlarla çok sık karşılaşılan bir tıbbi müdahale türü olduğu için üzerinde önemle durulması gerekmektedir. Bu konuda çıkacak olan problemlerin çözümünde bize ışık tutacak olan düzenleme ise 29.05.1979 tarih ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'dur[179]. Ayrıca bu konuda genel hükümler de kanunun uygulamasını kolaylaştırmaktadır.

Organ ve doku nakli, işlevini yitirmiş hücre, doku veya bir organın çıkartılması ve yerine sağlıklı bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir[180].

Organ naklinde bir kişiye sağlık kazandırmak gibi üstün bir amaç[181] uğruna yaşayan kişi veya cesetten organ ya da doku alınmaktadır; fakat bu müdahalenin özellikle yaşayan kişiden alınacak olan organ ve dokularda bir görünümü vardır ki o da kişilik hakkına saldırı oluşturmaktadır[182]. Üstün amaç, kişiden organ alınmasını haklı gösterecek ve vericinin katlanmış olduğu zarardan organ alıcısının sağladığı yararın daha yüksek olması nedeniyle karşılaşılan zararı ikinci planda bırakan hallerdir. Canlılardan alınan organ ve doku nakli açısından olaya yaklaşıldığında, üstün amaç kişinin hayatını ve sağlığını kurtarmadır[183]. Ancak özellikle belirtmemiz gerekir ki organ vericisinin uğradığı zarar elde edilecek yarardan fazla olmamalıdır. Başka bir ifadeyle, kişinin yaşamı için tehlike oluşturmamalı, toplum ve aile hayatındaki

---

[179] RG. T. 03.06.1979, S.166555.

[180] Dural/Öğüz, s. 107; Helvacı, 79- 80; Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 138; İpekyüz, s.33; Salih Şahiniz, "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Organ Nakli", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, 2003, s.729; Murat Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara: 2008, s.3; Şahin Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluklar, Yetkin Yayınları, Ankara: 1996, s. 1- 8; Nuşin Ayiter, "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", AUHFD, 1968, s.137 vd; Şafak Parlak, "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", TBBD, C.LXXXIII, 2009, s.189- 219.

[181] Kanaatimizce organ naklindeki üstün amaç, kişinin sağlığına kavuşması yani özel yararıdır, aynı yönde bkz. Öztan, s. 149; Ancak Fedaral mahkeme organ naklinde üstün nitelikte kamusal yararın varlığını kabul etmektedir, bkz. Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.23, BGE 101 II 177.

[182] Akıncı, s.5; Ayiter, s.144; Dural/Öğüz, s.107- 109; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 138- 140; Aydın, s.47; Şahiniz, s.726.

[183] Sarıal, s. 74; Akıncı, s.163; Aydın, s.47; Şahin Akıncı, "Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı ÇözümÖnerileri", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15- 16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara: 2007, s. 65- 78.

sorumluluklarını yerine getirmesini güçleştirici bir müdahale olmamalıdır[184]. Bunun sonucu olarak denilebilir ki, organ ve doku nakli yapılacak olan kişinin üstün bir yararı olsa bile karşısında feda edilen diğer kişinin yaşam ve sağlığı olamayacaktır. Her iki yarar tartıldığında menfaatlerden biri diğerine göre daha ağır gelmiyorsa ne üstün bir amaçtan ne de hukuka uygunluktan bahsedilebilecektir[185]. Kısacası, yaşam ve sağlık hakkı her zaman üstün tutulacaktır.

Gerçekten ODASNHK' m. 1'de belirttiği gibi müdahalenin amacı tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması ve aşılanmasıdır. Organ naklinde bir kişiye sağlık kazandırmak adına bir başka kişinin vücut bütünlüğüne müdahale söz konusudur. Bu nedenle her zaman üstün tutulan amaç insan yaşamı ve sağlığı olacaktır. Dolayısı ile bir bedel ve çıkar[186] karşılığı organ ve doku alınması hukuka aykırıdır (ODASNHK m. 3). Kanunda açık bir ifade ile;

"Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamaktadır".

Ayrıca, ODASNHK m. 4 "Bilimsel, istatistikî ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı halleri ayrık olmak üzere organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır" demek suretiyle organ ve dokuya ticari bir obje özelliği yüklenemeyeceğini belirtmiş ve sadece üstün amaç olarak kişi yaşam ve sağlığını kabul etmiştir.

Ölüden yapılacak organ naklinde ise verici veya ölenin yakınlarının cesetten organ alınmaması konusundaki yararları ile alıcı arasındaki yarar karşı karşıya gelecektir. Burada ölenin yakınlarının menfaatleri cesedin bozulmadan muhafaza edilmesi ve cesede saygı gösterilmesi iken, alıcının menfaati ise sağlığına kavuşmaktır. Böylece, alıcının sağlığına kavuşması gibi üstün tutulan bir yarar bulunduğunda, ölen kişinin önceden vereceği rıza sonrasında yapılan müdahale hukuka uygun olacaktır.

---

[184] Akıncı, s.161-182; Ataay, s. 202; Öztan, s.124; Özsunay, s.105; Nevzat Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AUHFD, C.XXXV, S.1- 4, 1978, s.91- 118; Ulusan, (Ön Tasarı), s.889.

[185] Akıncı, s. 164.

[186] Walter, Block, "Human Organ Transplantation Economic and Legal İssues, http://www.walterblock.com/publications/human_organ_transplantation.pdf,(15.07.2009).

Hatta bazı durumlarda alıcının üstün menfaati yeterli kabul edilerek rıza şartı aranmamıştır[187].

Bunlardan birincisi, aksine vasiyet ya da beyan olmadığı durumlarda, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabilmesidir. Ölen kişinin yakınlarının ölenin bedeninde çok büyük tahribat oluşturmayacak bir operasyona katlanmaları karşısında alıcının görme duyusu sağlığına kavuşacaktır. Kişinin sağlıklı görebilme yararı üstün tutularak kanunda böyle bir istisna kabul edilmiştir[188](ODNHK. M.14/II).

Rızanın aranmadığı bir diğer hal ise, kaza veya tabii afetler sonucu hayatını kaybetmiş olan kişinin durumudur. Zira bu gibi "tıbbi zorunluluk ve ivedilik" bulunan hallerde; yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere organ ve doku nakli yapılması için rızaya gerek yoktur. Böylece, tabii afet sonucu ölen kişinin yanında yakınları bulunmuyorsa, onların rızalarına gerek olmadan organ ve doku nakli yapılabilecektir.

Hal böyle iken, yukarıdaki durumların dışında vericinin veya yakınlarının rızasının alınması zorunlu olup, alınan rızanın da mutlaka yazılı[189] olması gerekmektedir[190] Bununla birlikte rıza beyanıyla ilgili ayrıntıya gerek daha önceki açıklamalarımızı tekrarlamamak amacıyla gerek konumuzun kapsamı içinde olmaması nedeniyle değinmiyoruz.

2.Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, kişinin vücudunda doğumla birlikte veya sonradan oluşmuş bozuklukları ortadan kaldıran müdahalelerdir[191].

---

[187] Dural/Öğüz, s. 111; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s139; Parlak, s. 214; Çağlar Özel, "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler", AUHFD, C. LI, S. 1, 2002, s. 43- 47; Yeşim Atamer, "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Aysel Çelikel'e Armağan, Y. 19- 20, 1999-2000, s. 19- 30.

[188] Dural/Öğüz, s. 111- 112; Parlak, s. 215; Akünal, s. 26- 28; Doğan Soyaslan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı 1, 2007, s. 126 vd.

[189] TMK . m.23/3, "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz".

[190] Dural/Öğüz, s. 111-112; Parlak, s. 203-215; Akünal, s. 26- 28; Akıncı, s. 163; Hakeri, s. 424; İpekyüz, s32; Aydın, s. 47; Akıncı, (Makale), s. 67; Soyaslan, s. 129- 130.

[191] Bayraktar, s. 165; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 408; Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahaleler ile Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DUHFD, 1983, S.1, s. 28; Özsunay, S. 100; Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi

Estetik amaçlı müdahaleler, bedensel bir anormalliği giderilmesi amacıyla yapılabileceği gibi kişinin bedensel hiçbir anormalliği olmasa da ruhsal nitelikteki rahatsızlığını gidermek amacıyla da yapılabilmektedir[192].

Öğretide tartışmalı olan kısım estetik amaçlı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığıdır. Bedensel anormalliğin giderilmesi amacıyla yapılan uygulamaların hukuka uygunluğu konusunda öğreti[193] hem fikirdir. Ancak bazı görüşler fiziksel anormalliğin olmadığı hallerde ruhsal rahatsızlığın giderilmesi amacıyla yapılan estetik müdahaleleri hukuka uygun bulmamaktadır[194].

Kanaatimizce estetik amaçlı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun tespitinde üstün tutulan yararın tayini önemli rol oynayacaktır. Kişinin estetik müdahale ile ulaşmak istediği amacın karşı karşıya kaldığı tehlikeden üstün olması gereklidir[195]. Dolayısı ile kişi vücudunda bulunan bir kusuru gidermek amaçlı estetik ameliyat olmaktaysa, burada kişinin sağlık kazanması söz konusudur. Üstün tutulan değer, kişinin sağlığı olması nedeniyle hukuka uygunluk gündeme gelecektir. Yine estetik müdahale kişinin vücudunda herhangi bir anormallik bulunmasa da kişiyi ruhsal açıdan rahatsız eden fiziksel özelliklerin düzeltilmesi amacıyla yapıldığında, müdahaleyi hukuka uygun kabul etmek gereklidir. Çünkü kişinin kendisinde kusurlu olarak gördüğü fiziksel özellikler nedeniyle yaşadığı ruhsal gerginlik, kişiyi hem kendi iç dünyasında hem de sosyal hayatında rahatsız edecektir. Kişinin sağlığının sadece bedensel sağlıktan ibaret olmadığını ayrıca ruhsal sağlığın da kişinin korunan kişisel değerleri arasında olduğunu düşündüğümüzde, üstün tuttuğumuz değerin kişinin ruhsal sağlığı olduğunu görmemiz gerekmelidir[196].

Buna rağmen kişinin yaptırdığı müdahale hem herhangi bir fiziksel anormalliğe hem de ruhsal rahatsızlığa dayanmazken, sırf kazanç veya ün sağlamak amaçlı olarak

---

Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Basım Yayım, Ankara:2006, s.23; İpekyüz, s.31; Çilingiroğlu, s.19; Ünal Er, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara: 2008, s. 119; Yenerer- Çakmut, s. 180.

[192] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 448; Zevkliler, s. 28; Çilingiroğlu, s.21; Çetin Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara: 1993, Seçkin Yayınları, s.52; Özay, s.25.

[193] Çilingiroğlu, s.21; Özsunay, s. 100.

[194] Sarıal, s.75; Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara: 2007, s. 50; Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", DEUHFD, C.VIII, S.1, 2006, s. 181- 185.

[195] Özay, s. 24.

[196] Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 448; Zevkliler, 28- 29;Yener- Çakmut, s. 181.

yapılıyorsa hukuka uygunluktan bahsetmek söz konusu olamaz. Kişinin sırf söz konusu çıkarları sağlamak adına feragat ettiği değerlerin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi vazgeçilemez olan değerler olması, hukuka aykırılık sonucunun ortaya çıkmasına neden olacaktır[197].

3.Cinsel Faaliyetlere İlişkin Tıbbi Müdahaleler

a.Üreme Faaliyetlerine Yapılan Müdahaleler

Üreme faaliyetleri açısından yapılacak olan tıbbi müdahale ise, kişinin vücut bütünlüğü ile beraber cinsel hayatını etkilemektedir. Bu nedenle kişinin izni olmadan yapılacak olan müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak bazı hallerde kişinin izni olmadan onun üstün yararı gözetilerek üreme faaliyetlerine müdahalede bulunulması mümkündür[198].

Kişinin üreme faaliyetlerine yapılacak olan müdahaleler strerilizasyon (kısırlaştıma), kastrasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi şeklinde sayılabilir. Söz konusu müdahaleler kişinin sağlığı (üstün özel yarar) veya nüfus planlaması (üstün kamusal yarar) amacıyla yapılmaktadır.

Strerilizasyon (kısırlaştırma), kadın veya erkeğin cinsel ilişkide bulunma yeteneğine ve cinsel arzularına zarar vermeden üreme yeteneğini ortadan kaldırmak için yapılan tıbbi müdahaledir(NPHK. m.4)[199]. Strerilizasyon için kişinin rızası şarttır[200]. Ancak kişinin rızası bulunsa bile, strerilizasyon ile müdahaleye uğrayan kişisel değerler karşısında üstün bir amaç hedeflenmeli ve söz konusu amaç uğruna müdahalede bulunulmalıdır. Başka bir ifadeyle, bir taraftan kişinin bu yolla çocuk sahibi olabilme yeteneği ortadan kalkmakta ve kişinin üreme özgürlüğüne aykırı bir girişimde bulunulmaktayken, öbür taraftan kişinin gebe kalmasının kendi hayatı için tehlike

---

[197] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 408; Çilingiroğlu, s.21; Özay, s.27; Sarıal, s.75; Er, s. 118; Petek, s. 181- 185.
[198] Dural/ Öğüz, s. 112- 113; Helvacı, s. 82; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.139; Arpacı, s. 120; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.448.
[199] İpekyüz, s. 36; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.448; Çilingiroğlu, s.26; Hakeri, s.468; Battal, s. 58.
[200] TCK m.101/1 "Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.".

oluşturduğu ve özel yararın mevcut olduğu haller bulunmaktadır[201]. Kişinin anne veya baba olma hakkı çok kutsal ve kişi için önemli bir özgürlük olsa da, yaşamının devamı ve sağlığı çok daha önemli bir değer olacağı için yapılan tıbbi müdahale kaçınılmazdır. Ayrıca anne veya babada doğacak kuşakları etkileyecek hastalıkların bulunması nedeniyle; hastalıklı, sakat ve anormal kişilerin doğmasını önlemek ve gelecek kuşakların sağlıklı olmasını sağlamak amacıyla da strerilizasyon yoluna başvurulabilir[202]. Ancak söz konusu yarar daha çok toplum yararı olduğu için "üstün nitelikte kamusal yararı" içerisinde ele alınacaktır.

İkinci müdahale türü olan kastrasyonda (hadım etme) ise cinsel salgı bezlerinin alınmasıyla kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneği tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Kastrasyon ancak tıbbi zorunluluk nedeniyle, kişinin rızasına bakılmaksızın yapılır. Bunun dışında kastrasyon yapılamaz[203].

Kastrasyon kişinin cinsel dürtüleri ve cinsel yeteneği üzerinde önemli değişikler yaptığından ancak kişinin yaşamı ve sağlığı için gerekli hallerde başvurulabilir bir yöntemdir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4 maddesinde de, kastrasyonun ancak tıbbi zaruret nedeniyle, bir hastalığın tedavisi için ve kişinin rızasına bakılmaksızın yapılacağı belirtilmiştir[204]. Dolayısı ile kişinin yaşamı ve sağlığı karşısında, cinsel yeterliliği ve cinsel dürtüleri feda edilecektir. Üstün amaç burada kişinin yaşamı olmuştur. Gerçekten kişinin söz konusu kişisel değerleri yaşamı sona erdiği takdirde bitmiş olacaktır. Bu nedenle, haklı kılacak bir nedenle kişisel değerlere yapılmış saldırı hukuka uygundur.

Son olarak, gebeliğin sona erdirilmesi yoluyla üreme faaliyetlerine müdahaleden bahsedeceğiz. Gebeliğin sona erdirilmesi, ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahaleyle ana rahminden alınıp, doğmasına engel olunmasıdır[205].

Gebeliğin sona erdirilmesi, hamileliğin iki ayrı evresine göre farklılık göstermektedir. Birinci aşamada, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, annenin

---

[201] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.448.
[202] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.449; Dural/Öğüz, s. 112.
[203] İpekyüz, s. 37- 38; Çilingiroğlu, s.27; Erman, s.209; Hakeri, s.472.
[204] Helvacı, s. 83;Dural/Öğüz, s. 113; Çilingiroğlu, s.27; İpekyüz, s.37; Arpacı, s. 121.
[205] Helvacı, s. 83; Dural/ Öğüz, s. 113; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 139- 140; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 449; İpekyüz, s.38; Çilingiroğlu, s.29; Battal, s.55.

sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilebilir (NPHK. m.5/1). Söz konusu halde, nüfus planlaması amaçlanmıştır. İlerleyen bölümlerde de göreceğimiz gibi kamunun yararı öncelikli tutulmuştur. Ancak, kişinin sağlığını tehlikeye atacak bir durumla karşı karşıya gelindiğinde kamunun yararı üstün amaç olmaktan çıkacaktır. Bu durum kanunda da açıkça belirtilmiştir. Böylece on haftalık süre henüz dolmamış olsa bile, gebeliğin sona erdirilmesi mümkün değildir[206]. Gebeliğin on haftalık dönemde sona erdirilmesinde kişinin özel yararı da üstün tutulabilir. Gerçekten kişinin sağlığı doğum yapmasına engel olduğunda ya da ananın tecavüz sonucu hamile kalmasında yapılacak müdahale kişinin yararına olacaktır[207].

İkinci aşamada ise, gebeliğin süresi on haftayı geçmişse; gebeliğin sona erdirilmesi ancak ananın sağlığın veya gelişmekte olan bebeğin sağlığını tehdit eden durumlarda mümkündür. Söz konusu aşamada sağlık hakkı veya yaşam hakkı üstün tutularak gebelik sona erdirilmektedir. Her iki aşamada da üstün yararın yanı sıra kişinin rızası öncelikli koşuldur. Ancak kanunun belirttiği istisnai halde gebeliğin rıza alınmadan da sona erdirilmesi mümkündür. Buna göre, gecikmesinde kişinin hayatı veya hayati organları açısından tehlike bulunan hallerde gebelik sona erdirilebilir (NPHK m.5/3-4)[208].

Gebeliğin sona erdirilmesindeki tüm bu hallerde ilerde sağ ve tam olarak doğup ve kişilik hakkı kazanacak olan ceninin yaşama şansı elinden alınmaktadır. Peki ceninin yaşama hakkını bertaraf etmek ne kadar hukuka uygun olacaktır? Sorunun yanıtlanmasında karşı karşıya gelen değerler önemli rol oynayacaktır. Çünkü tartılan yararlardan biri kişilik kazanmış ve yaşama hakkına sahip ananın yararı iken diğeri henüz doğmamış ve büyüyüp gelişmesi anaya bağlı ceninin yararıdır. Bu nedenle öncelikli olarak ananın yaşamına saygı duymak gereklidir[209].

---

[206] İpekyüz, s. 38; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s.449; Çilingiroğlu, s.449.
[207] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.449.
[208] Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 450; Çilingiroğlu, s.29; İpekyüz, s.38.
[209] Eugen Bücher, Die Ausübüng der Personlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Patienten als Schranken der Aerzlichen Taetigkeit, Zürich: 1956, naklen, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.450. Ayrıca gebe kadının sağlığının tehlikeye girmesi durumunda ceninin feda edilmesi Alman Mahkemesi Kararıyla ıztırar hali kapsamında hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 166, RGSt 61 242; 62 137; BGHsr 3, 7.

Üreme faaliyetlerine sonlandırıcı amacın dışında, daha ziyade güçlendirici amaçla yapılan müdahale ise yapay döllenmedir. Buna göre, normal yolla gebe kalması mümkün olmayan kadının, eşinin spermleri ile döllendirilmiş yumurtanın, rahmine şırınga edilmesiyle hamile kalması sağlanmaktadır. Görüldüğü gibi, kişilerin söz konusu müdahale sonucunda elde edecekleri yarar ortadadır. Zira kişi bu müdahale ile kişilik hakkından vazgeçmemiş, tam tersine kişisel değerlerini güçlendirmiştir. Bu yolla çocuk sahibi olabilme imkânı elde edip, ruhsal yapılarını sağlamlaştıracaklardır. Ancak üzerinde durmak istediğimiz konu, bu müdahalenin sadece eşler arasında uygulanabilmesi, başka bir maksat ya da birisi için uygulanamamasıdır. Aksi tutum ise kişilik hakkına yönelik bir saldırı teşkil edeceği gibi nesebe yönelik önemli sorunlar doğuracaktır. Dolayısı ile bu korumayla, kişilerin çocuk sahibi olma konusundaki yararları ile nesebin korunmasıyla elde edilen yarar çatışmakta ve nesebin korunması üstün kabul edilmektedir[210].

b.Cinsiyete Yönelik Müdahaleler

Cinsiyete yönelik müdahaleler, kişinin bir cerrahi müdahale sonucu, sahip olduğu cinsiyetin özelliklerini değiştirerek, cinsel uzuvlarıyla ve dış görünüşüyle karşı cinsin özelliklerine sahip olmasını sağlamaktadır[211].

Cinsiyet değişikliğine ilişkin hükümler hukukumuza, 3444 sayılı Kanun'un EMK'nun 29. maddesine eklediği fıkrayla gelmiştir. Bundan önce herhangi bir düzenleme mevcut değildir[212]. Eski düzenlemeye göre cinsiyet değişikliğinin bir sağlık

---

[210] Dural/Öğüz, s. 114; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 451; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 140; Çlingiroğlu, s. 23; Yenerer- Çakmut, s. 169.

[211] Dural/Öğüz, s. 114- 115; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 140- 141; Zevkliler, s. 35; Ayan, s. 30; İpekyüz, s.39; Çilingiroğlu, s.28.

[212] Y. 2. HD. T. 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, "(B.E) (.....) ilye Nüfus Memurluğu arasındaki cinsiyet tashihi davasının C. Savcısının huzuruyla yapılan muhakemesi sonunda, davanın reddine dair verilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki davacı tarafından istenilmekle...Adli Tıp raporlarında belirlenen husus, davacının dış görünümü itibariyle tamamen kadın olduğu, vücudunun kadınlara özgü tüm özellikleri taşıdığı ve kendisini kadın olarak hissettiği, davranışlarının da o yolda bulunduğu, geçirdiği ameliyat sonucu erkeklik organının yok edildiği, kadın olarak cinsel ilişkiyi başardığı ve bundan zevk duyduğu, homoseksüel yaşantısını bir kaç yıldan beri terk ettiği, bugünkü hali ile kadın olması lazım geldiği merkezindedir. Raporlarda belirlenen hususlar doğuştan erkek olduğu halde, özgür iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun'i yolla da olsa vücudunu kadınlara özgü bir görünüme getiren kişiyi tanımlamaktan ibarettir. Oysa yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, Medeni Kanunun 23. maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildi) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz. kanuna karşı hilelere kapı

kurulu raporu ile belgelendirilmesi yeterli görülmekte ve nüfus sicilinde gerekli değişiklik yapılabilmekteydi. Ancak söz konusu hükümde, cinsiyet değişikliği yapabilecek kişilerin özellikleri gerektiği gibi sayılmadığı için ihtiyaca cevap verebilecek bir düzenleme değildi[213]. Böylece cinsiyet değişikliği tıbbi tedavi olmaktan çok, eşcinsel veya herhangi bir amaçla karşı cinsiyete geçmek isteyen kişiler için başvurulacak bir yöntem haline gelmişti[214].

Söz konusu aksaklıklar dikkate alınarak Türk Medeni Kanun'unda yapılan değişiklikten sonra, m. 40'da cinsiyet değişikliği detaylı olarak düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, kişi mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyet değişikliğini isteyebilecektir[215]. Ancak bu kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olup, kişinin ruh sağlığı açısından zorunluluğun ve üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun bulunduğunun eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmiş olması gerekmektedir. Kanun bu şartları sayarak kimlerin cinsiyet değişikliğini yapabileceğini belirtmiştir.

