

17686

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MANEVİ TAZMİNATLA (BY. m.49) İLGİLİ
DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Ekrem AKKUŞ

2958

Danışman : Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY

İstanbul - 1991

İÇİNDEKİLER

<u>KONU</u>	<u>SAYFA NO</u>
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
KİŞİLİK HAKLARI VE KİŞİLİĞİN KORUNMASI	
I. KİŞİLİK HAKLARI	3
1. TANIMI	3
2. KİŞİLİK HAKKININ NİTELİKLERİ	5
3. KİŞİSEL DEĞERLER (VARLIKLAR)	7
A. Maddi – Bedensel Değerler	7
aa. Yaşam	7
bb. Beden Tümlüğü	8
B. Manevi (Tinsel) Değerler	10
aa. Özgürlükler	10
bb. Onur ve Saygınlık (Şeref ve Haysiyet)	11
cc. Ad Üzerindeki Hak	13
dd. Resim Üzerindeki Hak	14
ee. Özel Yaşam	15
C. Mesleki ve Ticari Değerler	17
4. KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRI	18
A. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE BASININ GÖREVİ	18
B. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	21
II. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI	24
1. GENEL OLARAK	24
2. KORUNMA YOLLARI	25

II

KONU

SAYFA NO

A. Kişiliğin Hukuksal İşlemler Sonucu Yapılan Saldırı-
rılara Karşı Korunması 25

aa. Hak Yeteneği Yönünden 26

bb. Eylem Yeteneği (Fiil Ehliyeti) Yönünden 27

cc. Özgürlükler Yönünden 27

B. Kişiliğin Sözleşme Dışı Saldırılarına Karşı Korunması 28

aa. Genel Olarak 28

bb. Saldırıya Karşı Açılabilir Davalar 36

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

I. KAVRAM 43

II. ZARAR ÇEŞİTLERİ 45

1. OLUMLU ZARAR – OLUMSUZ ZARAR 45

2. MADDİ ZARAR – MANEVİ (TİNSEL) ZARAR 46

A. Maddi Zarar 46

B. Manevi (Tinsel) Zarar 48

aa. Objektif Görüş 49

bb. Sübjektif Görüş 49

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT (TİNSEL ÖDENCE)

I. GENEL OLARAK 51

II. HUKUKSAL NİTELİĞİ 52

1. CEZA GÖRÜŞÜ 52

III

<u>KONU</u>	<u>SAYFA NO</u>
2. TELAFİ GÖRÜŞÜ	55
3. TATMİN GÖRÜŞÜ	55
4. YARGITAY'A GÖRE	58
III. TİNSEL ÖDENCENİN KOŞULLARI	61
1. GENEL OLARAK	61
2. ÖDENCENİN KOŞULLARI	63
A. Kişilik Hakkına Saldırı Olması	63
B. Hukuka Aykırılık	64
C. Kusur	66
aa. Genel Olarak	66
bb. Kusursuz Sorumluluk Durumlarında Tinsel Ödence	68
D. Zarar	69
F. Nedensellik Bağı (İllyet Rabıtası)	71
IV. ÖDENCENİN BELİRLENMESİ	72
V. TİNSEL ÖDENCE (MANEVİ TAZMİNAT) TÜRLERİ	75
1. PARASAL GÜVENCE	75
2. DİĞER ÖDENCE TÜRLERİ	77
A. Üçüncü Kişı Yararına Manevi Ödence	78
B. Sembolik Çok Küçük Bir Miktarın Ödenmesi İçin Açılan Manevi Ödence Davası	79
C. Mahkeme Kararının İlanı	80
D. Yargıcın Davalıyı Kınaması	81
E. Davalının Savlarını Geri Almaya Ya Da Gönül Almaya Mahkum Edilmesi	83
F. Yanıt ve Düzeltme Hakkı	84

<u>KONU</u>	<u>SAYFA NO</u>
VI. TİNSEL ÖDENCENİN DEVRİ VE MİRASÇILARA GEÇMESİ	86
1. TİNSEL ÖDENCENİN DEVRİ	86
2. TİNSEL ÖDENCE İSTEMİNİN MİRAS YOLUYLA GEÇMESİ	88
VII. ÖDENCE DAVASININ YANLARI	94
1. DAVACILAR	94
A. Genel Olarak	94
B. Tüzel Kişiler Manevi (Tinsel) Ödence İsteyebilirler mi?	97
2. DAVALILAR	99
VIII. TİNSEL ÖDENCE DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME	101
IX. TİNSEL ÖDENCE DAVALARINDA ZAMANAŞIMI	104
1. BİR YILLIK ZAMANAŞIMI	104
2. ON YILLIK ZAMANAŞIMI	106
3. CEZA DAVASI ZAMANAŞIMI	106
4. DEF'İ (SAVU) HAKKI	108
SONUÇ	109
KAYNAKÇA	111

KISALTMALAR

ABD	: ANKARA BAROSU DERGİSİ
AD	: ADALET DERGİSİ
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bası
bkz.	: bakınız
BY.	: Borçlar Yasası
C.	: Cilt
DHFD	: Dicle Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Eşas
F.S.E.K.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: Madde
MY.	: Medeni Yasa
RG.	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
ş.	: Sayfa
sy.	: Sayı
TCY	: Türk Ceza Yasası
TY.	: Ticaret Yasası
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Kişilik haklarına saldırı nedeniyle istenilecek tinsel ödençe konusunda günümüze kadar çok şeyler yazılmış ve söylenmiştir. Son zamanlarda ise tinsel ödençe konusu kamuoyunu fazlasıyla uğraştırmaktadır. Tekniğin ilerlemesi sonucu ortaya çıkan yeni araçlarla kişilik haklarına saldırı daha da kolaylaşmıştır. İletişim araçlarındaki hızlı gelişme ve değişim, bunlar aracılığı ile yapılan saldırının daha geniş alana yayılması sonucunu doğurmakta ve konunun önemini arttırmaktadır. Biz çalışmamızda, basın konusunda neyin saldırı olduğunu, neyin olmadığını ana hatlarıyla vermeye çalıştık. Son yasa değişikliğinin de, özellikle basın yoluyla kişilik hakların saldırı durumları için yapıldığı konusunda haklı kuşkular vardır.

Basın organlarında yer alan her yazı, eleştiri ve haber son zamanlarda dava konusu yapılmaya başlanmış ve bu konudaki davalar hızla artmıştır. İşte biz de bu nedenlerle tinsel ödençe konusunu incelemek, son yasa değişikliğini konunun bütünü içinde değerlendirmek gereğini duyduk.

Konuyu 3 bölüme ayırarak inceledik.

İlk bölümde, tinsel ödencenin dayanağını oluşturan kişilik haklarının ne olduğunu, niteliklerini, basının görevini, basın özgürlüğünü ve sınırlarını anlattık. Yine bu bölümde, kişilik haklarının korunması yollarını ana çizgileriyle açıklamaya çalıştık.

İkinci bölümde, zarar kavramını ve çeşitlerini inceledik. Tinsel zararı, bu konudaki farklı görüşleri belirttik.

Üçüncü bölümde asıl konumuzu oluşturan tinsel ödenceyi inceledik. İlk olarak tinsel ödencenin hukuksal niteliğini ve bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşleri açıkladık. Daha sonra ise tinsel ödencenin koşullarını açıklamaya çalıştık.

Ödencenin belirlenmesini, bu konuda dikkate alınması gereken konuları inceledik. Ödencenin türleri konusundaki yasal düzenlemeyi, öğreti ve yargı kararları ışığında anlattık. Yine öğretilerde görüş ayrılıklarına neden olan, ödencenin devri ve mirasçılara geçmesi konusunda açıklamada bulunduk.

Ödence davasının yanlarını inceledik. Bu konuda özellikle tüzel kişiler üzerinde durduk. Çünkü, tüzel kişilerin tinsel ödence isteyip isteyemeyecekleri konusunda, öğretilerde görüş ayrılıkları vardır. Davada yetkili mahkeme ve zaman aşımı konusundaki durumu da kısaca anlattık.

Son olarak da, çalışmamızın genelini değerlendirilmesinden oluşan bir sonuç bölümü ile çalışmamızı tamamladık.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKLARI VE KİŞİLİĞİN KORUNMASI

I. KİŞİLİK HAKLARI

1. TANIMI

Kişilik hakkı öğretilerde aynı temel unsurlarla, fakat değişik biçimlerde tanımlanmıştır.⁽¹⁾ Kişilik hakkı, kişinin bedeni, tinsel ve düşünsel varlığının tamlığı üzerindeki hakkı⁽²⁾ olarak tanımlandığı gibi "kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi tüm değerlere, özel olarak yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, saygınlığına, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne, bu anda ekonomik serbestliğine ilişkin hakkıdır"⁽³⁾ diye de tanımlanmıştır.

- (1). Değişik tanımlar için bkz. TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961; ATAAY Aytakin, Şahıslar Hukuku - Birinci Yarım (Giriş-Hakiki Şahıslar) 3b. İstanbul 1978, s.22; OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer, Kişiler Hukuku Dersleri, 4b., İstanbul 1988, s.90 vd.; ZEVKLİLER Aydın, Medeni Hukuk, 2b., Ankara 1989, s.407 vd.; DURAL Mustafa, Gerçek Kişiler, 3b., s.112 vd., İstanbul 1987; ATALAY Özcan, Özel Yaşamın Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini, Yargıtay Dergisi, 1979/5, s.887; UYGUR Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Genel Hükümler, 1.C., Ankara 1990, s.686 vd.; KARAHASAN Mustafa Reşit Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, II.C, İstanbul 1989, s.607 vd.; ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4b., İstanbul 1979, s.110 vd.
- (2). VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt 1., 6.b. İstanbul 1960, s.107
- (3). SEROZAN, Rona, Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi 14. sy.'dan ayrı b. - İstanbul 1978, s.113

Kişilik hakkı, "doğal hukuk" görüşünün gelişmesinden doğmuştur. Doğal hukuk görüşü kişilik kavramını ön planda tutup, kişiye bağlı varlıkları kuramsal olarak tanımıştır.⁽⁴⁾ Kişilik haklarının yasal düzenlemesi de geniş olarak ilk kez İsviçre Medeni Yasası'nda gerçekleştirilmiş ve oradan da bize geçmiştir. Türk Medeni Yasası'nın 24. maddesi kişiliği oluşturan bedensel ve tinsel varlıkları, insansal nitelik ve değerleri birer birer saymamış ve bunu mahkeme içtihatlarına bırakmıştır.⁽⁵⁾ Kişilik kavramı geniş kapsamlıdır, hukuk ile ahlakın karışımıdır.⁽⁶⁾ Kişisel değerleri teker teker saymaya olanak yoktur. Çünkü bunlar zamana, yere ve olaya göre değişebilirler. Hem böyle genel bir kuralın varlığı gelişmelere yanıt vermeğe de elverişlidir.

Yargıç korunmaya değer kişisel varlıkların neler olduğunu ve saldırıların hukuka aykırı olup olmadığını belirlerken, yazılı hukukta bir hüküm bulamazsa, yazılı olmayan hukuka da başvurabilecek, gerektiğinde hukuk da yaratabilecektir.⁽⁷⁾

Hukukumuzda genel bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmiştir.⁽⁸⁾

- (4). VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, MİT Raporu ve Kişilik Hakları, Cumhuriyet 21.5.1989
- (5). VELİDEDEOĞLU (T.Medeni H.), s.111; DURAL, a.g.e., s.112 vd.; OĞUZMAN SELİÇİ, a.g.e., s.92; ZEVKLİLER, a.g.e., s.408; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.93
- (6). VELİDEDEOĞLU (MİT Raporu)
- (7). TANDOĞAN Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD Cilt XX 1963, sy: 1-4, s.11
- (8). DURAL, a.g.e., s.112-113; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.12-13

M.Y. m.24 ve B.Y. m.49'da düzenlenen genel kişilik hakkının yanında, özel kişilik hakları da değişik yasalarda düzenlenmiştir. Örneğin, MY m.25-26 ad üzerindeki hak ve yine BY m.45-47, F.S.E.K. m.14 vd., 70, 85-87 m.ler ve TY m.55 vd. özel olarak düzenlenmiş kişilik haklarına örnek olarak gösterilebilir.⁽⁹⁾

Genel kişilik hakkının yanında, özel olarak düzenlenmiş kişilik haklarının varlığı, birden çok kişilik hakkının bulunduğu sonucunu doğurmaz. Özel olarak düzenlenen kişilik hakları, genel kişilik hakkının çeşitli görünümünden sayılmaktadır.⁽¹⁰⁾

2. KİŞİLİK HAKKININ NİTELİKLERİ

Kişilik hakkını diğer haklardan ayıran özellikler şunlardır⁽¹¹⁾ :

- Kişilik hakkı mutlak haklardandır. Kişi kişilik hakkının tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini herkesten isteyebilir. Buna bağlı olarak, kişilik hakkının koruma alanına giren kişisel değerlerden her biri

(9). KARAHASAN, a.g.e., s.610

(10). DURAL, a.g.e., s.113 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.410; KARAHASAN, a.g.e., s.611; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.91. Ayrıca, genel kişilik hakkının olmadığına ilişkin görüşler için bkz. ZEVKLİLER, a.g.e., s.408-411

(11). ATAAY (Şahıslar), s.124-125; ATALAY, a.g.m., s.878; DURAL, a.g.e., s.113 vd.; KARAHASAN, a.g.e., s.611; KARAYALÇIN Yaşar, Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması AHFD Cilt XIX, 1962, sy: 1-4, s.265; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.91; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.94; VELİDEDEOĞLU (T.Medeni H.) s.100 vd.; VELİDEDEOĞLU (MİT Raporu); ZEVKLİLER, a.g.e., s.411.

de herkese karşı korunur.⁽¹²⁾ Öğretide, kişilik hakkının mutlak hak olarak nitelendirilmesine karşı çıkmıştır. Bu görüşe göre⁽¹³⁾ "kişilik hakkını 'kişinin kendi şahsı üzerindeki' mutlak hakkı olarak niteleyip, insanı bir hak nesnesine indirgemek doğru sayılamaz. Nitekim bu kişilik değerlerinin el değiştiremezliği de onların hak nesnesi sayılamayacaklarını kanıtlar."

- Kişilik hakkı tekелci bir haktır. Yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilir. Bunun sonucu olarak da devredilemez, miras yoluyla geçmez.⁽¹⁴⁾

- Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu yüzden kişilik hakkından vazgeçilemez. Bu durum MY. m.23'te de açıkça düzenlenmiştir.

- Kişilik hakkı, kişi varlığı haklarından, parayla ölçülemez. Kural bu olmakla beraber, kişisel değerlere saldırı dolayısıyla bazı parasal sonuçlar doğabilir. Yaralanan kişinin tedavi harcamaları ya da iş kaybı dolayısıyla uğradığı zarar buna örnek gösterilebilir. Yalnız bu durum genel kuralı ortadan kaldırmaz.⁽¹⁵⁾

(12). Yargıtay 4. HD, 8.9.1982, E. 6084, K. 7436 (YKD. 1983, C. IX, s.194)

(13). SEROZAN (Kişilik Hakları), s.93-94

(14). Yargıtay 4. HD., 30.5.1983, E. 4708/K. 5665 (YKD. 1983, C. IX, s.1307)

(15). DURAL, a.g.e., s.113 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.412

3. KİŞİSEL DEĞERLER (VARLIKLAR)

Daha önce de açıklandığı gibi kişilik, insanın varlığı ve bu varlığın gereği olarak sahip olduğu bedensel ve tinsel değerlerin hepsini içerir. Bir kimsenin yaşamı, sağlığı, bedensel ve düşünsel tamlığı ve etkinliği, onuru, adı, resmi, gizli yaşamı dahası kendi atalarına karşı taşıdığı saygı duygusu, o kimsenin kişilik alanına girer. Bunların hepsine birden "tinsel varlık" denilebilir.⁽¹⁶⁾ Kişisel değerlerin yasa koyucu tarafından teker teker sayılmadığını, bunun mahkeme içtihatlarına ve öğretiyeye bırakıldığını belirtmiştik.

Kişisel değerler öğretilerde çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur.⁽¹⁷⁾ Kişisel değerleri, A) Maddi - Bedensel Değerler, B) Manevi - Tinsel Değerler, C) Mesleki - Ticari Tinsel Değerler olarak üç ayrımda inceleyebiliriz.⁽¹⁸⁾

A) MADDİ - BEDENSEL DEĞERLER

Maddi - Bedensel Değerleri, yaşam ve beden bütünlüğü olarak ele alabiliriz.

aa. YAŞAM : Maddi - Bedensel Değerlerin başında yaşam vardır. Herkes yaşamını sürdürme hakkına sahiptir. Yaşama hakkı kişilik hakkının

(16). Yargıtay 4. HD., 14.5.1984, E. 4068/K. 4737 (UYGUR, a.g.e., s.687); VELİDEDEOĞLU (MİT Raporu)

(17). ATALAY, a.g.m., s.881 vd.; DURAL, a.g.e., s.117 vd.; FRANKO Nisim, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.3 vd.; KARAHASAN, a.g.e., s.609 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e. s.92-93; ZEVLİLER, a.g.e., s.413 vd.

(18). ZEVLİLER, a.g.e., s.414

yaşam üzerindeki yansımasıdır.⁽¹⁹⁾ Yaşama hakkı Medeni Yasa'daki kişiliği koruyan hükümler dışında da, bazı yasalarda yer alan hükümlerle korunmaya çalışılmaktadır. Örneğin Anayasa'nın 17. maddesi, yaşama hakkını temel haklar arasında saymış ve bu hakka herkesin sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Ceza Yasası'nda da, yaşama son verilmesini cezalandırmayı gerektiren hükümler yer almıştır (TCY. 448 ve devamı maddeler).

Medeni Yasa 23. ve 24. maddeler gerek kişinin kendi işlemleriyle gerek başkalarının saldırılarıyla yaşamına yönelik zararları önleyici düzenlemeler getirmiştir. Kişinin rızasıyla ya da rızası dışında yaşamına son verilemez. Bu nedenle, ÖTANEZİ (EUTHANASİE) denilen ve iyileşme olanağı bulunmayan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak üzere rızasıyla öldürmek ya da ölmesini kolaylaştırıcı, çabuklaştırıcı yöntemler uygulamak, öğretide kişilik haklarına saldırı niteliğinde kabul edilmektedir.⁽²⁰⁾

bb. **BEDEN TÜMLÜĞÜ** : Beden tümlüğü de maddi - bedensel kişisel değerlerdendir. Kişi bedenini oluşturan herşey üzerinde kişilik hakkına sahiptir. En küçük bir parçanın, bölümün zarar görmesi kişilik hakkına saldırı oluşturur. Beden bütünlüğüne yönelik saldırılar, çok önemli sınıklar doğurmasa bile, bunlar onaylanamaz ve kişilik hakkına saldırı sayılır.⁽²¹⁾

(19). ATAAY (Şahıslar), s.125; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.99; ZEVKLİLER, a.g.e., s.415

(20). ATAAY (Şahıslar), s.126; Geniş olarak bkz. BAYRAKTAR Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 54 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.457

(21). ATAAY (Şahıslar), s.127-128; ZEVKLİLER, a.g.e., s.416

Arayasanın 17. maddesinde belirtildiği gibi, "tıbbi zorunluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." Bundan da anlaşılacağı üzere, tedavi amaçlı müdahaleler ve kişinin rızası ile yapılan müdahaleler kişilik hakkına saldırı niteliğinde sayılamaz. Kişinin rızasının hukuka, ahlak ve adaba (sağtöreye) aykırı olmaması gerekir. Müdahalede, izin, zararsızlık ve üstün amaç aranmalıdır. Medeni Yasa ve Borçlar Yasası'nın 19. maddesi bu durumu düzenlemektedir. Zaten tehlikeli sonuçlar ve önemli zararlar doğurmaya elverişli girişimler genellikle hukuka ve sağtöreye aykırı niteliktedir.⁽²²⁾

Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ölümle sona erer. Ceset üzerinde bir kişilik hakkı yoktur. Fakat ceset de hukuksal olarak korunma altındadır. Öğretide büyük çoğunluk, bir kimsenin cesedine saldırı durumunda, onun yakınları kendi kişilik haklarının zedelendiğini ileri sürerek koruma isteyebileceklerini söylemektedir.⁽²³⁾ Buna karşı olan görüşe göre ise⁽²⁴⁾ birinci görüş sakıncalıdır, ölüyle ticaret yapılmasına, ölü sayesinde yüksek tutarda tazminatlar elde edilmesine, kişilerde "yakınlarının ölme arzusunun kökleşmesine" yol açar. Bunun yerine, kişilik hakkının ölüm sonrasında belirli ve sınırlı bir art. etki sağtığının kabulü daha yerindedir. Ölenin yakınları, ölenin kişiliğini, tazminat dışı yollardan koruma yolunu seçmelidirler.

(22). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.100-101

(23). ATAAY (Şahıslar), s.129; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.211; Yargıtay 4. HD., 10.3.1977, E. 3455/K. 2751 (KARAHASAN, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, s.1343-1345)

(24). SEROZAN (Kişilik Hakları), s.109-110

Bedensel ve ruhsal sağılığı bozucu eylemler de kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Bir kişiye manevi (tinsel) acı çektirmek, işkence yapmak, baskı ve korku altında bulundurmak, ruhsal bozukluklara ve sarsıntılara yol açmak kişilik hakkını zedeleyici durumlardır. (25)

B) MANEVİ (TİNSEL) DEĞERLER

Bunlar daha çok kişinin dış yaşamla toplumla olan ilişkilerinden kaynaklanan ve kişiye, kişi olması nedeniyle tanınıp hukuk düzenince de korunan onur, saygınlık, giz çevresi, özgürlük, ad, resim gibi değerlerdir. (26)

aa. ÖZGÜRLÜKLER : Özgürlükler, Anayasa'da, Ceza Yasası'nda çeşitli düzenlemelerle güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Büyük ölçüde özgürlükler teker teker sayılmak yoluyla düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. M.Y. m.23'teki düzenleme, özgürlüklerden kişinin kendisinin bile vazgeçemeyeceğini belirtmektedir.

Bir kişi hukuksal sınırlar içinde yaşamını özgür ve bağımsız bir biçimde sürdürebilmek, dilediği yerde oturmak, çalışmak, gezmek, düşünmek, düşünce ve görüşlerini sınırsız-kısıtlamasız açıklayabilmek, toplamak, örgütlü birliktelik sağlayabilmek, serbestçe ekonomik girişimlerde bulunabilmek, aile yaşamı kurabilmek serbestisine sahip olmalıdır.

(25). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.114; ZEVKLİLER, a.g.e., s.416-417

(26). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.115 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.420

Bunun sonucu olarak kişinin hukuka aykırı olarak tutuklanması, çalışmasının engellenmesi, düşünme ve örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanması, haberleşmesinin, toplanmasının, ekonomik girişimlerde bulunmasının yasaklanması kişilik hakkına saldırı oluşturur.⁽²⁷⁾ Kişi bu konudaki kısıtlamalara rıza gösterse bile bunlar geçersizdir (M.Y. m.23). Rıza bazen geçerli olabilir. Yalnız rıza, hukuka ve sağıtöreye aykırı olmamalı, özgürlüklerin süresiz kısıtlanmasına ya da tamamen işleyemez duruma gelmesine yol açmamalıdır.⁽²⁸⁾

bb. ONUR VE SAYGINLIK (ŞEREF VE HAYSİYET) : Onur ve saygınlık kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerlerdendir. Onur ve saygınlık sübjektif (öznel) değil, objektif (nesnel) bir kavramdır.⁽²⁹⁾

Onur ve saygınlık, iç şeref ve dış şeref diye de ikiye ayrılmaktadır.⁽³⁰⁾ Bu ayrıma göre, dış şeref; bir kimsenin düşünce ve davranışları ile toplumun diğer bireyleri üzerinde bıraktığı izlenim, iç şeref; kişinin bizzat kendisi hakkında beslediği iyi düşüncelerdir, diye tanımlanmaktadır.

Onur ve saygınlık kişinin, içinde yaşadığı toplumun gerekli saydığı niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için kişiye

(27). Yargıtay 4. HD., 22.3.1979, E. 1060/K. 3810/ 4. HD., 28.6.1977, E. 971/4922-K.6390, 4. HD., 26.12.1967, E. 9032/K. 10637 (KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1320-1321-1357-1361)

(28). ZEVKLİLER, a.g.e., s.422

(29). ATALAY, a.g.m., s.882; FRANKO, a.g.t., s.1 vd.

(30). FRANKO, a.g.t., s.7

verilen değerdir.⁽³¹⁾ Dolayısıyla insanın içinde bulunduğu çevreye ve zamana göre değişir. Saldırı olup olmadığını belirlerken yargıç, o zaman ve yerdeki inanışlara ve düşüncelere göre saptama yapmalıdır.⁽³²⁾

Anayasa Mahkemesi de bir kararında onur ve saygınlığın önemini belirtmiştir.⁽³³⁾ Söz konusu karara göre : "... insan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer, tanınmasını ve sayılmasını anlatır."

Onur ve saygınlığa saldırı çeşitli yollarla yapılabilir. Saldırı, yazıyla, sözle ya da başka bir biçimde ortaya çıkabilir.

Bir Yargıtay kararında onur ve saygınlıkla ilgili olarak şu görüşlere yer verilmiştir.⁽³⁴⁾ : "... bilindiği gibi yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet, dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğ uya da kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir.... kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir.

(31). KARAHASAN, a.g.e., s.614

(32). DURAL, a.g.e., s.133 vd.

(33). 28.6.1966, 263/132 E. 966/29 K. RG. 27.6.1967 - 12632

(34). Yargıtay 4. HD., 9.1.1978, E. 11462/K. 45 - UYGUR, a.g.e., s.696,697

Ancak, hiç kuşku yoktur ki, bu müdahalenin haksız olması, diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekir...."

Bir kişi hakkında hakaret oluşturacak sözler söylenmesi ya da saygınlığını düşüren, doğruluğu ispat edilemeyen savlarda (iddialarda) bulunulması onur ve saygınlığa saldırı oluşturur. Asılsız ihbarlar da kişiliğe saldırı niteliğindedir. (35)

Yansız ve nesnel olduğu ve amacı yasak bulunmadığı sürece eleştiriler, üstelik açıktan açığa ve genel de olsa hukuka aykırı değildir. Eleştiri hakkı yasa ve sağıtöre (ahlak) kuralları içinde, kamuoyunun olumlu yönde oluşması ve toplumun daha ileriye götürülmesi amacıyla kullanılabilir; bir düşünceyi eleştiren ve kınayan diğer bir düşüncenin normal sınırlar içinde kalıp kalmadığı ise, ileri sürülen görüş ve düşünce ile birlikte değerlendirilerek saptanmalıdır. (37)

cc. AD ÜZERİNDEKİ HAK : Kişinin adı da tinsel kişilik değerlerindendir. (38) Kişinin adı da, onur ve saygınlık gibi toplumsal ilişkilerden kaynaklanan bir kişisel değerdir. Ada yönelik saldırılar çeşitli biçimlerde olabilir. Örneğin, kişinin adının bir eşya ya da hayvana

(35). Yargıtay 4. HD., 29.11.1977, E. 12714/K. 11212, YKD 1979/3, s.341; Yargıtay 4. HD., 12.12.1978, E. 3302/K. 13995, YKD. 1979/6, s.784

(36). VELİDEDEOĞLU (T.Medeni H.), s.132

(37). Yargıtay 4. HD., 23.6.1977, E. 10894/K. 7295, KARAHASAN, a.g.e., s.616

(38). Yargıtay 4. HD., 19.1.1978, E. 2925/K. 544 : "... hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, onur ve saygınlığı, ünü, ismi, resim ve sırları hep kişisel varlıklardır." KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1313-1314

, verilmesi gibi. (39)

dd. RESİM ÜZERİNDEKİ HAK : Resim, kişinin dış yapısına yansıyan ve onu öteki kişilerden ayıran görünümüdür ve kişi bu görünüme saygılı olmayı herkesten isteyebilir. (40) Resim üzerindeki hakka saldırı, kişinin izni alınmadan, resminin çekilmesi, basılması, dağıtılması, sergilenmesi biçimlerinde olabilir. Bir kimsenin resmi üzerindeki hakkı Medeni Yasa'nın 24. maddesiyle korunan kişilik haklarından olup herkese karşı ileri sürülebilir. Bir kimsenin resminin, rıza ve onamı alınmadan özellikle ticari bir amaç ile kullanılması kişilik hakkına saldırı oluşturur. (41)

Bir kimse her zaman resminin çekilmesini ve yayınlanmasını yasaklayamaz. Yasaklama yoluna başvurabilmesi için resim çekme ya da yayınlama eyleminin, kişinin kişilik hakkını çiğneyici nitelikte olması gerekir. (42) Örneğin, kamuya açık toplantılarda çekilen resimlerin yayınlanması, spor karşılaşmalarının yayınlanması, topluma mal olmuş kişilerin resimlerinin basılması, sözkonusu olaylarla bağlantılı olarak verildiği takdirde kişilik hakkına saldırı niteliğinde sayılmaz.

(39). Atalay, a.g.m.'nin devamı, Yargıtay Dergisi, 1980/6, s.107;

Franko, a.g.t., s.37

(40). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.144 vd.; DURAL, a.g.e., s.148-149

(41). Yargıtay 2. HD., 17.12.1969, E. 3339/5698; KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1316

(42). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.147; ZEVLİLER, a.g.e., s.429;

Yargıtay 2. HD., 29.1.1976, E. 9403/K. 625; KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1314-1315

ee. **ÖZEL YAŞAM** : Özel yaşamın gizliliğine dokunulamayacağı Anayasanın 20. maddesiyle düzenlenmiştir. Özel yaşama saldırı, bu yaşam çevresine giren olayların öğrenilmesi, başkalarına anlatılması ve yaşamından sözedilen kişi hakkında bir değer yargısında bulunma biçiminde olabilir.

Kişinin yaşam alanı 3 bölümde incelenebilir.⁽⁴³⁾ Bunlar, gizli alan, ortak alan, özel alan'dır.

- **Gizli Alan** ; Kişinin, başkalarından gizlediği, yalnız kendisine saklı kalmasını istediği yaşam olaylarını içine alır.⁽⁴⁴⁾ Dolayısıyla bu alanla ilgili bilgileri hukuka aykırı bir biçimde elde etmek, başkalarına açıklamak kişilik hakkına saldırı oluşturur. Kişi, bu gizli alanını bazen bir iki kişiyle paylaşabilir. Fakat bu durum, bu gizli alanı, gizli alan olmaktan çıkarmaz. Kendisine bilgi verilen kişi, bu bilgileri o kişinin izni olmadan başkasına açıklayamaz, açıklarsa kişilik hakkına saldırı niteliği taşır.

- **Özel Alan** ; Kişinin, birlikte oturma, birlikte çalışma ya da olaylar üzerinde birlikte konuşma dolayısıyla kendisine yakın olan kişilerle ortak olan ve yalnız bunlarla paylaşmak istediği yaşam olaylarını içerir. Buradaki yakınlardan, kişinin aynı evi paylaştığı kişiler, ça-

(43). KARAHASAN, a.g.e., s.622 vd.; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.26; ZEVLİLER, a.g.e., s.431 vd.; DURAL, a.g.e., s.142 vd.

(44). KARAHASAN, a.g.e., s.622-623; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.26; ZEVLİLER, a.g.e., s.431

alışma arkadaşları, dostları ve bu gibiler girer.⁽⁴⁵⁾ Kişinin bu alanı çeşitli olaylara, kişinin etkinliklerine göre farklılıklar gösterilebilir. Özel alana da kişinin yakınları dışındaki kişilerin sızıp bilgi toplaması ve bunları başkalarına aktarması kişilik hakkına saldırı oluşturur.⁽⁴⁶⁾

- Ortak Alan ; Bu alan kamuya açık alandır. Kişinin, kamuya açık yerlerde, genel toplantılarda, törenlerde giriştiği uğraşılâr bu alana girer. Bu alan öteki kişilerle paylaşıldığından, onlar tarafından bilindiğinden, gizli tutulmasına olanak yoktur.⁽⁴⁷⁾ Bu alanın, başkalarından gizlenememesi, bu alana yönelik saldırıları hukuka uygun duruma getirmez. Ortak alana yönelik, uydurma haberler, kişiyi küçük düşürmeye yönelik olaylar yine kişilik hakkına saldırı oluşturur.

Kural olarak, kişilik, gizli ve özel alanı kapsar.

Nasıl olursa olsun, hukuka aykırı olarak, gizli dinleme ve gözetleme yoluyla özel ve gizli alana ilişkin bilgiler elde etmek kişilik hak-

(45). TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.26

(46). Yargıtay, 4. HD., 28.3.1977, E. 2430/K. 3602 : "Davalı avukatın davacının oğlunun iyileştirilmesi için yapılan tıbbi araştırmaya verilen karşılıkları, gizli bilgileri ele geçirerek bunları, yapıyla kamuoyuna açıklaması, özel yaşamın gizliliğine dokunulamayacağı esasına aykırı davranıştır." KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1341-1343; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.129

(47). KARAHASAN, a.g.e., s.623; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.26; ZEVLİLİLER, a.g.e., s.433

kına saldırı niteliğindedir. Böyle bir yolla elde edilen bilgiler kişi aleyhine-zararına delil olarak kullanılamaz.⁽⁴⁸⁾

Bir kişinin özel yaşamına ait bilgi, ancak onun kamu yaşamına katılmış olması ve özel yaşamına ilişkin bilgilerin işiyle yakın ilgisi olduğu durumlarda açıklanabilir. Bir kişinin kamuya katılmış sayılması için, kamu görevi yüklenmesi ve özel yaşamının halkın gözü önünde geçmesi gerekir.⁽⁴⁹⁾

Kişinin rızasına dayalı açıklamalar hukuka aykırılık oluşturmaz. Yalnız bu açıklamaların gerçek ve doğru olması koşuldur.

C) MESLEKİ VE TİCARİ DEĞERLER

Mesleki ve ticari değerler diğer kişisel değerlerden farklı olarak parasal sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Anayasanın 48. maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahiptir. Bir kimsenin, ekonomik varlığa sahip olma ve varlığını sürdürme özgürlü-

(48). KARAHASAN, a.g.e., s.623-624; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.133; ZEVKLİLER, a.g.e., s.434 vd.

(49). Yargıtay 4. HD., 28.11.1974, E. 10763/K. 16320 : "Kamuyunda belli durumları yönünden tanınmış olanlar; örneğin sanatkar, politikacı, devlet adamı niteliğindeki kişilerin uğraşları yönünden özel yaşamlarının dokunulmaz ve gizli alanları öteki yurttaşlara göre çok sınırlıdır...(Bunlara ilişkin özel yaşamın) gerçek dışı hikayelerle süslenmesine veya konu edilen kişiliğin gülünç duruma düşürülmesine olanak sağlamayacağı gibi, ayrıca bu yolla yayına konu edilen kişinin küçük düşürülmesine, vekar ve haysiyetine, iffetine taarruza olanak sağlamaz." KARAHASAN, a.g.e., s.624'te dn. 85.

günü ortadan kaldırıcı davranışlar kişilik hakkına saldırı oluşturur.⁽⁵⁰⁾

Mesleki onur ve saygınlık iş yaşamından kaynaklanır. Belli meslekten bir kişinin, bu işte yetenekli olmadığı, gerekli nitelikleri taşımadığının ileri sürülmesi, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir.⁽⁵¹⁾ Bir tüccarın gerçeğe aykırı olarak daha önce iflas ettiğinin ileri sürülmesi, kişilik hakkına saldırı oluşturur. Yine bir yüklenicinin sözünde durmadığının, dolayısıyla sözleşmeleri ihlal ettiğinin belirtilmesi, bir doktorun hastalarına sarkıntılık ettiğinin yayılması da bu türdendir.

Kişinin mesleki ve ticari sırlarını gizlice incelemek, bunları başkalarına vermek te hukuka aykırıdır. Meslek adamının yanında çalışan kişinin, bu iş dolayısıyla öğrendiği bilgileri başkalarına aktarması kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Ceza Yasası'nın 198. maddesine göre bu durum "meşlek gizlerini açıklama suçu"nu oluşturur.

4) KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRI

A) BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE BASININ GÖREVİ

Anayasa m.26/1'e göre, "herkes, düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklamaya ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da verme serbestliğini de kapsar",

(50). KARAHASAN, a.g.e., s.635 vd.; FRANKO, a.g.t. s.87 vd.; ZEVLİLİLER, a.g.e., s.439 vd.; DURAL, a.g.e., s.150

(51). ATALAY, a.g.m., s.883

demektedir. 26/II bu konudaki sınırlamaları düzenlemektedir.

Anayasa 28. m., "Basın hürdür, sansür edilemez" hükmünü getirmiştir. Aynı doğrultudaki bir hüküm Basın Yasası'nda da bulunmaktadır. Hatta 28/III, "Devlet, basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alır", hükmünü koymakla basın ve haberleşme özgürlüğünün eylemsel olarak gerçekleştirilmesini sağlamak açısından devlet yükümlü tutulmuştur.

Basın ve haberleşme özgürlüğü için bulunması gereken öğeler vardır. Bunları şöyle açıklayabiliriz :⁽⁵²⁾

- Haber, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı. Bu hak Anayasa m.28'de haber alma özgürlüğü olarak anlatılmıştır.

- Düşünce ve kanıları serbestçe açıklayabilmek hakkı. Burada düşünce ve söz özgürlüğü, kitle haberleşme araçları ile düşünce ve kanıların serbestçe açıklanması hakkına dönüşmektedir.⁽⁵³⁾

- Haber düşünce ve kanıları serbestçe yayabilmek hakkı. Bu hak basın yönünden yazıların bir ön denetime bağlı olmadan basılabilmesini gerektirdiği gibi, basılmış eserlerin serbestçe dağıtılabilmesi zorunluluğunu da gerektirir.⁽⁵⁴⁾

Basın etkinliği kamusal nitelikte bir görevdir. Basının yerine getirmesi gereken kamusal görevler bir yandan basın etkinliğinin özellik

(52). İÇEL Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 3.b., İstanbul 1990, s.51 v

(53). İçel, a.g.e., s.53

(54). İÇEL, a.g.e., s.53

lerinden, diğer yandan özgürlükçü demokrasinin niteliğinden ortaya çıkar

Basının görevleri de şöyle açıklanabilir.⁽⁵⁵⁾

- Haber verme görevi.

- Denetim ve eleştiri görevi. Demokratik rejimlerin güvencesi vatandaşların eleştirel katkılarıdır, vatandaşın sözcüsü ise basındır. Bu nedenle özgürlükçü demokrasilerde basının en önemli kamusal görevi, tüm kamusal yaşantının denetimi ve eleştirisidir.⁽⁵⁶⁾

- Kamuoyunu açıklama ve oluşturma görevi. Basın hem kamusal istenci açıklayan bir araç ve hem de kamusal istence yön veren bir motor durumundadır. Basın kamu istencinin ağzı olduğu kadar, ayna zamanda da kulağıdır.⁽⁵⁷⁾

Bunların dışında, basın aynı zamanda okuyucu kitlesinin eğitimi işlevini de yerine getirir. Basın halk ile parlamento ve hükümet arasında bağlantı kurulması ve diyalog sağlanması görevini de yapar. Zaman zaman azınlığın görüşlerini ve sorunlarını da yansıtarak, yöneticilerin bu sorunlara eğilmelerine olanak sağlar.

Basının kendisinden beklenen görevleri yerine getirebilmesi için, kısıtlamasız, bağımsız çalışması zorunludur.⁽⁵⁸⁾ Bir Yargıtay kararında

(55). İÇEL, a.g.e., s.89 vd.

(56). İÇEL, a.g.e., s.92

(57). İÇEL, a.g.e., s.93

(58). KANETİ Sâlim, Çatışan Değerlerin tartılmasına dayanan hukuka uygunluk. Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler. İstanbul 1981, s.153 vd. ATALAY, a.g.m., s.113 vd.; FRANKO, a.g.t., s.74 vd.; KARAHAN, a.g.e., s.676 vd.; İÇEL, a.g.e., s.89 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet, Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri, Yargıtay Dergisi 1987/13, s.89 vd.; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.28 vd.; DURAL, a.g.e., s.136 vd.

şınlar söylenmiştir : "Basının başlıca görevlerinden birisi ve belki de en önemlisi, zamanında gereken ayrıntıları ile ve doğru olarak oluşturulmasında kamu yararı bulunan haberleri toplayarak halka, topluma ulaştırmak, böylece toplumun düşünce ve kanılara ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını sağlamak, nihayet kamu gücünü elinde tutanlar üzerinde de toplumun denetim aracı olmaktır. Basın yoluyla düşünce açıklamak hakkının Anayasal bir değer taşıdığı ve bu açıdan basın işlevlerini yerine getirilmesinin bir hak ve hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunun kabulü zorunludur."(59)

B) BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Her özgürlük gibi "basın özgürlüğü" de sınırsız değildir. Çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Anayasa'da da bunlar belirtilmiştir. Anayasa m.26'ya göre, basın özgürlüğünün kullanılmasının sınırlarından biri kişilik haklarıdır. Yine kişilik haklarını koruyan MY. m. 24 ve BY. m. 49'da basın özgürlüğünü sınırlayan kurallardır. Yalnız kişilik hakları da sınırsız bir korumaya tabi değildir. MY. m.24'te yeni düzenlemeyle hukuka uygunluk nedenleri sayılmıştır. Söz konusu maddeye göre; Saldırının, kişilik hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan durumlarda hukuka aykırılık oluşturacağı düzenlenmiştir.

(59). Yargıtay 4. HD., 1.6.1983, E. 5122/K. 5790. KARAHASAN, a.g.e., s.963. İlgili Yargıtay kararları. 4. HD., 12.4.1979, E. 9042/K. 4935; 4. HD., 8.12.1977, E. 1242/K. 11730.; KARAHASAN, a.g.e. s.964 vd.; YHGK. 9.10.1985, E. 496/790 K; 26.12.1977, E. 9260/K. 12506; 4. HD., 2.9.1982, E. 6084/K. 7436; 4. HD., 1.11.1988, E. 6052/K. 9113; 4. HD., 28.4.1987, E. 2077/K. 3267; UYGUR, a.g.e. s. 750 vd.

Bu ölçüt basın yoluyla kişilik haklarına saldırı durumunda da uygulanmalıdır.