Kısacası cinsiyet değişikliği müdahalelerinde yeni düzenleme ile kişilerin belli olmayan cinsiyetlerini belirgin hale getirerek, beden ve ruh sağlıklarının tedavi edilmesi sağlanmıştır. Böylece kişiler hissettikleri görüntüye kavuşarak, hayatlarını devam

---

aralanmış olur. Söz gelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağını çözme imkanı bulur. Örneklere kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. Her ne kadar yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelir gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez. Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkanları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşte, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkan hazırlanamaz.", dairenin bu kararından sonra 3444 S. Yasa ile eski MK. m. 29'a eklenen fıkra ile cinsiyet değişikliği konusunda kanuni düzenleme gerçekleşmiş oldu" (Sinerji İçtihat Programı).

[213] EMK. m.29'da belirtilen asgari sağlık raporundan neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca herhangi bir yaş sınırı ve evli olmama şartı da hükümde aranmamaktadır. Dural/Öğüz, s.116- 117; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 445-447; Aydın Zevkliler, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", TBBD, S.2, 1988, s. 278; İpek Sağlam,"Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.VIII, S. 3-4, 2004, s. 455- 469.

[214] Oğuzman,/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.141; İpekyüz, s.41; Bilge Öztan/ Micheal R. Will, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Acı", AUHFD, C.43, S. 1-4, 1993, s. 228- 268.

[215] Dural/ Öğüz, s. 117- 118; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.141; Güven Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", GÜHFD, C.I, S.1, 1977, s.58; Sağlam, s. 458- 459.

ettireceklerdir. Bu durumda, kişilerin cinsiyet değiştirmesi hem kendi hem de kamunun yararına olacaktır[216].

Kanunun bundan önceki düzenlemesinde cinsiyet değişikliği yapabilecek kişilerden olan transeksüel yapıdaki kişiler yeni kanunla da hukuka uygun olarak cinsiyet değişikliği yaptırabileceklerdir. Bu kişilerin anatomik yapıları belli olsa da dış görünüşleri bunu yansıtmamakta veya dış görünüş olarak karşı cinsin özelliklerini taşımaktadırlar[217]. Söz konusu kişiler için yeni düzenleme açıkça cinsiyet değişikliğini kabul etmiştir. Yapılan müdahale, kişinin üstün özel yararını korumaktadır. Çünkü kişinin içinde bulunduğu ruh yapısına uygun bir cinsiyete sahip olması onu hem ruhsal açıdan mutlu kılacaktır hem de toplumdaki yerini saygınlaştıracaktır. Kişilerin cinsiyetleri değişmeyecek, anatomik yapısına uygun olarak cinsiyeti ortaya çıkarılacaktır. Kişilerin cinsiyetlerin belirgin olmasında kamunun da yararı bulunmaktadır. Bu nedenle bu kişilere yapılacak tıbbi müdahale hukuka aykırı değildir. Yeter ki söz konusu müdahale kişinin sağlığını tehlikeye atmasın ve kişi bu müdahaleye rıza göstermiş olsun[218].

Ancak eski kanunun kendileri için cinsiyet değişikliği kapısını açık bıraktığı eşcinseller için hukuka uygunluk söz konusu olmayacaktır. Eşcinseller, gerek anatomik yapıları gerekse dış görünüşleri belli bir cinsiyeti yansıtan kişilerdir. Bu kişilerin var olan bir cinsiyetleri olduğu için onlara yapılacak olan tıbbi müdahale onlara ruhsal ve bedensel bir sağlık kazandırmayacaktır. Cinsiyet değişikliğinin yapılması halinde ise kişiler ruhsal tatminsizliklerini daha kolay sosyal hayatta sergileyebileceklerdir. Ancak bu durumda da kamunun yararı ve toplumsal ahlak zedelenecek ve kişiyi tıbbi bir müdahaleye maruz bırakmakla kişinin sağlığına kavuşması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle eşcinsel kişilere cinsiyet değişikliği yapılmaması, hem kişinin vücut bütünlüğü yararına hem de kamu yararına olacaktır. Sonuç olarak yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır[219].

---

[216] İpekyüz, s. 40; Zevkliler, s. 35- 36; Aşçıoğlu, s. 168.
[217] İpekyüz, s. 39; Çilingiroğlu, s.28.
[218] Dural/Öğüz, s. 116- 117; İpekyüz, s. 40.
[219] İpekyüz, s .40; Aşçıoğlu, s.168; Dural/ Öğüz, s. 116- 117; Zevkliler, s.35- 36.

4. Kan Verme

Sağlıklı bir kişiden kan alınarak, hasta kimselerin yaşam ya da sağlığının kurtarılması amacıyla bu kişilere kanın aktarılması da bir başka tıbbi müdahale yöntemidir. Kan aktarımı, kan veren kişi de herhangi bir organik bozukluk olmadığı sürece, kişinin vücudunda ve sağlığında büyük bir eksiklik yaratmaz. Bununla beraber, hastanın yaşamının kurtarılmasına ya da sağlığının düzelmesine yol açar. Dolayısı ile kan veren kişinin müdahaleye rıza göstermesi ve hastanın hayatının kurtarılması amacı müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Çünkü kişide çok büyük bir eksikliğe yol açmayan müdahale ile bir kişinin yaşamı kurtarılacak, kendisinden kan alınan kişinin feda ettiği kişisel değer karşısında, hastanın elde ettiği yarar çok daha üstün olacaktır[220].

Buna rağmen kan aktarımı, kan veren kişide var olan organik bozukluklar nedeniyle, kişiye ağır zarar verecekse, kişi bu müdahaleye rıza gösterse bile hukuka uygun olmayacaktır. Yine bu durumda hastanın üstün özel yararı da dikkate alınmayacaktır[221].

III.MEŞRU MÜDAFAA VE IZTIRAR HALİ

A.Meşru Müdafaa

1.Genel Olarak

Meşru müdafaa halinde, kişinin karşı karşıya kaldığı saldırıyı defetmek için saldırganın hukuksal varlığına yaptığı karşı saldırı hukuka uygundur. Burada da hukukun koruduğu iki yarar çatışma halindedir. Ancak hukuk tarafından yararlardan biri korunma altına alınabilecektir[222].

Meşru müdafaa yasal dayanağını, TBK. m.52'den almaktadır. Türk Borçlar Kanun'u, madde 52'de özel hukuka uygunluk sebepleri sayılmıştır. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı'nda TMK m.24'te belirtilen hukuka uygunluk sebepleri de yer almış

---

[220] Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s. 440- 445.

[221] Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s. 440- 445.

[222] Tandoğan, s. 18; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 255; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 112; Dural/Öğüz, s. 142; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Özel, s. 39; Hausherr/ Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.36; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49.

fakat öğretide[223] var olan tartışmalara çözüm bulamamıştır. Çalışmamızın önceki bölümünde de belirttiğimiz gibi yarar çatışmasının söz konusu olduğu hukuka uygunluk sebepleri, üstün yarara dayanan hukuka uygunluk sebepleri içinde değerlendirilmelidir. Bunlardan biri de meşru müdafaadır. Dolayısı ile biz çalışmamızda meşru müdafaayı, üstün özel yarar kavramı içinde ele alan görüşlere paralel olarak inceleyeceğiz[224].

Meşru müdafaa, bir kimsenin kendisini veya bir başkasını, kişi veya malvarlığı değerlerine karşı, var olan veya çok yakın hukuka aykırı bir saldırıdan korumak için, saldıranın kişi veya malvarlığı değerlerini ihlal eden bir savunma halidir[225].

Çalışmamızın konusu açısından, kişi değerlerine ilişkin yararlara yapılan saldırılar, dikkate alınarak meşru müdafaadan söz edilecektir. Kişisel değerlere yapılan saldırıları ortadan kaldırmak için yapılan meşru müdafaa, karşı tarafın kişisel değerlerine saldırıyı mümkün kılar. Ancak kişinin yapmış olduğu saldırı, üstün yararı korumak amacıyla olduğu için hukuka uygundur. Bunun için ise, doğru araç vasıtasıyla yapılan bir meşru müdafaa hali olmalıdır. Başka bir ifadeyle, meşru müdafaa şartlarına uygun, meşru müdafaanın sınırları içinde kalan saldırılar hukuka uygundur.

2.Meşru Müdafaanın Şartları

Meşru müdafaada bulunan kişi, sadece kendi menfaatlerine yapılan saldırılar için değil başka birinin menfaatlerini korumak için de meşru müdafaadan yararlanabilecektir. Ancak meşru müdafaayı oluşturan savunma fiili, saldırgana karşı yapılmış olmalıdır. Üçüncü kişilere karşı yapılamaz[226]. Bu saldırı, kişinin şahsi değerlerine, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, şeref ve haysiyetine yönelmiş olmalıdır[227]. Meşru müdafaa, bu değerlere yapılan saldırıyı bertaraf etmek için karşı

---

[223] Bkz. s. 15- 17.

[224] Kanet, (Hukuka Aykırılık), s. 255; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49; Gökcan, s. 37- 38; Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12. 36; Özel, s. 39; Helvacı ise üstün özel yarar kavramının belirsizliği nedeniyle kanunda açıkça düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebebinin tartışmalı bir hukuka uygunluk sebebi içinde ele alınmasının faydasız olacağını belirtmiştir, bkz. Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 128.

[225] Eren, s.590; Oğuzman/Öz, s.505; İnan, s.259; Tandoğan, (Mesuliyet), s.33; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.486; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 198; Bulut, s.146; Binatlı, s. 117; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 285; Gökcan, s. 38.

[226] Eren, s.591; Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s. 36; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 255; Oğuzman/ Öz, s.506; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 112; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 198; Ataay, (Borçlar Hukuku) s. 287; Bulut, s. 146; Gökcan, s. 38;

[227] Eren, s.590; Oğuzman/ Öz, s.506.

saldırı yapmayı mümkün kılmaktadır. Örneğin, kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yapılan saldırıyı defetmek için saldırıyı yapan kişinin şeref ve haysiyetine yaptığı saldırı hukuka aykırı değildir. Buna göre, bir gazetenin "yarın Bay A'nın yapmış olduğu yolsuzlukları belgeleyen bir yazı dizisi yayınlayacağız" şeklinde açıklaması Bay A'nın şeref ve haysiyetini zedelemiştir. Ancak henüz yayım yoluyla açıklama bir olmadığından Basın Kanun'u m. 14'deki[228] cevap ve düzeltme hakkı kullanılamaz. Eğer Bay A'nın bu yayımı, başka hukuksal yollarla (İhtiyati tedbir) derhal önleme imkanı yoksa başka bir gazetede veya kendisi broşür yollayarak "haberin yalan olduğunu", "haberi yapan muhabir veya yazarın meslek ahlakından uzak olduğunu" belirtebilir ve şeref ve haysiyetini ihlal eden kişinin şeref ve haysiyetini ihlal etmek suretiyle meşru müdafaada bulunabilir[229]. Var olan üstün yarar kişinin veya üçüncü kişinin yararıdır. Yapılan saldırı bu nedenle hukuka uygundur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kişinin üstün bir yararı nedeniyle yapılan her saldırı hukuka uygun olmayacaktır. Belirli şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlardan biri de ortada bir saldırının olması ya da saldırı tehlikesinin çok yakın olmasıdır. Tecavüz sona erdikten sonra, meşru müdafaa söz konusu olamaz. Meşru müdafaa, saldırı tehlikesini bertaraf etmek amacıyla kullanılamaz[230].

---

[228] Basın Kanunu RG.T. 26.06.2004, S. 5187, m.14, "Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.Düzeltme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez. Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır. Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hakiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar. Sulh ceza hakiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir. Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına hakim tarafından karar verilmesi halinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hakiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir."

[229] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 165- 166.

[230] Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s. 35- 36; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 256; Von Tuhr, (Çev.) Edege, s.420; Oğuzman /Öz, s.506; Eren, s.590; Bulut, s.146; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 110; Gökcan, s. 38.

Meşru müdafaa nedeniyle çatışan değerlerden, mağdurun yararına öncelik verilebilmesinin en önemli kıstası orantılı bir saldırının varlığıdır. Aksi takdirde kişinin hak ettiğinden fazla bir zarara maruz kalması, üstün menfaat ile açıklanamaz. Meşru müdafaa, kişiye verilmiş bir hak olduğundan bu hakkın sınırları içinde kalarak davranış sergilenmelidir. Arada bir amaç ve araç dengesi olmalı ancak burada mutlak bir orantılılık aranmamalıdır. Her somut olayın özelliklerine ve yaşam tecrübeleri ile tarafların sağlık, sosyal ve ekonomik durumlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, yumruk atan birisine karşılık olarak tabanca ile savunmada bulunulduğunda, orantılılıktan bahsedilemez. Ancak unutulmamalıdır ki, üstün tutulacak değer, daima kişinin kişisel değerlerinden olan; yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü hakkıdır. Gerçekten taşınır bir malın çalınmasına karşı, kişinin yaşam hakkı hiçe sayılamaz[231].

Son olarak ise, saldırı hukuka aykırı olmalıdır ki meşru müdafaadan söz edilebilsin. Hukuka uygun olan, kanunların verdiği yetkiyi kullanan kişiye karşı, (icra memuru, polis) meşru müdafaa söz konusu olamaz. Aynı şekilde, meşru müdafaa hakkını kullanan kişiye karşı yapılan saldırının, meşru müdafaanın sınırları içinde olduğu söylenemez[232]. Ayrıca, yapılan saldırının sadece hukuka aykırılığı aranmıştır. Saldırının kusurlu bir davranış olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, akıl hastası bir kişinin saldırısına karşı da meşru müdafaada bulunulabilir[233].

B.Iztırar Hali

1. Genel Olarak

Öğretide üstün özel yarara ilişkin verilen bir diğer örnek de ıztırar halidir. Bu görüşlere göre ıztırar hali, yarar çatışmalarının gündeme geldiği ve yararlardan üstün olana öncelik verilip yapılan saldırıyı hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebidir[234]. Ancak ıztırar halinin üstün özel yarar başlığı altında ele alınması kanunun açık düzenlemesi karşısında oldukça tartışmalı ve istisnaidir, fakat konuyla ilgili görüşlerimizi açıklamadan önce konuya ilişkin bir takım açıklamalar yapılması konunun

---

[231] Eren, s 591; Von Tuhr, (Çev.) Edege, s.421; Tandoğan, s. 18; Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 255; Oğuzman/ Öz, s.490; Bulut, s.146; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 112; Hausheer/ Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12. 36.
[232] Eren, s.591; Oğuzman/ Öz, s.490; Bulut, s.146.
[233] Eren, s.591; Tandoğan, (Mesuliyet), s.33; Von Tuhr, (Çev.) Edege, s.421; Oğuzman/ Öz, s.506.
[234] Kaneti, (Hukuka Aykırılık), s. 257; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49;Hausheer/ Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12. 36; Özel, s. 39; Bulut, s. 147.

ve itirazlarımızın anlaşılması için önemlidir. Dolayısı ile çalışmamıza ıztırar haline ilişkin açıklamalar yaparak devam edeceğiz.

Iztırar haline göre, kişinin kendisini veya başkasını var olan ya da yakın saldırı tehlikesinden korumak için, üçüncü bir kişinin mallarına zarar vermesi halinde kişinin hukuken sorumluluğuna gidilemez[235]. Buna göre, üstün yarar gereği, dağ başında kalan bir kişinin donmaktan korunmak için, birisinin evinin kapısını kırması hukuka aykırı olamayacaktır[236]. Dolayısı ile ıztırar halinin üstün nitelikte özel yarar olarak değerlendirilmesine itirazların nedeni bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü çatışan yararlar arasında bir üstünlükten bahsedebilmemiz için yararların kişisel değerlere ilişkin olması gereklidir[237]. Oysaki ıztırar halinde zarara uğrayan kişisel bir değer değil, malvarlığı değeridir[238]. Gerçekten baskın görüş kanunun düzenlemesine paralel olarak kişisel değerlere karşı ıztırar hali amacıyla dahi olsa yapılan saldırıları hukuka uygun saymamaktadır[239].

Buna karşılık, kanunda, belirtilen mala karşı ibaresine rağmen öğretide, kişilik hakkına karşı yapılan saldırılarda, ıztırar halinden söz edilebileceği son zamanlarda savunulan bir görüştür[240]. Alman Hukuku'nda savunulan ve kanun üstü ıztırar hali (übergesetzliche Notstand) olarak adlandırılan bir görüş gereğince, ıztırar halinde üçüncü kişilerin kişiliğine yönelen saldırılar hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna göre, kural olarak, kişisel değerlere saldırı söz konusu olamasa da istisnai hallerde kişisel değerlere yapılan saldırılar hukuka uygun sayılmalıdır[241]. Ayrıca ıztırar halini dar yorumlamayı reddeden görüşe uygun olarak İsviçre Medeni Kanunu Öntasarının 28a

---

[235] Eren, s.592; Oğuzman/ Öz, s.492; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 487; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.167; İnan, s.261; Bulut, s. 147;

[236] Eren, s. 592.

[237] Helvacı, (Koruyucu Dava), 127; Helvacı, s. 113; Dural/ Öğüz, s.140 -141; Hatemi, s.93; Arpacı, s.149- 150; Tekinay, s. 260.

[238] Oğuzman/ Öz, s. 508; Eren, s. 593;Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s. 39; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 201; Mustafa Kılıçoğlu, s. 364; Ataay, s. 289. Helvacı ise ıztırar halinin sadece bir kişinin, üçüncü kişinin mallarına zarar vermesi halinde söz konusu olmasını kanunun lafzına uygun bulmuştur. Ancak malvarlığına verilen zararın bazen kişilik hakkını ihlal edebileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113.

[239] Eren, s.592; Oğuzman/ Öz, s. 508; Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s. 39; Bulut, s.147; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s.201; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 289; Hatemi ise ıztırar halini kusur unsurunu etkileyen bir sebep olarak görmektedir. Böylece malvarlığı değeri için bile sadece kusur unsurunda etkili olması, kişilik hakkında üstün haktan bahsedilmesini mümkün kabul etmemektedir. Bkz. Hatemi, s. 106.

[240] Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.468; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 166- 167; Hotz, s. 58- 59; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49; Hausheer/ Aebi-Müller, s. Art. 28, Nr. 12. 36; Özel, s. 39; Çağlar Özel, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AUHFD, C.L, S.4, 2002, s.82 vd.

[241] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 166.

maddesinde ıztırar hali hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmış fakat mevcut düzenlemeye bu durum yansıtılmamıştır[242]. Alman Mahkemesi ise, gebe bir kadının yaşamı tehlikeye girdiğinde ceninin ana karnından tıbbi müdahaleyle alınmasını, ıztırar haline bağlı olarak hukuka uygun kabul etmiştir[243]. Aynı şekilde, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karara göre "karısı ile arasında boşanma davası bulunan ve reşit olmayan kızını bir safahat sahnesinden ayırmak için karısının evine giren sanığın mesken masuniyetini ihlalden cezalandırılamayacağı" sonucuna varılmıştır[244]. Helvacı, bu karar üzerine, "TBK m. 52/2 açısından bakılırsa, mala verilen zararla birlikte (kapıyı kırarak girdiğini varsayarsak) aynı zamanda özel hayatın ihlalinin oluştuğunu" kabul etmektedir. Helvacı"ya göre, bu örnekte ıztırar halini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek gereklidir[245].

Kılıçoğlu ise, "TBK'nun m. 52/2'deki ıztırar halini dar tutan anlayışına karşın, "5237 S. TCK. m. 25 ıztırar halini üçüncü kişilerin kişi varlığına yönelen saldırılara da genişletmiştir. Bu hüküm karşısında, bizde kanun üstü ıztırar hali şeklinde yeni bir hukuka uygunluk sebebi yaratmaya gerek olmadan aynı esasın Borçlar Hukuku'nda geçerli olduğunu kabul etmek gerektiğini" belirtmiştir[246].

Kanaatimizce, verilen örneklerde kişilik hakkına yönelen saldırıların hukuka uygun sayılabilmesi için ıztırar hali kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur. Bizce kişisel değerlere yönelen saldırıları başlı başına "üstün nitelikte özel yarar" sayarak hukuka uygun kabul edebiliriz.

Buna rağmen yapılan tüm bu açıklamalardan sonra, ıztırar halinin kişiliğe saldırıyı hukuka uygun hale getireceği kabul edilirse, belirli şartları taşıması gereklidir. Şimdi bu şartlar üzerinde duracağız.

---

[242] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113.
[243] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 166, RGst 61 242; 62 137; BGHSr 3, 7.
[244] Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, /Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 1997, s. 586'da yer alan Fransız Temyiz Mahkemesinin 12. 04. 1954 tarihli kararı, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113.
[245] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 114.
[246] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 167.

2.Iztırar Halinin Şartları

Şahsa veya mala yönelen zarar, kişinin kendisine karşı veya başka birine karşı olabilir. Ancak, ortada mutlaka zarar veya zarar tehlikesi olmalıdır. Tehdit edilen hukuki varlık, kişisel değer olabileceği gibi malvarlıksal değerin olması da mümkündür. Buna göre kişinin yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, sağlığına yapılan saldırılara karşı ıztırar haline dayanarak savunmada bulunmak ve hiçbir sorumluluk altına girmemek mümkündür. Örneğin, kendisini öldürmek için silahla kovalayan kişiden kurtulmak isterken, üçüncü bir kişinin evinin penceresini kırıp içeri giren kişi hukuka aykırı davranmamıştır. Ancak hakkaniyet gereğince pencerenin parasını tazmin etmelidir[247]. Ayrıca hemen belirtmeliyiz ki konumuz açısından ıztırar halinden bahsedebilmemiz için saldırıya uğrayan değerler yalnızca kişisel değerler olmalıdır. Dolayısı ile biz yalnızca kişisel değerlerin saldırıya uğraması ile ilgileneceğiz.

Kanunda açıkça belirtildiği gibi, üçüncü kişinin malına yapılan saldırılar hukuka uygun sayılacaktır. Ancak az öncede değindiğimiz gibi öğretide, şahsa yapılan saldırıların da ıztırar hali kapsamında değerlendirileceği savunulmaktadır[248]. Örneğin bir fabrikanın ürettiği yiyeceklere zehirli bir maddenin karışması durumunda, kişilerin ve toplumun sağlığını kurtarmak amacıyla, yiyecekleri imha eden ve konuyla ilgili olarak toplumu uyaran kişi hukuka aykırı davranmamıştır. Kişinin bu davranışıyla üreticinin mesleki ve ticari değerlerini zedelediğinden şüphe yoktur fakat insan yaşamı ve sağlığının önemi karşısında mesleki ve ticari değerlerin feda edilmesi mümkündür[249].

Iztırar halinin bir başka şartı ise, kişinin zarardan veya zarar tehlikesinden kurtulmak için, bir başka kişinin malına zarar vermek zorunda kalmış olmasıdır. Başka bir kurtulma şansı varsa verilen zarar hukuka uygun olamaz. Ayrıca, verilen zarar kişiye yapılan saldırının verdiği zararı veya saldırı tehlikesini ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır[250].

---

[247] Eren, s. 592; Oğuzman/Öz, s. 507; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 198; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 289; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113; Mustafa Kılıçoğlu, s. 364; Bulut, s. 147.

[248] Eren, s.593; Oğuzman/ Öz, s.508; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku), s. 201; Ataay, (Borçlar Hukuku), 289; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. Bulut, s.147

[249] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 468;

[250] Eren, s.593; Oğuzman/ Öz, s.507- 508; Tandoğan, (Mesuliyet Hukuku), s.39; Kılıçoğlu, (Koruyucu Dava), s. 201; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 289; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113.