Basın özgürlüğünün kişilik haklarıyla çatışması durumunda hangisine öncelik verileceği konusunda Yargıtay ve öğretide çeşitli ölçütler kullanılmaktadır. Buna göre,⁽⁶⁰⁾

- Yayında haber niteliği bulunmalıdır,
- Haber gerçeğe uygun olmalıdır,
- Haber nesnel ölçütler içinde verilmelidir,
- Haber güncel olmalı ve toplumsal bir ilgililik bulunmalıdır.

Yargıtay 4. HD., 17.9.1981, E.805/K. 10189 kararına göre⁽⁶¹⁾ "... gerçeklik; somut yararı ve toplumsal ilgisi; haberin verilmesini toplum; bir kesiminin olsa dahi, ilgisini çekmesi ve kamu yararına ters düşmemesi, kamuyu aydınlatma ve doğru yolda ve yasal sınırları içinde oluşturmayı; güncelliğin, günün konusu olmayı, aktüel bulunmayı, haberin önemini kaybetmeden, eskimeden günümüz insanının mutad günlük hayatında merak ettiği haberlerin verilmesini; konu ile ifade arasında düşünsel bağlılığın ise : Konunun gerçeğe uygun olarak anlatımını, konunun açıklanması ile ilgili olmayan beyan ve ifadelerin bulunmaması anlamını taşır."

(60). ATALAY, a.g.m.(2), s.113 vd.; FRANCO, a.g.t., s.74 vd.; KARAHASAN, a.g.e., s.687 vd.; KILIÇOĞLU, a.g.m.(Basın Özgürlüğü), s.93 vd.; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.28 vd.; Yargıtay 4. HD., 12.2.1979, E. 9042/K. 4935; KARAHASAN, 687 vd.; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, 7.b., İstanbul 1988, s.199 vd.; KANETİ (Çatışan Değerler), s.153 vd.

(61). KARAHASAN, a.g.e., s.691

Başka bir Yargıtay kararına göre ise; "... gerçeklik, haberin ve bir olaya dayanan eleştiride olayın gerçeğe uygun olmasını ifade eder. Ancak buradaki gerçekliğin somut gerçeğe değil, olayın haber verildiği andaki beliren biçimine uygunluk şeklinde anlaşılması gerekir. Bundan başka açıklamanın gerçeğe uygun olup olmadığı, açıklamada bulunanın sübjektif görüşüne değil, orta seviyede okuyucu kitlesinin bundan edindiği objektif intibaya göre tayin olunur....Özetle, gerçeklik, olayın varlığının gerçek olması anlamına gelir. Yayının ancak olayın maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği kabul edilecek olursa, haber verme hakkı sınırlandırılmış olur. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkması zaman alır. Gazeteci de maddi gerçeği araştırmak ve ortaya çıkarmak göreviyle yükümlü değildir.... Sadece haberin objektifliği, gerçek durumun ortaya çıkması halinde bu gerçeğin de kamuya duyurulmasını gerektirir. Bu açıdan önemli olan olayın doğması ve varlığı halinde haberin bu iddiaya uygun biçimde verilmesidir. (62)

(62). Yargıtay 4. HD., 27.3.1984, E. 1134/K. 2067, UYGUR, a.g.e., s. 75

II. KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

1. GENEL OLARAK

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerlerin tümü kişiliği oluşturur. Bu kişisel değerlerden her biri de kişiliği koruyan hükümlerden yararlanır.

Tekniğin ilerlemesi sonucunda kişilik haklarına saldırı olasılığı daha da artmakta, bunun sonucunda insanların gizli ve özel yaşam alanları gittikçe daralmaktadır.⁽⁶³⁾ Ayrıca ekonomik yaşamda meydana gelen değişiklikler de, kişiliğin korunmasının önemini arttırmıştır. Ekonomik yaşamda önemli güçler durumuna gelen, karteller, holdingler ve tröstlere karşı, güçsüz olanları korumak gerekmektedir.⁽⁶⁴⁾ Anayasa'da ve diğer yasalarda kişilere bazı hak ve özgürlükler tanınmıştır. Özgürlükleri tanımakla sorun çözümlenmiş sayılmamalıdır. Ayrıca bunların, kullanılırken, kişiye zarar vermemesini sağlayacak yöntemler de bulunmalı, yasalara bu konuda hükümler konulmalıdır. Kişi sözleşme özgürlüğüne sahiptir, kendi değerleri üzerinde dilediği gibi hareket edebilir, tasarrufta bulunabilir denilirse, bu durum, zayıfların özgürlüklerinin yok olması ve güçlülerin boyundurukları altına girmeleri sonucunu doğurabilir.⁽⁶⁵⁾

(63). TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.1 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.443 vd.

(64). TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.2

(65). ZEVKLİLER, a.g.e., s.444

2. KORUNMA YOLLARI

Kişiliği ve dolayısıyla kişilik haklarını koruyan genel ve özel hükümler çeşitli yasalarla düzenlenmiştir. Genel hükümler, MY m.23 ve 24 ile BY. m.49'dur. Son zamanlara kadar öğretilde savunulan, fakat daha sonra, hemen hemen terk edilen görüşe göre : MY. m.23 kişiliği, kişinin kendisine karşı korumakta (İÇ KORUMA) ; MY. m.24 ise kişiliği, başkalarının saldırılarına karşı korumaktadır (DIŞ KORUMA). Yalnız, öğretilde savunulduğu gibi, gerek MY. m.23 ve gerek MY. m.24, kişiliği dıştan gelen saldırılara karşı korur. Fark ise şuradadır. : MY.m.23'te, kişiliğin ihlali (zedelenmesi), saldırıya uğrayanın rızasıyla, yaptığı hukuksal işlemler ile olmaktadır. Oysa MY. m.24, sözleşme dışı saldırılara, haksız eylemlere karşı kişiliği korumaktadır.(66)

A. Kişiliğin Hukuksal İşlemler Sonucu Yapılan Saldırıların Karşı Korunması :

MY. m.23'te şu düzenleme vardır :

"Kimse, medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez.

Kimse, hürriyetini ferag edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyif dahi edemez."

Bu maddedeki "medeni haklardan ve onları kullanmaktan" biçimindeki deyim, İsviçre Medeni Yasası'nın Almanca metnine uygun olarak

(66). DURAL, a.g.e., s.155 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.155 vd.; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.150 vd.; TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.5 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.444 vd.

"hak ve fiil ehliyetinden (die Rechts - und Handlungs Faehigkeit) biçiminde anlaşılması gerekir.⁽⁶⁷⁾

MY. m.23'te, maddede sözü edilen yasağa uymamanın sonucunun ne olacağı belirtilmemiştir. Bu yasağa uymamanın yaptırımını Borçlar Yasası'nın 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. BY. m.19/II'ye göre, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, yasanın emredici kurallarına, sağıtöreye, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir.⁽⁶⁸⁾ Ayrıca, bu durumun sonucunun "butlan" olacağı BY. m.20/I'de belirtilmiştir. Kişilik Haklarına aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir, hukuksal sonuç doğurmazlar.

MY. m.23, kişiliği üç yönden korumaktadır. Hak ehliyeti (yeteneği ve eylem yeteneği ve özgürlükler yönünden üçlü bir koruma vardır.

aa. Hak Yeteneği Yönünden :

Hak yeteneği haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir. Hiçkimse bu yeteneğinden vazgeçemez. Bu yüzden, bir kimse, örneğin hiçbir hak sahibi olamayacağı, borç yüklenemeyeceği, hiç evlenmeyeceği, ölüme bağlı tasarrufta bulunmayacağı yolunda yüklenimde bulunamaz.⁽⁶⁹⁾

(67). ATAAY (Şahıslar); s.148

(68). BY. m.19/II yanlış çevrilmiştir. Doğrusu şöyle olmalıdır : "Yasaya uymayan sözleşmeler, ancak yasanın kesin olarak (uygulanmasını) öngördüğü tüzel kurallara veya sağıtöreye veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidirler." VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu II. Cilt, 4. Bası, İstanbul 1988, s.581

(69). ATAAY (Şahıslar), s.150; DURAL, a.g.e., s.155; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.95; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.152; Yağıtay 2. HD., 21.12.1970, E. 7156/K. 6894'e göre, nafaka istemekten vazgeçmek MY. m.23'e göre geçersiz sayılmalıdır. RKD 1971/11-2, s.17

Burda sözkonusu olan, önceden hak yeteneğinden vazgeçmemektir. Yoksa, doğmuş bir haktan vazgeçmek ya da doğmuş hakkın kullanılmayacağını açıklamak MY. m.23 kapsamına girmez.

bb. Eylem Yeteneği (Fiil Ehliyeti) Yönünden :

MY. m.23, hak yeteneği yanında eylem yeteneğinden vazgeç-
meği de yasaklamıştır. Buna göre, bir kimsenin bölümsel olarak ya da
tamamen eylem yeteneğinden yararlanamayacağına yönelik yüklenimler al-
tına girmesi geçersizdir, yasaya aykırıdır. Örneğin, bir kimsenin söz-
leşme yeteneğinden vazgeçmesi, malvarlığı üzerinde hiç bir tasarrufta
bulunamayacağına ilişkin bir sözverisi ya da yükümlülüğü sonuç doğurmaz.

cc. Özgürlükler Yönünden :

MY. m.23/II'de, özgürlüklerin başkasına devrini, olduğu
gibi, yasaya ve ahlaka aykırı düşecek biçimde sınırlandırılmasını da yasak-
lamıştır.

Özgürlüğün sınırlandırılması açısından uygulanacak ölçü, yasaya
ve ahlaka aykırı olmamasıdır. Bizi yükümlülük ve borç altına sokan her
sözleşme, özgürlüğümüzün sınırlandırılması sonucunu doğurur. Kişi sözleşme
özgürlüğü çerçevesinde yapılan her çeşit sözleşme ile özgürlüğünü kısıt-
layabilir. Yeter ki, yapılan kısıtlama, kişiyi her yönden sınıksız bağ-
lamış olmasın (Kelepçeleme Sözleşmeleri) ve hukuk ya da ahlaka aykırı
bir nitelik taşımasın.⁽⁷⁰⁾

(70). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.152-153

Yargıtay HGK.'da bir kararında konuya şöyle yaklaşmıştır : "... bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini ahlak anlayışıyla bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler hükümsüzdür." (71)

Yine aynı doğrultuda BY. m.343 ve 349'da da düzenleme vardır. BY. m.343'e göre, on yıldan daha uzun süreli ya da işçinin yaşamı boyunca yapılan iş sözleşmelerini işçi, on yılın sonunda bir aylık bildirim süresine uyararak, hiç ödence vermeden bozabilir. BY. m.349 ise, işverenle işçi arasındaki rekabet (yarışım) yasağının sınırı düzenlemiştir. Yarışım yasağı, işçinin ekonomik geleceğini sarsıcı nitelikte gerçeğe aykırı olarak düzenlenemez. Ancak, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesini önleyecek yolda, zaman, yer ve işin konusu bakımından, durumun gereğine göre, uygun bir sınır içinde kararlaştırılmışsa geçerli olur.

B. Kişiliğin Sözleşme Dışı Saldırılarına Karşı Korunması

aa. Genel Olarak

Kişiliğin, sözleşme dışı saldırılara karşı korunması yolundaki genel kuralları, MY. m.24 ve BY. m.49'dur. Bu bölümde, Medeni Yasanın 24. maddesini ele aldık. BY. m.49/I'i ise manevi tazminat bölümünde ayrıntılı olarak el aldık.

(71). Yargıtay HGK., 11.2.1976, E. 1088/K. 209, YKD. 1976, c.11, s.1269-1270

Bilindiği gibi 12.5.1988 tarih ve 191812 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 3444 sayılı yasa kişilik haklarının korunması ve özellikle manevi tazminat konusunda önemli değişiklikler yapmıştır. MY. m.24'de eski biçimine göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve m.24/a yasaya eklenmiştir.

Yeni düzenleme şöyledir :

"2. Tecavüz halinde

a) İlke - Madde 24 - Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hakimden, tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan her tecavüz hukuka aykırıdır.

b) Dava hakları - Madde 24/a. Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan veya bir tecavüz tehlikesi karşısında bulunan kişi, tecavüze son verilmesini veya tecavüz tehlikesinin önlenmesini talep edebileceği gibi, sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti ve gerekiyorsa kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini talep edebilir.

Maddi ve manevi tazminat davaları açma hakkı ile birlikte bu tecavüzden elde edilen kazançları vekaletsiz işgörme hükümleri uyarınca talep etme hakkı saklıdır.

Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yoluyla intikal eder.

Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı veya davalının ikametgahı mahkemesinde de dava açabilir.

Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekaletsiz iş-görme hükümleri uyarınca tecavüzdén elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde de açabilir."⁽⁷²⁾

- m.24/I'de eski metindeki "şahsi menfaatler" deyimini yerine şahsiyet hakkı deyimini kullanılmıştır. Zaten öğretide de, eski metindeki "şahsi menfaatler" deyiminden anlaşılanın şahsiyet hakkına ya da şahsiyetin unsurlarına tecavüz olduğu kabul edilmekteydi.⁽⁷³⁾ Bu konuda bir açıklık sağlanmıştır.

- Yine maddede haksız saldırı deyimini yerine, daha önce de anlaşıldığı gibi hukuka aykırı saldırı deyimini kullanılmıştır.

Yeni düzenleme karşısında MY. m.24/I'in gereksiz bir hüküm olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre⁽⁷⁴⁾ ; davacı saldırıya karşı soyut olarak bir korunma davası açamaz. Esasen tüm hukuk düzeninin amacı da, kişileri hukuka aykırı eylem ve davranışlara karşı korumaktır.

(72). MY. m.24'ün eski metni şöyleydi : "Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hakimden tecavüzün men'ini talep edebilir.

Maddi veya manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ davası ancak kanunun tayin ettiği halde ikame olunur."

(73). OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.97

(74). TEKİNAY Selahattin Sulhi, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof.Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.56

Yasa koyucunun görevi, korumanın hangi yaptırımlar ya da dava hakları ile gerçekleşeceğini belirtmektir. MY. m.24/a'da da bunlar düzenlenmiştir. Sadece korumaya yönelik istem sözkonusu olamaz. Böyle bir istemle açılacak dava içeriksiz kalacaktır.

= MY. m.24/II'de, hukuka aykırılık ölçütler verilerek açıklanmıştır. Hangi durumlarda saldırının hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Asıl olan hukuka aykırılıktır. Maddede sözü edilen koşullara uyulursa, saldırı hukuka uygun duruma gelir. Yeni düzenlemeye göre, rızaya, üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına ya da yasanın verdiği bir yetkiye dayanmayan her saldırı hukuka aykırıdır.

24/II'nin yeni düzenlemesi karşısında farklı şeyler söylenmiştir. Öğretide, bu hükmün yerinde bir hüküm olduğunu söyleyenler olduğu gibi⁽⁷⁾ bu hükmün isabetsiz ve yanlış olduğu da söylenmiştir. Karşı çıkanlara göre⁽⁷⁶⁾, hükümde hukuka aykırılığın tanımlanması; Türk/İsviçre Medeni Yasası'nın tanımlamalardan olanak ölçüsünde kaçınma yolundaki genel özelliğine aykırı düşmektedir. Tanımlar, yasanın esnekliğini giderebilir. Tanım verme işi bilimsel çalışmaların konusu olmalıdır. Kaldıki, hukuka aykırılık, sadece kişilik haklarının değil, hukukun korumak istediği

(75). OĞUZMAN Kemal, İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.10 vd.

ULUSAN İlhan, Türk Medeni Kanunu Öntasarısında Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (VIII. Sempozyum Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1988, s.

(76). TEKİNAY (Armağan), s.57; ZEVLİLER, a.g.e., s.482

her türlü değerin zedelenmeye uğradığı tüm durumları kapsayan bir kavramdır. Bu kavramı kişilik hakları açısından tanımlayıp, diğer durumlar için tanımsız bırakmak doğru değildir, yanlış anlamalara neden olur. Ayrıca, yeni metin "hukuka aykırılık" kavramına yeterince açıklık getirememiştir. Hukuka aykırılığı kaldırdığı kabul edilen bazı nedenlerden hiç söz etmemiştir. Bu durum karşısında da, yine eskiden olduğu gibi, hangi durumun hukuka aykırı olduğunu takdir yetkisine dayanarak belirlemede yargıca görev düşmektedir. Kanımızca da bu açıklamalar haklıdır.

Maddede geçen "üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına dayanmayan" biçimindeki açıklamada dilbilgisi açısından yanlıştır.⁽⁷⁷⁾

1984 MY. öntasarısında, bu ibare "özel ya da kamusal nitelikte üstün bir yarar" biçimindedir.

- Hukuka Uygunluk Nedenleri

aaa. Rıza : MY. m.24/II'de, rızaya dayanmayan her saldırının hukuka aykırı sayılması, MY. 23'm.'nin temel felsefesinin geniş ölçüde yadsınmasını getirmiştir. MY. m.23'ün kişiyi, hukuksal işlemlere karşı koruyan hükümleri yok sayılmadan, rızanın, hukuka aykırılığı bu derece genel ve mutlak olarak kaldırabileceği söylenemez. MY. m.23, rıza ve onamın saldırıya haklılık kazandıramayacağını düzenlemiştir. MY. m.24/I'nin, bu kurallar değiştirilmeden "rıza"nın yokluğuna hukuka aykırılık tanımında yer vermesi, amacı aşan bir yanlışlıktır. Rızanın, hukuka aykırılığı gideremeyeceği en önemli durum, MY. m.23 düzenlemesi karşısınd

(77). OĞUZMAN (Armağan), s.10; TEKİNAY (Armağan), s.57

kişilik haklarına saldırı durumudur. (78)

MY. m.24/II'de açıklanan "rıza"yı da, maddede herhangi bir açıklama olmamasına karşın, yine MY. m.23 ışığında ele almak ve o doğrultuda değerlendirme yapmak gerekir. Yani, rıza, yasaya, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. (MY. m.23 - BY. m.19-20)

bbb. Üstün Nitelikte Bir Özel Yarar : MY. m.24'e göre, üstün nitelikte bir özel yararın varlığı saldırıyı hukuka uygun duruma getirir. Üstün nitelikte hangi özel yararın saldırıyı hukuka uygun duruma getireceği konusunun gereksiz görüş ayrılıklarına yol açacağı ileri sürülmüştür. (79)

Yaşamın kurtarılması için ameliyat edilmesi zorunluluğu bulunan kimseden onay alınamıyorsa, onun onayı alınmadan ameliyat yapılabilmesi üstün nitelikte bir özel yarara dayanır. (80)

Failin ya da üçüncü bir kişinin üstün yararının, saldırının hukuka aykırılığını kaldırması, bu saldırının yasal savunma (meşru müdafaa) kapsamına girmesi durumunda sözkonusu olur. Yasada da bu konu belirtilmiştir. (BY. m.52)

Anayasaca düzenlenen, hak arama hürriyeti de, hukuka aykırılığı kaldırır. Yalnız bu özgürlüğün kötüye kullanılması durumunda kişilik hakları zedelenebilir; hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez,

(78). TEKİNAY (Armağan), s.57

(79). TEKİNAY (Armağan), s.57

(80). OĞUZMAN (Armağan), s.13

başvurulan araçlar bakımından da aşırı davranılmaması gerekir.⁽⁸¹⁾

ccc. Üstün Nitelikte Kamu Yararı : Toplum çıkarıyla kişi çıkarı karşılaştığında, bu çıkarlardan toplum çıkarı üstün sayılır ve toplum çıkarına karşı kişi çıkarı daha az korunur. Böyle olunca, toplum çıkarını koruma amacıyla kişi çıkarına el atılabilir ve sınırlamalar getirilebilir.⁽⁸²⁾

Kamu yararı amacıyla kişilik haklarına sınırlamalar getirilebilir. Bu en çok basın özgürlüğü alanında olmaktadır. Kamunun günlük olaylar hakkında bilgi sahibi olma konusunda çıkarı vardır. Basın ve yayın organları da bu konuda kamuyu aydınlatma ve kamuya görüş ve yorumlarını yansıtma, eleştirilérde bulunma ödev ve yetkisine sahiptir.⁽⁸³⁾

Bir kişiyle ilgili olarak yayınlanan bir haber ya da eleştiri, küçük düşürücü nitelikte olsa da kamu yararı bulunan bir gerçeği yansıttıyor ve kamuoyunu aydınlatma işlevi içinde kalıyorsa, hukuka aykırılık söz konusu olmaz.⁽⁸⁴⁾

Kişinin izni olmasa da kamunun sağlığını koruma amacıyla kişilere yönelik bazı girişimlerde bulunulabilir. Örneğin, kişiler izin vermesede, bulaşıcı hastalıkları önlemek amacıyla kişilere zorla aşı yapılabilir; salgın hastalıklar konusunda kişiler belirli bir yerde karantin

(81). Yargıtay 4. HD., 8.12.1978, E. 2086/K. 13877 - YKD, 1979/9, s.1268

(82). Anayasa Mahkemesi, 19.6.1968, E. 66/19, K. 68/25; 7.4.1970, E. 69/69, K.70/18, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 1971, sayı 8, s.225-229

(83). TANDOĞAN (Şahsiyetin Korunması), s.27 vd.; ZEVKLİLER, a.g.e., s.48

(84). Yargıtay 4. HD., 14.3.1980, E. 12715/K. 3333 - ABD 1980, s.267

altına alınıp oradan çıkmaları engellenebilir.ya da belirli bir yerin insanları başka bir yere aktarılabilir.(85)

did. Yasanın Verdiği Yetki : Yasanın verdiği yetki kullanıldı dışı sırada, kişilik hakları zedelenmişse, eylem hukuka aykırı sayılır. (MY. =.24/II).

Örneğin, Avukatlar, savundukları kişileri haklı çıkarmakla yükümlü olduklarından, savunma sırasında karşı yanın kişisel değerlerine yönelik zedeleyici davranışlarda bulunabilirler. Bu davranışlar savunma hakkı kapsamı içinde kalır, aşırıya gitmezse, hukuka aykırı bir durum söz konusu olmaz, yasal bir yetki kullanımı söz konusudur.(86)

Anayasanın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkı kullanılarak şikayet ya da ihbarda bulunursa, bu hakkı kullanan kimse, şikayete konu kişinin kişilik hakkına hukuka aykırı saldırıda bulunmuş olmaz.(87)

Şikayet ya da ihbar uydurma olaylara dayanılarak yapılmışsa, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Bu durumda kişilik haklarına yapıla saldırı hukuka aykırıdır.(88)

Suç işleyen, suç üstü yakalanan, her an kaçabilme olanağı bulunan kişiye kelepçe vurulması, tutuklanması, borcunu ödemeyen borçlunun mallarını icra memurunun herkesin önünde haczetmesi gibi durumlarda eylem hukuka aykırılık oluşturmaz.(89)

(85). BAYRAKTAR, a.g.e., s.145; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.102; ZEVLİLER, a.g.e., s.484

(86). Yargıtay 4. HD., 2.5.1975, E. 1160/K. 5782 - KARAHASAN, Sorumluluk, 1981, s.1193

(87). OĞUZMAN (Armağan), s.17

(88). Yargıtay 4. HD., 14.5.1984, E. 1995/4747, YKD, 1984/11, s.1662

(89) ZEVLİLER, a.g.e., s.487

bb. Saldırıya Karşı Açılabilcek Davalar

Kişisel değerlerin başkalarının saldırısına uğraması durumunda, MY. m.24'ün eski düzenlemesinde üç dava olanağı tanınmıştı. Bunlar, durdurma, maddi ve manevi ödençe davalarıydı. Yasal düzenleme bu olmasına karşın, bu dava olanakları yanında, diğer bazı davaların açılabilmesi de öğretide savunulmuştur.⁽⁹⁰⁾ Bunlar, saldırının tespiti ve saldırının önlenmesi davalarıdır. MY. m.24/a'daki yeni düzenlemeyle tanınan dava hakları öğreti ve uygulamadaki görüşleri büyük ölçüde yansıtmıştır.

Yeni düzenlemeye göre; tecavüzün önlenmesi, saldırının durdurulması, tespit (saptama), maddi ve manevi ödençe davaları ile saldırıdan elde edilen kazancı vekaletsiz işgörme hükümleri uyarınca isteme hakkı tanınmıştır.

Kişilik hakkını koruyan davalar, öğretide sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.⁽⁹¹⁾ Bir görüşe göre davalar ikiye ayrılmaktadır :

- Savunma davaları (önleme, durdurma ve tespit davaları)
- Tazminat (ödençe) davaları (maddi ve manevi ödençe davaları)

aaa. Saldırının Önlenmesi Davası

Bu davada kişilik hakkına h  n  z bir el atma olmamıştır. Fakat yakın bir gelecekte, böyle bir el atma beklenmektedir. Kişilik

(90). ATAAY (Şahıslar), s.151; DURAL, a.  .e., s.157 vd.; KOCAYUSUFPA  A-OĞLU Necip, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, EK. 49). I. Sempozyum, İ.  . Muka-yeseli Hukuk Enstitüsü, İstanbul 1980, s.141 vd.; OĞUZMAN (Arma  a), s.97; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.75 vd.; ULUSAN, a.g.m., s.102 ZEVKL  LER, a.g.e., s.493 vd.

(91). EREN Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Cilt II. 3.b., İstanbul 1991, s.371

haklarını zedeleyici hukuka aykırı eylemin ileride gerçekleşmesini engellemektedir. Bu dava, saldırı tehlikesi ciddi ve yakın ise açılabilir. Tehlike varlığını sürdürdükçe bu dava açılabilir. Tehlike sona ermiş ya da saldırı yapılmışsa artık bu dava açılmaz.

MY. m.24/a'da düzenlenen saldırının önlenmesi davasına yönelik haklı eleştiriler yapılmıştır. Buna göre; sözkonusu değişikliklerin temelinde yatan husus, basının bazı olaylarla ilgili yayınlarını durdurabilmek amacıdır. Yargıca belirli olaylar hakkında yayın yasağı koyma yetkisi verilmiştir. Bu sonuç basın özgürlüğü ile bağdaşmaz. Anayasa, basın hürdür, sansür edilemez ilkesini getirmiştir. Olaylar hakkında yayın yasağı konulamayacağını açıkça belirtmiştir. Bu kuralın amacı, bu tür bir yasakla, toplumda yaşayan bireyin haber alma ve aydınlanma özgürlüğünün ortadan kaldırılmasını önlemektir. Demokratik toplumlarda açıklık esas olduğundan, olayların yayını yasaklamak olanağı yaratılmakla, bu açıklık ortadan kalkar, özgürlüklerden ödün verilmiş olunur. Bir Anayasa, "olaylar hakkında yayın yasağı konamaz" ilkesini benimsediğinde, bireyin ve toplumun aydınlanması özgürlüğüne daha üstün bir değer vermiş demektir.⁽⁹²⁾

bbb. Saldırının Durdurulması Davası

Bu dava kişisel değerlere yönelmiş ve sürmekte olan haksız saldırılara karşı açılır. Varolan saldırıya son verilmesi amaçlanır.

(92). MUMCU Uğur, Kişilik Hakları, Cumhuriyet, 25.5.1989; YURTCAN Erdenei Yayın Yasağı Anayasaya Aykırı, Cumhuriyet, 25.5.1989

Modern öğretide benimsendiğine göre; saldırının durdurulması davası, hiç bir zaman saldırı eylemini ortadan kaldırmak için açılmaz, bu davanın hedefi saldırı durumuna son vermekten ibarettir.⁽⁹³⁾ Yani durdurma davası ile, bir defa gerçekleşip tamamlandığı için yok edilmesi olanaklı olmayan saldırı eylemine değil, bu eylemin ortaya konduğu saldırı durumuna karşı harekete geçilir ve bu sonuçların yeni bir eylem ile ortadan kaldırılması istenir. Bir mahkeme kararında, tedbir yoluyla durdurma kararı vermenin, eylemsel olarak sansür oluşturacağı belirtilmiştir. Karara göre⁽⁹⁴⁾ : "... Eski yayınlar nedeniyle kişilik haklarında saldırıya uğradığını ve bu tür yazıların devam ettiğini ileri sürerek yayının durdurulması istenmektedir. Anayasanın 26. maddesi düşünce özgürlüğü ve 28. maddesi de (basının sansür edilemeyeceğini) hükme bağlamıştır. Davacı tarafın yeni yasa değişikliğinin bu hususu mümkün kılacağı yolundaki düşüncesi, mevcut Anayasa kuralları çerçevesinde kabule şayan görülmemiştir. Basının sansür edilemeyeceği hükmü bulunmaktadır. Tedbir yoluyla muayyen bir yayının durdurulması halinde fiilen sansür uygulanmış olacaktır. Anayasanın ihlali sonucunu verecek böyle bir karara varılması mümkün bulunmaktadır."

(93). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.153-dn.30

(94). Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, 3.6.1988, 1988/212 sayılı karar MUMCU, Cumhuriyet 25.5.1989

ccc. Saldırının Tespiti (Saptanması) Davası

Saptama davası, kişisel değerlere yönelik haksız bir saldırının varlığını belirleme amacıyla açılır. Amaç yalnızca saldırının varlığının saptanmasıdır.

MY. m.24/a'da tespit davası konusundaki düzenleme; sona ermesine karşın etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığını saptama biçimindedir. Yalnız bu durum henüz sona ermeyen saldırının saptanmasını istemeye engel değildir.⁽⁹⁵⁾

Öğretide saptama davasının MY. m.24/a'daki gibi sınırlamaya tabi tutulmasının doğru olmadığı da ileri sürülmüştür.⁽⁹⁶⁾ Bu görüşe göre, saptama davası açabilmek için, sona eren saldırının etkisinin devam etmekte olmasını koşul olarak ileri sürmek anlamsızdır. Kişilik hakları haksız bir saldırıya uğramışsa, saptama davası açıldığı takdirde, saldırının etkisinin devam edip etmeyeceği yolunda yapılacak bir araştırmanın makul bir nedeni, belli bir konusu ya da amacı olamaz. Bu durum, çok kez yargıcı, bir safsatayı ciddiye almak zorunda bırakmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Kanımızca da böyle bir koşul ileri sürmek doğru değildir. Kişilik hakkı bir kez saldırıya uğramıştır. Bunun etkisinin devam edip etmediğini saptayabilmek çok zordur, gerekli de değildir.

Önleme, durdurma ve saptama davalarından yararlanabilmek için, saldırganın kusur ya da kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir hukuksal

(95). ZEVKLİLER, a.g.e., s.498

(96). TEKİNAY (Armağan), s.58

durumda bulunmuş olması gerekmez.(97)

ddd. Saldırıdan Elde Edilen Kazancın Verilmesi Davası

MY. m.24/a ile sağlanan yeni düzenlemeden önce kişilik hakkına saldırıdan, failin elde ettiği kazancın, istenebilmesi konusunda özel bir hüküm olmadığından konu, öğretide tartışmalıydı.(98) Bu davanın açılabilmesi için failin kusuru olması gerekmediği çoğunlukla kabul edilmektedir.(99)

MY. m.24/a ile sağlanan bu olanağın önemi, mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı failin saldırı sayesinde elde etmiş olması durumunda görülür. Mağdurun elde edebileceği bir kazancı saldırı sayesinde fail elde etmişse, saldırıya uğrayanın yoksun kaldığı bu kazanç zarar kapsamına girer ve sorumluluk koşulları varsa maddi tazminat davası ile istenilebilir. Buna karşılık, saldırıya uğrayanın elde edemeyeceği bir kazancı saldırıyı yapan saldırı sayesinde elde etmişse, saldırıya uğrayan için bir zarar sözkonusu olmadığından maddi ödence davası açılamaz. Bu kazanç ancak BY. m.414'te düzenlenen vekilliksiz işgörme hükmü uyarınca istenilebilir.(100)

(97). ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.154-155; DURAL, a.g.e., s.158-159; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.96-97

(98). OĞUZMAN (Armağan), s.29-30; TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk ve Hüsusiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İşgörme, İstanbul 1957 s.328

(99). OĞUZMAN (Armağan), s.30 dn.78 (Tercier, N.2135 - A.Bucher, N.570)

(100). OĞUZMAN (Armağan), s.30

eee. Maddi Tazminat (Nesnel Ödence) Davası

Kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırı yüzünden maddi zarara uğrayan kimse, bu davayı açabilir. Nesnel ödence davasında haksız eylem davası için aranan koşullar gerçekleşmelidir. Yani eylem hukuka aykırı olmalı, zarar olmalı, saldırıyı yapan kusurlu olmalı ve zararlar eylem arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir. (BY. m.41 vd.)

3444 sayılı yasa değişikliğinden önce, MY. m.24/II'de maddi ve manevi ödence davalarının yasada öngörülen durumlarda açılabilceği hükmü yer almaktaydı. Ayrıca BY. m.49'da da maddi ödenceye yönelik hüküm vardı. Değişiklikten sonra MY. m.24/a'da eski hükmü yer verilmemiştir. Ayrıca BY. m.49'daki maddi ödence hükmü de kaldırılmıştır. MY. m.24/a maddi ve manevi ödence davalarının saklı olduğunu belirtmiştir. Öğretide bu davaların saklı tutulmasına gerek olmadığı söylenmiştir.⁽¹⁰¹⁾ Buna göre, bir yasa hükmünde bazı istem ya da dava haklarının saklı tutulup bazılarından hiç söz edilmemesi, bu sonuncuların ileri sürülemeyeceği yolunda yanlış bir düşünce uyandırabilir. Böyle sayımlardan olanak ölçüsünde kaçınmak yasa yapma tekniği açısından daha yerinde olur.

Bu değişikliğe karşın kişilik hakkına saldırıda, maddi ödencenin özel olarak düzenlendiği durumlarda bu hükümler uygulanacak, diğer durumlarda genel hükümler (BY. m.41 vd.) uygulanacaktır. Özel hükümler; MY. m.25/II (Adın gasbı), MY. m.84 (Nişanın bozulması), MY. m.126 (Evliliğin

(101). TEKİNAY, a.g.e., s.501, s.59-60.

butlanı), MY. m.143 (Boşanma), MY. n.304 (Babalık davası), BY. m.45-46 (Vücut Emlığına saldırı ve adam ölmesi), Ticaret Yasası m.58 (Haksız yarışım) vb. dir.

Maddi ödence davasının konusunu oluşturan parasal zarar, bir kişinin maddi bedensel değerlerine yapılan saldırı dolayısıyla harcadığı tedavi giderleri ve parasal kayıpları ya da mesleki ve ekonomik kişisel değerlerine yapılan haksız saldırılar dolayısıyla uğradığı ağır parasal çöküntüler biçiminde karşımıza çıkabilir. (102)

fff. Manevi Tazminat (Tinsel Ödence) Davası

Kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı sonucu, kişisel değerlerde oluşan maddi olmayan zararların, acı ve elemin giderilmesi amacıyla bu dava açılır. Burada da yine maddi ödence davasında olduğu gibi özel hüküm bulunan durumlarda özel hükümler, bulunmayan durumlarda BY. m.49 uygulanacaktır.

Tinsel ödence konusunda, daha sonraki bölümlerde ayrıntılı bilgi verildiğinden, bu bölümde daha fazla ayrıntıya girmiyoruz.

(102). ZEVKLİLER, a.g.e., s.501

İKİNCİ BÖLÜM

ZARAR KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

I. KAVRAM

Zarar öğretide çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır.⁽¹⁾ Zarar, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde, ayrı ayrı tanımlanmaktadır.

Dar anlamda zarar; bir kimsenin malvarlığında kendi istenci dışında, onun rızasına aykırı olarak ortaya çıkan eksilmedir. BY. m.41'in tanımı da dar anlamda zarara karşılık gelmektedir. Bu tanım yalnız malvarlığına yönelik zararları kapsamakta, malvarlığı dışındaki değerlerde (kişisel değerlerde) ortaya çıkan zararları kapsamamaktadır.

Geniş anlamda zarar ise; hem maddi hem de tinsel varlığımızın bugünkü durumuyla, zarar verici bir eylemin ortaya çıkmasından önceki durumu arasında var olan farktır.⁽²⁾ Zararı dar anlamda nitelemek çeşitli

- (1). ATAAY AYTEKİN, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarı, 4.b., İstanbul 1986, s.85 vd.; DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983 (Çev. Salim Özdemir), s.19 vd.; KARAHASAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.78 vd.; SAYMEN Ferit Hakkı/ELBİR Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1958 İstanbul, s.456 vd.; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebül'ula Mardin'e Armağan'dan ayrı bası, İstanbul 1943, s.743 vd.; Von TUHAR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2 (Çev. Cevat EDEGE), Ankara 1983 (Yargıtay Yayınları 15), s.76 vd.
- (2). ATAAY (Borçlar), s.85-86; KARAHASAN, 1989, c.1, s.78-79; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.456-457; VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.743

aksızlıklara yol açar. Tinsel varlığa yönelik zararları da kapsayacak şekilde ele almak ve zararı geniş anlamda nitelendirmek gerekir.

Von Tuhr'a göre⁽³⁾ : Zarar, malvarlığının bir azalmasıdır. Kişisel değerlere saldırı malvarlığına etki etmedikçe, yasal anlamda bir zarar değildir, bazı durumlarda bu nedenle ödenen para bir teminat (güven) oluşturmaz, bu, tinsel bir tatmin ve telafidir. Karahasan'a göre⁽⁴⁾ ise, bu görüş isabetsizdir. Şöyleki, hukuksal değerlerde meydana gelen para ile ölçülemeyen eksikliklerin doğrudan doğruya karşılanması olanaksızlığı, bunların zarar kavramı dışında tutulmaları için bir gerekçe olamaz. Manevi zarar karşılığında bir para verilmesi, bu zararın doğrudan doğruya gideriminin olanaksızlığından ötürüdür. Kanımızca da, tinsel zararların, zarar kapsamı dışında tutulmamaları gerekir.

Zarar ya haksız eylemden, yani yasaya aykırı hareketten ya da sözleşmeye aykırılıktan ya da zorunlu neden olarak nitelendirilen ve önlenmesi insan kudreti dışında olan doğal olaylardan doğar. Haksız eylemden doğan zarar ile sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar sonuç ve içerik olarak birbirinin aynıdır. İkisi arasındaki tek fark, birinin sözleşmeye, diğerinin yasaya aykırılıktan ileri gelmesi, daha doğrusu; birinde zarar verenle zarar gören arasında daha önce bir hukuksal ilişki bulunduğu halde, diğerinde zararın böyle bir ilişki olmaksızın oluşmasıdır.⁽⁵⁾

(3). Von TUHR, a.g.e., s.76

(4). KARAHASAN, 1989, c.1, s.79

(5). VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.743

II. ZARAR ÇEŞİTLERİ

Zarar çeşitli gruplara ayrılabilir.⁽⁶⁾

1. OLUMLU ZARAR - OLUMSUZ ZARAR

Bu ayrımın, genellikle sözleşmeler hukukunda önemli bir yeri vardır. Olumlu zarar genel bir anlatımla, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarar olarak tanımlanabilir.⁽⁷⁾

Sözleşmesel ilişkilerde ödense genellikle olumlu zararın, yani sözleşme yerine getirilmiş olsaydı karşı yanın elde edecek olduğu çıkarı ödettirilmesi biçiminde olur.⁽⁸⁾

Olumsuz zarar, gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen bir sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğranılan zararlardır. Sözleşme yapılıyorsa, görüşmeye girilseydi uğranılmayacak zararı ifade eder.⁽⁹⁾

(6). Farklı gruplandırmalar için bkz. ATAAY (Borçlar), s.88 vd.; DESCHENAU/TERCIER, a.g.e., s.21 vd; KARAHASAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.79 vd; OĞUZMAN Kemal, Borçlar Hukuku Dersleri, C.1-Genişletilmiş 4.b., İstanbul 1987, s.278 vd; VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.744; Von TUHR, a.g.e., s.78 vd.

(7). ATAAY (Borçlar), s.90; Yargıtay 13. HD., 13.12.1985, E. 6971/K. 76 13. HD. 26.3.1981, E.1411/K.2138; KARAHASAN, Sorumluluk 1989, c.1 s.90 dn.64; OĞUZMAN (Borçlar), s.279; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.462 VELİDEDEOĞLU(Armağan), s.745.

(8). VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.745

(9). KARAHASAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.90; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.4 VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.745

Olumsuz zararın istenebileceği durumlar sınırlıdır. Bunların çoğu yasa tarafından belirlenmiştir. BY. m.26 ve 39'da da olumsuz zarara ilişkin hükümler vardır. BY. m.39'da yetkisiz temsil durumunda olumsuz zarar düzenlenmiştir. Bir kimse yetkisi olmadığı halde, temsilci sıfatıyla bir sözleşme yapmışsa, temsil olunan kişi, ancak sözleşmeye onay verdiği takdirde, alacaklı ya da borçlu sıfatını kazanır. Böyle bir icazet yoksa ve böylece yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme hükümsüz kalmışsa, yetkisiz temsilci yetkinin yokluğunu karşı yanın bildiğini ve bilmesi gerektiğini kanıtlayamadıkça, sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zararı giderimle yükümlüdür. İşte bu zarar da olumsuz zarardır.⁽¹⁰⁾

Çeşitli Yargıtay kararlarında da bu durum açıklanmıştır. Olumsuz zarar, sözleşme yapılmamış ya da görüşülmesine girililmemiş bulunsaydı uğranılmayacak olan zarardır, güvenilen sözleşmenin kurulması yüzünden uğranılan zararı kapsar.⁽¹¹⁾

2. MADDİ ZARAR - MANEVİ (TİNSEL) ZARAR

A. MADDİ ZARAR

Maddi zarar, kişinin malvarlığında, isteği dışında ortaya çıkan ve para ile değerlendirilebilen bir zarardır. Maddi zarar, malvarlığında bir eksilme ya da çoğalmayı önleme yolları ile olabi-

(10). Ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s.145 vd.