Son olarak ise, orantılı bir saldırının varlığı gereklidir. Yani, tehlikenin bertaraf edilebilmesi için başkasının mallarına verilen zarar, korunmak istenilen varlığın değerinden daha az, korunmak istenen değer daha üstün olmalıdır. Bu şart TMK m.753'de "zarar ya da tehlike, taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise" denilerek belirtilmiştir. Bu hüküm, taşınmaza ıztırar halinde verilen zararları içermekteyse de taşınır mala verilen zarar için de uygulama alanı bulur[251]. Ayrıca orantılı olma şartı tehlikeyi bertaraf etmek için kişisel değerlere yönelen saldırının kabulü halinde de uygulanabilecektir.

IV.HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

A.Genel Olarak

Birbirinden farklı iki yararın çatışmasının söz konusu olduğu ve hukukun bunlardan birine öncelik verdiği bir başka hal ise hak arama özgürlüğüdür. Hak arama özgürlüğü de kişiliğe yönelik saldırıdaki hukuka aykırılığı, korunan üstün yarar sebebiyle ortadan kaldırmaktadır[252]. Üstün yarar tespit edilirken çok özenli davranmak, hak arama özgürlüğünü sınırlamamak, çok hassas bir denge kurmak, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluk haline getirmemek gerekmektedir[253]. Hak arama özgürlüğünde üstün yarar hem kişilerin yararı hem de kamunun yararıdır. Ancak kamunun yararının temelinde yine bireylerin yararı var olduğu için çalışmamızda konuyu üstün özel yarar başlığı altında incelemeyi uygun görüyoruz.

AY. m.36 tarafından da koruma altına alınmış olan hak arama özgürlüğünü kullanarak, kişilere karşı ihbar veya şikâyette bulunanlar, hukuka aykırı davranmamışlardır[254]. Buna göre[255];

---

[251] Eren, s.593; Oğuzman/ Öz, s.508; Ataay, (Borçlar Hukuku), s. 290; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 113;

[252] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.160; Helvacı, s.114; Dural/Öğüz, s.142; Akipek/Akıntürk, s.423; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49; Bulut, s.147; Nihat İnal, Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısına Tazminat, Ankara: Adalet Yayınevi, 2001, s.176-177.

[253] Y.4.HD. T.07.07.1987, E.1987/3386, K.1987/5597, (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı.)

[254] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.139; Helvacı, s.114; Bulut, s.147; Dural/Öğüz, s.140; Esat Şener, Kişinin Hukuku Dernekler ve Vakıflar, Seçkin Yayınevi, Ankara: 1977, s. 91, Y.4.HD. T.12.12.1977, E.1977/10616, K.1977/11824, "İhbar ve şikayet hakkı, AY.m.36'dan kaynaklanan ve hak arama hürriyeti olarak tanımlanan bir haktır. Bu hakkı yasal çerçeve ve sınırlar içinde davacılar nasıl serbestçe kullanılabilirse, aynı hakkı aynı sınırlar

" Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir".

Dolayısı ile suçların kovuşturulması için yetkili makamlara yapılacak şikâyetler hukuka aykırı sayılmazlar. Ancak kişiler bu hakkı kullanırken şikâyet ettikleri veya ihbarda bulundukları kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyeceklerdir. Şeref ve haysiyet toplumun değer yargılarının kişiye yüklemiş olduğu manevi değerlerin bütünleştirilmiş halidir[256]. Kişinin şeref ve haysiyet hakkı üzerinde korunmaya değer yararı bulunmaktadır. Bununla beraber kişinin şeref ve haysiyeti ile korunan yarara karşılık, hak arama özgürlüğü sonucunda korunan yararda hem bireysel hem de toplumsal menfaatin ağır basması nedeniyle; şeref ve haysiyete yönelik müdahale hukuka uygundur.[257]. Ancak bunun için hak arama özgürlüğünün sınırları içerisinde kalınmalıdır[258].

Ayrıca hak arama özgürlüğünün kullanım vasıtaları olan ihbar ve şikayetin birkaç cümle ile tanımını yapacak olursak: şikâyet, yasa koyucunun takiplerini şikâyete bağlamış olduğu fiillerden zarar gören kişi veya kişilerin, süresi içinde yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesidir[259]. İhbar ise, resen kovuşturulan bir suçtan haberdar olan kimsenin adli makamlara durumu bildirmesidir[260].

---

içinde davalılar da kullanılabilir. Bu itibarla, haklarında müfettiş tahkikatı başlamasından sonra davlıların davacıları ihbar etmeleri, muhakkak kötü niyetli bir davranış olarak nitelendirilmez.".

[255] Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, "Türk Anayasa Hukuku", Beta Basım Yayım, 7. Basım, İstanbul: 2006, s.180.

[256] Arpacı, s. 133; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 142; Öztan, s. 121; Dural/Öğüz, s. 121; Hubmann, s. 288; Özsunay, s.116; Karayalçın, s. 251; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 83- 84; Y. 4. HD. T. 08.12. 1977, E. 1242, K. 11730, "Bilindiği gibi, yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder..."İnal, s. 121; Ayrıca toplumda gerçek kişi veya tüzel kişi ayrımı yapılmadan herkesin korunan şeref ve haysiyet değeri mevcuttur. Tüzel kişiler sadece insana özgü kişilik hakkı değerleri hariç diğer tüm kişisel değerlere sahiptir. Tüzel kişi vücut bütünlüğü, sağlık, yaşama hakkı gibi doktrinde maddi kişisel değerler olarak kabul edilen kişisel değerlere sahip değildir, bkz.Alim Taşkın, "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması, AUHFD, C.XLII, 1991, s. 205- 243; Ahmet Kılıçoğlu, "Gizli Bir Derneğin Üyeler Listesini Yayınlamak Kişilik Haklarına Saldırı Niteliği Taşır", ABD, S. 2, 1979, s. 87- 89.

[257] Helvacı, s. 114; Dural/Öğüz, s. 142; Kaneti (Çatışan Değerler), s. 158; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 144; Y. 4. HD. 06.10.1997, E. 1997/5558, K.1997/9209, Bulut, s.147.

[258] Y. 4. HD. T. 08.09.1982, E. 1982/6084, K.1982/7436,(Sinerji İçtihat ve Mevzuat Program).

[259]Bahri Öztürk/ Veli Özbek/Mustafa Ruhan Erdem. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Basım Yayım, 10. Basım, Ankara: 2008, s.108; Nur Centel/Hamide Zafer, "Ceza Muhakemesi Hukuku", 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul: 2008, s. 88-89.

[260]Centel/Zafer, s. 86- 87; Öztürk/Özbek/Erdem, s. 88- 89.

Az önce de belirttiğimiz gibi, hak arama özgürlüğünün aleyhine kullanılan kişinin kişilik hakkını zedelememesi için bazı şartları içermesi gereklidir. Şimdi bu şartların neler olduğu üzerinde duracağız.

B.Hak Arama Özgürlüğünün Şartları

1.Üstün Bir Hak veya Çıkar

Hak arama özgürlüğünün hukuka uygunluktan yararlanabilmesi için, kişinin hukuk tarafından korunan üstün bir hak veya çıkarının var olması gereklidir. Hakkını aramak için ihbar ve şikâyet hakkını kullanan kişi, bunun karşısında bir başkasının kişisel değerlerini ihlal edebilecektir. Hak arama özgürlüğünün, karşı tarafın kişisel değerini zedelenmesine rağmen korunabilmesi için üstün nitelikte bir yarar sağlaması gereklidir[261]. Üstünlüğün tespiti ise somut olayın özelliklerine bakılarak belirlenecektir.

2.Hak Kötüye Kullanılmamalı

Ayrıca hak arama özgürlüğünün hukuka aykırı olmaması için hakkın kötüye kullanılmamış olması gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı hakkında geniş Yargıtay kararları vardır[262].

İlk önce dikkat etmemiz gereken özellik, şikâyet hakkının "amaca uygun" olarak kullanılmış olmasıdır. Burada kişi, ihbar ve şikâyet hakkını kullanırken hak arama özgürlüğünün koruduğu amaca uygun davranılmalıdır. Bu amaçtan sapıldığı ve karşı tarafı kasten veya kusur ile zarara sokmak amacıyla şikâyet hakkının kullanıldığı takdirde uygun amaç şartını sağlamadığı için hukuka aykırı bir şikâyet veya ihbar söz konusu olacaktır[263]. Örneğin ihbar veya şikâyete konu olan olay gerçekleşmiş olsa bile,

---

[261] Bulut, s.149; Tandoğan, 17.

[262] Y. 4. HD. T.24.03.2003, E. 2002/12489, K.2002/5121; Y. 4. HD. T. 18.03.2002, E.2001/12235, K.2002/ 3129, " Somut olayda; davalı çantasındaki altın takıların davalılarca gasp edildiği iddiaları ile şikayetçi olmuş, yapılan yargılama sonucunda altınların davacı Nazmiye Ü.'a hediye olarak verildiği kabul edilerek davacıların beraatine karar verilmiştir. Ceza davası sırasında dinlenen tanık beyanları, mahkemenin beraat gerekçesi ve tüm dosya içeriğine göre davalının davacı Nazmiye Ü. ile yaşadığı evlilik dışı ilişki sırasında ona vermiş olduğu şikayete konu altınları geri isteyip alamayınca, gasp iddiası ile şikayetleri olduğu anlaşılmaktadır. Davalının hediye olarak verdiği altınları yasal yollardan geri alamayacağını bildiği için, davacıları gasp gibi ağır bir suçla şikayet etmiş olması bu hakkın kötüye kullanılmasıdır. Altınların davalı tarafından satın alınmış olması ve şikayet sırasında davacıların üzerinde çıkması olayın gelişim biçimine göre şikayeti haklı gösterecek nitelikteki emarenin bulunduğunu göstermez".

[263] Y.4.HD, T. 15.03.1988, E.1987/10210, K.1987/2444, Bulut, s.150; başka bir kararda ise, Y.4. HD. T. 16.05.1989, E.1989/281, K.1989/3471, "Şikayet hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek için şikayet olunanı kasten ve zarara sokmak amacıyla yani kin ve garezle hareket ettiğinin gerçekleşmesi gerekli değildir. Kişinin böyle bir

sırf kişiyi daha çok zarara uğratmak amacıyla, memurlar için yurt dışı sınavlarının yapıldığı sırada veya terfi zamanlarında yapılan ihbar ve şikayetler hakkın kötüye kullanılmasıdır[264].

Ayrıca şikâyet uygun araçla yapılmalıdır. Kişi hakkını korumak için ölçülü bir koruma yoluna başvurmalı ve şikâyet konusu gerçeğe dayanmalıdır. Şikâyetin gerçek olaya dayanıp dayanmadığının tespiti maddi olaydaki kanıtların değerlendirilmesi ile mümkündür[265]. Şikâyet konusunu ispat ettirebilecek kanıtların varlığı şarttır. Aksi takdirde ciddi kanıtlar olmamasına rağmen, sadece tahmin ve benzetmeye dayalı şikâyet ve ihbar haksız olacaktır. Çünkü her ihbar ve şikâyette karşı tarafın onuru, gururu kırılacak ve bu durumda çatışan iki yarardan kişilik hakkının korunmasına üstünlük tanınacaktır[266].

V.AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A.Genel Olarak

Avukatlık mesleği, müvekkil ve avukat arasında güven ilişkisinin yoğun olduğu bir meslektir. Avukat ile müvekkili arasında bu güven ilişkisine dayalı bir bilgi alış verişi olmaktadır. Ancak müvekkil ile avukat arasındaki ilişki nedeniyle öğrenilen bilgiler kişinin herkes ile paylaşmadığı, kişinin özel hayatını ilgilendiren olaylardır. Kişi bu bilgileri toplumda başka bireylerle paylaşmak istemez. Bu nedenle avukatın mesleği nedeniyle öğrenmiş olduğu bilgileri başkasına aktarmaması gereklidir[267].

Bu durum savunma hakkının kusursuz işlemesinin de bir şartıdır. Çünkü avukatın müvekkilinin hakkını savunabilmesi için konuya ilişkin tüm detay ve

---

davranışta bulunması kastın varlığı dışında kusurlu bir davranış niteliğinde olsa bile ve derecesi de ağırsa özellikle isnat olunan eylemin işlendiğine dair ortada hiç ya da yeterli emare yoksa şikayet hakkının kötüye kullanıldığının kabulü ve sonuç olarak da manevi tazminata hükmetmek gerekir.", www.türkhukuksitesi.com, (14.04.2009).

[264] Y.4.HD. T.15.06.2002, E.2002/5755, K.2002/5854, www.turkhukuksitesi.com, (14.04.2009).

[265] Y. 4.HD, T. 08.09.1982, E. 1982/6084, K. 1982/7436, (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı).

[266] Y.4.HD. T. 06.03.2002, E. 2002/11734, K.2002/2512; Y.4.HD. T. 07.04.1989, E. 1989/10406, K.1989/3213, www.turkhukuksitesi.com, (14.04.2009); Y. 4. HD. T. 16.10.2000, E. 2000/5662, K. 2000/8772, "..var olması istenen emarelerin, asıl hakkın veya suçun varlığını kanıtlaması gerekmez. Ancak şikayette veya ihbara konu olabilecek değerde olması gereklidir".

[267] Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, 1. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir: 2006, s. 239 vd; Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara: 2009, s. 402- 414; Refik Korkusuz, Avukatlık Hukukuna Giriş, 1. Bası, Karahan Kitabevi, Adana: 2008, s. 25; Özcan Günergök, "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", AUHFD, C. VII, S. 1- 2, s. 655 vd.; Lamih, Çelik, TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2008, s.86- 87; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/ Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49.

gerçekleri eksiksiz bilmesi gereklidir. Dolayısı ile müvekkilin menfaati doğru bilgilere dayanarak avukatın kendini savunmasından yanadır. Müvekkil ise tüm bu bilgileri, özel hayatına ilişkin detayların herkes tarafından öğrenilmeyeceğinin garanti edilmesiyle açıklayabilir[268]. Bu nedenle birçok kanunun[269] yanı sıra Avukatlık Kanun'u da avukata sır saklama yükümlüğüne yer vermiştir. Sır saklama yükümlülüğü avukat için hem bir haktır hem de bir yükümlülüktür. Avukatlık kanunu madde 36'daki düzenleme uyarınca;

"Avukatların kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır".

Avukatın sır saklama yükümlüğünün bizim konumuz açısından önemi ise, kişinin yaşam alanına ilişkin bilgilerin korunmasından, başka yararlar karşısında vazgeçilebilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kişinin yaşam alanı, günümüzde ortak yaşam alanı, özel yaşam alanı ve sır alanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu üçlü ayırıma ise öğretide "üç alan teorisi" denilmektedir. Ancak bu alanlardan özel yaşam alanı ve sır alanı hukuk tarafından korunmaktadır[270]. Buna rağmen avukatın saklamakla

---

[268] Süheyl Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul: 1978, s. 94- 95; Güner, s.409; Özkan, s. 241; Egger, Art. 28, Nr. 53- 59; Çelik, s.86 vd, TBB. Disiplin Kurulu Kararı, T.24.03.2000, E.2000/18, 2000/45, "Azledilmiş bile olsa avukat, önceki vekillik görevi nedeniyle elde ettiği bilgileri kullanabilme ihtimali nedeniyle aralarında menfaat çatışması olan kişileri temsil edemez.", TBB. Disiplin Kurulu Kararı, T.08.07.2005, E.2005/119, K.2005/234, "Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikayetlinin müvekkili olduğu bildirilen sanık ve vekili, şikayetlinin tanıklık ettiği duruşmada hazır bulunmuşlar ve şikayetlinin tanık sıfatıyla verdiği ifadeye bir diyeceklerinin olmadığını, tanığın doğru beyanda bulunduğunu bildirmişlerdir. Kaldı ki şikayetli avukat, mahkemece verilen süre içinde de dosyaya vekaletname sunmamıştır. Bu bakımdan şikayetli avukatın müvekkilinin rıza ve muvafakatiyle onun yararına tanıklık yapılmasında Avukatlık Kanunu'na ve meslek kurallarına aykırı bir yön bulunmamaktadır.".

[269]CMK m. 46/1 " Meslekleri ve sürekli uğraşıları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. Malişlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler. Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez."

HUMK. m. 245 "Aşağıdaki kimseler şahadetten imtina edebilirler; İki taraftan birinin nişanlısı,Aralarında evlilik rabıtası mürtefi olsa bile iki taraftan birinin karı veya kocası, İki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve füruu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet hasıl olan evlilik rabıtası mürtefi olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık rabıtası bulunanlar,Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler, şu kadar ki o kimse muvafakat ederse şahadetten imtina edemezler."

[270] Jaggi, s. 225a- 226a; Honsell/Vogt/Geiser, s. 234.; Dural/ Öğüz, s. 127; Helvacı, 85; Özsunay, s. 126 vd; Öztan, s. 125; Tandoğan, s. 26; Şen, s. 231; İmre, s. 149; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 115; Gürsel Öngören, "Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye", KUHFD, 1997, s. 473- 482; Kocabaş, 147; Sırabaşı, s. 96; Çelebi, s. 273- 274.Serdar, 40; Hubmann, s. 270- 325 vd; Egger, Art. 28, Nr. 39 vd;

yükümlü olduğu, yaşam alanı kişinin sır alanıdır. Sır alanı, kişinin başkaları tarafından bilinmesini istemediği, sadece kendisinin istediği kişilerce bilinebilecek olan; sadece kişiye has, kapalı bir yaşam alanıdır[271]. Bu alanın içine kişinin duygusal ve cinsel yaşamı, aile yaşamı, yazışmaları, ticari ve meslek gizleri girmektedir[272]. Avukatın açıklayarak zedelediği sır alanına giren bir bilgi, mesleğini icra ederken edindiği ve müvekkilinin herkesçe bilinmeyen yaşam alanını ilgilendiren hususları içine almaktadır[273]

Bahsetmiş olduğumuz kişinin sır alanına ilişkin değerlerin korunmasında kişinin var olan yararı, üstün özel veya kamusal bir yararın varlığı halinde göz ardı edilebilecektir. Şimdi sözünü ettiğimiz özel durumlara değineceğiz.

B.Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaçınabileceği Haller

Hiç tartışmasız kanunun[274] da açıkça düzenlediği gibi, müvekkilin rıza göstermesi halinde avukatın sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Ancak öğretide tartışmalı olan nokta, avukatın sır saklama yükümlüğünün kişinin veya kamunun yararı olması nedeniyle ortadan kalkması ve bunun sonucu olarak kişinin sır alanının ihlal edilmesinin hukuka uygunluğudur.

Öğretide fikir birliğine varılmış olan üstün özel yarar hali, avukatın kendini savunabilmek için müvekkilinin sırrını açıklayabilmesidir. Avukat özel hukuk kaynaklı meslek hukukuna dayanan disiplin cezasıyla karşı karşıya kalmış olabilir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün temelinde müvekkilinin savunma hakkı olduğunu belirtmiştik. Ancak avukatın yukarıda belirtmiş olduğumuz yaptırımlarla karşı karşıya geldiği durumlarda kendisinin de savunma hakkı olduğu açıktır. Avukatın kendisini savunabilmesi için müvekkilinin sırlarını açıklaması gerekirse yapılan açıklama hukuka

---

Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.416- 419; Funda Çelebi, "Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması", KUHFD, S. 1, 1997, s. 271 vd..

[271] Hubmann, s. 325; Serdar, s. 40; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 436.

[272] Dural/Öğüz, s. 128; Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 146; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 416- 417.

[273] Sungurtekin- Özkan, s. 242.

[274] Avukatlık Kanunu m. 36/II, "Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.".

uygun olacaktır. Çünkü avukatın müvekkilinin menfaati karşısında kendi kişisel menfaatini hiçe sayma mükellefiyeti yoktur[275].

Bununla birlikte avukatın kamusal bir yarar nedeniyle müvekkilinin sırlarını açıklamasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Suçun faili, işlenmiş veya işlenecek olan bir suçun müvekkil tarafından avukata itiraf edilmesi halinde avukatın yetkili makamlara durumu bildirmesi savunma hakkını zedeleyeceği için mümkün görünmemektedir. Buna rağmen öğretide TCK 309, 311, 312, 313, 315, 320 maddelerine giren suçlar yani anayasal düzene karşı işlenen suçlar için avukatın sır saklama yükümlülüğünün olmadığı savunulmaktadır. Buna göre bu suçların özel ağırlığı ve devletin güvenliğini koruyan düzenlemeler olması nedeniyle müvekkilin sırrının açıklaması hukuka uygun kabul edilmektedir[276]. Ancak öğretide genel kabul gören görüş gereğince söz konusu suçlarda dahi avukatın sır saklama zorunluluğu kabul edilmektedir[277].

Bununla birlikte, organize suçların varlığı halinde avukatın sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalkabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre, organize suçlarla mücadele edilmesinin zorunluluk ve ivedilik gerektirmesi nedeniyle, sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkabilecektir. Gerçekten organize suçluluğun ortadan kalkmasında kişilerin yaşam, sağlık, mülkiyet gibi üstün kişisel değerlerinin korunması yanında, kamunun güvenliğinin korunması nedeniyle üstün kamu yararının korunması söz konusudur. Sonuç olarak tüm bu tartışmalı örneklerin kabul edilmesi halinde, avukatın sır saklama yükümlülüğü üstün bir amaç uğruna ihlal edilebilecek ve avukatın herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.[278].

VI.TİCARİ BOYKOT

Kişiliğin yalnızca yaşam, vücut tamlığı, şeref ve haysiyet, görüntü gibi kişisel değerlerle sınırlı olarak korunması, kişiliğe tam bir koruma sağlayamaz. Ayrıca mesleki ve ticari değerlerin korunmasıyla tam bir korumadan söz etmemiz mümkündür. Mesleki ve ticari değerler diğer kişisel değerlerden farklı olarak, parasal sonuçlar doğurmaya

[275] Sungurtekin- Özkan, s.249- 253; Günergök, s. 662- 663; Güner, s. 413- 414.
[276] Donay, s. 118- 119.
[277] Sungurtekin – Özkan, s. 248.
[278] Sungurtekin- Özkan, s. 249; Günergök, s. 665;

elverişlidir[279]. Mesleki ve ticari değerlerin kişisel bir değer olarak korunmasına paralel olarak, AY. 17/1 kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğünü, AY. m. 48/2 ise çalışma özgürlüğünü temel haklar arasında düzenleyerek garanti altına almıştır. Tüm bu düzenlemelerin doğal sonucu olarak da kişinin mesleki ve ticari değerlerini zedeleyici, yok edici davranışlar, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir[280]. Bununla birlikte serbest rekabet piyasasının yarattığı ortam nedeniyle, aynı meslekle uğraşan kişilerin davranışlarının birbirlerinin çıkarlarını zedelemesi mümkündür. Rekabet kurallarının sınırları dâhilinde kalındığı sürece kişi bu davranışlara katlanmak zorundadır[281].

Peki kişiler mesleki ve ticari değerlerinin, ticari boykot nedeniyle zarara uğramasına katlanmak zorunda mıdır ve bu katlanmanın ölçüsü ne olmalıdır? Boykot ticari faaliyette bulunan kişileri, cezalandırmak veya bir davranışta bulunmaya veya bulunmamaya zorlamak amacıyla tacirle iş ilişkisi içine girmekten organize bir biçimde kaçınarak, kişiyle (tacirle) ticari faaliyete girmeme olarak tanımlanabilir[282]. Görüldüğü gibi, ticari faaliyette bulunan kişinin ticari varlığını tehlikeye düşüren hatta sonlandırabilecek güçte olan boykot faaliyeti hukuka aykırı olmalıdır. Zira TBK m.20, TMK. m. 23 ve 24 hükümlerine aykırı bir davranıştır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde ticari boykotu hukuka uygun kabul etmiştir[283].