(11). Yargıtay 15. HD. 21.1.1986, E.4106/K.30 ; 15. HD. 12.5.1983, E.131/K.1255 ; 15. HD. 25.5.1981, E.825/K.1234 ; KARAHASAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.90-91 dn.65

lir. (12)

Yargıtay da aynı doğrultuda, kararlarında bu düşüncelere yer vermiştir. Karara göre : "... umumi manada zarar, mamelek sahibinin iradesi hilafına veya hiç olmazsa rızası bulunmaksızın mamelekinde husule gelen azalmadır. Yani, mamelekî; zarar verici hadiseden sonraki durumu ile bu hadisenin ademi vukuu halinde arzetmesi lazım gelen durumu arasındaki farktan ibarettir. Mamelekteki bu azalma muhtelif şekillerde kendini gösterir. Ezcümle zarar verici hadise mameleke dahil bir hakka doğrudan doğruya taallük edip, onun azalmasına intaç edebileceği gibi doğrudan doğruya mameleke dokunulmamış olmakla beraber onun çoğalmasına...muntazır bir haktan mahrum kalınmasına sebebiyet de verebilir. Mamelekten bir şeyin çıkması veya mameleke girecek bir şeye engel olunması şeklinde tecelli eden bu iki durum zarar-mefhumu arasında mütalaa edilmek lazımdır. (13)

Azalma biçimindeki maddi zarar malvarlığının aktifinde bir eksilme ya da borçlarında bir çoğalma yoluyla meydana gelir. Çoğalmanın önlenmesi biçimindeki zarar ise; aktifde(duruma ve koşullara göre) beklenen artışın engellenmesi ya da borçlarda beklenen azalmanın engellenmesi yoluyla olabilir. Buna yoksun kalınan kâr da denilmektedir. (14)

- (12). KARAHASAN, Sorumluluk 1989, c.1, s.79; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.457
TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku c.1, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.269; VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.744; Von TUHR, a.g.e., s.78
(13). Yargıtay Ticaret Dairesi, 17.11.1959, E.1694/K.2849;
KARAHASAN, Sorumluluk 1989, c.1, s.80
(14). ATAAY (Borçlar), s.88-89; KARAHASAN, 1989, c.1, s.79 vd; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.457; Von TUHR, a.g.e., s.78-79

Yine bir Yargıtay kararına göre; kardan yoksun kalma, zarar görenin malvarlığı aktifinin çoğalmamış ya da borçlarında azalma olanağını yitirilmiş olmasıdır. Burada zararı, malvarlığının olaydan sonraki durumuyla, çoğalma olasılığı gerçekleşseydi alacak varsayılan durum arasındaki fark oluşturur.

Yargıç, bu farkı saptarken her olayın özelliğini gözönünde tutmalıdır. Dar bir anlayışla hareket etmemelidir. Davacı tarafından ileri sürülen fazla abartılı karları da kabul etmemelidir. Olay, gerçekleşmesi olanaklı olmayan kazançların elde edilmesine fırsat vermemeli, ancak zarar göreni de normal olarak elde edebileceği kazançtan yoksun kılacak duruma sokmamalıdır.⁽¹⁵⁾

B. MANEVİ (TİNSEL) ZARAR

Manevi zarar, saldırıya uğrayanın malvarlığı dışındaki değerlerine, kişiliğine yapılmış hukuka aykırı saldırı sonucu ortaya çıkan zarardır.⁽¹⁶⁾

(15): Yargıtay 4. HD. 11.5.1982; E.352/K.4844; KARAHASAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.85

(16). AĞACIKOĞLU Nejat, Manevi Zararın Tazmini ABD 1984, Ankara, s.28 ATAAY (Borçlar), s.89 vd; DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.24 vd; DURAL, a.g.e., s.161 vd; ERTAŞ Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti, Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1 s.65 vd; GÜRSOY Kemal Tahir, Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD, 1973 s.7 vd; KARAHASAN, Sorumluluk 1989, c.1, s.88 vd; KOCAYUSUFPAŞAO a.g.m., s.144 vd; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.155 vd; SAYMEN Fer Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul 19 s.6 vd; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.458 vd; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.215 vd; TEKİNAY, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İki Cilt Birar 6.b., İstanbul 1988, s.876 vd; TÖRE Hayrullah Fütuhi, Manevi Tazminat Davaları, Adalet Dergisi 1970-8, s.531 vd; ZEVLİLER, a.g.e. s.502 vd.

Manevi zarar konusunda öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁽¹⁷⁾

aa. Objektif Görüş : Alman Hukukunda savunulan⁽¹⁸⁾ bu görüşe göre, manevi zarar, zarar görenin psikolojik varlığı üzerinde nasıl bir etki yaptığı dikkate alınmaksızın, bizzat kişilikte ve kişisel değerle de ortaya çıkan objektif (nesnel) bir eksilmedir. Karşı yanın duyması olası acılar, üzüntüler ya da hoşnutsuzluk duyguları ise manevi zararın ağırlaştırıcı unsurlarıdır. Türk Hukukunda da objektif görüş yandaşları vardır.⁽¹⁹⁾ Ayrıca bazı Yargıtay kararlarında da objektif görüşün savunulduğu görülmektedir.⁽²⁰⁾

bb. Sübjektif Görüş : Buna göre, manevi zarar, zarar görenin kişilik haklarına yapılan saldırının, onun psikolojik varlığı üzerindeki etkisi olarak ortaya çıkar. Uğradığı saldırı sonucu, fiziksel ya da ruhsal acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini yitiren k manevi bir zarara uğramış sayılır.⁽²¹⁾ Bu durum çeşitli Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir.⁽²²⁾ Söz konusu kararlara göre, tinsel öde

(17). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.144 vd; DESCHENAUX/TERCIER, a.g. s.24-25

(18). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.144 dn.7'de anılan yazarlar.

(19). EREN, a.g.e., s.378 vd; UYGUR, a.g.e., s.689

(20). Yargıtay 4. HD. 22.6.1979 E.7879/K.6928 ; UYGUR, a.g.e., s.70

(21). FRANKO, a.g.t., s.123; GÜRSOY, a.g.m., s.8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU a.g.m., s.145; TANDOĞAN (Mesuliyet) s.330; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.

(22). Yargıtay 15. HD. 24.12.1975 E.4356/K.5124 ; 15. HD. 3.4.1975 K.1830 ; 4. HD. 17.12.1987 E.9980/K.9302 ; 26.11.1987 E.6651 KARAHAŞAN, Sorumluluk, 1989, c.1, s.88-89

temel olan düşünce, bozulmuş olan ruhsal ve bedense^l huzurun kısmen ve olanak ölçüsünde elde edilmesini sağlamaktır. Manevi ödençe saldırıya uğrayanda huzur duygusu, bir tatmin duygusu doğurmalıdır. Tinsel öden-
cenin amacı, çekilen acıları yeterince dindirmek, yaşama yeniden bağla-
mak yolu ile ruhsal dengeyi sağlamaktır.

Bu iki görüşten birinin benimsenmesi çeşitli sonuçlar doğurur. Örneğin sübjektif görüş kabul edildiğinde, tüzel kişilerin ve sezgin olmayanların tinsel ödençe isteyememeleri gerekir. Objektif görüşün ka-
bulünde bunlar olanaklıdır. Yargıtay da aslında sübjektif görüşü kabul etmesine karşın, tüzel kişilerin tinsel ödençe isteyebileceklerine karar vermiştir.(23)

Tüzel kişilerin ve sezgin olmayanların, tinsel ödençe istemlerine ilişkin olarak daha sonraki bölümde ayrıntılı açıklama yapılmıştır.

(23). Yargıtay 4. HD. 8.7.1977, E.1977/K.7947 YKD 1979/2, s.183

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNAT (TİNSEL ÖDENCE)

I. GENEL OLARAK

Bir önceki bölümde tinsel zarar kavramını; kişinin fizik ve tinsel acılar duyması, ruhsal durumunun bozulması, yaşama şevincini yitirmesi, toplum içine çıkamayacak derecede ağır utanç duyması diye açıklamıştık. Medeni Yasa ve BY, maddi olmayan bu tür zararların giderimi amacıyla, saldırıya uğrayan kişinin tinsel ödence davası açabileceğini kabul etmiştir.⁽¹⁾

Manevi ödence kavramı yasanın birçok maddelerinde kullanılmıştır. Kaynak İsviçre MY ve B. Yasasında maddi ve manevi ödence kurumları için ayrı ayrı adlar kullanılmaktadır.⁽²⁾ Yasamız her ikisi için de aynı kavramı (tazminat) kullanmaktadır.

- (1). Tinsel ödence konusunda genel olarak - AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.928 vd; ARSEBÜK, Borçlar Hukuku 3.b., 1. ve 2. cilt, Ankara 1950, s.194 vd; ALPASLAN Reha T., Manevi Tazminat Konusuna Genel Bakış, Adalet Dergisi, 1967/7, Ankara, Y.I.58, s.607 vd; ATAAY (Borçlar), s.102 vd; BECKER H., İsviçre Medeni Kanun Şerhi, VI.Cilt, Borçlar Kanunu, 1. Kısım, Genel Hükümler, 1967 Ankara (Çev. ilgili bölüm Kemal Reisoglu s.300 vd; DURAL, a.g.e., s.161 vd; ERTAŞ, a.g.m., s.64 vd; EREN, a.g.e., s.369 vd; FRANKO, a.g.t., s.122 vd; GÜRSOY, a.g.em., s.7 vd; KARAHASAN, a.g.e., s.604 vd; DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.60 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.100 vd; ÖZSUNAY (Gerçek Kişiler), s.155 vd; REİSOĞLU, a.g.e., s.189 vd; OLGAC Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, 4.b. Ankara 1976, s.799 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.141 vd; SAYMEN, a.g.t., s.72 vd; SAYMEN ELBİR, a.g.e., s.458 vd; SEROZAN Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik Yaklaşım, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s.67 vd; TEKİNAY (Borçlar), s.876 vd; TÖRE, a.g.m., s.531 vd; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.492 vd; VELİDEDEOĞLU ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s.127 vd; Von TUHR, a.g.e., s.115 vd; UYGUR, a.g.e., s.693 vd; YÜCE Turhan Tufan, Yargıtay Ticaret Dairesinin Manevi Tazminata İlişkin Fir Kaşarı üzerine Tahlil ve Tenkitler, Adalet Dergisi Yıl 57, Kasım 1966, Sayı 11, s.783 vd; ZEVLİLİLER, a.g.e., s.501 vd.
- (2). SAYMEN, a.g.t., s.14

Yargıtay da çeşitli kararlarında manevi ödüncenin, uğranılan tinsel zararları karşılamak olduğunu belirtmiştir. Karara göre; manevi ödünce duyulan elem ve üzüntünün karşılığıdır. (3)

Tinsel ödünce konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yasalarda tinsel ödünce kabul edilmemiş, bazı yasalarda sınırlı bir kabul görmüştür, fakat günümüzde çoğunlukla tinsel ödünce kabul edilmektedir. (4)

II. HUKUKSAL NİTELİĞİ

Manevi ödüncenin hukuksal niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. (5)

1. CEZA GÖRÜŞÜ

Bir çok yazar manevi ödünceyi kabul etmelerine karşın, zarar yapanın bunu gidermesinin gerekmediğini ancak cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Fakat bu cezanın niteliği farklıdır. Bundan yararlanacak olan, devlet değil saldırıya uğrayandır. Yani manevi ödünce saldırıya uğrayan yararına bir para cezası olup Ceza Yasası'nın boşluklarını doldurmak ve bazı hakları güçlendirmek amacını güder. (6) Bu görüş yandaşlarına göre, bu karar saldırıya uğrayanı tatmin etmeyi değil, saldırıyı yapanı cezalandırmayı amaç denir.

- (3). Yargıtay 4. HD. 23.12.1982, E.10149/K.11655 ; KARAHASAN, a.g.e., s.845-846
- (4). SAYMEN, a.g.t., s.17 vd.
- (5). Görüşler için ayrıntılı açıklama. ATALAY, a.g.m., s.880 vd; EREN, a.g.e., s.373 vd; ERTAŞ, a.g.m., s.67 vd; FRANKO, a.g.t., s.123 vd; KILIÇOĞLU Ahmet, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD 1984, say 1, Ankara, s.15 vd; SAYMEN, a.g.t. s.98 vd.
- (6). KARAYALÇIN, a.g.m., s.273; KILIÇOĞLU (NİTELİK), s.15; AYMEN, a.g.t s.98 dn.1

Ceza görüşünün temeli kusura dayandırılmaktadır. Önemli olan saldırıyı yapanın kusurudur. Saldırıya uğrayandaki elem ve acıyı ölçmek zordur. Yapanın kusurunu ölçmek daha kolaydır.⁽⁷⁾

Manevi ödencenin ceza olduğu görüşü İsviçre Medeni Yasası hazırlanırken yapılan, fakat kabul edilmeyen bir öneride de ileri sürülmüştür. Öneriye göre, zarar cezai yönden tatmin edilebildiği gibi, cezalandırma konusu saldırıya uğrayan için yeterli bir tatmin oluşturduğu takdirde; medeni davaya da manevi zararın giderilmesi davası açılamaz.⁽⁸⁾

BY. m.49'da, değişiklikten önce yer alan ağır kusur koşulu da ceza görüşünü savunanlarca kanıt olarak ileri sürülmüştür. Bu görüş şöyle açıklanmıştır : "... ileri sürülen manevi tazminat taleplerindeki cezai unsur, BK. m.49'daki hususi hal için, bu kat'i bir önemi haiz değildir. BK. m.47 kusurlu hareket için bir kefaret olmayıp, belki daha geniş manada duçar olunan ıstırapın tahfif ve teskinini temin etmek istemektedir."⁽⁹⁾

BELGESAY'ın belirttiğine göre, Medeni Yasa Tinsel ödence adıyla bir tür ceza kabul etmiştir. Tinsel ödence, ölçülebilen bir zararı karşılamadığı, gereği ve miktarı saldırıyı yapanın kusurunun ağırlığına bağlı tutulduğu için, gerçekte bir ceza olup, bazen saldırıya uğrayan yararına yalnız olarak, bazen de sosyete yararına saptanacak cezaya ek olarak hükmolunur. Bu ödencenin asıl cezadan farkı, saldırıya uğrayan

(7). KILIÇOĞLU (Nitelik), s.15

(8). FRANKO, a.g.t., s.124

(9). FRANKO, a.g.t., s.125 dn.13

zararına hükmolunması ve üst sınırın yargıcın takdirine bırakılması, bu nedenle de kötüye kullanılmaya çok uygun bulunmasıdır.⁽¹⁰⁾

Ceza görüşüne karşı şu eleştiriler yapılmıştır. Ceza ve Medeni Hukukunun amaçları farklıdır. Medeni Hukuk görevi yapanı cezalandırmak değil, bu zararı gidermektir. Tinsel ödencenin amacı saldırıyı yapanın bir kayba uğraması değil, saldırıya uğrayanın malvarlığında bir artış sağlamaktır.⁽¹¹⁾

Cezalar kişiseldir, saldırıyı yapanın ölümü ile cezalandırma yetkisi ortadan kalkar, bundan sonra böyle bir suçtan dolayı yapanın mirasçıları cezalandırılmaz. Halbuki tinsel ödense borcundan, saldırıyı yapanın ölümü durumunda mirasçıları sorumlu tutulabilmektedir.⁽¹²⁾

Dayanışmalı sorumluluk durumlarında da bu görüş yetersiz kalır. Tinsel ödense borcundan dayanışmalı sorumlu olan kişilerin hepsi ayrı ayrı borcun tamamından sorumlu olur. Ceza olsaydı birden çok saldırıyı yapanlardan birine cezanın tamamını yüklemek olanaklı olmazdı.⁽¹³⁾

Suçlarda ve cezalarda yasallık ilkesi de bu görüşü geçersiz kılar. Bir suçun cezası yasada açık belirtilmedikçe yapan cezalandırılmaz. Oysa tinsel ödense miktarı yasaca belirlenmemiştir.

(10). BELGESAY, M.Reşit, Ceza ve Hukuk Mesuliyeti (Prensipier ve Tatbikat), İstanbul 1953, s.30 vd.

(11). KILIÇOĞLU (Nitelik), s.16; SAYMEN, a.g.t., s.102-103

(12). ERTAŞ, a.g.m., s.81; KILIÇOĞLU (Nitelik), s.16

(13). KILIÇOĞLU (Nitelik), s.16; SAYMEN, a.g.t., s.104-105

2. TELAFİ GÖRÜŞÜ

Buna göre; manevi zarar, kişilik haklarının zedelenmesi dolayısıyla; kişiliği zedelenende acı, elem, ruhsal dengenin bozulması biçiminde ortaya çıkar. Ödence, bu çekilen elem ve acıyı ortadan kaldırma ve bozulan ruhsal dengeyi geri getirmektir.⁽¹⁴⁾

Zarar görene, uğramış olduğu zarara karşılık ödenecek para, onun zararı, acı ve elem biçiminde duyup duymamasına bakılmaksızın ödenir. Maddi ödüncede, nasıl ki zarar görenin zararının telafi edilmesi, onun bu zararı duymasına bağlı değilse, durum tinsel ödüncede de aynıdır. Yine bu görüşe göre, aynen giderim olanağı olmayan durumlarda, tinsel zararın nakden ödencesini kabulden başka çare yoktur. Bu nedenle, kişilik değerlerinde ortaya çıkan eksilmeye karşılık, zarar görene ödenecek para, bir ceza ya da tatmin olarak nitelendirilemez; bu mahiyeti itibarıyla telafi amacı güden bir tazminattır. Zarar gören, zarar verenle barışmış olsa bile bu davayı açabilir.⁽¹⁵⁾

3. TATMİN GÖRÜŞÜ

Manevi ödünce zararın telafi edilmesini ya da zarar verenin cezalandırılmasını değil, zarargörenin uğradığı, acı ve üzüntüleri dindirme, yaşama sevincini kazandırma yolunda bir tatmin sağlar.⁽¹⁶⁾ Zarar görene tinsel ödünce adıyla bir miktar para ödendiğinde, onda

(14). EREN, a.g.e., s.376 vd; FRANKO, a.g.t., s.123

(15). EREN, a.g.e., s.376-378

(16). EREN, a.g.e., s.373; KILIÇOĞLU (Nitelik), s.21; SAYMEN, a.g.t., s.111 vd; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.492 vd.

uğradığı zararı kısmen ya da tamamen gidermeye yarayan tatmin duygusu yaratır. Tinsel zararın tam olarak karşılanamayacağı, giderilemeyeceği görüşü doğrudur; ancak tinsel ödencenin, ruhsal yaraların sarılmasında, acı ve elemelerin giderilmesinde işlevi olmadığı iddia edilemez. Ödenecek para, zarar görende bir rahatlık ve huzur duygusu yaratır.

Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda bir karar vermiştir.⁽¹⁷⁾ Karara göre : "... paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılması, hiç bir zaman manevi kaybı geri getirip yerine koyduğu, yahut manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırılmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevi varlıkların hiç bir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevi kayıpları içi herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk, genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarinca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğine, ferahlığına kavuşur. Hakarete uğrayan kimsenin, manevi tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığını değil;

(17). Anayasa Mahkemesi, 11.2.1969 tarih, 32/12 sayılı karar, UYGUR, a.g.e., s.688

tan tersine kişilik ve haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma ve savunma azminin ifadesidir."

Saymen'e göre⁽¹⁸⁾, para her tür tinsel zararları tamir edemezse de, büyük bir kısmını dolayısıyla tatmin eder ve tatmin olunmayan tinsel zararlar da yasada belirtilen diğer giderim yollarıyla giderilebilir. Bu şekil ödence kusursuz bir durum olmamakla beraber, şu anda en iyi araştırmacı ve paranın bu alanda kullanılması da ne hukuka ne de sağıtöreye aykırıdır.

Tatmin görüşüne de çeşitli eleştirilerde bulunulmuştur.⁽¹⁹⁾

Tatmin görüşünü benimsemek için sübjektif tinsel zarar kuramı kabul edilmelidir. Alınan paranın manevi tatmin sağlayabilmesi için tatmin duygusu yeteneğine sahip olmak gerekir. Sezgin olmayan ya da bilincini yitiren gerçek kişilerle tüzel kişiler böyle bir duygu ve yeteneğe sahip değildirler, onlarda manevi tatmin sözkonusu olamaz. Tatmin görüşü saldırıyı yapanın kusurunu gerektirir. Kusursuz sorumluluk durumlarında sorumlu kişi kusursuz olsa bile, tinsel ödence ödemek zorundadır. Sigortanın tinsel ödence ödediği durumlarda da, sigortacının ödediği ödence, tatmin görüşüyle bağdaştırılamaz. Zira, sigortacı ödence ödemekle birlikte, sorumlu kişi olmadığı gibi, kusurlu da değildir.

Manevi tatmin çağdaş bir denkleştirme programının içinde yer almaz, olsa olsa hukuk tarihi ve ceza hukuku kitaplarında yer alır. Tinsel

(18). SAYMEN, a.g.t., s.114-115

(19). EREN, a.g.e., s.374-375; FRANKO, a.g.t., s.126-127; SEROZAN (Armağan), s.67 vd.

ödencenin amacı zarar göreni ayağa kaldırmaktır (rehabilitasyon), yoksa zarar vereni dizleri üstüne çökertmek değildir. Kaldıki, tinsel ödencenin manevi tatmin işlevi bir sürü tutarsızlığa da yol açar. Gerçekten de tinsel ödencenin böylesine bir işlevi benimsenirse, ceza mahkumiyetinin tinsel ödence isteminden indirimine yol açmasını önlemek için, saldırıya uğrayana ceza koğuşturması için gerekli ihbarı ve yakınmayı tinsel ödence hükmünün kesinleşmesinden sonraya ertelemesini öğütlemek gerekir.⁽²⁰⁾

4. YARGITAY'A GÖRE

Yargıtay HGK'nun bir kararında, tinsel ödencenin hukuksal niteliği ile ilgili olarak görüş belirtilmiştir. Karara göre⁽²¹⁾ :

"... şahsi menfaatleri ihlal edilen kimseye.... hakimın manevi tazminat olarak verilmesine hükmedeceği para miktarının belirlenmesinde hakkaniyet gözetilmelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimın hak ve nısfetle hüküm vereceği MK. 4. md.'de buyrulmuştur. Ödettirilecek para miktarı ise aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir, aksine olarak zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmaktadır. Aynı zamanda ruhsal ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O halde bu tazminatın sırrı onun ama-

(20). SEROZAN (Armağan), s.85

(21). Yargıtay HGK. 31.5.1989, 4-317/399, UYGUR, a.g.e., s.698-699

cına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. Miktarın belirlenmesinde ise her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartlar bulunacağı kuşkusuzdur. O halde hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir."

SON OLARAK, şunlar söylenebilir : Manevi ödence, özü, işlevi ve tarihsel kökeni gereği soylu bir işlev üstlenmiştir. Kişilik haklarının yani bedensel bütünlüğün, onurun saygınlığın, özel yaşamın koruyucusudur. Bu görevini de özellikle ekonomik, toplumsal ve entellektüel yönden güçsüz olan kişileri bu alanlarda kendilerine göre güçlü olan kişilerin saldırılarına karşı koruma amacıyla yerine getirmiştir. (22)

Son yıllarda, parayla ölçülmesine alışılmamış özverilerin, gönül rahatlığı yoksunluklarının normatif bir değer yargısıyla maddi zarar sayılması yoluna gidilmektedir. Bunların sonucu da; zarardan sorumlu kişi, zarar gören kişinin çekingenliğinden, edilgenliğinden, alçakgönüllülüğünden, tutumluluğundan ya da çalışkanlığından yarar sağlamamalıdır (Normatif zarar). Böylece ödence hukukuna ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzü, özel olarak tüketiciyi ve işçiyi koruyan bir anlayış egemen olmaktadır. (23)

Tinsel zararların maddileştirilmesine koşut olarak, öznel olanın nesnellleştirilmesi yoluna da gidilmektedir. Buna göre, tinsel ödence, kişilik değerlerinde kayba uğrayanın dış zedelenme zararının nesnel kar-

şılığıdır. Kişinin iç dünyasında görülen, öznel ruhsal tepkisinin karşılığı değildir.⁽²⁴⁾ NEsnelleştirilmeye örnek olarak, BY. m.49'un ağır kusur koşulundan kurtarılarak, kusursuz sorumluluk durumlarına elverişli konuma getirilmesi ve sorumluluk sigortaları gösterilebilir. Özellikle sigorta hukukunda, tinsel ödence, arka planda kalan ve saldırı eyleminde bulunmuş kişi yerine, onun eyleminden dolayı sorumluluğu üstlenen, olaya yabancı ortaklıklar, üstelik belirli götürü ödence göstergelerine uyarak ödeyince, tinsel ödencenin öznel, bireysel, duygusal özelliği ve "ulvi" etik değeri büsbütün silinir. Bu özelliği ile tinsel ödence, zenginleşmenin geri verilmesi ve kazanç devri yaptırımlarından oluşan genel onarım programının tamamlayıcı bir parçasıdır.⁽²⁵⁾

Böyle bir değerlendirme, anayasal sosyal devlet ilkesinin değil, aynı zamanda "adalete muvafık tazminattan" ve "sosyal ve ekonomik duruma uygun bir miktar para" dan sözedен Borçlar Kanunu'nun da bir gereğidir. Yeni İsviçre Borçlar Yasası m.49 kuralında yer alan "manevi tazminata ancak ihlalin başkaca yollardan karşılanıp denkleştirilemediği hallerde hükmedilebileceği" yolundaki sınırlama da tinsel ödencenin boşluk doldurucu sosyal düzelticilik işlevine ilişkin anlayışı destekler. Tinsel ödence BY. m.42/II kuralının sosyal adalet boyutuyla zenginleştirilmesi anlamına gelir.⁽²⁶⁾

(24). SEROZAN (Armağan), s.83 dn.15

(25). SEROZAN (Armağan), s.87

(26). SEROZAN (Armağan), s.87

Tinsel ödencenin, tıpkı maddi ödence gibi, birincil sosyal denkleştirme işlevinin ardında, ikincil işlevi olarak caydırıcı ve önleyici etkisi ve işlevi de olabilir. İdare mahkemesi kararlarına uyma, iş kazaları, çevre etkileri, haksız ihbarlar, haksız tutuklamalar, tüketicileri özel olarak reklamlara karşı koruma alanlarında bu durum kendini gösterir. (27)

Tinsel ödence, manevi tatmin ve telafi parası olmaktan çıkarılmalı, ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzün isteyeceği bir sosyal yardım ya da rehabilitasyon (iyileştirme) parasına dönüştürülmelidir.

III. TİNSEL ÖDENCENİN KOŞULLARI

1. GENEL OLARAK

Tinsel ödence konusunda çeşitli yasalarda hükümler bulunmaktadır. MY. m.24, MY. m.25 (Ada saldırı), MY. m.85 (Nişanın bozulması), MY. m.126 (Evliliğin iptali), MY. m.143 (Boşanma), MY. m.305 (Babalık), BY. m.47 ve 49, Ticaret Yasasında ve T.Ceza Y. m.38'de bu konuda düzenlemeler vardır. Biz konuyu fazla dağıtmamak için genel olarak kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi ödenceyi düzenleyen BY. m.49'u inceledik.

BY. m.49 1988 yılında 3444 sayılı yasayla önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. 49.m.'nin yeni düzenlemesi şöyledir :

(27). SEROZAN (Armağan), s.88-89

"3. Şahsi menfaatlerin haleldar olması.

Madde 49 - Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir biçimde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yoluyla ilanına da hükmedebilir.^{1/}(28)

MY. m.24'ün eski düzenlemesinde yer alan yasanın belirttiği durumlarda tinsel ödence istenebileceğine ilişkin hüküm yeni düzenlemede yer almamıştır. Eski düzenleme nedeniyle MY. m.24 ve BY. m.49 arasında nasıl bir ilişki olduğu konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlara göre, BY. m.49, MY. m.24'ün gösterdiği durumlar-

(28). BY. m.49'un eski düzenlemesi şöyleydi :""Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar veya ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette,manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ ifasını dava edebilir.

Hakim, bu tazminatın ifası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yahut ilave edebilir." Öğretide 49/I yanlış çevrildiği ileri sürülen bir maddedir. Buna göre fıkra İsviçre Borçlar Kanununun Almancasına uygun olarak şöyle anlaşılmalıdır : "Kişisel durumları bozulan kimse, kusur varsa, zararın giderilmesini, bundan başka bozulmanın ve kusurun özel ağırlığının haklı gösterdiği yerlerde gönül alma diye bir akçe tutarı ödenmesini isteyebilir" ATAAY Aytekin/SUNGURBEY İsmet, Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, 3.b., İstanbul 1968, s.146 vd.

dan biridir. Kimine göre ise, BY. m.49 genel nitelikte bir hükümdür.⁽²⁹⁾ Fakat MY. m.24'te ve BY. m.49'da yapılan değişikliklerden sonra bu konudaki tartışma, eski önemini yitirmiştir. Yeni düzenleme karşısında, BY. m.49'un genel nitelikte bir hüküm olduğunu söyleyebiliriz. Özel hüküm varsa o, yoksa BY. m.49 uygulanacaktır.

2. ÖDENCENİN KOŞULLARI

A. Kişilik Hakkına Saldırı Olması : BY. m.49 kişilik hakkına bir saldırının olması gerektiğini belirtmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde, kişilik hakkı ve kişisel değerler konusunda açıklama yapmıştık. BY. m.49'da sözkonusu olan, özel olarak düzenlenen hükümler dışında kalan, kişisel değerlere saldırı durumunda ortaya çıkan tinsel zararın giderimidir. Bu kişisel değerler yasa koyucu tarafından teker teker sayılmamış, bu konuda esnek davranılmış, yargıca takdir hakkı verilmiştir. Hangi kişisel değerlere saldırının manevi ödençe gerektireceği yargı kararları ve öğreti tarafından belirlenecektir.

Bu konuda Yargıtay uygulaması çeşitlilik göstermektedir. Yargıtay kararlarına göre, aile bütünlüğü aleyhine işlenen zorla ırza geçmede ana-baba da manevi ödençe isteyebilecektir.⁽³⁰⁾ Davacının resminin

(29). Tartışmalar için bkz. AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.28-29; ALPASLAN, a.g.m., s.607 vd; ARSEBÜK, a.g.e., s.194 vd; BECKER, a.g.e., s.300 vd; ERTAŞ, a.g.m., s.66; GÜNDÜZ Adil, Manevi Tazminatta Kusurun Rölü, ABD 1972, s.18; GÜRİSOY, a.g.m., s.9 vd; SAYMEN, a.g.t., s.121 vd; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.492 vd.

(30). Yargıtay 4. HD. 14.11.1985, E.8730/K.9329; UYGUR, a.g.e., s.702-703

nin davalı ortaklığın reklamı amacıyla genele sunulması tinsel öden- gerektirir.⁽³¹⁾ Konut dokunulmazlığının zedelenmesi tinsel ödenceyi haklı kılar.⁽³²⁾ Sahte bono düzenleyip ciro eden davalı, gününde öden- memesi üzerine protesto gönderilen davacının, kişilik haklarını zedelediğinden tinsel öden- ce ile sorumludur.⁽³³⁾ Kadının ve onun evliliğini bilen üçüncü kişinin zinası, kocanın kişilik haklarını zedeler ve BY. m.49'a göre manevi öden- ce gerektirir.⁽³⁴⁾

Bu örnekleri çoğaltmak olanaklıdır. Fakat önemli olan, bu örnek- leri sıralamak değildir. Önemli olan, yasanın bu konuda sayma yoluna gitmediğini, yargıca takdir hakkı verdiğini bilmektir.

B. Hukuka Aykırılık : BY. m.49'da kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırıdan söz edilmiştir. MY. m.24'de de benzer bir düzenle- me vardır. MY. m.24'de belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmaması durumunda, kişilik hakkına saldırı her eylem hukuka ay- kırılık oluşturur.

Kişilik hakkına saldırıda bulunan eylemin hukuka aykırılığı asıl, uygunluğu ayırıksaldır.⁽³⁵⁾

(31). Yargıtay 4. HD., 1.3.1988, E.89/K.1996, KARAHASAN, a.g.e., s.816-817.

(32). Yarg. 4. HD. 1.12.1978, E.2594/K.13516, KARAHASAN, a.g.e., s.825-826.

(33). Yargıtay 4. HD., 6.6.1972, E.14724/K.5389, KARAHASAN, a.g.e., s.901-902.

(34). Yargıtay 4. HD., 18.11.1976, E.115/K.10051, KARAHASAN, a.g.e., s.952-953.

(35). EREN, a.g.e., s.388

MY. m.24'e göre, zarar görenin rızası, üstün özel yarar, kamu yararı ve yasanın verdiği bir yetkinin kullanılması durumlarında saldırı hukuka uygun sayılır.

Yargıtay kararlarında da hukuka aykırılık çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Örneğin, kişilik haklarının zedelenmesi, kural olarak hukuka aykırı sayılır. Yeter ki, kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlere el atma eylemi yasal bir haktan kaynaklanmasın ve korunmasın. Bu şekilde hak ya da çıkarların karşı karşıya gelmesinde ya da hukuksal çıkarların çatışmasında, yargıcın çatışan çıkarlar ve haklar arasındaki sınırı MY. m.1 uyarınca hukuk yaratarak belirlerken adalete uygun, haksız bir sonuca ulaşması için öğretide ve uygulamada kabul edilmiş ve genelleşmiş kural ve ölçütlerden yararlanması gerekir.⁽³⁶⁾ Kişilik haklarının zedelenmesi görünümünü taşıyan açıklamalar, başkalarının ya da kamunun üstün çıkarlarını korumak amacıyla yapılmışsa, doğru amaca yönelik olduklarından hukuka aykırı sayılamazlar.⁽³⁷⁾ Dün bir siyasi lider hakkında övgüler düzen ve daha sonra iktidardan düştükten sonra onu yeren ve bu yergilerin diğer bir siyasi parti tarafından kullanılmasına yardımcı olan kişilerin, basın tarafından ele alınıp kınanmasında toplum yararı vardı.⁽³⁸⁾

(36). Yargıtay 4. HD., 8.9.1982, E.6084/K.7436, KARAHASAN, a.g.e., s.849-852.

(37). Yargıtay HGK., 9.4.1982, 1981/4 - 56 E./348 K., KARAHASAN, a.g.e., s.853-858.

(38). Yargıtay 4. HD., 27.2.1990, E.1068/K.1775, UYGUR, a.g.e., s.776-777

Anayasanın 39. maddesine göre, "Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin isbata razı olmasına bağlıdır." Anayasanın ispat hakkı tanıdığı durumlarda, kişilik haklarına saldırı niteliğinde bir açıklama ya da yayında bulunan savın doğruluğu ispat edilebilirse, kural olarak ödünceye hükmolunamaz. İspat hakkının bulunmadığı durumlarda, açıklamanın gerçeğe uygun olduğu dikkate alınmadan, yasal koşulları varsa, kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle manevi ödünce istenebilir.⁽³⁹⁾

C. Kusur

aa. Genel Olarak

3444 sayılı yasayla BY. m.49'da yapılan değişiklik ile, tinsel ödünce isteminin koşulu olarak öngörülen ağır kusur kavramı maddeden çıkarılmıştır. Değişiklikten sonraki olaylara artık ağır kusur koşulu uygulanmayacaktır. Madde metninden ağır kusur koşulunun çıkarılması yerindedir.^{(40),(41)} Malvarlığı değerlerinin zedelenmesi

(39). REİSOĞLU, a.g.e., s.194 vd.

(40). SEROZAN (Armağan), s.93; EREN, a.g.e., s.390; KILIÇOĞLU Ahmet, Medeni Kanunda Manevi Tazminatla Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklikler, Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.107 vd; TEKİNAY (Armağan), s.64; ZEVLİLER, a.g.e., s.505 vd.

(41). Kusur konusunda ayrıntılı olarak bkz. GÜNDÜZ, a.g.em., s.17 vd; KANETİ Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, I. Sempozyum, İstanbul 1980, s.29 vd; TANDOĞAN Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.1 vd.

durumunda gerçekleşen maddi zararın ödettilmesi için her türlü kusuru yeterli sayıp, kişilik değerlerinin zedelenmesinden doğan tinsel zarardan sorumlulukta "ağır kusur" koşulunu aramak, malvarlıksal değerlere, kişilik değerlerinden daha çok değer vermek gibi bir çelişkiyi ve çağdışılığı içermekteydi. BY. m.49'da yapılan değişiklikle yasa koyucu, aynen İsviçre BK. m.49'da olduğu gibi bu çelişkiyi ve çağdışılığı kaldırmıştır.⁽⁴²⁾ Aynı zamanda, BY. m.49 ile m.47 arasında tam uyum sağlanmıştır. Kimi zaman 47 kuralına, kimi zaman 49. kuralına atılanmış olgularda değişik değerlendirmeler yüzünden görece adaletsizliklere yol açılmasının önü alınmıştır.⁽⁴³⁾ BY. m.49'un yeni düzenlemesinde kusurda hiç söz edilmemiştir. Bu durum tinsel ödençe konusunda kusurun aranmayacağı sonucunu doğurmamalıdır.⁽⁴⁴⁾

3444 sayılı yasanın hazırlık aşamasında tasarı gerekçesinde⁽⁴⁵⁾; "bu düzenleme mevcut hükümde yer alan mafevi zararın ve kusurun ağır olması gerektiğine dair hüküm kaldırılmış, 49.m. ile cismani zararlarda kusursuz sorumluluk ilkesini öngören aynı kanunun 47. m. si arasında büyük ölçüde uyum sağlanmıştır." denilmesi bir kusursuz sorumluluğun düzenlenmek istendiğini göstermektedir. Ancak, bu hükmün bu sonucu sağlamayacağı düşüncesiyle 49. m.ye ek yapılmak istenilmiştir.⁽⁴⁶⁾ Sözkö-

(42). EREN, a.g.e., s.390

(43). SEROZAN (Armağan), s.93

(44). EREN, a.g.e., 390-391; KARAHASAN, a.g.e., s.657 vd; KILIÇOĞLU (Armağan), s.107; OĞUZMAN (Armağan), s.34 vd; TEKİNAY (Armağan), s.64; UYGUR, a.g.e., s.689; ZEVKLİLER, a.g.e., s.506-507.

(45). Tasarı 8. m. gerekçesi (ABD 1988/3, s.377)

(46). OĞUZMAN (Armağan), s.34

nusu eke ⁽⁴⁷⁾ göre; "hukuka aykırı tecavüzün basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde dava açmak için kusur şartı aranmaz." Bu ek yasalaşmamıştır. Bu konu kusursuz sorumluluğun düzenlenmesi düşüncesinin kabul edilmediği biçiminde yorumlanabilir. ⁽⁴⁸⁾

BY. m.49, BY. m.41'de özel koşulları belirlenmiş olan haksız eylem nedeniyle kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişi için manevi ödenmeyi düzenlemiştir, dolayısıyla ödenme davasının genel koşulları BY. m.41'e göre saptanacaktır. BY. m.41 ise haksız eylemlerde kusur koşulunu düzenlemiştir. ⁽⁴⁹⁾

BY. m.47 kusursuz sorumluluğu düzenleyen kural değildir. Sorumluluk gerçekleştiğinde tinsel ödenme verilmesini düzenler. Sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği sorumluluğu düzenleyen kurallara bağlıdır. ⁽⁵⁰⁾

bb. Kusursuz Sorumluluk Durumlarında Tinsel Ödenme

BY. m.49'un eski düzenlemesinde ağır kusur koşulu arandığı için, kusursuz sorumluluk durumlarında tinsel ödenme istenebilmesi konusunda tartışmalar vardı. ⁽⁵¹⁾ Tinsel ödenme verilemeyeceğini

(47). TBMM Adalet Komisyonu Raporu, N.7 (ABD, 1988/3, s.380)

(48). OĞUZMAN (Armağan), s.34

(49). KILIÇOĞLU (Armağan), s.107

(50). OĞUZMAN (Armağan), s.35

(51). Tartışmalar için bkz. FRANKO, a.g.t., s.135; GÜRSOY, a.g.m., s. 28-29; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.98; TEKİNAY (Borçlar), s.920-921

Ayrıca Kusursuz Sorumluluk için bkz. TANDOĞAN (Kusur), s.1 vd.

savunanların gerekçesi olan ağır kusur koşulu kaldırıldığına göre, kusursuz sorumluluk durumlarında tinsel ödençe istenebilecektir.

BY. m.49, tıpkı BY. m.47'deki gibi, hem kusura dayanan sorumluluk durumlarında hem de kusursuz sorumluluk durumlarında uygulanacak bir hükümdür; sorumluluğun kusura dayanıp dayanmayacağını düzenleyen hüküm değildir.⁽⁵²⁾

Tinsel ödençe istemlerinde en fazla karşılaşılabilecek kusursuz sorumluluk kuralı BY. m.55'de düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu kuralıdır. Burada ne adam çalıştıranın ne de kişilik hakkına saldırı eylemini işleyen kusuru aranmayacaktır. Bilindiği gibi adam çalıştıran BY. m.55'de düzenlenen kurtuluş kanıtını (beyyine) ileri sürüp sorumluluktan kurtulabilir.⁽⁵³⁾ Adam çalıştıranın sorumluluğu için kusur aranmasa da, saldırı eylemini işleyen, çalışanın, tinsel ödençeye mahkum edilebilmesi için kusurun bulunması gerekir.

Son olarak şunu söyleyebiliriz; tinsel ödençe istemlerinde, her ne kadar maddede sözü edilmese de kusur koşulu aranır. Özel olarak düzenlenen kusursuz sorumluluk durumlarında da tinsel ödençe istenebilir.

D. Zarar

BY. m.49'un eski düzenlemesinde ağır zarar koşuluna yer vermemesine karşın, İsviçre'deki düzenlemeye koşturarak kusurun

(52). EREN, a.g.e., s.390; KARAHASAN, a.g.e., s.658 vd; TEKİNAY (Borçlar), s.928a; KILIÇOĞLU (Armağan), s.109-110; OĞUZMAN (Armağan), s.36; SEROZAN (Armağan), s.85; ZEVLİLER, a.g.e., s.505 vd.

(53). OĞUZMAN (Armağan), s.37; TANDOĞAN (Kusur), s.66 vd.

ağırlığı yanında zararın ağırlığının varlığı da hem öğreti de⁽⁵⁴⁾ hem de yargı kararlarında⁽⁵⁵⁾ benimsenmiştir.'

Değişiklikten sonra ağır kusur koşulu kaldırılmış ve bu arada zararın ağırlığından da söz edilmemiştir. Maddeyi sözüne (lafzına) göre yorumlarsak, tinsel ödençe için yalnızca zarar yetmekte, ağırlığı aranmamaktadır.