Federal mahkeme, başlangıçta boykotu sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur[284]. Daha sonra ise, 1960 tarihli kararıyla içtihat değişikliği yapmış ve ticari boykotu hukuka uygun bir savaş aracı olarak kabul etmiştir. Buna göre, boykot yoluyla başka türlü korunmasına imkân olmayan haklı ve üstün yararları savunan kişi hukuka uygun davranmıştır. Federal Mahkeme hukuka uygunluğun ölçüsünü ise haklı bir amaç için doğru araçlar kullanılması ve boykot

---

[279] Dural/Öğüz, s. 133; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 423; Serdar, s. 47; Sırabaşı, s. 40.
[280] Dural/Öğüz, s. 134; Öztan, s. 140- 141; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 99.
[281] Dural/Öğüz, s. 134; Tekinay, s. 262; Öztan, s. 141.
[282] Kaneti, (Çatışan Değerler), s. 161; Dural/Öğüz, s. 135- 136; Öztan, s. 141 ; Tekinay, s. 263;Serdar, s. 48.
[283] BGE. 86 II 365, Selim Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Borçların Genel Hükümleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1955- 1964, s. 95; Dural/Öğüz, s. 134; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Serdar, s. 48; Murat Doğan, "Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi", AUEHFD, C.V, S.1-4, 2001, s. 403.
[284] Dural/Öğüz, s. 135; Serdar, s. 48; Kaneti, (Federal Mahkeme), s. 96, BGE. 22 II 184.

sonucu elde edilen yarar ile zarar arasındaki oran olarak kabul etmektedir[285]. Başka ifadeyle, boykotu yapan kişiler, kişilik hakkının ihlal edilmezliği karşısında daha üstün bir yararın varlığını ispat ettikleri takdirde boykotun hukuka aykırılığından bahsedilemez[286]. Dolayısı ile ayni ticari sahada faaliyette bulunan işletmelerin oluşturdukları birlik ile bu alanda faaliyette bulunan işletmelerin hukuka aykırı olmayan bir ücretin altında satım yapmasını veya müşterilerin, üye olunması gerekli mesleki birliklere üye olmayan tacir veya sanayiciyle iktisadi ilişkilere girmelerini engelleme girişimleri hukuka uygundur. Bununla birlikte politik veya dini sebeplerle, örneğin bir kişiyi bir partiye, sendikaya, mezhebe girmeye zorlamak amacıyla yapılan boykot hukuka aykırıdır. Çünkü boykot burada ticari faaliyet serbestîsini koruma aracı olarak değil, kişileri belirli davranışlarda bulunmaya zorlama aracı olarak kullanılmaktadır[287].

Bununla birlikte boykot bazı durumlarda kamusal yararın gerçekleştirilme aracı olarak da kullanılabilir. Örneğin, toplum sağlığını bozacak kötü ve bozuk besin maddelerinin yenilmemesi için halkın bilinçlendirilmesi veya ürünün bedelinin üstünde satılmasını engellemek amacına yönelik boykotun hukuka aykırılığı söz konusu değildir. Bir başka deyişle kamunun sağlığının veya ekonomik yararlarının korunması amacıyla ticari faaliyette bulunan kişinin mesleki ve ekonomik değerlerinin zedelenmesi hukuka uygun olacaktır[288]. Aynı şekilde ülkelerarası ilişkilerde var olan diplomatik ve ekonomik sorunlar nedeniyle ülkeye mal edilmiş ve ülkenin gelir elde ettiği markalara uygulanan boykotlar da üstün kamu yararına hizmet etmektedir. Bu durumda amaç boykot uygulanan ülkeyi zarara uğratmak değil, oluşan siyasal problemleri askeri müdahalelere gerek kalmadan çözümlemektir.

---

[285] Dural/Öğüz, s. 135; Kaneti, (Federal Mahkeme), s. 97- 98; Serdar, s. 48; Kaneti, (Çatışan Değer), s. 161; Doğan, s. 403.
[286] BGE. 76 II 290 vd, Kaneti, (Federal Mahkeme), s. 99; Dural/Öğüz, s. 136; Doğan, s. 403.
[287] Egger, Art. 28, Nr. 67; Tandoğan, s. 19; Kanet, (Federal Mahkeme), s. 98; Doğan, s. 403; Öztan, s. 121.
[288] Dural/Öğüz, s. 133; Arpacı, s. 133.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜSTÜN NİTELİKTE KAMUSAL YARAR

I.KAVRAMA GENEL BAKIŞ

Çalışmamızın konusunu oluşturan ikinci hukuka uygunluk sebebi de üstün nitelikte kamusal yarardır. Üstün nitelikte kamusal yarar ise, genele yönelik çıkarın kişisel çıkara oranla öncelikli olmasını ifade etmektedir. Dolayısı ile üstün kabul edilen kamusal yarar, kişisel çıkara yapılan saldırıları hukuka uygun hale getirecektir. Gerçekten, kamunun çıkarıyla kişi çıkarı karşılaştırıldığı zaman, kamunun çıkarı daha öncelikli sayılıp hukuki korumadan yararlanacaktır[289]. Ancak kamunun yararının bulunduğundan bahisle kişilik hakkına yapılan saldırıyı hukuka uygun kabul etmek tehlikeli sonuçlar doğurmaya müsaittir. Bu nedenle belirli sınırlar içinde kalarak ve keyfi uygulamalara müsamaha göstermeden hukuka uygunluk denetimi yapılmalıdır. Aksi takdirde kamu yararı bahanesiyle, insan haklarını hiçe sayan uygulamaların kılıfı oluşturulmuş olur[290]. Bu açıdan üstün kamusal yararın sınırını belirlemede AY m.13'ün düzenlemesi bize ışık tutacak niteliktedir. Düzenlemeye göre;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Üstün nitelikte kamusal yararın varlığını en çok basın yayın organlarının faaliyetleri sırasında görmekteyiz. Bununla birlikte, öğretinin basın özgürlüğü dışında kamusal yarara, verdiği örnekler, salgın hastalıklarda aşı mecburiyeti, suçlunun hapsedilmesi, sokağa çıkma yasağı, alkol muayenesi için zorla kan alma olarak belirtilebilir. Ancak sözünü ettiğimiz örnekler konusunda öğreti hem fikir değildir. Şöyle ki Oğuzman, "doğrudan doğruya kanunun tanıdığı bir yetki ile kişilik haklarına yapılan saldırıların çoğu üstün kamu yararına dayanır" diyerek; yukarıda verilen

---

[289] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s.160; Helvacı, s.114; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.463; Serdar, s.129; Ömer Faruk Tüfek, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlallere Karşı Özel Ceza Hukuk ve İhas Koruması, 2. Bası., Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.122; Özel, s.40; Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.23; Landwehr, s.53- 56; Hotz, s. 49- 50; Egger, s. Art. 28 Nr.47; Kaneti, (Çatışan Değerler), s. 152- 153.

[290] Arpacı, s. 150.

örnekleri saymıştır[291]. Helvacı ise, "kamu gücünün kullanılmasına dayanak teşkil eden hükümlerin kanuna konuluş amaçları üstün nitelikte kamu yararıdır. Bu iki durumu birbirinden ayırmak gereklidir"[292] diyerek aksi görüşünü bildirmiştir. Sonuç olarak, üstün nitelikte özel yarar gibi kamusal yararda da kavramın içeriği tartışmasız olarak belirlenemeyecektir. Dolayısı ile çalışmamızın son bölümünde sözünü ettiğimiz kamusal yarar taşıyan hallerin hepsini birden ele alarak çalışmamızı sonlandıracağız.

II.BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Demokrasinin egemen olduğu toplumlarda, kişisel hak ve özgürlükler korunur ve gelişmesi için çalışılır. Bu toplumlarda düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün önemli bir yeri vardır[293]. Basın özgürlüğü de burada kendini göstermektedir. Çünkü basın özgürlüğü, düşüncelerin basın yoluyla serbestçe açıklanabilme özgürlüğüdür. Basın özgürlüğünün ve yayın hakkının tek başlarına bir anlamları bulunmamaktadır. Bunlar ancak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü veya din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerle anlamlı hale gelmektedir[294]. Basın özgürlüğünde düşünceler, söz, yazı, resim veya bu gibi yollarla açıklanma olanağı bulur[295].

Bunun birlikte, basının özgürlüğünün önemi nedeniyle Uluslararası ve Anayasal bir düzenlemeyi gerektirmiştir[296]. Yapılan bu düzenlemelerle bir yandan basın

---

[291] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Aynı yönde, Özsunay, s. 102;Öztan, s. 150; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 464; Arpacı, 112;Bayraktar, s. 145.

[292] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 119; Helvacı, s. 115; Aynı yönde, Ayan/Ayan, s. 62.

[293]Kasım Karagöz/ Cengiz Gül, "İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeninin Korunması", EÜHFD, C.III, S.I, 2008, 69; Süheyp Derbil, "Yayım Hürriyeti ve Basım Polisi", AUHFD, C.II, S.2-3, 1944, s.139; Cevat Özel, "AİHM Kararları ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü", İBD, C.LXXVI, S.10-11-12, 2002, s. 935 vd; Özlem Koçak Süren, "Basın Yoluyla Yargıya Müdahale", İBD, C.LXXXI, S.II, 2007, s. 631 vd; Sulhi, Dönmezer "Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi", İUHM, C.32, S.1, 1966, s. 429; Kayıhan İçel/Yener Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 2007, s. 36.

[294]Zeki Hafızoğulları, "Düşünce ve İfade Hürriyetini Hürriyetini Kanıtlayan Hükümler", ABD, 1996, S. 1, s.18; Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku Manevi Tazminat, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 2001, s. 225.

[295]Çolak, s.33, " Basın özgürlüğü denildiğinde gazeteler ilk akla gelse de, bu özgürlüğün içine yazılı, sesli veya sesli ve görsel tüm kitle iletişim araçlarıyla yapılan faaliyetler girmektedir".

[296] AY. m.28 - Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz.Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde yetkili hakime bildirir. Yetkili hakim bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır. Yargılama görevinin amacına uygun

özgürlüğü düzenlenirken bir yandan bunun sınırları çizilmiştir. Çünkü basının görevini yerine getirirken ölçüsüz davranmamasını, her hak ve özgürlüklerde olduğu gibi belirli sınırlar içinde kalmasını gerekli kılmıştır[297]. Basın faaliyetleri ancak bu sınırlar içinde kaldığında basın özgürlüğünün güvencesinden yararlanabilmektedir. Ancak basın özgürlüğünün sınırını oluşturan düzenlemeler, basın özgürlüğünü bertaraf eden düzenlemeler değildir. Çünkü bu düzenlemeler basın özgürlüğünün sınırlanması değil düzenlemesidir. Düzenlenme ile basın özgürlüğünün kullanımını kolaylaştırıp, kötüye kullanılmasını engellemektedir. Ancak yasaklayıcı hükümler, özgürlüğün kullanılmasını engellemektedir[298].

Hukukumuz açısından basın özgürlüğünün temel kaynağını, AY. m.28'de bulmaktayız. Basının faaliyetlerinin sınırı ise AY m.26 ve 27'de belirtilmiştir. Buna göre,

"Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

AY. m.27/2'de ise

"Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz."

---

olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz. Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hakim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir; hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.
Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır. Türkiye de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milliyetle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkum olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hakim kararıyla toplatılır.

[297] Erhan Günay, Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s.138; Tüfek, s.53; Kocabaş, s.89.

[298] Dönmezer, s.93; Tüfek, s.54.

Ayrıca söz edilen hükümler dışında AY m.13 ve 14, TBK m.49 ve TMK m.24 basın özgürlüğünün sınırı açısından yol göstericidir. TBK m.49'un önceki düzenlemesinde basının sorumluluğuna gidilebilmesi için ağır kusur koşulu aranmaktayken 3444 S. Kanun'un getirdiği değişiklikle kusur koşulu aranmış ve basın özgürlüğü sınırlanmıştır. Böylece basın tarafından kişisel değerlere yapılacak olan saldırılara karşı, kişiler daha etkili bir korumadan yararlanmışlardır[299].

Yine, Basın Kanunu m. 19, 20 ve 21'de[300] basın özgürlüğünü sınırlamakta olan hükümler vardır.

Uluslararası hukukta ise, "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" m.19 "araştırmak, elde etmek ve yaymak" hakkı koruma altına alınmıştır. Yine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' m.10 basın yoluyla ifade özgürlüğünü düzenlemiştir[301].

A.Basın Özgürlüğü İle Kişilik Hakkının Çatışması

Basın özgürlüğünün sınırlarından biri de yukarıda söz edilen kanun maddelerinde de anlaşılacağı gibi, kişilik hakkıdır. Basın, kişilik hakkının sınırına kadar ilerleyebilecek ve bu sınır karşısında taşıdığı kamu yararına dayanarak ne kadar kişilik hakkı aleyhine ilerleyebileceğine cevap verilecektir. Başka bir ifadeyle kişilik hakkı ile basın özgürlüğü çatışmasında, hangi yararın üstün tutulacağı veya hangi yararın diğeri karşısında feda edileceği sonuca bağlanacaktır. Gerçekten bu durum yukarıda da belirttiğimiz gibi AY. m. 26/2'de "...başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile

---

[299] Ahmet Kılıçoğlu, "Medeni Kanunda Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik", Prof Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 105- 108; Tekinay, (Eleştiriler), s.55 vd.

[300] Basın Kanunu, T. 26.06.2004, S.5187, "m.19 - Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz.Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hakim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır. m.20 - Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz. m. 21 - Süreli yayınlarda; a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin, b) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların, On sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar bir milyar liradan yirmimilyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz."

[301] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı)s.172; Günay, s.138; Tüfek, s.53; Kocabaş, s.89.

hayatının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması amacıyla sınırlanabilir" belirtilmiştir. Ayrıca kişilik hakkını koruyan düzenlemelerden TMK . m. 24 ve TBK. m. 49, basın özgürlüğünün kişilik hakkı karşısında temel sınırını oluşturur[302].

Basın özgürlüğü ile kişilik hakkının çatışmasının nedeni ise basının faaliyetleri olarak gösterilebilir. Basının iki tür faaliyeti vardır. Bunlar kamuoyu için önem taşıyan konularda halkı bilgilendirme ve eleştiri yaparak kamuoyu oluşturmadır[303]. Şüphesiz ki basının bu faaliyetlerde bulunabilmesi için özgür olması gereklidir. Basın özgürlüğü sonucunda ise basının söz konusu faaliyetleri yerine getirmesi sırasında kişilerin özel yaşamlarına, şeref ve haysiyetlerine, görüntülerine yönelik saldırılarda bulunmasına sıkça rastlanılmaktadır[304]. Dolayısı ile kişinin sözünü ettiğimiz değerleriyle basın özgürlüğü çatışma halindedir ve bu çatışmanın çözümü basın özgürlüğünün, kişilik hakkı karşısındaki sınırıdır. Fakat bu sınır mutlak ve değişmez kurallarla çerçevelenemediği[305] için mutlak yargılarla basın özgürlüğünün hukuka uygunluğundan bahsetmek güçtür ve bu durum ayrıca bir incelemeyi gerektirir[306].

Hukukun eşdeğer iki kavramı bir arada koruması mümkün değildir. Bunlardan birine üstünlük tanınması zorunludur. Hangi yarara öncelik verileceği ise, basın faaliyetlerinin üstün kamusal yarar taşıması ve taşıdığı üstün kamusal yararın belirlenmesiyle açığa çıkacaktır[307]. Başka bir ifadeyle, çatışan yararların tartılması

---

[302] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 173- 179; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 120; Dural/Öğüz, s. 123; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161; Egger, Art. 28, Nr. 28; Özek, s. 141; Kocabaş, s. 94- 95; Serdar, s. 146.

[303] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 121; Helvacı, s. 115; Dural/Öğüz, s. 122; Hausherr/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.31; Honsell/Vogt/Geiser, s. 49- 50; Öztan, s. 130; Belli, s. 62- 64; Serdar, s. 139- 146; Erol Çetin, Basın Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara: 2004, s. 276- 433; Karahasan, (Manevi), s. 228-229.

[304] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı) s.169; Kocabaş, s.94; Helvacı, s.116; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s.161; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s.465; Bulut, s.157; Bülent Belli, Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırıdan Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınevi, Ankara: 2007, 62; Fikret İlkiz, "Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri", C.LXXIII, S.1-3, 1999, s. 49; Zeki Hafızoğulları, "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", AUHFD, C.XLVI, 1997, s.2 vd.

[305] HGK. T. 06.06.2001, E. 2001/ 4- 435, K. 2001/000471, "...Anayasa ve Yasaların güvencesi altında bulunan basın özgürlüğü ile kişiyi insan yapan kişilik haklarının çatışması halinde birinin diğerine önceden üstün tutularak sonuca ulaşılması mümkün değildir. Her olay, kendine özgü koşullar içerisinde değerlendirilerek, çözüme bağlanmalıdır...", Kocabaş, s. 98.

[306] Dural/Öğüz, s. 123; Kaneti, (Çatışan Değer), s. 153; Honsell/Vogt/Geiser, s. 49; Hausherr/ Aebi –Müller, Art. 28, Nr. 12.31; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 178; Belli, s. 67; Kocabaş, s. 95; Landwehr, s. 54- 56; Flückiger, s. 7- 14.

[307] HGK.T.14.02.2007, E.4-78/2007, K. 70/2007, "Basının özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği, diğer bir anlatımla, hukuk düzenince koruma altına alınan yararların birbirine karşı çatışma içinde bulundukları biçiminde bir görünümün var olduğu kanısı uyanmaktadır. Hâlbuki hukuk düzeninin, çatışan iki değeri aynı zamanda kuruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın ayrı arda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibariyle koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden

suretiyle bir sonuca ulaşılacaktır[308]. Eğer basın yayın organlarının faaliyetlerinde kamu yararının üstünlüğü yoksa kişisel değerlere yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Böylece kişilerin özel yaşamlarının haber konusu yapılması; kitap, gazete, radyo veya televizyon programı aracılığıyla eleştirilmesi, kişilerin görüntülerinin yayınlanması hukuka aykırı olacak ve kişisel değerlerini zedeleyecektir[309].

Kamusal yararın üstünlüğünün tespiti başka bir deyişle hukuka uygunluğu hakime aittir[310]. Hâkim bu belirlemeyi yaparken saldırıya uğrayan kişinin kişisel değerleriyle, basın özgürlüğünün amaçladığı değeri karşılaştırarak çatışan yararlar arasında TMK m.1'den yararlanarak bir denge kurmalıdır[311]. Basının, kişisel değerlerine müdahalesini, uygun bir amacı (Richtiger Zweck) gerçekleştirmek amacıyla uygun araç (Richtiges Mittel) kullanarak yapıp yapmadığına bakmalıdır. Bu konuda Yargıtay'ın oluşturduğu içtihatlar da incelendiğinde dört temel koşulun esas alındığı görülmektedir. Bu dört koşuldan ikisi gerçeklik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık uygun aracın[312] tespitinde önemlidir. Uygun amaç ise zaten kamu yararının gerçekleşmesidir. Bu nedenle kamusal yararın kişisel değere oranla üstünlüğünün tespitinde, yararların tartılmasında gidiş yolunu ikiye ayırarak belirleyeceğiz; öncelikle uygun amaç koşulunun varlığı araştırılacak daha sonra ise uygun amacın uygun araç vasıtasıyla mı gerçekleştirildiği incelenecektir. Başka bir ifadeyle kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla gerçek ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılığı olan haber veya eleştirilerle basın özgürlüğü kullanılacaktır. Güncellik koşulu ise, kamu yararının tespitine yardımcı olan ve kamu yararının içinde değerlendirilmesi gereken bir başka

---

birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt, kamu yararıdır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yarar gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özelliklelikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir". (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

[308] Dural/Öğüz, s. 123; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 170; Tandoğan, s. 18- 25; Egger, Art. 28, Nr. 28; Bilal Kartal, "Basın Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk", YD. S. 1-2, 1997, s. 120; Landwehr, s. 55- 56; Özel, s. 40.

[309] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.178- 179; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, s. 33; Hausheer/Aebi- Müller, s. Art. 28, Nr. 12.23; Öngören, s. 473; Çelebi, s. 271.

[310] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124; Dural/Öğüz, s, 126; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 461; Kartal, s. 120; Tüfek, s. 123.

[311] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 461; Dural/Öğüz, s. 124; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161; Kartal, s. 120.

[312] HGK, T. 12.05.2004; E. 2004/4- 253; K. 2004/270, Y. 4. HD. T. 23. 03. 2005, E.2005/4- 197, K. 2005/189, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

koşuldur. Ancak öğretide[313] güncellik koşulunun, uygun amacın içerisinde başlı başına, bir amaç gibi değerlendirildiği görülmektedir. Kanaatimizce güncelliğin amaç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü amaç yalnızca kamu yararının gerçekleşmesidir. Güncelliğin varlığı yalnızca kamu yararının gerçekleşmesini sağlayan bir ölçüt olmalıdır. Bu nedenle biz çalışmamızda, öğretiden farklı olarak güncelliği kamu yararının tespitini yaparken incelemeyi uygun buluyoruz.

B.Basın Özgürlüğünde Üstün Kamusal Yararın Tespiti

1.Uygun Amacın Tespiti

Kamu yararı, basının kendisine tanınan ayrıcalıktan yararlanmasının temel koşuludur[314]. Bu koşulun yokluğunda, kişilik hakkını ihlal eden basın açıklamasının uygun araç kullanılarak yapılmış olmasının bir önemi yoktur. Zira basın faaliyetleri toplumun faydası uğruna yapılmaktadır ve bunun sonucunda zedelenen değerleri, elde edilen fayda nedeniyle göz ardı edilmektedir. Ancak fayda sağlamadığı halde, basın özgürlüğü kılıf olarak kullanılamaz. Başka bir ifadeyle "düşüncelerin açıklaması özgürlüğünün amacı kişiliğe saldırının aracı olamaz"[315].

Kamu yararı haber niteliği taşıyan olayın ve/veya yapılan eleştirinin konusuyla ilgili olabileceği gibi, bizzat olayın süjesiyle de ilgili olabilir. Basın faaliyetinin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının tespiti için öğretide aşağıdaki ölçütlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[316].

- İlgili kişinin toplum içindeki yeri
- Haberin ve eleştirinin gerekliliği
- Haberin veya eleştirinin bilgi içermesi
- Haberin hedef Kitlesi

---

[313] Bkz., Kılıçoğlu, Mustafa, s. 184- 234; Tüfek, s. 118- 129.
[314] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 179; Kartal, s. 120; Özel, s. 55; Kocabaş, s. 94.Tüfek, s. 123- 125.
[315] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 178;
[316] Piere Tercier, Le Nouveau Droit de la personnalité, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s. 102, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124.

Bu nedenle konunun açıklanmasında biz de bu ölçütlerden faydalanacağız. Ancak haberin bilgi içermesi ve haberin gerekli olması ölçütlerini paralellikleri nedeniyle bir başlık altında toplayarak incelemeyi tercih ediyoruz.

a.Haberin ve Eleştirinin Gerekli Olması

aa.Haberin ve Eleştirinin İçerdiği Bilgi

Basın faaliyetlerinin kişilik hakkına müdahalesinin hukuka uygunluğu için haberin veya eleştirinin toplumu bilgilendirmesi ve/veya kamuoyunu yönlendirmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle haberin veya eleştirinin yapılması toplumun geleceği, refahı, düzeni için önem taşımalıdır. Çünkü toplumun bilgilenmesi ve bazı olayların basın yoluyla açıklanmasında kamu yararı vardır[317]. Yargıtay'ın vermiş olduğu yerinde bir kararda, "basın, kamuyu ilgilendiren olaylar hakkında bilgi verir, tüm politik, ekonomik, bilimsel, edebiyat ve sanat olayları hakkında kamuoyunun oluşmasını temin eder, toplumu ilgilendiren herhangi bir olayın pratik çözümünü temin için fikir açıklar, devlet yönetimi, özellikle kamu paralarının harcanmasında toplumu aydınlatır ve toplumdaki suistimalleri açıklar"[318] diyerek basın faaliyetlerinin kamu yararı taşıdığını ve bu amaca hizmet eden haber veya eleştirilerin gerekliliği üzerinde durmuştur.

Aslında haberin veya eleştirinin gerekli olmasından kasıt, içeriklerinin bilgi içermesi ve bu bilginin kamu yararına hizmet etmesidir. Bu durum öncelikle, haberin konusuyla ilgilidir. Yukarıda belirtildiği gibi, kişisel değerleri ihlal eden haberin, önemli bir sosyal olay olarak değerlendirilebilmesi için toplumsal ilgi uyandıran, kamuoyunu üzerinde düşünmeye sevk eden ve haber değeri taşıyan bir olayı konu edinmesi gerekmektedir[319]. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, toplumun ilgisini çeken her olayın haber niteliği taşıdığını söyleyemeyiz. Önemli olan toplumun ilgisinin haklı olmasıdır.

---

[317] Tercier, s. 102, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124; Kılıçoğlu, s. 185; Dural/Öğüz, s. 122; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161;Tüfek, s. 124; Kartal, s. 120; Mustafa Kılıçoğlu, s. 184; Hausherr/Aebi-Müller, Art. 28, Nr. 12.31; Honsell/Vogt/Geiser, s. 50.

[318] Y. 4. HD., T. 15.10.1981, E.1982/11527, K.1983/1087.(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

[319] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 217; Özek, s. 163- 164; Tercier, s. 102, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124; Kartal, s. 120;Tüfek, s. 124.

Örneğin, toplum birçok kişinin hayatına ilgi duyabilir; fakat sırf kişilerin merakının tatmini için o kişinin özel yaşamları haber yapılamaz ve bu bilgi haber niteliği taşımaz. Dolayısı ile toplumun, siyasi, düşünsel, sanatsal alanında etkisinden söz edemeyeceğimiz kişilerin, magazinsel olarak hayatlarının irdelenmesi toplumu bilgilendirmeye yönelik olmadığı için bu durumda gerekli ve hukuka uygun bir haberden bahsedemeyeceğiz[320]. Bununla birlikte kamu yararı dışında sübjektif amaçlarla, sansasyon, kin intikam, reyting gibi düşüncelerle yapılan açıklamalar hukuka aykırıdır. Bu tip yayınlar hukuka uygun olamaz[321].

Son olarak ise, haberin veya eleştirinin orantılı olması gerekmektedir. Şöyle ki, basın faaliyetinin kamu yararı amacıyla yapılması karşısında zedelenen kişisel değerler, gerektiğinden fazla zarara maruz kalmamalıdır. Başka bir ifadeyle, basın faaliyetinin ulaşmak istediği amacın başka yolla veya daha az bilgiyle elde edilebilmesi mümkünse, kişiliği daha az zedeleyen yola başvurulmalıdır. Aksi halde basın özgürlüğü korunamaz. Örneğin, bir tecavüz olayında, yalnızca olayın haber yapılması yeterlidir. Bunun yanında olayla ilgili kişilerin isimleri ve görüntülerinin haber konusu yapılmasının gereği yoktur[322].

bb.Güncellik

Haber ve/veya eleştirinin gerekliliğini belirleyecek diğer koşul ise, kamu yararı amacıyla verilen bilgilerin güncel olmasıdır. Aksi takdirde verilen bilgi ne kadar değerli olursa olsun güncelliğini yitirmişse; kamuoyunun bu bilgiyi elde etmede bir menfaati kalmayacak, yayın konusu kişilerin kişisel değerleri zedelenecektir[323]. Ancak güncellik denildiği zaman kısa sürede ortaya çıkan olaylardan söz edilmemektedir. Olayın sonuçlarının, haberin verildiği anda tazeliğini koruması güncelliğin göstergesidir.

---

[320] Dural/Öğüz, s. 122; Özek, s. 164; Tüfek, s. 124.
[321] Kılıçoğlu, s.170; Özel, s.55; Günay, s.153; Serdar, s.192; Çolak, s. 173.
[322] Dural/Öğüz, s. 126; Tandoğan, s. 19.
[323] Özek, s. 243; Tüfek, s. 126; Kocabaş, s. 112; Serdar, s. 189; Çolak, s. 176; Sırabaşı, s. 128; Y. 4. HD. T. 28.03.1996, E. 1996/2110, K. 1996/2393, "...Güncelliğini çoktan yitirmiş ve hatta unutulmuş bir olayı günün konusu yapmak suretiyle açık oturumda yapılan bu konuşmanın amacı davacıyı küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, ona kötü bir ortam hazırlamayı kabul etmek gerekir. Kaldı ki davacının çalıştığı Aski'ye ait işyerinde haksız surette hizmet sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle sendikal haklarının tespit ve tahsili için iş mahkemesinde açılan dava, davacının lehine sonuçlanmıştır. ..".

Güncelliğin korunması için gerekli olan süre, olayların önemine göre değişiklik gösterir. Olayın toplumu oluşturan kişiler için önemine göre, toplumun geleceğine yön vermesine göre güncelliği devam edecektir[324]. Ayrıca geçmişte kalmış bir olayın üzerinden uzun zaman geçtikten sonra yine açıklamalara konu olabilmesi için kamunun bu olayı öğrenmesinde yararının olması, haberin kamu yararı taşıması gereklidir[325].

Bununla beraber, toplumda önemli yeri olan kişilerin, özellikle siyasi parti liderleri ve üyeleri gibi, kişilerin toplumda ilgi uyandırmasına neden olan sıfatlarını etkileyen olaylar her zaman günceldir. Çünkü toplumu yönetmeye hak kazanmış olan bu kişilerin hayatları toplumun sağlıklı olarak yönetimi için önem taşımaktadır. Yine kişilerin geçmişte kalmış olan hayatlarındaki önemli olaylar kişiler kamuoyunu ilgilendirdikleri anda güncel olmaya başlar[326]. Bu nedenle kamuoyunun dikkatini çeken kişilerle ilgili haber ve eleştirilerde, ayrıca güncelliğin varlığının tespit edilmesine gerek yoktur. Kişilerin toplumda işgal ettikleri yerin, kamu yararı taşıyıp taşımadığının belirlenmesi yeterli olacaktır.

b.İlgili Kişinin Toplum İçindeki Yeri

Kişilerin gerek mesleki hayatları gerekse toplumda üstlendiği konum nedeniyle haklarında haber yapılması ya da eleştiri yapılması kamu yararı taşımaktadır. Bu durumda, olayın kendisi değil, süjesinin toplum içindeki konumu nedeniyle yapılan basın faaliyetleri kamu yararı taşır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişilerin toplumdaki yerleri nedeniyle, onlarla ilgili haberler veya eleştiriler hem kamuyu ilgilendirir hem de kişiler toplum içindeki konumlarını korudukları sürece günceldir. Fakat söz konusu kişiler hakkında yapılan haberlerin ne zaman bu kişilerin kişisel değerlerinden üstün olduğu, yani hukuka uygun olduğu üzerinde dikkatle düşünülmesi gereken bir konudur.

---

[324] Özek, s. 164- 165; Kartal, s. 121; Kılıçoğlu, Musatafa, s. 215; Kocabaş, s. 112; Serdar, s. 189; Tüfek, s. 126- 127; Sırabaşı, s. 129; Çolak, s. 176

[325] Çolak, s. 176; Çetin, s. 383; Y. 4. HD. T. 26. 01. 1989, E/6431, K. 424, "...Dava kişiliğe bağlı hakların yayın suretiyle haleldar edilmesinden doğan manevi tazminat isteğidir. Yeni gündem Dergisi'nin nisan 1987 günlü 57. Sayısında Mustafa Sönmez imzasıyla yayınlamış bulunan bir yazı ve davacının fotoğrafı kapak resmi yapılıp üzerine başlık olarak (on bir yıl ağır hapsi istendi. Nasıl kurtuldu?) atılmak suretiyle davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ileri sürülmüştür...Gerçekten, güncel olmayan bir olayın aktarılmasında, kamu yararı bulunmaz. Çünkü unutulmuş hazırlanmasında yarar görülmeyen geçmişteki bir takım davranışların gündeme getirilmesinde böyle bir yarar düşünülemez".

[326] Kılıçoğlu, s. 240 241;Tüfek, s. 127; Mustafa Kılıçoğlu, s. 215.

Gerçekten siyasiler, sanatçılar, toplum tarafından tanınan kişiler haklarında yapılan haberlere ve/veya eleştirilere diğer kişilere oranla daha çok katlanmak zorundadır. Dolayısı ile kamunun yararı karşısında kişisel yarar geri planda kalacaktır[327].

Kişilerin toplum içindeki yeri öğretide[328] ve uygulamada[329] kamuoyunun dikkatini çeken kişiler ve sade kişiler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamızda bu ayırıma uygun şekilde üstün yararın tespitini yapmaya çalışacağız.

aa.Kamuoyunun Dikkatini Çeken Kimseler

Basın faaliyetlerinin kamu yararına yönelik bilgiler veya eleştiriler içermesinde, kişilerin toplumdaki yerlerinin, üstlendikleri görevlerin önemi büyüktür. Sosyal, siyasal veya mesleki uğraşları nedeniyle, sürekli olarak toplumun dikkatini çeken, bu nedenle

---

[327]Tercier, s. 102, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124; Dural/Öğüz,s 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 164; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 239- 245; Hausherr/Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.35; Amstutz/ Breitschmid/Furrer/Girsberger/Huguenin/Müller- Chen/Roberto/Rumo- Jungo/Schnyder, s. 49; Serdar, s. 183-184;Tandoğan, , s. 30- 34; Esat Şener, Kişinin Hukuku Dernekler ve Vakıflar, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2007, s. 95, YD. 4. HD. T. 28.11.1974, E. 1974/10763, E. 1974/16320, "Sanatkâr, politikacı, devlet adamı gibi nitelikli kişilerin görevleri yönünden özel yaşamlarının dokunulmaz ve gizli olmaları, öbür yurttaşlara göre sınırlıdır. Özel yaşamın gerçek dışı hikayelerle süslenmesi ya da kişilerin gülünç duruma düşürülmesi, vakar ve haysiyete, iffette saldırıda bulunması, hukuka aykırıdır.".

[328] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.229; Serdar, s.182; Özel, s.48; Dural/ Öğüz, s.129- 137; Özsunay, s.150; Ersan Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1996, s.237; Ataay, s.132.

[329] Y. HGK. T.28.12.2005, E.2005/4-747, K.2005/777,"...davacı ve davalının kamuoyunda siyasi kişilikleri ile tanınan, kamuya mal olmuş kişiler olmaları nedeniyle eylem ve işlemlerinden dolayı başkaları tarafından eleştiri sınırları dahilinde kalmak koşuluyla eleştirilmelerinin normal olduğu, bu kişilerin ağır da olsa bu eleştirilere katlanmaları gerektiği; diğer davalının görevi gereği basın toplantısında yapılan konuşmaları metin haline getirerek, diğer basın organlarına haber olarak dağıttığı, her iki davalının eylemlerinin davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları);Y. 4.HD. T.06.10.2004, E.2004/7823, K.2004/1060,"TBMM Türk-Libya dostluk grubunun Libya gezisi sırasında, gruba başkanlık yaptığı halde, kimseye haber vermeden ayrılarak iş takibinde bulunmaya gitmiş olması yüzünden grup ve büyükelçi ile tartışmaya girmiş, bu eylemi basın tarafından skandal olarak değerlendirilmiştir.Dava konusu haber/yazılarda, haber konusu yapılan olaylardaki davacının davranış biçimleri açıklanmış ve eleştiri konusu yapılmıştır.Davacı milletvekili olup, toplumu yönetme iddiasında olan bir siyasetçidir. Siyasi bir kişinin eylemlerinin topluma duyurulmasında, hem siyasetçi açısından, hem de kamuoyu açısından yararlar vardır. Basının, kamuya haber ulaştırması, kamuyu bilgilendirmesi, kamuoyu oluşturması yüklendiği görevin gereği olduğu kadar hakkıdır da. Bunun ötesinde, olayların ve eylemlerin nitelik ve özellikleri, toplumu ilgilendirme derecesi, haberin veriliş biçimini belirler.Davalı, yazısını tarihsel bir olayı hatırlatarak bitirmiştir. Bevval olayını anlatarak, davacının toplum belleğinde kalmak istediğini belirterek çarpıcı bir örnek vermiştir. Yoksa davacıya bevval (zemzem kuyusuna işeyen) demek istemiş değildir.Haber/yazının hukuka aykırılığı, muhatabında yarattığı etkiye göre değil, kamu yararı taşıyıp taşımadığı, eleştirinin haber konusu olay ve davranışların elverdiği sertlikte olup olmadığı yönlerinden belirlenir. Dava konusu yazı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sert olmakla birlikte eleştiri sınırları içinde kaldığı siyasi ve topluma mal olmuş bir kişi olan davacının kendisine yönelik sert eleştirilere de katlanması gerektiğinden, davacının davasının reddine karar verilmelidir. Açıklanan nedenlerle kararın bozulmasına karar verilmesi gerekirken, onanmasına karar verildiğinden, davalı vekilinin karar düzeltme istemi HUMK.nun 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılarak yukarıda gösterilen nedenlerle karar bozulmalıdır." (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

toplumun haklarında bilgi sahibi olmak istedikleri kişiler, kamuoyunun dikkatini çeken kişilerdir. Kamuoyunun dikkatini çeken kişiler hayatlarının tamamında toplumun ilgisini üzerinde tutabilecekleri gibi belirli bir olay nedeniyle geçici olarak toplumun ilgisini üzerinde tutabilirler. Sözünü ettiğimiz iki durumda da kişilerin basın açıklamalarının konusu olmaları ve kişilik haklarının zedelenmesinin koşulları değişkenlik göstermektedir. Kamuoyunun ilgisini sürekli çeken kişiler haklarında yapılan haberlere daha hoşgörülü yaklaşmaları gerekirken, kamuoyunun ilgisini geçici olarak çeken kişiler ancak söz konusu olayla ve kısıtlı süreyle sınırlı olarak basın açıklamalarına katlanmak zorundadırlar[330].

aaa.Kamuoyunun Sürekli Olarak Dikkatini Çeken Kişiler

Kamuoyunun sürekli dikkatini çeken kişiler herhangi bir nedenle kamuoyunu meşgul eden, kamuoyunun ilgisini üzerinde toplayan ve bu nedenle hakkında haber ve bilgi toplanması gerekliliği duyulan kişilerdir[331]. Devlet adamları, milletvekilleri, diplomatlar, ünlü yazarlar, sporcular, gazeteciler, sanatçılar, bilim adamları kamuoyunun dikkatini çeken kişilerdir[332]. Toplum bu kişilerin özel yaşamaları, meslek yaşamları gibi kendilerine özgü alanları sade kişilere oranla daha fazla bilmek ister ve bu nedenle bu alanlar daha fazla müdahale görmektedir ve daha çok kamu yararı vardır.

Kamuya mal olmuş bir kişinin hakkında yapılan yayınlar kamunun yararının üstünlüğü nedeniyle hukuka uygundur. Gerçekten kamuyu ilgilendiren bu kişiler hakkında yapılan haberler, eleştiriler de kamu yararının varlığı söz konusudur. Ancak unutulmamalıdır ki, bu kişiler hakkında yapılan tüm yayınlar hukuka uygun olamamaktadır. Kamu yararının varlığı, toplumun bu kişilere gösterdiği ilgiyle orantılı şekilde olduğu sürece yapılan haberler ve eleştiriler hukuka uygun olacaktır[333]. Fakat

---

[330] Dural/Öğüz, s. 125; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 227- 254;Tandoğan, s.31- 33; Özsunay, s. 146- 147; Özek, s. 263; Tekinay, s. 264- 265; Kocabaş, s. 118-120; Serdar, s. 183.

[331] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 230; Şen, s.237; Özel, Sibel, s.51; Serdar, s.182.

[332]Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 230; Şen, s.237; Özel, Sibel s.51; Serdar, s.182; Özsunay, s.151; Oğuzman/Öz, s.489.

[333] Serdar, s.185. Kılıçoğlu, ,(Basın Yoluyla Saldırı), s.117; Özel, s.40; Özcan Atalay, "Yargıda Kişilik Hakları ve Basın", İBD, C.LXXI, S.4-5-6, 1997, s. 332, 15. Asliye H. M. T. 28. 01. 1997, E. 1996/883, K. 1997/ 58, "Davacı vekili dilekçesinde; müvekkillerinin Başbakan olduğu sırada davalı gazetenin 05.04.1995 tarihli sayının 5. Sayfasında davalılardan E. Ç.'nin 5 Nisan kararlarının bir yıllık değerlendirilmesini yaparken başlık olarak "Hırsızlık ve T." Biçiminde başlık kullandığını, değerlendirme yaparken, eski Cumhurbaşkanı T.Ö., TRT Genel Müdürü, Ziraat Bankası ile İlgili konulara değindiğini, müvekkilinin de ismini kullanarak suçlamalarda bulunduğunu hırsızlık ile müvekkili arasında bağlantı kurmaya yönelik değerlendirmeler yaptığını, yazıda "Özellikle Ç. Ailesine yakın olan

bu davranışlarda kamuyu aydınlatma görevi dışına taşılması, kişiyi incitici, küçük düşürücü ifadeler kullanılması, davranışın hukuka aykırı olmasına neden olur[334]. Yapılan eleştiriler ve haberlerde tarafsızlık da hukuka uygunluk için gereklidir. Tüm değer yargılarından uzak, pembe veya siyah gözlükler takmaksızın yapılan eleştiriler basın özgürlüğünden yararlanmalıdır[335].

Meslek hayatları ile kamuoyunu ilgilendiren kişiler sadece meslek hayatları ile gündeme gelebilirler. Çünkü bu kişilerin meslek hayatlarının toplum açısından önemi vardır ve kişinin kamuya açıldığı oranda ve çerçevede haklarında toplumun bilgi sahibi olmaya hakları vardır. Aksi halde, özel hayatlarının haber yapılması hukuka uygun olamayacaktır[336]. Özel hayatlarının öğrenilmesi kamusal bir yarar teşkil etmeğinden hala kişinin özel hayatı korunmaya değer bir yarardır. Ancak özel hayatları, meslek hayatlarını yakından ilgilendiriyorsa özel hayatları da haber niteliği taşıyabilir[337].

---

belli uyanıklara önceden haber sızdırıldığını bunların döviz topladığı ve 5 Nisan kararlarından hemen sonra köşeyi döndükleri hususunun kamu oyuna yansıdığı", "T. Ç. Şudur budur dünyadan haberi yoktur bilgi ve kültürden yoksundur, ekonomi profesörü olmasına karşın ekonomiyi bilmez falan, filan...çünkü ikisi de aynı yolun yolcusu, şunu da söylemek istiyorum...T. O makama kaderin cilvesi ile gelmiş bir garip kuldur, yapması gereken bir tek şey varken onu da yapmamıştır. Nedir o? Yolsuzlukların hırsızlıkların üzerine gitmek işte yapmamıştır. Niçin yapmamıştır? Gayet basit... Çünkü kendisi inanılmaz servetinin kökeni karanlıktır. Biçiminde sözler kullanıldığını yazarın değişik tarihleri yazılarında buna benzer değerlendirmeler yatığını belirtip değişik tarihli yazılardan da harekete yönelik olduğu iddia edilen sözleri saymak suretiyle müvekkillerinin kişilik haklarına doğrudan saldırı yapıldığını bu nedenle dilekçede yazılı 10.000.000.000. TL manevi tazminatın faizi ile birlikte davalılardan alınmasını dava etmiş...Siyasal yaşamda görev yapmak bu görevin gerektiği sorumlulukları ve sonuçlarda kabul etmeyi gerektirir. Siyasi kişileri eleştirmek ve onlarla ilgili sürekli haberler vermek basın için sadece bir hak değil aynı zamanda bir görevdir. Davada konusu edilen yazıda davalı yazarın ülkenin içinde bulunduğu toplumsal ve ekonomik sorunları ele alarak özellikle davacının Başbakan olarak yaptıklarını ve eylemlerini, yapılması gerekip yapmadıklarını örnek vererek haber ve eleştiri konusu yapmıştır. Özellikle davacının Başbakan olmadan önceki politikaya girişinden itibaren topluma söylediği sözler ile vaad ettiği konuları da ele alarak Başbakanlığı döneminde bu alanlarda bir şey yapmadığı, ekonomik alandaki başarısızlıklarını konu aldığı ve eleştirilerini yaptığı açıktır. Yargıtay bozmasında da belirtildiği gibi ülkenin ve toplumun içinde bulunduğu koşulların ve yaşanan olayların olumsuzluğu, sistemdeki tıkanma, başta politikacılar olmak üzere herkesin üzerinde birleştiği bir tablonun derin çizgileridir. Bu yüzden hem kişinin üstlendiği görevin hem de işin konunun toplumdaki önem ve mahiyetine göre yapılacak eleştiriler çoğalacağı gibi öz ile biçim dengesinin kurulduğunu kabul etmek ve davacının davasının reddine karar vermek gerekmiştir".

[334] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 125; Dural/Öğüz, s. 125;Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), 282; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 164; Özek, s. 203; Serdar, s. 185.

[335] İsmet, Giritli, "Çağdaş Gazeteciliğin Bazı Sorunları", Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'a Armağan, s.303 vd; Ömer, Teoman, "Kitle Haberleşme Hukukuna İlişkin İki Özel Hukuk Sorunu", İUHFM, C.XLIV, S.1-4, 1997, s.276- 80.

[336] Dural/Öğüz, s. 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 164; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 239;Tandoğan, s.33; Serdar, s.182- 184; Hafızoğulları, (İnsan Hakkı), s. 8- 10; Şen, s.217.