İsviçre'de kusurun ağırlığı koşulundan vazgeçilmiş, buna karşılık zararın ağırlığı aynen korunmuştur. Söz konusu maddeye göre : "Kişiliğinde hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, saldırının ağırlığı haklı gösteriyorsa ve bu başka şekilde tazmin edilemiyorsa, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Yargıç bunun yerine veya bununla birlikte manevi tazminatın bir başka şekline de hükmedebilir."⁽⁵⁶⁾

Zararın ağırlığı koşulundan vazgeçmek yanlış olmuştur. Şöyle ki; bir kimsenin onuruna, saygınlığına yönelik suçlamaların, ne zaman eleştiri sınırları içinde kaldığını ve ne zaman hukuka aykırı bir saldırı niteliğini aldığını ayırtetmekteki zorluk yadsınamaz. Bu zorluğu yenibilmek için bilimsel eserlerde ve yargı kararlarında harcanan başarılı çabalara karşın, konu çok kez kişisel takdirlere açık bir alan oluştur-

(54). AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.930; ALPASLAN, a.g.em., s.611 vd; GÜNDÜZ, a.g.m., s.22; GÜRSOY, a.g.m., s.25; TANDOĞAN (T. Mesûliyet H.), s.340; TÖRE, a.g.m., s.532; TUNÇOMAÇ, a.g.e., s.497.

(55). Yargıtay 11. HD., 30.4.1975, E.736/K.3069, KARAHASAN, a.g.e., s.895-898; TD. 31.12.1971, E.4885/K.7766 - 4. HD., 8.7.1966, E.6647/K.7471, KARAHASAN, a.g.e., s.904-914; 4. HD., 2.2.1977, E.8262/K.1113 - UYGUR, a.g.e., s.767-768.

(56). KILIÇOĞLU (Armağan), s.105

maktadır. İşte öznel değerlendirmelerdeki farklılıkları olanaklı olduğu kadar azaltabilmek ve eleştiri özgürlüğünü zedelememek için saldırının ağırlığı koşulunu bir yana bırakmamak doğru olurdu. (57)

Tinsel ödense istemlerini özel olarak düzenleyen hükümlerde "özel hal ve şartlar" dan, "fahiş zarar" dan, "ağır menfaat ihlali" nın söz eden bir yasanın (MY. m.85, m.143(II, m.305) öteki kişilik zedelenmelerinde bu gerçekten vazgeçilmesi düşünülemez. Gerçekten de, yüzüstü bırakılan kızın, eşin ve ananın tinsel ödense istemi için nitelikli, ağırlıklı zarar ya da yitik olgusunu koşul olarak arayan bir yasanın, onuru kırılan ya da gizliliğine sızılan kişinin tinsel ödense istemi sözkonusu olduğunda böylesine nitelikli, ağırlıklı bir zedelenmenin ya da kaybın varlığı koşulunun aranmaması en basit eşitlik mantığına aykırı düşer. (58) Bu nedenle tinsel ödense istemlerinde ağır zarar koşulunun aranması gerekmektedir.

E. Nedenlilik Bağı (İllyet Rabıtası)

Kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla tinsel ödense isteyebilmek için, eylem ile zarar arasında uygun nedenlilik bağı bulunmalıdır. (59),(60)

(57). TEKİNAY (Armağan), s.64.

(58). SEROZAN (Armağan), s.91-92.

(59). AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.930; ALPASLAN, a.g.m., s.609; DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.63; EREN, a.g.e., s.390; OĞUZMAN (Armağan), s.41; TÖRE, a.g.m., s.540 vd.

(60). Nedenlilik bağı konusunda ileri sürülen kuramlar için bkz. KANETİ (Kusur), s.36 vd. Kaneti'ye göre, hareket ile sonuç arasında nedenlilik bağı olup olmadığını saptamak için, hareketin sonucun koşulu olup olmadığına bakılır. Hareket olmasaydı, sonuç olmayacak idiye nedenlilik bağı vardır. Bu nedenle de koşul kuramını benimsemek gerekir. Ayrıca, uygun nedenlilik, nedenlilik kuramı değildir. Sorumluluğun sınırlarını (çerçevesini) belirleyen bir sorumluluk kuramıdır. Oysa sorumluluğun çerçevesini belirleme görevi yargıca bırakılmalıdır.

Saldırı oluşturan eylemin yaşam deneyimlerine göre olayların , normal akışında, ileri sürülen tinsel zararı ortaya çıkarmaya elverişli olduğunun kabul edilmesi, uygun nedensellik bağının bulunduğu anlamına gelir.⁽⁶¹⁾

Asıl saldırı oluşturan eylemin dışında, başkalarının eylemlerinden doğan ek zararlar asıl saldırıyı yapana yüklenemez. Ek zararlarla, asıl eylem arasında nedensellik bağı kesilmiştir.

IV. ÖDENCENİN BELİRLENMESİ

Türk Hukukunda aslolan, ödencenin belirlenmesinde yargıcın serbestisidir. Bu suretle BY. yargıcın becerisine, vicdanına, manevi kıymetine, usuna ve mantık ölçüsüne güvenerek onu serbest bırakmıştır. Yargıç olayın bütün durum ve koşullarını, iki yanın durumunu, çıkarlarını ve hatta genel çıkarı ölçecek, tartacak ve hükmünü buna göre verecektir.⁽⁶²⁾

Dolayısıyla tinsel ödencenin belirlenmesi için somut ölçütler olmadıgından, Borçlar Yasası'nın maddi ödencenin kapsamını etkileyen kuralları (BY. m.42-43-44), tinsel ödencenin miktarının belirlenmesinde de örneksene yolu ile uygulanır.⁽⁶³⁾ Manevi ödencenin belirlenmesinde,

(61). OĞUZMAN (Armağan), s.41

(62). VELİDEDEOĞLU (Armağan), s.756

(63). BAYDAR Zeki, Manevi Tazminat Şartları ve Takdiri, Adalet Dergisi, Ocak-Şubat 1980, sayı 1; GÜRSOY, a.g.m., s.29

ödencenin koşullarından olan kusur ve zarar önemli ölçüde etkilidir.⁽⁶⁴⁾
Saldırıya uğrayanın birlikte kusuru durumunda ödencenin indirimi yoluna gidilir.⁽⁶⁵⁾

Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Karara göre, manevi ödencenin amacı, zarara uğrayanda huzur duygusu doğurmaktır. Ödencenin sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Yargıç takdir hakkını hakseverlik ve denkserlikle kullanmalıdır ve ona etkili nedenleri karar yerinde nesnel ölçülere göre yerindeliyle göstermelidir. Zarar görenin ağır tahriki ödencenin tutarını belirlemede gözönünde bulundurulmalıdır.⁽⁶⁶⁾

Ayrıca, belirlenecek ödence, zarar vereni ve birlikte yasaca sorumlu tutulan kişiyi zor duruma düşürmeyecek bir oranda olmalıdır.⁽⁶⁷⁾

BY. m.49/II'de ödencenin belirlenmesi ile ilgili olarak yeni bir düzenleme yapılmıştır. 49/II'ye göre, "Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır", bu hüküm karşısında öğretilde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

(64). ALPASLAN, a.g.m., s.613; BAYDAR, a.g.m., s.33; EREN, a.g.e., s.392-393; ERTAŞ, a.g.em., s.88 vd; FRANKO, a.g.t., s.127; GÜRSOY, a.g.m., s.29.

(65). DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.57

(66). Yargıtay 4. HD., 17.12.1987, E.9980/K.9302, KARAHASAN, a.g.e., s.935-936.

(67). FRANKO, a.g.t., s.154; TANDOĞAN (MEsuliyet), s.342.

Bazı yazarlara göre⁽⁶⁸⁾, hüküm yerindedir. Bunlara göre, hükümde öngörülen unsurlar, tinsel zararın derecesinden başka, failin kusurunun ya da saldırıya uğrayanın birlikte kusurunun varlığının ya da derecesinin saptanması ile ilgili olabileceği gibi, failin zor duruma düşmesine yol açacak bir para ödemeye mahkum edilmemesinde etkili olabilir. 49/II hükmü bulunmayan dönemde de, yargıcın ödence saptarken bu unsurları dikkate alacağı öğretide ve yargı kararlarında belirtilmiştir. Bu hüküm bir yenilik oluşturmaz biçiminde bir gerekçe ileri sürülmektedir.⁽⁶⁹⁾ Bu görüşleri yansıtan mahkeme kararları da vardır.⁽⁷⁰⁾

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre⁽⁷¹⁾, bu hüküm demokratik anlayışa ters düşmektedir. Saldırıya uğrayan aynı kişilik değerinin, zarar görenin sosyal, ekonomik ve siyasal durumuna göre farklı değerlendirmeye tabi tutulması ve dolayısıyla öznel sonuçlar doğurması olanaklıdır.⁽⁷²⁾ Resmi bir sıfatı olan ya da yüksek bir makam işgal eden kimselerin onur ve saygınlıkları, acaba neden dolayı, sade ya da şu veya bu makama gelememiş olanların onur ve saygınlıklarından daha üstün tutulacaktır. Resmi sıfatı olanlara yöneltilen kırıncı suçlamalar dolayısıyla manevi ödenceye hükmederken daha dikkatli ve çekingen davranılmalıdır. Hizmetini kamuya sunmuş kişiler, sert eleştirilere daha çok katlanmak zorundadırlar. Sert eleştiri ile hakaret arasındaki sınır çizgisi

(68). OĞUZMAN (Armağan), s.50-51; ZEVLİLER, a.g.e., s.509

(69). OĞUZMAN (Armağan), s.51

(70). Yargıtay 4. HD., 12.10.1978, E.11739/K.11322, KARAHASAN, 947.

(71). EREN, a.g.e., s.392; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.100; TEKİNAY (Armağan), s.65.

(72). EREN, a.g.e., s.392

bu gibi kimseler için, eleştiri yararına olmak üzer biraz daha genişletilerek çizilmelidir. 49/II hükmü getirilirken, yasa koyucunun amacı büyük bir olasılıkla bu değildi, buna karşın yorumun bu yönde yapılması yararlı olur.⁽⁷³⁾ Zaten manevi ödence davasını gözden düşüren asıl olumsuz gelişme, saldırıya uğrayanın toplumsal konumunun; kişiliğinin ihlal edilip edilmediğinin ve eğer edilmişse, bu saldırının bedelinin tutarını belirlemede başlıca ölçüt olacak biçimde ele alınarak benimsenmesi olmuştur. Hatta bu konuda Alman ve İsviçre yargı kararlarında toplumsal konuma göre tarifeler belirlenmiştir.⁽⁷⁴⁾ Öyleki, hakarete uğramaları nedeniyle, toplumun yüksek tabakasındakilerin, siyasetçilerin açtıkları manevi ödence davalarında yüzmilyonların, bol sıfırlı rakamların sözü edilirken, işkence sonucu felç olan, işgücünün tamamını yitiren bir yurttaşa 10 milyon manevi ödence hükmedilmiştir. Yine haksız tutuklama ve işkenceye 5 milyon manevi ödence hükmedilmiştir.⁽⁷⁵⁾

V. TİNSEL ÖDENCE (MANEVİ TAZMİNAT) TÜRLERİ

1. PARASAL ÖDENCE

BY. m.49/I'e göre, kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi ödence adıyla bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Bu hüküm karşısında manevi ödüncede aslolanının parasal ödence olduğu sonucuna varabiliriz.

(73). TEKİNAY (Armağan), s.65

(74). SEROZAN (Kişilik Hakları), s.100-101

(75). CUMHURİYET, 8 Ağustos 1991

Burada söz konusu olan, kişilik hakkı zedelenen kimseye, duyduğu tinsel zararı karşılayabilmesi için para verilmesidir.⁽⁷⁶⁾ Aslolan parasal ödencedir ve manevi zarar durumunda aynen giderim olanaksızdır. Çekilen acı ve üzüntüler, karşılaşılan hakaret artık geçmişte kalıp tarihsel bir olay durumunu almıştır ve bunun silinmesi olanaksızdır.⁽⁷⁷⁾

Öğretide parasal ödence konusunda tartışma vardır. Şöyle ki, tinsel ödence para olarak kararlaştırıldığında bu sermaye olarak mı ödenecektir yoksa irat biçiminde belli devrelerde ödenmesi de olanaklı mıdır? Uygulamada manevi ödenceye sermaye olarak hükmedilmektedir. Öğretide bazı yazarlar manevi ödenceye irat biçiminde hükmedilebileceğini savunmaktadırlar.⁽⁷⁸⁾ Bunlara göre, bu konuda MY. m.145/II'de belirtilen boşanma durumunda manevi ödenceye irat biçiminde hükmedilemez yolundaki düzenleme talihsiz bir ayrık sayılmalıdır.⁽⁷⁹⁾ Buna karşılık bazı yazarlar, manevi ödenceye irat olarak hükmedilemeyeceğini savunmaktadırlar.⁽⁸⁰⁾

(76). BAYDAR, a.g.m., s.34; BECKER, a.g.e., s.305; DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.211 vd; EREN, a.g.e., s.393; FRANKO, a.g.t., s.159; GÜRSOY, a.g.m., s.32 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.163; SAYMEN, a.g.t., s.232; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.330; TEKİNAY (Borçlar), s.913; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.499 vd; ZEVLİLİLER, a.g.e., s.516-517.

(77). SAYMEN, a.g.t., s.232.

(78). BAYDAR, a.g.m., s.35; GÜRSOY, a.g.m., s.33; SEROZAN (Armağan), s.93; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.344.

(79). SEROZAN (Armağan), s.98.

(80). AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.931; EREN, a.g.e., s.393; FRANKO, a.g.t., s.161; SAYMEN, a.g.t., s.233; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.493.

Bunlara göre, belirli bir olay dolayısıyla elem ve acıya düşen bir kimsenin, o elem ve acının ortaya çıkmasından çok zaman sonra da, belirli sürelerle gidip ödence isteminde bulunması, zaman geçmesiyle ister istemez ortadan kalkacak olan zarara uygun düşmemektedir. Bunun yanında, Yargıtay içtihatlarında istenilecek ödencenin ne kadarının maddi, ne kadarının manevi olduğunun saptanmasını arar ki; burada da irat şeklinde bir ödenceye olanak verilemez.⁽⁸¹⁾ İrat şeklinde manevi öden- ceye hükmetmek kurumun bünyesine uygun değildir.⁽⁸²⁾ Kanımızca da irat şeklinde ödenceye hükmedilememesi gerekir.

2. DİĞER ÖDENCE TÜRLERİ

BY. m.49/III'e göre, "hakim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tacavüzü kı- nayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ila- nına da hükmedebilir."

Bu düzenleme yerindedir. Parasal ödence istemine hakkı olan kimse daha hafif olan diğer ödence türlerinden birini de isteyebilmelidir. Bir kimsenin manevi zararını tazmin için ancak ve ancak parasal bir ödence isteme zorunda bulunması ve bundan başka bir şey istemeye yetkisi olma- ması gereksinimlere ve manevi ödence kurumunun ruhuna aykırı bir sonuç doğurur. Bu nedenledir ki, saldırıya uğrayan paradan başka uygun gördü- ğü herhangi bir ödence türüne hükmedilmesini isteyebilir. Bu alanda kar- şılaştığı zararın en iyi şekilde karşılanmasını kendinden daha iyi kimse

(81). FRANKO, a.g.t., s.161

(82). SAYMEN, a.g.t., s.233 vd; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.493

takdir edemez. Kötüye kullanmalara engel olmak ve davalının çıkarlarını korumak için de yargıca bu alanda bir takdir yetkisi tanımak gereklidir. Nitekim yasa bu yetkiyi yargıca vermektedir.⁽⁸³⁾

BY. m.49'un eski düzenlemesinde yer alan ağır kusur ve ağır zarar koşullarının, parasal ödençe dışındaki ödençe türleri içinde aranıp aranmayacağı konusunda belirsizlik vardı. Saymen ve Franko, bu koşulların aranacağı sonucuna varmışlardır.⁽⁸⁴⁾ Buna karşılık aksi görüşte olanlar da vardır.⁽⁸⁵⁾ Yeni düzenlemede, artık ağır kusur koşulu aranmadığından, bu konuda eskisi gibi bir belirsizlik kalmamıştır.

A. Üçüncü Kişi Yararına Manevi Ödençe

Usul (Yargılama) Hukuku açısından konu tartışmalıdır. Kabul edenler⁽⁸⁶⁾ olduğu gibi, karşı çıkanlar da⁽⁸⁷⁾ vardır. Kabul edenler, 3. kişi yararına sözleşme (BY. m.111) kavramından yararlanarak, davacının, davalı aleyhine ve 3. kişi yararına bir borcun doğumunu hüküm altına aldirmek üzere böyle bir davanın açılabileceğini belirtmektedirler.

Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁽⁸⁸⁾, Davacı doğrudan doğruya kendisi

(83). SAYMEN, a.g.t., s.234.

(84). FRANKO, a.g.t., s.163-164 (dn.207); SAYMEN, a.g.t., s.234.

(85). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.180; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.96-97; TEKİNAY (Borçlar), s.915;

(86). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.164 dn.55 (TERCİER); VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.129.

(87). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.164 dn.54'de anılan yazarlar; GÜRSOY, a.g.m., s.40; SAYMEN, a.g.t., s.232-233

(88). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.164.

için bir miktar para isteyebilir ve elde ettiği parayı sonradan dilediği gibi sarfedebilir, bu arada 3. kişiye bağışlayabilirdi. Onun manevi ödence olarak istediği paranın harcama yerini, 3. kişi yararına bir dava açarak önceden ve hukuken bağlayıcı biçimde belli edebilmesi, davalı tarafından yapılan ödemenin niteliği de değişmediğine göre, yine para yolu ile tatmin usulünün bir modolitesi sayılmalıdır.

Usul Hukuku bakımından böyle bir davanın olanaklı olmadığını savunan Gürsoy; böyle bir davaya gereksinim olduğu gözönünde tutularak davacının bu açıklaması yüzünden dava reddedilmemeli ve hüküm, davacı yararına verilmelidir. Bu surette davacı yararına hükmedilen paranın, sözü edilen 3. kişiye verilip verilmemesi, davacı için ahlaksal bir borç oluşturur.⁽⁸⁹⁾

B. Sembolik Çok Küçük Bir Miktarın Ödenmesi İçin Açılan Manevi Ödence Davası

Bu durumda, davacı yine bir miktar para istemekte, fakat bu miktar çok düşük olmaktadır; örneğin 1 lira gibi. Bu durumda davacı paraya değil davalı tarafından gerçekleştirilen saldırı eyleminin yargıç tarafından saptanmasına önem verdiğini açıklamaktadır. Saymen ve Franko tarafından savunulan bu görüşün⁽⁹⁰⁾ şu yararı olduğu ileri sürülmüştür; bu tür ödence, onur ve saygınlığa yapılan saldırılarda, işin paraya döküldüğü savlarını ortadan kaldırmak ve saldırıya uğrayanın, hiçbir maddi endişesi olmadığını gayet açık bir biçimde anlatmayı sağlar.

(89). GÜRSOY, a.g.m., s.40

(90). FRANKO, a.g.t., s.172 vd; SAYMEN, a.g.t., s.237-238

Bunun yanında bizim de katıldığımız diğer gruba göre, kişilik haklarına saldırı durumunda, saptama (tespit) davasının açılması olanaklı olduğuna göre, bu tür davalara gereksinim kalmayacaktır. Böyle çok küçük bir tutarın dava edilmesi istemlerinde saptama davası niteliği görmek olanaklıdır.⁽⁹¹⁾

C. Mahkeme Kararının İlanı

3444 sayılı yasa değişikliğinden önce öğretideki genel eğilime göre, mahkeme kararının ilanı BY. m.49'daki para dışı ödence türlerinden biri olarak kabul edilmekteydi.⁽⁹²⁾

Bu görüşten daha sonraları bazı sapmalar olmuştur. Yeni görüş sahiplerine göre⁽⁹³⁾; hükuka aykırı eyleme ilişkin kararın sayınlanması durdurma davasının türü sayılmalıdır. Kişisel değerleresaldırının iki sonucu olmaktadır. İlk olarak, kişiye karşı toplumda duyulan saygı vardır. İkinci olarak ise, kişi öznel olarak acı ve üzüntü duyar. İlki için tespit, durdurma ve önleme davaları açılabilir. İkincisi için kişinin manevi ödence davası açması gerekir. Manevi ödence kararı, kişinin duyduğu öznel acıyı dindirir. Nesnel duruma bir etkisi olmaz. Nesnel duru-

(91). GÜRSOY, a.g.m., s.39-40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.165-166; TEKİNAY (Borçlar), s.914-915 dn.12

(92). BAYDAR, a.g.m., s.35; FRANKO, a.g.t., s.165; SAYMEN, a.g.t., s.238-239; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.494; TUNÇOMAĞ, a.g.m., s.481-501; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.129; Von TUHR, a.g.e., s.119; ZEVKLİLER, a.g.e., s.512 vd.

(93). DURAL, a.g.e., s.169-170; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.166 vd; TEKİNAY (Borçlar), s.915; ULUSAN, a.g.m., s.103 vd.

mun, toplum önündeki saygınlığın yeniden kazanılması gerekir. Bu da ya zarar verenin geri alma eylemiyle ya da yargıç kararıyla sağlanır. Bu Karār ise sadece eylemin hukuka aykırılığını saptamakla yetinmez. Bunun yanında, kararın yayını yoluyla zedelenmiş saygınlığa yeniden kavuşulur.