[337] Y. HGK. T.15.05.2002, E.2002/4-413, K.2002/408, " Davaya konu edilen yazı "Merve'ye rakı sofrası hazırlatacak" başlığı altında verilmiş ve üst kısmında da davacıların nikah törenindeki resimleri yayınlanmıştır. Resim altındaki başlıkta davacı Merve K... amaçlanarak "akşamcı olduğunu biliyormuş" daha alt yazıda da "Merve K... Bekir Y... tanıştıktan sonra içki içtiğini öğrendi. Merve içmeyi seven Bekir Y... evlenmekte bir sakınca görmedi" yazısı bulunmaktadır.Ana başlık altında ise davacı Bekir Y... için "akşamcı olduğu ortaya çıkan Bekir Y...'ı tanıyanlar o iyi bir akşamcıdır, rakıya bayılır Merve hanımın işi zor, kendisi içmese bile kocasına her akşam rakı sofrası hazırlayacak dediler" biçiminde değerlendirme yapılmıştır. Yine devamla davacı Bekir Y...'ın daha önceki evliliklerini yemekli içkili yaptığını bu nedenle Bekir'in Merve ile içkisiz bir yemekle dünya evine girmesine üzülmüş olabileceği yer almıştır. Davacılardan Merve K...'nın yapılan genel seçimler sonunda milletvekili olarak seçildiği

Örneğin; politikacının yasa dışı örgüt üyeliği, sabıkası olduğu, göreviyle bağdaşmayan dernek üyeliği kişinin özel hayatıyla ilgili olsa da meslek hayatıyla bağlantılı olduğu için haber yapılabilir[338]. Dolayısı ile kişilik hakkı karşısında yine kamusal yarar daha önemli sayılacaktır

bbb.Kamuoyunun Geçici Olarak Dikkatini Çeken Kişiler

Kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişiler, kamuoyunu geçici olarak meşgul eden bir olay nedeniyle toplumun ilgisini üstüne çekmişlerdir. Söz konusu olay yaşanmamış olmasaydı kişilerin kişisel değerlerine müdahale mümkün olamazdı. Çünkü kişiler normal şartlarda sade kişilerdir. Ancak söz konusu olayın yaşanması ile bu kişiler kamuoyunun dikkatini, geçici bir süreyle ve sadece yaşanan olayla sınırlı olarak çekmektedir[339]. Yapılan açıklamalar söz konusu olayın açıklığa kavuşturulmasını sağlayan ve olayla bağlılık içinde olan açıklamalardır. Ayrıca kamuoyunun ilgisini

---

ancak meclise başörtüsü ile katılmasındaki ısrarı ile milletvekilliğinin düşürüldüğü bilinen bir olgudur. Yine adı geçen davacının bu tür davranışının Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ikinci maddesinde yer alan devletin laik olduğu ilkesi ile bağdaşmadığı da bilinmektedir. Ayrıca kamusal görevi taşıyan kişilerin belli ve çağdaş bir kıyafete uygun giyinmeleri o kurumun kendi iç düzenlemesi ve genel bir davranış biçimi olarak yerleşmiştir. Davacının tüm bu yazılı ve yerleşmiş olan ilkelere karşın dini inançlarını öne sürmek suretiyle böyle bir giyim biçiminde ısrarlı davranması devletin laik yapısıyla bağdaşmamış olması sonucu eleştirildiği sonuçta milletvekilliğinin düşürüldüğü bilinmektedir. Bu yön davacının inanç ve siyasi kişiliğini ilgilendirir, bu bakımdan da davacının bu şekilde davranışının ağır biçimde eleştirilmesinde kamunun yararı bulunmaktadır. Bu eleştiri kamu yararının var olduğu çizgiye kadar hukuka uygunluk teşkil eder. Bu çizginin aşılması durumunda yapılan yayın ve eleştiri kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Bu çizginin belirlenmesindeki ölçü az yukarıda ifade edildiği üzere kamunun yararıdır. İşte davacı Merve K...'nın kamuya mal olmuş bu davranış biçiminin bir sonucu olarak bu inanç ve davranış biçimini bir yaşam olarak kabul eden kişinin içki içen birisi ile evlenmesinin hoş karşılanmayacağı varsayımından hareketle yayın yapılmıştır. Ne var ki yayın bu hoş karşılamamakla yetinmeyip her iki davacının da özel yaşamlarını geçmişteki davranışlarını dile getirmiştir. Kişinin özel yaşamı ve ailesi onun sosyal kişilik değerlerini oluşturur. ...Somut olayda davacılar için kamu yararının olmamasına karşın davacıların evlilik resimleri yayınlanmak suretiyle davacı Bekir Y...'ın akşamcı olduğunu davacı Merve'nin esinin bu tür davranışını benimsemese dahi her gün içkili sofra hazırlamak zorunda kalacağını belirtmiş ve dava Bekir Y...'ın da böyle içkisiz bir düğün yapmaktan üzüldüğü belirtilmiştir. Böylece yukarıda belirtildiği üzere kişinin özel yaşamı ile ilgili olarak yapılan açıklamalar ve davaya konu edilen yayın ile davacılardan Merve K...'nın siyasi konumuna ilişkin tüm olgular birlikte değerlendirildiğinde kamu yararı bulunmayan ve tamamen davacıların özel yaşamlarını ilgilendiren bir konuda yayın yapıldığı bunun sonucunda da davacıların kişilik değerlerine saldırı da bulunulduğu kabul edilmek gerekir. Şu durumda mahkemece davacıların kişilik değerlerine saldırının varlığı kabul edilmeli ve takdir edilecek manevi tazminata hükmedilmek gerekir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Davalılar, haberin hukuka uygun olduğunu, davanın reddini savunmuşlar; yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay Hukuk. Genel Kurulu davacı Merve K..., milletvekili seçilmiş ve taktığı türban nedeniyle tartışmalara konu olmuş, herkesçe bilinen ve tanınan bir politikacıdır. Tanınmış kişilerin davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar bulunmaktadır. Toplum bu sayede siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ilerde ona göre davranacaktır. Olayda, davacıların davranışları kamuoyuna yansıtılırken aynı zamanda eleştirilmiş olup konu ile ifade arasında da düşünsel bağ bulunmaktadır. Haberde; suçlayıcı, küçültücü, kamuoyunu yanıltıcı sözlere yer verilmemiş olup, basının "haber verme hakkı" sınırları içinde kalınmıştır. Bu durumda hukuka aykırılıktan ve kişilik haklarına saldırıda bulunulduğundan söz edilemez. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

[338]Kılıçoğlu,(Basın Yoluyla Saldırı), s.231; Tandoğan, s. 33; Serdar, s. 184.

[339]Kılıçoğlu,(Basın Yoluyla Saldırı),s.239; Özel, s.52; Serdar, s.187.

çeken olay olduğu sürece kişiler basın açıklamalarının konusu olabilirler. Güncelliğini kaybeden bir olay tekrar başka bir olay nedeniyle veya başka bir nedenle güncel olursa basın açıklamasının konusu olabilir. Örneğin kişinin tekrar bir cinayetin faili olması nedeniyle hakkında haber yapılması mümkündür[340].

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişilerle ilgili olarak toplumun merakı, söz konusu olay ile ilgilidir. Bu nedenle kişiyi toplumun ilgi odağı haline getiren olayla alakalı yapılan haberlere karşı, hukuka aykırılık iddiasında bulunulamaz. Kişinin kişisel değerleri bu konuyla sınırlı kalmak kaydıyla kamunun yararı karşısında gerilemektedir[341].

bb.Sade Kişiler

Sade kişiler toplumun ilgisini ne geçici bir olayla ne de yaşantıları, meslekleri veya toplumdaki konumlarıyla çekerler. Bu nedenle sade kişiler hakkında yapılacak basın açıklamalarında kamu yararı bulunmamaktadır. Dolayısı ile kamu yararı olmadığı için üstün yarar yoktur ve yapılan açıklamalar hukuka aykırıdır. Kişilerin kişisel değerleri korunmaktadır. Basın açıklamaları kişisel değerlere müdahalede edemez. Fakat yapılan yayınlarda kişilerin ayrıntı olarak yer almaları mümkündür. Örneğin, siyasi bir liderle yapılan röportaj sırasında olay yerinden birinin geçmesi halinde, bu kişi ayrıntı olduğu için hukuka aykırılık yoktur[342].

---

[340]Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı),s.254; Serdar, s.188.

[341] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 252- 253; Serdar, s. 187.

[342] Kılıçoğlu, s.255; Dönmezer, s.307; Serdar, s.188, Alper Gümüş, "Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkı", KUHFD, Y. 1, S. 1 Kasım, 1997, s. 363 vd..Y.4. HD. T.27.06.2006, E. 2005/6753, K.2006/7795, "Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün özel hukuk alanındaki sınırlaması, MK 24 ve BK 49. maddeleridir. Basının haber verme görevini yerine getirirken kullanacağı bu hakkın özel hukuk alanındaki sınırı; gerçeklik, güncellik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile belirlenmiştir. Haber verme hakkı bu sınırlar içinde kullanıldığı sürece hukuka uygundur. Böyle bir sonuca varılırken diğer olguların yanında ve özellikle kamu yararına yönelik basın açıklamaları bakımından kişilerin toplum içindeki konumları önem taşımaktadır. Eğer kişi, anonim kişilerden değil de konumu ve işinin bir sonucu olarak kamuoyunun dikkatini çekiyorsa, basının onun hakkında normal kişilerden farklı ve bu kişinin konumuna uygun olacak biçimde açıklamalar yapması doğaldır" (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları); Çetin, s.390, Y. 4. HD.T.27.04.1995, "Davalılardan E. E.'un sorumlu yazı işleri müdürü olduğu H... Gazetesinin 12.04.1993 günlü İstanbul ekinde yazan Y, Ç'nin köşesinde emekli öğretmen olan ve herhangi bir özelliği ile de toplumun dikkatini üzerine çekmemiş bulunan davacının göğüs protezi kullandığı ve protezin bedelinin emekli sandığınca ödenmesinde de kayırıldığı yolunda bir yazı yayınlanmıştır. İnceleme konusu işte, davacı emekli öğretmen olup yukarıda açıklandığı gibi bir niteliği yoktur. O nedenle davacının göğüs protezi olup olmaması toplumsal ilgi dışında kalır ve bu şekilde yapılmış olan yayının ve içeriğinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde kabul edilip, uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı nedenlerle isteğin reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir."; Y. 4. HD. T.30.04.1990, E. 3342, K.3591, "Davalılardan S. B.'nin muhabiri olduğu öteki davalı V...Holding A.Ş.'ne ait gazetede, kamu görevlisi olmayan ve

c.Haberin Hedef Kitlesi

Kamu yararının tespitinde son bir ölçüt ise haberin hedef kitlesidir. Hedef kitlesinden, bir kişi veya küçük bir kişi grubu değil, az veya çok geniş bir topluluğu anlaşılır[343]. Buna göre haber veya eleştirinin kamu yararı taşıması ya da üstün amaç nedeniyle kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka uygunluğunu belirleyen toplumun değer yargılarıdır. Çünkü toplumun değer yargıları, basın faaliyeti karşısında kişisel değerlerin zedelenmesinin derecesini belirleyecektir. Dolayısı ile yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, bu durum saldırının orantılılığına etki edecektir. Gerçekten BK. m. 20-21 bu oranı dikkate alarak ya da başka bir ifadeyle toplumun değer yargılarını göz önünde bulundurarak düzenlenmiştir. Buna göre, aralarında evlenme engeli bulunan kişiler arasında ve küçüklere yönelik cinsel saldırılar ve intihar olayları ilgili yapılan haberler kişilerin kimlikleri belirtilmeden yapılmalıdır. Aksi takdirde yapılan haber sonucunda ulaşılmak istenen kamusal yarar amacına karşılık söz konusu kişilerin uğrayacakları zarar, toplumun değer yargıları nedeniyle çok daha ağır olacaktır[344].

2.Uygun Aracın Tespiti

Üstün kamusal yararın tespitinde ikinci aşama uygun aracın kullanılıp kullanılmadığıdır. Hukuka uygunluk için hem uygun amaç hem de uygun araç bir arada bulunmalıdır. Açıklamaları yaparken de göreceğimiz gibi, aslında söz konusu araçlar üstün amacın gerçekleşmesine hizmet etmekte ve üstün amaçla ilintilidir. Dolayısı ile HGK kararlarında yer alan, "...yayın, salt toplumun çıkarı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, ifade biçiminin yanlış olarak aktarılmasına neden olmamalıdır..."[345]görüşünün benimsenmesi mümkün değildir. Çünkü bu görüşün

---

toplumun herhangi bir özelliği ile dikkatini üzerine çekmemiş bulunan davacı için sevgilisiyle polisten kaçtığı yolunda bir yazı yayınlanmıştır. Öncelikle politika, spor ve sanat adamlarının ortak alanına giren olaylarını basın yolu ile açıklamak kural olarak özel hayatın açıklanması, kişilik haklarına saldırı sayılamaz. Davacının böyle bir niteliği yoktur. O nedenle sevgilisi olup olmadığı toplumsal ilgi dışında kaldığı için bu yolda yapılan yayın için belirtilen davalılar hakkında açılan dava reddedilemez."(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

[343] Tercier, s. 102, naklen, Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 183.

[344] Dural/Öğüz, s. 126; Çolak, s. 178, "Yayınların yapıldığı toplumun kabulleri, demokratik gelişmişlik düzeyi, ifade özgürlüğünün durumu, ülkede var olan siyasi sorunlar, yayının zamanlaması, yayının hedef kitlesi, yayına katılan kişinin durumu ve benzeri ayrıntılar dikkate alınarak yayının ölçülü yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekir".

[345] HGK. T. 25.06.2008, E.2008/4- 445, K.2008/450; HGK.,T. 19.03.2008, E.2008/ 4- 263, K.2008/262; HGK. T.26.03.2008, E.2008/4- 295, K.2008/270.

kabulü halinde, kamu yararının varlığı gerekçe gösterilerek, kişilerin kişisel değerlerine müdahale edilmesi kolaylıkla hukuka uygun hale gelecektir. Ancak kişilik hakkı üzerinde kolaylıkla tasarruf edinilebilen bir hak değildir. Bu nedenle uygun araçların da varlığıyla üstün kamusal yarardan söz edinilebilecektir[346]

Uygun aracın ne olduğu ise öğretide[347] gerçeklik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık olarak belirlenmiştir. Bu nedenle üstün kamusal yararın tespitini yaparken, ikinci olarak uygun aracın kullanılıp kullanılmadığını, söz konusu kavramları inceleyerek belirleyeceğiz.

a.Gerçeklik

Basının özgürlüğünden söz edebilmemiz için yukarıda da değindiğimiz gibi, basının yaptığı faaliyetlerin mutlaka gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Gerçeğe aykırılık halinde kamu yararının varlığı yetersiz kalmakta ve hukuka uygunluk söz konusu olmamaktadır. Dolayısı ile hukuki ve cezai sorumluluk söz konusu olmaktadır[348].

Gerçeklik kavramından anlamamız gereken kesin bir gerçeklik değildir. Orta düzeyde bir kişinin açıklamanın yapıldığı anda olayın beliriş biçimine verdiği anlam esas alınmalı ve basın açıklamasını yapan kişinin gerçeği araştırma konusunda kendisine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılmalıdır[349]. Zira söz edilen anlamda gerçeğe uygun bir açıklama kamunun yararına hitap edecektir. Gerçek dışı bir açıklamayla kamuoyunun dikkatini çeken bir kişi hakkında haber yapılması ve kişinin özel yaşamı veya şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi hukuka uygun

---

[346] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 178; Kocabaş, s. 115.

[347] Kılıçoğlu,(Basın Yoluyla Saldırı), s. 256- 289; Tüfek ise, uygun aracın kamu yararı ve güncellik olduğunu, uygun aracın ise gerçeklik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık olduğunu belirtmiştir, s. 122- 131.

[348] Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s.257; Kocabaş, s.102; Dural/Öğüz, s.121-122; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.162; Hausherr/Aebi- Müller, Art. 28, Nr. 12.31; Amstutz/ Breitschmid/ Furrer/ Girsberger/ Huguenin/Müller- Chen/ Roberto/ Rumo- Jungo/ Schnyder, s. 49; Serdar, s.147; Tüfek, s.127; Bulut, s.163; Çolak, s.175; Kaneti(Çatışan Değerler), s.153; Özsunay, s.131; Kartal, s.121.

[349] Kılıçoğlu, s.262- 267, Şayet kişi bu konuda yeterince özenli davranmamışsa kişinin sorumluluğuna gidilebilecek, hiçbir kusuru olmadığı halde ise yalnızca kusuru gerektiren davalar dışındaki dava yollarına başvurulunabilecektir ; Kocabaş, s.104; Sırabaşı, s.124; Serdar, s.147; Y.HGK. T.14.02.2007, E.2007/4-78, K.2007/70, (Sinerji Mevzua ve İçtihat Programı).

olamaz. Bu nedenle kamunun bilgi alma hakkı ile kişinin kişisel değerleri arasında var olan çatışmada kamunun üstün yararından bahsedilemez.

Gerçeklik koşulu basının diğer bir işlevi olan eleştiride de dikkate alınmalıdır. Ancak önemle belirtmeliyiz ki eleştiri görevi bir düşünce açıklaması şeklinde yerine getirildiği için basının bilgi vermesi sırasında aranan gerçeklik koşulundan farklı algılanmalıdır. Eleştiride bulunan kişinin sübjektif görüşlerinin aktarılması, başka bir ifadeyle ana açıklama dışında bazı detaylar verilmesi söz konusudur. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken nokta, eleştirinin temelinin gerçek bir olaya dayanmasıdır. Buna rağmen yan noktalarda aşma ve yanlış değerlendirme olması eleştirinin gerçekliğine etki etmeyebilir. Yeter ki yanlış değerlendirme ana olguyu değiştirmesin veya başka bir kanı uyandırmasın[350].

b.Konu İle İfade Arasında Düşünsel Bağ

Basın açıklamasının kamu yararı gütmesi, gerçek olmasının yanında basın açıklamasında kullanılan ifadelerin de konuyla uyum içinde olmasına bağlıdır. Yani haber veya eleştirinin konusu olan olayı aktarırken söz konusu olayın içeriğinin, basın açıklamasının ifade ediliş biçimine uygunluğu aranmaktadır. Kısacası, uygun amaçta aranılan orantılılığa paralel olarak kullanılan aracın da orantılılığı aranmaktadır[351].

---

[350] Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 124- 125; Kılıçoğlu, (Basın Yoluyla Saldırı), s. 262; Kartal, s. 121.Kocabaş, s. 106-107; Özel, s. 55.

[351] Kılıçoğlu, s.282; Kocabaş, s.125; Serdar, s.192; Bulut, s.165; Çolak, s.176; Özel, s.55, Sırabaşı, 130;HGK. T.27.11.2002, E.1005/1016, " ...Dava konusu edilen yayının büyük bölümü davacının yürütücülüğünde hazırlanan raporun eleştirilmesi niteliğinde olmakla birlikte yayında kullanılan "bu rapordan tuvalet kağıdı bile olmaz" şeklindeki ifade ile, eleştiri sınırları aşılarak öz ve biçim arasındaki denge bozulmuş, hukuka aykırılık oluşmuştur. Yayında kullanılan bu sözler başlı başına kişilik haklarına ağır ve haksız bir saldırı oluşturduğundan manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu nedenle, Özel Dairenin "yayında kullanılan rapordan tuvalet kağıdı bile olamayacağı deyiminin rapordaki verilerin yanlış olması nedeniyle ağır sonuçlar doğurmasından kaynaklandığı, yayında öz ile biçim arasındaki dengenin bozulmadığı ve yayının hukuka uygun olması nedeniyle manevi tazminat talebinin tümüyle reddedilmesi gerektiğine" değinen gerekçesi yerinde görülmemiştir.", Çetin, s. 396; HGK, T.05.03.1997, E.892, K.156, "...Somut olayda olayları anlatırken bu koşula uymamışlar ve gerçekliği dahi kanıtlanmamış haberi başlıkta "skandal" sözünü kullanarak aşağılayıcı biçimde vermişlerdir. Öyleyse davalı taraf uygun ve ılımlı bir tazminatla sorumlu tutulmalıdır. ", Çetin, s.400; Y. 4. HD. T. 21.11.2002, E. 2002/6056, K. 2002/13299, "Davacı İ.H.U. Artı Haber dergisinin 10.10.1997 tarihli sayısında yayımlanan "Adli Tıbbın Tefeci Doktoru" başlıklı ve "U. Susurluk'un Kilit isimlerinden" alt başlıklı haberde kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu iddia etmiş, davlılar ise yayının Basın K.'nun tanıdığı sınırlar dışına çıkmadan, özle biçim arasındaki denge korunarak verildiğini, bu nedenle hukuka aykırı olmadığını savunmuşlardır. Yerel mahkeme istemi kısmen kabul etmiş, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay ise eleştiri sınırlarını aşan ve davacıyı küçük düşürmek hedefine yönelen bir üslupla sınırlarını aşan ve davacıyı küçük düşürmek hedefine yönelen bir üslupla yazılmadığı kabul etmiştir.", Sibel Özel, "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun

Basın özgürlüğünün kullanılmasında üstün tutulan bir kamusal yarar vardır. Ancak basın, özgürlüğünü belirli sınırlar içinde kullanabilecektir. Çünkü kişilerin kamu yararının zorunlu kıldığından fazla zarara maruz kalma zorunlulukları yoktur[352]. Karşı karşıya gelen yararlardan birine öncelik verilmesi diğerinin hiçe sayılması sonucunu doğurmayacaktır. Zedelenen yarar, elde edilen yararın maruz kaldığı oranda zarara maruz kalacaktır. Dolayısı ile basın açıklamaları, objektif sınırlar içinde kalmalı, kişisel kin ve nefretlerini aktarma aracı olarak kullanılmamalıdır[353].

III.TIBBİ MÜDAHALELER

Tıbbi müdahalenin zarara uğrattığı kişisel değerler yalnızca üstün özel yararın varlığı halinde hukuka uygun hale gelmez, bazı durumlarda da kamu yararının varlığı hukuka uygunluğu sağlar. Bu başlık altında yapacağımız açıklamalarda kamu sağlığının korunması amacıyla yapılan müdahaleler ve kan alınması dışındaki tüm sayılan haller temelinde mağdurun vereceği rızaya bağlı olarak hukuka uygundur. Ancak ikinci bölümde konuyu ele alışımıza paralel olarak rıza beyanın hukuka uygun hale getirdiği müdahalelerin hizmet ettikleri amaçların da tartışılması gerekmektedir. Biz de söz edeceğimiz müdahalelerin hizmet ettikleri yararları göz önünde bulundurarak inceleyeceğiz.

Ayrıca kamu sağlığının korunmasına ilişkin tıbbi müdahalelerin hangi sebebe bağlı olarak hukuka uygun hale geldiği, daha öncede değindiğimiz gibi tartışmalıdır[354]. Bu konuda yapılan tartışmalar, kanaatimizce yapılacak bir yasal düzenleme dışında çözümlenemeyecektir. Dolayısı ile biz verilen tüm örneklere çalışmamızda yer vererek çalışmamızı sonlandıracağız.

Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.I, Y. I, 2004, s.175.

[352] Sırabaşı, s.131.

[353] Özek, s. 243- 244; Kartal, s. 122; Çolak, s. 177.

[354] Bkz. s. 69.

A.Kamu Sağlığının Korunmasına İlişkin Tıbbi Müdahaleler

Söz ettiğimiz kavramın en sık görüldüğü hal toplumun çıkarını olumsuz yönde etkileyecek olan salgın hastalıklara karşı yürütülen aşı kampanyalarıdır. Kuduz veya kolera salgının önüne geçmek ya da cinsel hastalıkları[355] engellemek amacıyla kişilere aşı yapılması kamunun üstün yararına hizmet etmektedir[356]. Kişilerin kamu sağlığını korumak amacıyla tıbbi müdahalelere katlanmak mecburiyetinde olması dayanağını TMK m. 24/II dışında başka özel düzenlemelerden de almaktadır. Bununla beraber kanunlarda yer almasının temel dayanağı üstün nitelikte kamusal yarardır[357].

Bu konuda karşımıza çıkabilecek özel düzenlemelerden bir tanesi, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'dur. Umumi Hıfzısıhha Kanun'unda belirtilmiş olan hastalıklar kolera, veba, humma, dizanteri, ruam gibi salgın hastalıklardır. Bu hastalıklar herhangi bir önlem alınmadığı takdirde toplum sağlığını yakından etkileyen hastalıklardır. Bahsedilen bu hastalıklardan birine yakalanan kişiler hastalığın tedavisini kabul etmeye, karantina altında tutulmaya katlanmak zorundadırlar. Ayrıca bu hastalıklara yakalanılmasa da önleme amacıyla aşı olmak mecburiyeti vardır. Tüm bu açıklamaların göstermiş olduğu gibi kişiler toplumun sağlığı için kişisel olarak tıbbi müdahaleye katlanarak fedakârlıkta bulunmak zorundadırlar[358].

Bir başka düzenleme ise, Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'dur. Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun sıtma hastalığını önlemek amacını taşımaktadır. Bunun için çeşitli önlemler alınmıştır. Bu önlemlerden bazıları, kişileri rızalarının dışında bir takım tıbbi müdahalelere katlanmak zorunda bırakmıştır. Bu kanunda da yine kişinin vücut bütünlüğüne ve sağlığına yapılan müdahaleler, kamunun sağlığını korumak amacıyla yapılmaktadır.

---

[355] RG. T. 19. 04. 1961, S. 10786, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, m. 25, "Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar".

[356] Oğuzman/Özdemir/Oktay- Özdemir, s. 160; Çilingiroğlu, s. 45; Özsunay, s. 102; Ulusan, (Fedekarlığın Denkleştirilmesi), s. 123; Çeker, s. 7; Helvacı, (Koruyucu Dava), s. 52'de farklı olarak verilen örnekleri kamu gücünün kullanılması başlığı altında incelemektedir.

[357] Helvacı, Koruyucu Dava), s. 119.

[358] Çilingiroğlu, s. 45; Özsunay, s. 102.

Yine Ceza Kanunu'nda[359] uyuşturucu madde kullanımı ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre uyuşturucu madde kullanma alışkanlığı iptila derecesine gelen kişinin iyileşmesi amacıyla hastanede tedavi edilmesine karar verilebilecektir. Kanunun amacı kişinin sağlığına kavuşması gibi görünse de, uyuşturucu kullanımı toplum sağlığını tehdit eden bir alışkanlıktır. Toplumda uyuşturucu kullanan kişilerin sayısının artması kamu sağlığını tehdit edecektir. Bu nedenle uyuşturucuyla mücadele bir bütün olarak yapılmalıdır. Dolayısı ile uyuşturucu kullanan kişiler hakkında emniyet tedbirleri uygulanması ve bu kişilerin bir takım tıbbi müdahalelere maruz kalmaları kamunun yararı üstünlüğü nedeniyle hukuka uygundur.

Bütün bu saydığımız özel kanunlarla da düzenlenmiş haller gösteriyor ki belirtilen kişiler kamunun sağlığını korumak maksadıyla tıbbi müdahaleye katlanmak zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle tıbbi müdahaleye rıza göstermemiş olsalar dahi üstün kamu yararı nedeniyle bu kişilere yapılan müdahaleler hukuka uygundur[360].

B. Kan Alımı

Kan alımı, kanın vücutta kısa sürede yeniden oluşabilmesi nedeniyle, kişide her hangi bir sağlık problemi olmadığı sürece, büyük eksiklikler yaratmayan, tıbbi bir

---

[359] TCK. m. 191: " Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir. Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir. Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir."

[360] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Özsunay, s. 102; Öztan, s. 150.

müdahaledir. Kural olarak kişinin rızasının varlığı, müdahalenin geçerliliği için şarttır; örneğin, bir kimsenin hayatının kurtarılması amacıyla yapılan kan bağışlarında durum böyledir[361]. Zira bu durumu ikinci bölümde ele almıştık. Ancak "üstün kamusal yarar" başlığı altında ele alınan kan alımında, bu kuraldan uzaklaşılır. Burada kan alınmasındaki amaç, bir başka kişiye sağlık kazandırmak değil, kamunun güvenliğini ve huzurunu korumak, başka bir ifadeyle, kamunun yararını korumaktır. Örneğin, kişinin alkollü olduğunun tespit edilebilmesi için alkol ölçüm cihazına nefesini üflemeyi reddetmesi durumunda, zorla kanının alınmasında şüphesiz ki kamunun yararı vardır. Çünkü kişinin alkollü olduğu halde araç kullanması durumunda, toplumun can güvenliği tehdit altındadır. Dolayısı ile kişinin vücut bütünlüğüne verilen zarar karşısında, toplumun elde edeceği yararın üstünlüğü ortadadır[362].

C.Tıbbi Denemeler

Tıbbi denemeler konusunda karşılaşılan en önemli problem, iyileştirilmek istenen hastanın yararı ile insanlığın yararının karşı karşıya gelmesidir[363]. Tıbbi denemeler, insanlar üzerinde daha önce hiç uygulanmamış ve uygulama sonucunda etkisinin bilinemediği tıbbi müdahalelerdir[364]. Buna rağmen tıbbi müdahaleler kural olarak tedavi edici olmalıdır. Fakat tıbbi denemelerin etkisinin belirlenemez olması nedeniyle tedavi amacı ikinci planda kalmaktadır. Hal böyle olunca kişiye yapılan müdahalenin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Çünkü kişinin vücut bütünlüğü, ruh ve beden sağlığı, yaşamına yapılan bir müdahale vardır. Tüm bu müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan neden ise, kişinin vereceğinin rızanın yanında kamunun sağlığını ve kişilerin yaşamını olumlu yönde etkileyecek bir tedavi yönteminin bulunması amacıdır.

Tıbbi denemelerin hukuka uygunluğunun tartışılmasında kişilerin yararlarının ne derece zedelendiği önemlidir. Bu nedenle uygulanan tıbbi denemeleri ikiye ayırmak

---

[361] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 445.
[362] Öztan, s 150.
[363] Dieter Giesen, Çevr. Salim Özdemir, "Yeni Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorları Hukuki Sorumluluğu", YD, C. III, S. 3-4, 1975, s. 217 vd.
[364] Çilingiroğlu, s. 31; Erman, s. 225.

suretiyle incelemek kanaatimizce daha yararlı olacaktır. Çünkü görülmektedir ki, bir kısım tıbbı denemeler tedavi amacı güderken; bir kısmı ise bilimsel amaç gütmektedir. Dolayısı ile hizmet ettikleri amacın bir birinden farklı olması hukuka uygunluklarının ayrı ayrı incelenmesini gerektirir.

1.Tedavi Amaçlı Tıbbi Denemeler

Bu türdeki denemelerde hastanın tedavisi amaçlanmıştır. Laboratuar ve hayvan denemeleri gibi belirli aşamaları başarılı bir şekilde geçtikten sonra hasta üzerinde uygulanan ve hastanın iyileşmesini amaçlayan müdahalelerdir. Temelde bilimsel amaçlı tıbbi denemelere dayanmakta iseler de, hizmet ettikleri amaç birbirinden oldukça farklıdır. Denemenin amacı toplumun sağlığını korumanın yanında kişinin sağlığını korumadır. Dolayısı ile kişinin sağlığı ve yaşama hakkı, vücut bütünlüğüne tercih edilmiştir[365].

Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün de belirtmiş olduğu gibi hukukumuzda tıbbi tedavi amaçlı denemelere izin verilmiştir. Buna göre, "Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce mutad tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denemek suretiyle anlaşılmış olan bir tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır".

Ayrıca, "Evvelce tecrübe edilmemiş olmakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir" diyerek daha önce denenip başarısı ölçülmemiş denemelerin yapılmasına imkan vermiştir.

Görüldüğü gibi, temelde kişinin sağlığına kavuşmasına hizmet eden; fakat kişi üzerindeki etkisinin tam olarak kestirilemediği tıbbi bir denemedir. Dolayısı ile kişi bu müdahale sonucunda bir takım risklerle karşılaşabilir, ancak bu riskler elde edeceği yarardan fazla olmamalıdır. Bununla birlikte, karşılaşacağı zarara rağmen elde edeceği faydanın üstünlüğü müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlar. Ayrıca, müdahalenin hukuka uygunluğu, yukarıda belirtilen madde de görüldüğü gibi, bir takım şartları haiz

---

[365] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 441; Özsunay, s. 103; Bayraktar, s.163; Er, s. 119; Çilingiroğlu, s. 31; Giesen, (Çev), Özdemir; s. 222; Erman, s.226; Hakeri, s. 407.

olmasına bağlıdır. Zira kişinin kişisel değerlerine yapılacak olan müdahaleyi bir takım kurallarla sınırlamamak, kişisel değerlerin büyük zararlara uğramasına sebep olabilir[366].

Bazı durumlarda ise, kişinin rızasının olmamasına rağmen, tedavi amaçlı tıbbi denemenin hastaya uygulanabileceği savunulmuştur. Hastanın tedavisinin başka türlü mümkün olamaması ve yapılacak denemenin hastaya zarardan çok fayda sağlayacağı kanısının bulunması durumunda, kişinin rızasının alınmasına gerek olmadan[367] müdahalede bulunulabileceğine işaret edilmiştir[368].

2.Bilimsel Amaçlı Tıbbi Denemeler

Bilimsel amaçlı tıbbi denemeler ise, hastanın beden veya ruh sağlığında var olan bir anomalinin tedavisini sağlayan teorilerin, ispatlanması amacıyla; hasta üzerinde denenmesidir. Bu denemelerin sonucu laboratuar veya hayvanlar üstünde denenmediği için bilinememektedir. Burada hâkim amaç hastanın tedavisi değil, kamunun sağlığını etkileyecek yeni tedavi yöntemlerinin bulunmasıdır[369]. Öğretide ve Kanun[370] düzenlemelerinde bilimsel amaçlı tıbbi denemeler, bilimsel deneyler olarak yer almıştır[371].

---

[366] Erman, s.227; Er, s. 120; Hakeri, s. 416.

[367] HHY m. 27/1-2, "Klinik veya laboratuar muayeneleri sonucunda klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceği sabit olursa, daha evvel deney hayvanları üzerinde kafi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızası bulunması şartları birlikte mevcut bulunduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve tedavinin bilinen tedavi usullerinden daha elverişsiz bir sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir".

[368]Bayraktar, s. 163; Hakeri, s. 407; Erman, s. 227, bu durumlarda yapılan müdahaleyi hastanın varsayılan iradesiyle açıklamaktadır, "Böyle bir durumda hastanın iradesi açısından risk- yarar dengesinin bariz bir şekilde müdahaleye olanak tanıması gerektiği ifade edilmektedir. İyileştirme denemesine seçenek olabilecek davranış biçimine göre müdahale riskinin ne şekilde değiştiği gözlenmeli ve bununla ciddi anlamda umulan yarar arasında bir tartıma gidilmektedir".

[369]Çilingiroğlu, s. 30; Er, s.120; Erman, s.228, Gıesen, (Çev.), Özdemir, s. 222; Hakeri, s. 404.

[370] TCK m.90, "İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.

[371] Hakeri, s. 404; Erman, s. 228; Yener Ünver, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı, 2007, s. 150 vd..

Bilimsel amaçlı tıbbi denemelerin[372] hukuka uygunluğu öğretide tartışmalıdır. Bilimsel amaçlı denemelerin hukuka uygunluğunu kabul etmeyen görüşe göre, insan kişiliği saygı gösterilmesi gereken bir olgudur ve tıbbın veya bilimin gelişmesi için olsa bile deney aracı yapılamayacağıdır[373]. Buna rağmen, tıbbın gelişmesi için bilimsel denemeler yapılmasında sağlanan yarar insanlığın menfaatinedir. Bu nedenle gerekli bilimsel ve etik kurallara uyularak yapılan denemelerin hukuka uygun olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur[374].

Gerçekten de tıp biliminin bu gelişmeler olmadan ilerlemesinin olanaksızlığı karşısında ve yapılan denemeler karşısında toplumun sağlayacağı yararın üstünlüğü nedeniyle müdahalelerin hukuka uygunluğu kabul edilmelidir. Ancak çalışmamızın diğer bölümlerinde de söylemiş olduğumuz gibi, üstün amaç kriterine dayanan hukuka uygunluk sebepleri doğru araçların kullanılması halinde mümkündür. Bu nedenle, hastanın sağlığını tehlikeye atmayacak gerekli tıbbi ve etik önlemlerin ve hastanın rızasının alındığı denemeler, kamunun yararının üstünlüğü nedeniyle hukuka uygun sayılmalıdır[375].

D.Nüfus Planlaması Amacıyla Cinsel Üretim Faaliyetlerine Müdahale

Nüfus planlamasının temelinde, kişilerin doğum zamanı ve çocuk sayısını belirleme hakkı yatmaktadır. Bu durumu NPK m. 2/f.1'den açıkça anlamaktayız. Kanun,"fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları" ifadesini kullanarak nüfus planlamasının tanımını yapmıştır[376]. Ancak kanunda nüfus planlamasının tanımı yapılırken bireyin istek ve amaçları esas alınmış gibi belirtilmiş olsa da nüfus planlamasında üstün amaç, kişinin yararının yanında daha çok kamunun yararıdır. Çünkü nüfusun hızlı artışı toplumun refah seviyesine etkisi oldukça büyüktür. Nüfusu hızla artan bir toplumda ekonomik gelişim ve bireylere milli gelirin dağılımı

---

[372] HHY m. 32/2 'de insan üzerinde yapılacak olan tıbbi denemelerin öncelikle kişinin yazılı rızasına dayalı olarak uygulanması gerektiği fakat kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğünde elde edilen yarardan daha fazla oranda zarar oluşabilecekse verilen rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

[373] Dural/Öğüz, s. 105; Bayraktar, s. 161; Nuşin Ayiter, "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", AUHFD, 1968, s. 141.

[374] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 442; Gieser, (çev.) Özdemir, s. 222; Hakeri, s. 410; Ayan, s. 14; Erman, s.228; Çilingiroğlu, s. 39.

[375] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 442; Bayraktar, s. 162; Erman, s. 228.

[376] Erdener Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması", 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul: 1990, s.19- 24.

azalacaktır. Aynı şekilde devletin her ferde yapmak zorunda olduğu eğitim ve sağlık gibi temel ihtiyaçlar istenildiği gibi giderilemeyecek ve yaşam düzeyi yükseltilemeyecektir[377]. Sonuç olarak nüfus planlanması mecburiyeti ortaya çıkacaktır ve bunda kamunun yararı ilk sıradadır.

Kanun cinsel üretim faaliyetlerine yapılacak tıbbi müdahaleleri sterilizasyon, kastrasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi olarak saymıştır. Ancak ikinci bölümde de belirtmiş olduğumuz gibi söz konusu yöntemlerin hepsi nüfus planlanması amacıyla kullanılmamaktadır. Bazı durumlarda amaç kişinin yararı olduğunu için konuyu üstün özel yarar başlığı altında incelemiştik. Örneğin kastrasyon sadece kişinin sağlığı için gerekli zaruret hali varsa uygulanabilir. Toplumun yararı adına hiç kimseye kastrasyon yapılamaz[378]. Şimdi ise inceleyeceğimiz durum nüfus planlanması yani kamusal yarar nedeniyle kişilerin cinsel üretim faaliyetlerinin müdahaleye maruz kalmasıdır. Kısacası karşı karşıya kalan yararlar, kamunun nüfus planlanması sonucu ulaşacağı yarar ile kişilerin cinsel özgürlüğüdür.

Bu konuya ilk vereceğimiz örnek, sterilizasyondur. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, sterilizasyon kişilerin cinsel istek ve yeteneklerine zarar vermeksizin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması için yapılan tıbbi bir müdahaledir. Sterilizasyon ancak kişilerin rızalarına bağlı olarak yapılan bir tıbbi müdahaledir. Burada amaç ya bir hastalığın önlenmesi veya tedavisi ya da nüfus planlamasıdır. Kişiler bu müdahale sonucunda üreme yeteneğinden yoksun kalmaktadırlar. Oysaki çoğu insan çocuk sahibi olma hayaliyle yaşamakta hatta bu yeterlilikten yoksun olanlar çeşitli tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olabilmek için çaba sarf etmektedirler. Dolayısı ile üreme faaliyetlerinden vazgeçmek kişilerin kolaylıkla kabulleneceği bir hal değildir. Ancak söz ettiğimiz gibi sağlık nedenleri ve nüfus planlanması nedenleriyle böyle bir tıbbi müdahale yapılabilmektedir. Burada kişinin üreme yeteneği kamusal yarara tercih edilmiş, kamusal yarar karşısında ikinci plana çekilmiştir[379].

---

[377] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 448; Yurtcan, s.20- 21.
[378] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 448; Helvacı, s. 83; İpekyüz- Yavuz, s. 37- 38.
[379] Helvacı, s. 82; Dural/Öğüz, s. 112- 113; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 139; İpekyüz, s. 36; Çilingiroğlu, s.26; Özsunay, s. 111; Ayan, s. 25; Bayraktar, 197; Er, s. 108- 109.

Gebeliğin sona erdirilmesi yöntemi de nüfus planlanması için uygulanabilecek diğer bir yöntemdir. Gebeliğin sona erdirilmesi, ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahale ile alınması ve gebeliğin sonlandırılmasıdır. Gebeliğin sona erdirilmesi kanunda daha önce de belirttiğimiz gibi iki aşamada ele alınmıştır. Buna göre, on haftalık süre içinde gebelik istek üzerine sona erdirilebilmektedir. Burada amaç nüfus planlaması yani kamu yararıdır. Ancak annenin sağlığı gebeliğin sona verilmesine müsaade etmiyorsa; kişinin isteği olsa bile gebelik sona erdirilemez. Yani kişinin sağlığı kamunun yararından üstün tutulacaktır[380]. On haftadan sonra gebeliğe son verilebilmesi için ise annenin sağlığı dışında doğacak çocuk ile onu takip edecek kuşaklar için ağır maluliyete neden olması gereklidir. Bu şarta göre gelecek kuşakların ağır maluliyet tehlikesi içinde olması da yine kamunun yararını ilgilendirmektedir. Sağlıklı bireylerin varlığı toplumun menfaatine bir durumdur. Bu nedenle de anne karnında gelişip dünyaya gelebilecek olan cenin kamunun yararı nedeniyle ana rahminden alınmaktadır. Ceninin hak ehliyeti sağ ve tam olarak doğmasıyla başlayacak olmasına rağmen doğması durumunda geçmişe etkili olarak hak ehliyetine sahiptir. Dolayısı ile karşı karşıya gelen haklardan biri cenindir. Fakat belirttiğimiz gibi ceninin yaşama hakkı, kamunun sağlığı ve ananın sağlığı için geri planda kalmaktadır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, cenin henüz bir hak süjesi değildir. Bu nedenle karşı karşıya gelen değerlerden hak süjesi olana öncelik tanınmaktadır. Ceninin hak ehliyetinin olmaması nedeniyle kamusal yarar karşısında bulunan aslında annenin vücut bütünlüğüdür. Nüfus planlaması amacıyla annenin vücut bütünlüğüne yapılan müdahale üstün kamu yararı nedeniyle hukuka uygundur[381].

IV.Kamu Düzeninin Korunmasına İlişkin Müdahaleler

Kişilerin özgürlüklerine, hem Anayasa hem de TMK tarafından özel bir önem verilmiş, özellikle Türk Medeni Kanunu'nda diğer kişisel değerlerin tek tek isimlerinin belirtilerek kanunda yer verilmemesine rağmen, özgürlükler ayrıca düzenlenmiştir (TMK. m. 23). Bu bakımdan, özgürlük kişiye insan olmasıyla tanınmış ve ondan ayrılamayan değerlerdir. Bunlar, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalarak kişinin yaşamını sürdürmesi, seyahat etmesi, dilediği yerde oturması, dilediği gibi düşünmesi,

[380] Helvacı, s. 83; Dural/Öğüz, s. 113; Er, s. 111; Çilingiroğlu, s. 29; Yılmaz, s. 55; İpekyüz, s. 38.
[381] Bucher, s. 256, naklen, Zevliler/Acabey/Gökyayla, s. 450.

düşünce ve görüşlerini açıklayabilmesidir. Dolayısı ile kişinin özgürlüklerini kısıtlayabilecek herhangi bir müdahale; suçlunun hapsedilmesi, çalışma özgürlüğünün kısıtlanması, seyahat özgürlüğünün kısıtlanması hukuka aykırıdır[382].

Bununla birlikte, kamunun düzenini sağlama amacıyla kişilerin özgürlükler, tümüyle yok edilmemek koşuluyla sınırlanabilecektir (AY. m.14). Anayasal olarak özgürlüğe getirilen bu sınırlamayla birlikte, öğreti daha önce de belirttiğimiz gibi üstün kamusal yarara bağlı olarak açıklanmıştır. Dolayısı ile suçlunun hapsedilmesi veya sokağa çıkma yasağı gibi hallerde, kamunun yararının üstünlüğü nedeniyle, hukuka uygun kabul edilmiş, kişilerin özgürlüğü ise kamunun yararı karşısında feda edilmiştir[383].

SONUÇ

Kişilik hakkı kişisel değerler üzerinde var olan, kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilemeyen, başkasına devredilemeyen bir haktır. Kişilik hakkının özelliklerinden de anlaşıldığı gibi, kişiler hukukunun korunmasından yararlanmayı reddetmenin netice bakımından farklılığı yoktur. Ayrıca kişilik hakkı zedelenen kişinin hukukun korunmasından yararlanma hakkı herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak haktır. Bu nedenle kişiler, kişisel değerlerine yapılan her türlü saldırıya ve herkese karşı kendisini koruyabileceklerdir. Kendisi bu korumadan yararlanmak istemediği takdirde ise, bu korumayı hukuk düzeni yapacaktır.

Üzerinde sıkça durduğumuz gibi, Türk ve İsviçre hukukunda kişilik hakkı çerçeve bir düzenlemeyle koruma altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak ise, değişen teknolojinin ve dünyanın getirdiği yeniliklere kolaylıkla uyum sağlanabilinmiş, kişilik hakkını korumasız bırakmamıştır. Türk hukukunda düzenlenen koruma yollarından faydalanabilmenin öncelikli şartı hukuka aykırı bir saldırıdır. Yani hukuka uygunluk sebeplerinden birine girmeyen saldırılara karşı kişi korunacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin neler olduğunu Türk Medeni Kanun'u açıkça saymıştır. Çalışmamızda bu hukuka uygunluk sebeplerinden üstün özel ve kamusal yarara değinilmiştir. Ancak

---

[382] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 408; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 141; Ayan/Ayan, s. 46; Serdar, s. 46.
[383] Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 160; Öztan, s. 150; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 463.

kanun içeriğinin neler olacağını belirtmemiştir. Ne yazık ki öğretide de net bir ayırım yapılamamış ve fikir birliğine varılamamış; Borçlar Kanun'u tasarısı da bu soruna bir çözüm getirmemiştir. Aslında özel hukukta özellikle de sürekli değişen kişiler hukukunda, kesin kurallar koymak kişisel değerlerin korunmasını zorlaştırmaktan başka sonuçlar doğurmayacaktır. Bizim sözünü ettiğimiz durum, belirlilik somut olaylarda gündeme gelecek yarar çatışmalarında öngörülebilir yargılar oluşturabilmek için fayda sağlayacaktır.

Çalışmamızda nelerin üstün özel yarar ve nelerin üstün kamusal yarara bağlı olarak hukuka uygun hale geldiğini ayrı ayrı bölümlerde incelemiş bulunmaktayız. Fakat belirli konularda yoğun çalışmalar yapılmış olmasına rağmen bazı konular üzerinde konularının önemiyle kıyaslandığında çalışmalar bulunmamaktadır. Özellikle basın özgürlüğü, üstün kamusal yararın hukuka uygunluk sağladığı önemli örneklerden biridir. Ancak basın özgürlüğü ile kişisel değerler arasında çatışmanın hangisinin üstün tutulup hukuka uygun sayılacağı her somut olayın durum ve özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Konumuz açısından sorun teşkil eden durum ise, hangi yararın üstün tutulacağının kesin bir kuralının olmamasıdır. Her somut olaya uyarlanan hukuki problemlerin farklı sonuçlar doğurması mümkündür. Fakat kişilik hakkı ile basın özgürlüğünün sınırının belirlenmesinde, birbirine benzer soyut olayların, somut olaya uygulanışında yargıcın değer yargılarının, kültürel yapısının, siyasi görüşünün veya toplumsal yapının farklılığının sonuca etki etmesi sübjektif sonuçlar doğurması hukuk etiğine uygun değildir. Korunan yararlar soyut olarak değil somut olarak da korunmalıdır.

Bir diğer üzerinde çok tartışılan konu ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğudur. Öğretide hukuka uygun hale getiren sebep çok tartışılmış ve farklı kavramlarla açılanmıştır. En çok fikir birliğine varılan nokta olan rızanın yokluğunda girişilen tıbbi müdahalelerde bile, hukuka uygunluk sebebi kesinlik kazanamamıştır. Ayrıca, konunun üstün yararla irdelenmesi, yalnızca rızanın yokluğunda ve kamu sağlığını korumaya yönelik müdahalelerde yeterli sayılmış, müdahalelerin hizmet ettikleri amaç üzerinde durulmamıştır. Oysaki kanaatimizce tıbbi müdahalelerin hizmet ettikleri yarar, hukuka uygunluğun rızayla ortaya çıktığı hallerde dahi incelenmelidir.

Üstün amaç ise, bazı durumlarda özel yararken, bazı durumlarda kamusal yarardır. Bu nedenle çalışmamızda, tıbbi müdahaleler hizmet ettikleri amaca göre incelenmiş, her olay kendi içinde değerlendirerek konu ayrıntılarıyla tartışılmıştır.

Meşru müdafaa ve ıztırar hali de çalışmamızda incelenmiş, özellikle meşru müdafaa üstün özel yararın varlığı nedeniyle hukuka uygun sayılmıştır. Ancak bazı görüşler, konunun kanunun verdiği yetki içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Iztırar halini ise, azınlıkta kalan bir görüş üstün özel yarar nedeniyle hukuka uygun kabul etmiş, genellikle tartışmalar ıztırar halinin kişisel değerlere yönelik saldırıya imkân verip veremeyeceği üzerinde yoğunlaşmıştır.

Son olarak ise, kamu sağlığını ve güvenliğini korumayı hedefleyen müdahalelerin hukuka uygunluğu üzerinde durmak istiyoruz. Öğretide bu kavramlar genel kabul edilen görüş gereğince, üstün kamusal yarar başlığı altında incelenmiş ve genelde kanunun verdiği yetki içine giren örneklerin, kamusal yarara hizmet ettiği ileri sürülmüştür. Buna rağmen, bir başka görüş kanunun verdiği yetkinin kullanılmasına örnek teşkil eden hükümlerin kanuna konuluş nedeninin kamu yararı olması, kavramın üstün kamu yararı içinde değerlendirilmesini getirmeyeceğini belirtmiştir. Kanaatimizce, iki görüşün de haklılık payı vardır. Zira kanunun verdiği yetkiye dayanan saldırıların çoğunu, üstün kamusal yarara bağlamak, bu hukuka uygunluk sebebini işlevsiz bırakacaktır. Bununla birlikte, öğretide en çok kabul gören, kamusal yarar nedeniyle hukuka uygun hale gelen, alan basın özgürlüğüdür ve basına da kişiliğe saldırıda bulunma yetkisi yine kanun ve Anayasa tarafından verilmiştir.

Görülmektedir ki, üstün özel ve kamusal yararın içeriği, oldukça belirsiz ve tartışmalıdır. Bu karışıklığın çözümü ise, ancak ayrıntılı ve ihtiyaca cevap veren bir düzenlemenin yapılmasına bağlıdır. Aksi takdirde kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kanaatimizce, yararların karşı karşıya geldiği, çatıştığı haller, öğretideki verilen örnekler de değerlendirilerek çerçeve bir hükümle, sınırlı sayı prensibine bağlı olmadan düzenlenmelidir. Böylece her iki kavramda daha somut olarak düzenlenmiş olur, zamanın ihtiyaçlarıyla ortaya çıkan sorunlara veya kişiliğe yönelik saldırılara çözüm bulunmuş olur. Ayrıca basın özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki çatışmasında

hâkime verilen takdir yetkisi bir takım ölçütlerle desteklenmeli, kişilik hakkının koruması güçlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akıncı, Şahin. **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Akıntürk, Turgut. **Türk Medeni Hukuku ve Yeni Medeni Kanunu Uyarlanmış Aile Hukuku**, Sekizinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.

Akıntürk, Turgut. **Medeni Hukuk**, İstanbul: On Üçüncü Bası, Beta Basım Yayım, 2008.

Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut. **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Dördüncü Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.

Amstutz, Marc/Breitschmid, Peter/Furrer, Andreas/ Girsberger, Daniel/ Huguenin, Claire/ Müller- Chen, Markus/ Roberto, Vito/ Rumo- Jungo, Alexandra/ Schnyder, Anton K., **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Schulthess Verlag, 2007.

Arpacı, Abdülkadir. **Kişiler Hukuku**, İkinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.

Aşçıoğlu, Çetin. **Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayınları, 1993.

Ataay, Aytekin. **Şahıslar Hukuku**, İkinci Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969.

Ataay, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, Üçüncü Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.(Borçlar Hukuku).

Atamer, Yeşim. **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Basım Yayım, İstanbul: 1996 (Haksız Fiil).

Ayan, Mehmet. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara: 1991.

Ayan, Mehmet/ Ayan, Nurşen. **Kişiler Hukuku**, Konya: Mimoza Basım Yayım, 2007.

Aydın, Murat. **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

Başalp, Nilgün. **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Bayraktar, Köksal. **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: 1972.

Becker, Hermen. **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çeviren. Suat Dura, Bern: Verlag von Stampfli & Cie, 1934.

Belli, Doğan Bülent. **Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırıdan Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Binatlı, Yusuf Ziya. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1966.

Bulut, Harun. **Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. **Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Yedinci Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007.

Çakmut- Yenerer, Özlem. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**,1. Bası, İstanbul: Legal Kitabevi, 2003.

Çelik, Lamih. **TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Çetin, Erol. **Basın Hukuku**, Dördüncü Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Çilingiroğlu, Cüneyt. **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Çolak, Nusret İlker. **Kitle İletişim Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.

Donay, Süheyl, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul: 1978.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. **Kişiler Hukuku**, Dokuzuncu Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.

Egger, A. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzhbuch**, Schulthess- Co, Zürich: 1930.

Er, Ünal. **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara: 2008.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1998.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümle,**. C. II, Beşinci Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999.

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.

Erman, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Birinci Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.

Gökcan, Hasan Tahsin. **Haksız Fiil Hukuku ve Maddi- Manevi Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Grassinger, Gülçin Elçin. **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.

Günay, Erhan. **Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Güner, Semih. **Avukatlık Hukuku**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara: 2009.

Güriz, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**, 5. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara: 1996.

Güriz, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, 3 Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara: 1992 (Felsefe).

Flückiger, Kurt. **Die Zivilrechtliche Haftung des verantwortlichen Redaktors**, Verlag von Staempfli- Cie, Bern: 1938.

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2007.

Hancı, İ. Hamit. **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Üçüncü Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Hatemi, Hüseyin. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, (Ahlaka Aykırılık), Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Hatemi, Hüseyin. **Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Hausheer, Heinz/ Aebi- Müller, Regina, **Das Personenrecht des Schweizerichen Zivilgesetzbuches**, Bern: Staempfli Verlag, 2005.

Helvacı, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001. (Koruyucu Dava).

Helvacı, Serap. **Gerçek Kişiler**, İkinci Bası, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2007.

Helvacı, Serap/ Erlüle, Fulya. **Medeni Hukuk**, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2007.

Hinderling, Hans. **Persönlichkeit und Subjektives Recht, Die Aerztliche Aufklaerungspflicht zwei Aufsaetze zum Persönlichkeitsschutz Ausgewaehlte Schriften**, Schultess Polygraphıscher Verlag, Zürich: 1982.

Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas. Basler Kommentar, Zivilgezetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 2. Auflage, München: Helbing- Lichtenhahn, 2002.

Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas. Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB. 3. Auflage, München: Helbing- Lichtenhahn, 2006.

Hotz, Kaspar. **Zum Problem der Abgrenzung des Pesönlickeitsschutzes nach Art.28 ZGB.**, Schultess- Co Verlag, Zürich: 1967.

Hubmann, Heinrich. **Das Persönlichkeit**, 2.Auflage, Köln: Böhlau Verlag, 1967.

İçel, Kayıhan/Ünver, Yener. **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yedinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.

İmre, Zahit. **Medeni Hukuka Giriş Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıcı Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.

İnal, Nihat. **Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısına Tazminat**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2001.

İnan, Ali Naim. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Birinci Kitap, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1971.

İnan, Ali Naim. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Kitap, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1973.

İnan, Ali Naim, **Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi**,(Borçlar), Beşinci Bası, Ankara: Sözkesen Matbaası, 2001 (Hukuk Bilgisi).

İnan, Ali Naim. **Medeni Hukuk**, Ankara: Sözkesen Matbaası, 2005. (Medeni)

İpekyüz Yavuz, Filiz. **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Jaggi, Peter. **Fragen des Privatrechtlichen Schutzes Der Persönlichkeit**, Basel: Helbing- Lichtenhahn Verlag, 1960.

Landwehr, Wilfried, **Das Recht Am Eıgenen Bild**, P. G. Keller Verlag, Wınterthur, 1955.

Kaneti, Selim. **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Borçların Genel Hükümleri,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1955- 1964.

Kaneti, Selim. **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul: Kazancı Yayınevi, 2007 (Hukuka Aykırılık).

Karadeniz, Özcan. **Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı**, Sevinç Matbaası, Ankara: 1975.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001 (Manevi).

Karahasan, Mustafa Reşit. **Sorumluluk Hukuku**, Altıncı Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Altıncı Bası, Ankara: Yayınevi, 2005 (Borçlar Hukuku).

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal sorumluluk**, Üçüncü Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008 (Basın Yoluyla Saldırı).

Kılıçoğlu, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku C.1 Sözleşme Dışı Sorumluluk**, 1.Bası, Ankara. Turhan Kitabevi, 2002.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Dördüncü Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

Korkusuz, Refik. **Avukatlık Hukukuna Giriş, 1. Bası**, Karahan Kitabevi, Adana: 2008.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, **Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Orell Füssli Verlag, 2006.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yedinci Bası, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2009.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay- Özdemir, Saibe. **Kişiler Hukuku**, Dokuzuncu Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.

Özay, Merter. **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Özek, Çetin. **Türk Basın Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.

Özel, Sibel. **Uluslar arası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması,** Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.

Sungurtekin Özkan, Meral **Avukatlık Hukuku**, 1. Bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir: 2006.

Özsunay, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Dördüncü Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

Öztan, Bilge. **Şahsın Hukuku**, Yedinci Bası, Ankara: Turhan Kitapevi, 1997.

Öztürk, Bahri/Özbek, Veli Özer/Erdem, Mustafa Ruhan. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Onuncu Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.

Sarıal, Enis. **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, Kazancı Yayınları İstanbul: 1986.

Sayer, Ata/ Balta, Evren. **Hekimlik Tıbbi Etik ve İnsan Hakları Uluslar arası ve Ulusal Belgeler** Türk Tabipler Birliği Yayını, Eylül 1996.

Serdar, İlknur. **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Sırabaşı, Volkan, **İnternet ve Radyo- Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz**, İkinci Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Şen, Ersan. **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması,** İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1996.

Şener, Esat. **Kişinin Hukuku Dernekler ve Vakıflar**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

Tandoğan, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961 (Mesuliyet Hukuku).

Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Hukuku**, Yedinci Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Altıncı Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1992.

Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yedinci Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Tiftik, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.

Tuor, Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo- Jungo Alexandra, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 12 Auflage, Zurich/ien, Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien, 2002.

Tüfek Ömer Faruk. **Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S Koruması**, İkinci Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türk Medeni Hukuku**, C.I, Cüz II, Şahıs Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1960.

Von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukuku C. I, II**, Çeviren, Cevat Edege, İkinci Bası, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Sağlam, İpek. **Türk Medeni Kanunu Ve Diğer Mevzuat**, Dokuzuncu Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008.

Yılmaz Battal, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara: 2007.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.

Yurtcan, Erdener. **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**", 2. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul: 1990.

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, Emre. **Medeni Hukuk**, Altıncı Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.

Süreli Yayınlar

Akıllıoğlu, Tekin. "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", **Amme İdaresi Dergisi**, C. XXIV, S. 2, 1991, s. 3 vd..

Akıncı, Şahin. "Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri", **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan, 2006, s. 65 vd. (Organ Nakli).

Atalay, Özcan. "Yargıda Kişilik Hakları ve Basın", **İBD**, C. LXXI, S. 4- 5-6, 1997, s. 332 vd..

Artuk, Mehmet, Emin. "Ötenazi", **YD**. S.71, C.XVIII, S.3, 1975, s. 301 vd..

Akünal, Teoman, "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum**, İstanbul, 1983, s. 20 vd..

Ayiter, Nuşin. "Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", **AUHFD**, 1968, s. 137 vd..

Boran, Bedia, "Açlık Grevi, Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım, **ABD**, Y.65, S.3, 2007, s. 96 vd..

Çelebi, Funda. "Kişilik Haklarından Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması", **KUHFD**, S.1, 1997, s. 271 vd..

Derbil, Sühehp. "Yayım Hürriyetini ve Basın Polisi", **AUHFD**, C. II, S.2-3, 1944, s.139 vd..

Doğan, Murat."Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi", **AUEHFD**, C.V, S.1-4, 2001, s. 369 vd..

Dönmezer, Sulhi. "Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi", **İUHM**, C.XXXII, S.1, 1966, s. 429 vd..

Feyzioğlu, Metin. "Açlık Grevi", **AUHFD,** C.43, S. 1-4, 1993, s. 157 vd..

Feyzioğlu Metin "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu,** Sempozyum Özel Sayısı 1, Ocak 2007 (Hükümlü), s. 140 vd.

Giesen, Dıeter/Çevr. Özdemir, Salim." Yeni Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu", **YD**. C.III, S.3-4, 1975, s. 217 vd..

Gümüş, Alper. "Resim Üzerindeki Hakkın İhlalinin Hukuka Uygunluğu", **KUHFD**, S.1, 1997, s. 363 vd..

Gündüz, Adil. "Manevi Tazminatta Kusurun Rolü", **ABD**, S. I, 1972, s. 19 vd..

Günergök, Özcan, "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", **AUEHFD**, C. VII, S. 1- 2, 2003, s. 655 vd.

Gürsel, Nihat. "Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem", **YD**. C.V, S.3, 1979, s. 531 vd..

Gürsoy, Kemal Tahir. "Manevi Zarar ve Tazmini", **AUHFD**, C.XXX, 1973, s. 7 vd..

Güven Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", **GÜHFD**, C.I, S.1, 1977, s.58 vd..

İlkiz, Fikret. "Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri", **İBD**, C. LXXIII, S. 1-2-3, 1999, s. 36 vd. (Kişilik Hakkı).

İlkiz, Fikret. " İnternet Ortamındaki Yayınlarda İki Olay ve İki Mahrumiyet Kararı ve Yasal Çalışmalar", **İBD**, C. LXXVIII, S. 10- 11-12, 2001, s. 985 vd..

İmre, Zahit. "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", **İUHFM**, C.XXXIX, S.1-4, 1974, s. 147 vd. (Özel Hayat).

İşgüzar, Hasan. "3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanunun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", **ABD**, S. 6, 1990, s. 855 vd..

Kaneti, Selim. "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 29 vd. (Haksız Fiil).

Kaneti, Selim. "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara, 15-16 Aralık, 1978, s.144 vd.(Çatışan Değerler).

Kaneti, Selim. "AYM kararlarında göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **İUHFM**, C.LIII, S.1-4, 1991, s.199 vd..

Karagöz, Kasım/ Gül, Cengiz. "İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeninin Korunması ve Suçun Engellenmesi Kriterlerine AİHM Kararları Açısından Bir Bakış", **EÜHFD,** C.III, S.1, 2008, s. 69 vd..

Karayalçın, Yaşar. "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", **AUHFD**, C.XIX, S.1-4, 1962, s. 251 vd..

Kartal, Bilal. "Basın- Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk", **Y.D.** S.1-2, 1997, s.105 vd..

Kılıçoğlu, Ahmet. "Gizli Derneğin Üyeler Listesini Yayımlamak Kişilik Haklarına Saldırıdır", **ABD**, S.2, 1979, s. 87 vd. (Dernek).

Kılıçoğlu, Ahmet. "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi", **DUHFD**, S.1, 1983, s. 287 vd. (Tüzel Kişi).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21- 22 Ekim 1977, s. 141 vd..

Koçak Süren, Özlem, "Basın Yoluyla Yargıya Müdahale", **İBD**, C.LXXXI, S.II, 2007, s. 631 vd.

Hafızoğulları, Zeki. "Düşünce ve İfade Hürriyetini Kanıtlayan Hükümler", **ABD**, S. 1, 1996, s.18 vd..

Hafızoğulları, Zeki. "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", **AUHFD**, C.XLVI, 1997, s. 2 vd. (İnsan Hakkı).

Helvacı, Serap. "İsviçre Medeni Kanunun 28. Maddesi ile İsviçre Borçlar Kanunun 49. Maddesinin Tarihi Gelişimi", **MHAD**, C.VIII, S.1-3, 1994, s. 237 vd..

Öngören, Gürsel. "Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye", **KUHFD,** 1997, s. 473 vd..

Özel, Cevat. "AİHM Kararları ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü", **İBD**, C. LXXVI , S. 10-11-12, 2002, s. 932 vd.

Özel, Çağlar. "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", **AUHFD**, C.L, S.4, 2000, s. 81 vd. (Yansıma Zarar).

Özel, Çağlar."Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi", **AUHFD**, C.LI, S1-4, 2002, s. 43 vd..

Önok, R. Murat. İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Y. 4, S. 9, 2007, s. 174 vd..

Özkara, Erdem/Özdemir, Çağlar/Hancı, Hamit/Dalgıç, Mustafa/Civaner, Murat/Yağmur, Fatih. "Ankara'da Çalışan Hekimlerin Ötanaziye Yaklaşımı", **AUHFD**, C.LI, 2002, s.207 vd..

Özpınar, Berna. "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları", **ABD,** Y.66, S.3, 2008, s. 90 vd..

Öztan, Bilge/ Will, Michael, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı", **AUHFD,** C.XLIII, S. 1-4, 1993, s. 227 vd..

Özsunay, Ergun. "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyumu, **MHAUM**, 1982, s. 31 vd. (Makale).

Parlak, Şafak. "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", **TBBD**, S.83, 2009, s. 189 vd..

Petek, Hasan,"Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **DEUHFD**, C.VIII, 2006, S.1, s. 177 vd..

Rehbınder, Manfred/ Çevr. Teoman, Ömer. "Kitle Haberleşme Hukukuna İlişkin İki Özel Hukuk Sorunu", **İUHFM**, C. XLIV, S. 1-4, 1980, s. 271 vd..

Sağlam, İpek,"Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", **AÜEHFD**, C.VIII, S. 3-4, 2004, s. 455 vd..

Osman Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", **Maliye Dergisi**, S. 139, 2002, s. 16 vd..

Siebert, W./Çevr. Öztan, Bilge. "Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler", **AUHFD**, 1969, s. 217 vd..

Sonat, K. Ali, "Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini", **Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 2009, s.175 vd..

Soyaslan, Doğan, Organ Nakilleri, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu,** Sempozyum Özel Sayısı 1, Ocak, 2007, s. 123 vd..

Şenocak, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **AUHFD**, C. L, S. 1-4, 2001, s. 65 vd..

Tandoğan, Haluk, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, **AUHFD**, S. XX, S.1-4, 1963, s. 1 vd..

Taşkın, Alim. "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması", **AUHFD**, C. XLII, 1991, s. 205 vd..

Topuz, Seçkin. "Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Sorumluluğu", **EUHFD**, C.III, S.1, 2008, s. 293 vd..

Toroslu, Nevzat. "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", **AUHFD**, C.XXXV, S.1-4, 1978, s. 91 vd..

Ulusan, İlhan. "Bir Derneğin Kişilik Hakkının Zedelenmesi", **MHAD**, S. 10, 1973, s. 209.

Ulusan, İlhan. "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", **İÜHFM**, C.XLIII, S. 1- 4, İstanbul, 1979, s. 101 vd. (Fedakarlığın Denkleştirilmesi).

Ulusan, İlhan. "Türk Medeni Kanunu Ön tasarısında Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **İBD**, C.LVIV, S.1-2-3, 1985, s. 889. (Ön Tasarı).

Ünal, Mehmet. "Manevi Tazminat ve Bu tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", **AUHFD**, C.XV, 1975, 418 vd..

Ünver, Yener. "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu,** Sempozyum Özel Sayısı 1, Ocak, 2007, s. 150 vd..

Von Caemmerer, Ernst "Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması", Ergun Özsunay, (çev.), **MHAD**, S. 10, 1973, s. 71 vd..

Yavaş, Murat. "Ötanazi", Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009, s.137 vd..

Zevkliler, Aydın. "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", **TBBD**, S.2, 1988, s.278 vd.(Cinsiyet Kargaşası).

Zevkliler, Aydın. "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", **DUHFD**, C. I, S.1, 1983, s.35 vd..

Armağanlar

Akıncı, Şahin."İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu", **Süleyman Arslan'a Armağan, SÜHFD**, 1998, C. VI, S. 1- 2, s. 733 vd .(Ötenazi).

Atamer, Yeşim. "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", **Aysel Çelikel'e Armağan**, Y. 19- 20, 1999-2000, s. 19 vd..

Şeref, Ertaş. "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", **Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan**, 1990, s. 65 vd..

Giritli, İsmet. "Çağdaş Gazeteciliğin Bazı Sorunları", **Prof Dr. Sıddık Sami Onar'a Armağan**, 1997, s. 303 vd..

Gürkan, Ülker. "Kişilik Kavramının Evrimi", **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan**, 1995, s.39.

Helvacı, Serap. "Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 1999, s.863 vd.(Vesayet).

Kılıçoğlu, Ahmet. "Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, 1990, s. 103 vd.

İmre, Zahit. "Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması", **Prof. Dr. Recai Seçkin'e Armağan**, 1974, s. 797 vd. (İsim Hakkı).

Oğuzman, M. Kemal. "İsviçre ve Türkiye'de Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, 1990, s.7 vd..

Özel, Sibel. "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan**, C. I, S.4, 2004, s.163 (Makale).

Serozan, Rona. "Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, 2006, s. 559 vd..

Şahiniz, Salih. "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Organ Nakli", **Prof Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, 2003, s.723 vd..

Tekinay, Selahattin Sulhi. "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, 1990, s. 59 vd. (Eleştiriler)

Truchet, Didier, (Çev.), Ethem Atay, "Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı Kaynağı ve Dengeye Dönüş", **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Ankara: 2005, s. 357 vd.

İnternet Siteleri

Başpınar, Veysel. "Kişilik Hakları Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", **www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=388**.

Block, Walter."Human Organ Transplantatıon: Economic and Legal Issues. http://www.walterblock.com/wp,content/uploads/publications/human_organ_transplantation.pdf, (05.06.2009).

Çeker, Mustafa. "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", www.cu.edu.tr/insanlar/mçeker/tıbbi müdahaleler.tr.(01.07.2009)

Demir, Şamil. "Türk Hukukunda Ötenazi", www.şamildemir.av.tr./2009/03/turk-hukukunda-ötenazi/print/, (26.06.2009).

Saraç,Osman."KamuYararıKavramı",portal/1.sgb.gov.tr/çalışmalar/yayınlar/md/0.%20SARAC.pdf, (23.06.2008).

Yayınlanmamış Tezler

Kocabaş, Gediz. **"Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı"**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.