Bu nedenle, mahkeme kararının yayınlanması hukuka aykırılığın giderilmesiyle ilgilidir; durdurma davası kapsamı içinde ele alınmalıdır. Tinsel ödence davası içinde nitelendirmek yanlış olur.⁽⁹⁴⁾

3444 sayılı yasa değişikliği de bu ikinci görüşe koşut bir düzenleme yapmıştır. Yeni düzenlemede kararın yayınlanmasının, tinsel ödence dışında ayrıca düzenlenmesi ve durdurma ya da saptama davasının konusunu oluşturabilmesi, bu alandaki son gelişmelerin ve bunun ardındaki haklı ve yerinde gerekçelerinin yeni düzenlemeye yansıtılması yerindedir.⁽⁹⁵⁾

D. Yargıcın Davalıyı Kınaması

BY. m.49/III'e göre, yargıç bu ödenceninödenmesi yerine diğer bir ödence türü "ikame veya ilave" edebileceği gibi saldırıyı kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da karar verebilir. Eski düzenlemede yer alan "diğer tazmin sureti" ibaresi karşısında kınama kararı verilip verilemeyeceği öğretilde tartışmalıydı.

Öğretilde bazı yazarlar, yargıcın davalıyı kınamasını BY. m.49 anlamında bir para dışı tinsel ödence türü olarak kabul etmektedirler.⁽⁹⁶⁾

(94). GÜRSOY, a.g.m., s.33

(95). ULUSAN, a.g.m., s.104; ZEVLİLER, a.g.m., s.517

(96). BAYDAR, a.g.m., s.36; BECKER, a.g.e., s.305; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.111; ZEVLİLER, a.g.e., s.512 vd.

Buna karşılık bazı yazarlar, bunu reddetmektedirler.⁽⁹⁷⁾ İkinci görüşü savunanlara göre, yargıcın görevi çekişmeleri çözüme bağlamaktır, kınamak değildir. Ayrıca Medeni Yargılama Hukuku yönünden de böyle bir hükmü yer yoktur. Kınama yolu ile davacıya sağlanan tatmin, hukuka aykırı eylem ile gerçekleşen acıyı değil, zedelenen hak ve adalet duygusunu onarmaya yöneliktir, bu da kınamayı bir manevi ödençe türü saymaya engeldir. "Kınama hükmünün elde edilmesine yönelik manevi ödençe davası, gerçekte gizli bir saptama davasıdır ve kınama hükmü ile ödençe davası, gerçekte gizli bir saptama davasıdır ve kınama hükmü ile saptama hükmü arasındaki fark esasta değil, biçimdedir. Bütün bunlar, kınamanın BY. m.49 anlamında bir tinsel ödençe türü olarak görülmesini sağlamaz.

Değişiklikten sonraki düzenlemede, yasa koyucu BY. m.49'da "sal-
dırının yargıç kararı ile kınanması" nı, "diğer tazmin suretleri" nin
dışında ayrıca ismen düzenlemiştir. Böylece kınama kararını kabul eden
görüş lehinde bir düzenleme yapılmıştır. Yalnız, diğer tazmin suretleri
dışında kınamanın ayrıca belirtilmesi bunun bir manevi ödençe türü ol-
madığı biçiminde de yorumlanabilir. Fakat yine de manevi ödençe yerine
"kınama ile yetinilebileceği" düzenlenerek, kınama ile manevi ödençe
arasında ilişki olduğu belirtilmiştir.⁽⁹⁸⁾

(97). DURAL, a.g.e., s.170-171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.171 vd;

TEKİNAY (Borçlar), s.915; ULUSAN, a.g.m., s.105

(98). OĞUZMAN (Armağan), s.52; ZEVLİLER, a.g.e., s.517

E. Davalının, Savlarını Geri Almaya Ya Da Gönül Almaya
Mahkum Edilmesi

Böyle bir tinsel ödence türünü kabul edenler olduğu gibi⁽⁹⁹⁾, buna karşı çıkan yazarlar da vardır.⁽¹⁰⁰⁾

Yargıtay da bir kararında, bu durumda cebren icranın elverişli olması nedeniyle böyle bir yolu kabul etmemiştir. Söz konusu karara göre "...Ancak para ödetilmesinden başka bir veya birden ziyade tazmin ve tazmin şekli seçilmiş veya hükmedilecek paraya ilave edilmiş, bu yolun üstün tutulması halinde, hükmün infaz edilme niteliğinin bulunması ve isteğin aşılmaması şarttır. Mahkeme... davalının... şahsen davacıya tarziye vermesine ve sözlerini geri almasına ve mahkumiyet hükmünün belediye hoparlörüyle ilanına karar vermiştir. Tarziye ve sözü geri alma gerçekten bir tazmin yoludur. Ancak bu yolun hükmen yerine getirilmesi icrada sağlanamaz. Çünkü, sarfedilen hakaret niteliğindeki sözlerin geri alınması, bunun davalı tarafından geri alındığının ifade edilmesi ve tarziye de özür dilemeyi ifade eder. Davalı icraen bu yönü ifade etmese ifaya zorlanmasının imkansızlığı düşünölmek gerekir.⁽¹⁰¹⁾

Kocayusufpaşaoğlu Yargıtay'ın gerekçesine karşı çıkmış, fakat kararın sonucuna katılmıştır. Yazara göre⁽¹⁰²⁾, İcra-İflas Yasası m.

(99). VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.129; ZEVKLİLER, a.g.e., s.516

(100). DURAL, a.g.e., s.171-172; BAYDAR, a.g.m., s.36; FRANKO, a.g.t., s.164-165; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.173 vd; SAYMEN, a.g.t., s.240; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.96; TEKİNAY (Borçlar), s.915

(101). Yargıtay 4. HD., 22.2.1965, E.2793/927, KARAHASAN, Sorumluluk, 909

(102). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.174-175

30'da "birşeyin yapılmasına" borçluyu zorlayan ilamların nasıl icra edileceği düzenlenmiştir. Ancak bu yoldan sağlanan sonuçlar sorunu çözücü nitelikte değildir. Bu nedenle böyle bir yolu tinsel ödense davası türleri içinde değil, saldırının durdurulması davası içinde görmek gerekir.

Bazı yazarlara göre⁽¹⁰³⁾, alenen gönül almaya zorlamaya, saldırının kişilik hakkının varlığı engeldir. Kişinin özgürlüğü ve onuru ile böyle bir durum bağdaşmaz. Bu nedenle Fransız Ceza Yasası'ndan, alenen gönül alma zorunluğu hükmü çıkarılmıştır.⁽¹⁰⁴⁾

Kanımızca da, böyle bir tinsel ödense türünü kabule olanak yoktur. Buna tinsel ödencenin niteliği ve sosyal işlevi engeldir.

F. Yanıt ve Düzeltme Hakkı

Kişisel değerlere saldırı özellikle basın yolu ile olursa, bu hakkın kullanılması ortaya çıkar. Böyle bir durumda saldırıya uğrayanın yanıt hakkını kullanması ya da gazetecinin düzeltme yoluna gitmesi olanaklıdır.⁽¹⁰⁵⁾ Herhangi bir dergi ya da gazete bir kişi aleyhinde bir yazı yayınlayınca, o kimsenin bu yazıya karşı vereceği yanıtın sözkonusu dergi ya da gazetenin aynı yerinde aynı puntolar ile yazılmasını istemek hakkıdır. Böylece birinci yazıyı okuyanların ikinciye de okumaları olası olduğundan zarar bir dereceye kadar karşılanmış olur.

(103). FRANKO, a.g.t., s.165; SAYMEN, a.g.t., s.240-241; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.96

(104). FRANKO, a.g.t., s.165; SAYMEN, a.g.t., s.240

(105). BAYDAR, a.g.m., s.36; FRANKO, a.g.t., s.168; SAYMEN, a.g.t., s.241
TANDOĞAN (Nesuliyet), s.345; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.120;
ZEVKLİLER, a.g.e., s.516-517.

Yine bazı yazarlara göre⁽¹⁰⁶⁾, Anayasa ile tanınmış ve Basın Yasası ile düzenlenmiş yanıt hakkı, BY. m.49 anlamında bir manevi ödence türü değildir. Basın Yasasında, özel olarak düzenlenmiş, saldırının durdurulması davasının bir biçiminden ibarettir.

Yanıt hakkının parasal ödence istemini etkileyip etkilemeyeceği konusunda görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, yanıt hakkı parasal ödence istemine engel olmaz, ancak belki bir miktar indirimini gerektirir.⁽¹⁰⁷⁾ Diğer görüşe göre, yanlış sav ve suçlamalar yapılmış olmasından dolayı, tinsel zarara uğradığını ileri süren kişi, bu sav ve suçlamaların yanlışlığını saptamış olan yanıt ya da düzeltme ile zararını ortadan kaldırmıştır. Parasal ödünceye ek olarak böyle bir yola gidilmesi sözkonusu değilse bu şekillerden başka bir de parasal ödencenin eklenmesi aynı zarar için iki ödence yoluna gitme demek olur ki, biri fazladır.⁽¹⁰⁸⁾

Kanımızca da bu durum, özel olarak düzenlenmiş bir dava çeşididir. BY. m.49'daki türlerden sayılmamak gerekir. Sayılsa bile, ayrıca parasal ödence istemine olanak verilmemelidir.

(106). DURAL, a.g.e., s.172; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.178

(107). BAYDAR, a.g.m., s.36; SAYMEN, a.g.t., s.241

(108). FRANKO, a.g.t., s.169-170

VI. TİNSEL ÖDENCENİN DEVRİ VE MİRASÇILARA GEÇMESİ

1. TİNSEL ÖDENCENİN DEVRİ

Borçlar Yasası'nda manevi ödençe isteminin devri ve mirasçılara geçmesi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. 1988 değişikliğinden önce bu konuda yalnızca MY. m.85'de düzenlenen, nişanın bozulması durumundaki manevi ödençe istemleri için hüküm bulunmaktaydı. MY. m. 85/II'ye göre : "Manevi tazminat davası mirasçıya intikal etmez; şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder."

Bu konuda öğretide görüş birliği yoktu. Bazı yazarlara göre⁽¹⁰⁹⁾, manevi ödençe istemi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle manevi ödençe isteminin devri olanaklı değildir. Zarar görene tanınmış dava hakkı onun duyduğu fiziksel ve tinsel acıları dindirmeyi amaçlar. Ödençe isteminin devri durumunda bu amaca aykırı davranılmış olur. Böyle bir durum, bu alacağı devralan kişinin, bu alacağı kanıtlamak amacıyla delil toplamaya girişmesi, topladığı delilleri ileri sürmesi, alacağı devreden kişinin kişilik haklarına yakından ilgilendirir. Bir kimsenin kişilik hakları alanına başkaları tarafından müdahalelerde bulunulması o kişinin çıkarlarına aykırı düşer. Ayrıca acı ve ızdırıp öznel niteliktedir, bunu ancak bizzat zarar gören yaşar, duyar. Bu nedenle, tinsel ödençe istemi bir yandan bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı, diğer yandanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir istem olduğundan devredilemez. Yine bu görüşe göre, MY. m.85'de nişanın bozulmasıyla

(109). EREN, a.g.e., s.378 dn.216 (Von TÜR/Peter, s.228); SAYMEN, a.g.t., s.247 vd.

ilgili hükmü, bütün tinsel ödence istemleri için genelleştirmek doğru değildir.

Başka bir görüşe göre, kabul ve ikrar edilen tinsel ödence istemleri devredilebilir. Tinsel ödence alacağının karşı yanca "kabul edilmiş" sayılabilmesi için, miktarının da belirtilmesine gereksinim vardır. Hakarette bulunan yanın, miktar belirtmeden, tinsel ödence ödemeyi kabul etmiş olması, yasanın ikrar koşulunu gerçekleştirmeye yetmemektedir.⁽¹¹⁰⁾

Son gruba göre⁽¹¹¹⁾, tinsel ödencenin kişiye sıkı suretle bağlı hak olduğu kabul edilmekle beraber, onun devri de olanaklıdır. Hak sahibi tinsel ödence hakkını devretmekle, bu hakkı öne sürme istencini açıklamış olur. MY. m.85/II kuralının kabulmuş olması da, bu alacağı öne sürme istencinin açıklanmasını sağlamak içindir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir.⁽¹¹²⁾ Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hak, zedelenen değerler olup, istenilen manevi ödence değildir. Kanımızca da son görüş daha doğrudur. Manevi ödencenin devri olanaklı olmalıdır.

(110). ATAAY (Borçlar), s.110-111; TEKİNAY (Armağan), s.60-61; TEKİNAY (Borçlar), s.923 vd.

(111). BAYDAR, a.g.m., s.36-37; DESCHENAUX/TERCIER, a.g.e., s.211; EREN, a.g.e., s.379-380; GÜRSOY, a.g.m., s.11; KARAHASAN, a.g.e., s.574 vd; SEROZAN Rona, Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.279 vd; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.501-502.

(112). BGE., 63 II 157, 79 IV 106, 81 II 390. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.502 dn.19'dan.

MY. m.24'e son düzenlemeyle, devir ve mirasçılar geçiş konusunda hükümler konulmuştur. MY. m.24.a/III'e göre ; "Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder." Burada devir konusunda kabul koşulu getirilmiştir. Tekinay, bu düzenlemenin yerinde olduğunu belirtmiştir.⁽¹¹³⁾ Aksi görüşte olan yazarlara göre⁽¹¹⁴⁾, mirasçılara geçiş açısından tanınan serbestinin devir açısından tanınmaması, kabul koşulu aranması açık bir tutarsızlıktır. Amaçsal yorum kuralıyla bu tutarsızlık düzeltilmeli, uygulanmamalıdır. Manevi ödence isteminin devrinin zarar verenin kabulüne bağlanması, bu istemin, alacak hakkı ya da kişiye bağlı hak olmasıyla ilgili olmadığı gibi bizzat ödence hakkının içeriğine de aykırıdır. Zarar görenin hakkı, zarar verenin istencine bağlanmak suretiyle eşyanın doğasına aykırı bir çelişki ortaya çıkmıştır.

2. TİNSEL ÖDENCE İSTEMİNİN MİRAS YOLUYLA GEÇMESİ

Yukarıdaki açıklamalarımızda, bu konuda değişiklikten önceki tek hükmün MY. m.85/II kuralı olduğunu belirtmiştik. Burada da devir için dava açılması ve diğer yanın manevi ödence alacağını ikrar etmesi koşulları aranmaktadır.

(113). TEKİNAY (Armağan), s.60

(114). EREN, a.g.e., s.380; SEROZAN (Armağan), s.94-95; SEROZAN (Armağan 2), s.280-281

Öğretide baskın görüşe göre⁽¹¹⁵⁾, hak sahibi tinsel ödence öne sürme istencini açıklamış; bu amaçla dava açmış ya da dava açması için bir avukata vekalet vermiş ya da bu istemini karşı yan kabul etmişse, tinsel ödence isteminin mirasçılara geçebilmesi kabul edilmektedir. Bu da nişanın bozulmasındaki tinsel ödenceyi düzenleyen, MY. m.85/II kuralının genelleştirilmesidir. Yargıtay kararına göre⁽¹¹⁶⁾, manevi ödence isteme hakkı, kural olarak zarar görene ait bir haktır. Ancak zarar gören, ölmeden önce dava açmış ya da dava açma istencini açığa vurmuşsa, manevi ödence isteme hakkı mirasçılara geçer. Mirasçılar açılmış davaya devam edebilirler ya da dava henüz açılmamışsa, bizzat dava açabilirler.

Yine bu görüş yandaşlarına göre, ölenin yaşıyor olsaydı asla açıklamayacağı, gizli kalmasını arzu edeceği bazı noktaların mahkemede, sadece para hırsıyla hareket eden mirasçılar tarafından tartışılması, onun anılarına saygısızlık olabilir. Kişiliğin ölümle sona ermesi, doğrudan doğruya ona bağlı bir hakkın miras yoluyla geçmesine engel olur.⁽¹¹⁷⁾

Bunun karşısında olan görüşe göre⁽¹¹⁸⁾, tinsel ödence işlemi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak değildir. Alacak hakkı gibi, tinsel

(115). GÜRSOY, a.g.m., s.11; KARAHASAN- a.g.e., s.576-577; SAYMEN, a.g.t. s.230 vd; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.334; TEKİNAY (Borçlar), s.923 vd TÖRE, a.g.m., s.522; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.502

(116). Yargıtay 4. HD., 12.6.1981, E.7633/K.8562 ve HGK, 3.4.1983 4-80/42; 4. HD., 17.9.1962, E.5218/K.8846; 4. HD., 7.11.1968, E.3112/K.864, KARAHASAN, a.g.e., s.577-578

(117). ATAAY (Borçlar), s.110-111; SEROZAN (Kişilik Hakları), s.110-111; TEKİNAY (Borçlar), s.924 vd.

(118). EREN, a.g.e., s.379 dn.218'de anılan yazarlar (Oftinger I., s.293; Von BUREN, s.86; KELLER/GABİ, s.117)

ödence istemi de hiç kısıtlamasız devredilebilir, ve mirasçılara geçebilir. Tinsel ödence istemi bir alacak hakkıdır. Alacaklar mirasın açılmasıyla sınırsız olarak mirasçılara geçer. MY. m.539'a göre, miras açılınca mirasçılar onun tümünü edinirler. Ancak yasada öngörülen ayrıklarda sınırsız geçiş olanaklı değildir. Tinsel ödence isteminin mirasçılara geçişi konusunda ise böyle bir ayrık yoktur. Dolayısıyla, sınırsız bir geçiş kabul edilmelidir. Bunun için de zarar görenin ölümünden önce, dava açma istencini açıklaması koşul değildir.

24.a/III'de, yeni değişikliğe göre, tinsel ödence istemi hiç bir sınırlamaya tabi olmadan miras yoluyla geçer. Bu değişiklik karşısında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Değişikliğe karşı çıkanlara göre⁽¹¹⁹⁾, bu yeni hüküm öğretide genel eğilimlere ters düşmektedir. Tinsel ödence isteminin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması miras yoluyla geçişe engeldir. Ancak kabul ya da mahkeme kararına bağlanma durumunda, bu nitelik bozulur. Genel devir alacağı ile mirasçılara geçiş konularının karşıt ilkelere bağlı tutulması yanlıştır. Yasamıza sokulan ve kişilik hakların ailişkin sistemimizi ağır biçimde bozan bu yeni hüküm bir an önce yürürlükten kaldırılmalıdır. Aynı görüş yandaşları arasında, bu hükmün MY. m.85/II ile ilgisi, birbirlerine etkisi konusunda görüş farklılıkları vardır. TEKİNAY'a göre⁽¹²⁰⁾, 24.a/III hükmü genel nitelikte bir

(119). OĞUZMAN (Armağan), s.93-94; TEKİNAY (Armağan), s.61-63; ZEVLİLER, a.g.e., s.504-505.

(120). TEKİNAY (Armağan), s.61-63.

hükümdür. MY. m.85/II, sadece nişanın bozulması durumlarına ilişkin özel bir hükümdür. Genel nitelikteki hükümlerde yapılan değişiklikler, birer ayrık (istisna) sayılmaları olanaklı özel nitelikteki hükümlere etki yapmazlar. Dolayısıyla MY. 85/II hükmü ayrıksal çözüm yöntemi olarak uygulanmaya devam etmelidir. ZEVKLİLER'e göre ise⁽¹²¹⁾, 24.a/III hükmü açık değildir. Buna açıklık getirilerek, "ileri sürülen manevi ödence istemi sonuçlarının mirasçılara geçeceği" düzenlenmelidir. Nitekim MY. m.85'deki bu kural, bütün manevi ödence davalarında geçerli olarak uygulanmalıdır. MY. m.24.a/III'deki boşluk bu yolla doldurulmalıdır.

Bizim de katıldığımız yasa değişikliğini savunanlara göre⁽¹²²⁾, yasa değişikliği yerindedir. Eleştirilecek bir çok yanı olan değişikliğin olumlu yanlarından biri de miras konusunda yapılan değişikliktir. Tinsel ödence eskisi gibi gönül alemine yönelik değildir. Malvarlıksal karaktertaşımaktadır. Keyif ve acı çıkarma parası değil, bir rehabilitasyon, sosyal yardım ve telafi parasına dönüşmektedir. Maddi ödencenin düzelticisi ve adaletli bir tamamlayıcısıdır. Manevi ödencenin sorumluluk ve sigorta hukukunda, maddi ödenceye özgü işlevler üstlenmesi, onun serbestçe devri ve miras yoluyla geçişi konusundaki kaygı ve kuşku-
kuları dağıtmaktadır. Yeni gelişmeler sonucunda, kişilik zedelenmesinden elde edilen kazanç devri, malvarlığı istemi konusu diye, mirasçılar tarafından ileri sürülememesi, ortaya adaletsiz, tutarsız bir hukuksal tablo çıkarır.

(121). ZEVKLİLER, a.g.e., s.505

(122). EREN, a.g.e., s.378-380; SEROZAN (Armağan), s.93-94; SEROZAN (Armağan 2), s.279 vd.

Kişilik haklarını koruyan durdurma v esaptama davaları, yanıt ve düzeltme hakları mirasçılar tarafından kullanılabilir. Bu gerçek karşısında, manevi ödence davası için ayrımlı bir çözüm benimsemek tutarsızdır. Mirası bırakanın rüşvet aldığı savlarının asılsız olduğu konusunda yanıt hakkı kullanabilen mirasçının, rüşvet savıyla sarsılan miras bırakanın çıkar kaybının karşılanması da isteyebilmelidir.

Yeni düzenlemenin en önemli üstünlüğü ise şuradadır; eskiden manevi ödencenin mirasçıya geçişinde raslantılara kapıları alabildiğince açık tutan çirkin bir "saatle ve takvimle yarış" çığrına son vermesindedir. Değişiklikten önce, kişiliği saldırıya uğrayan, atak davranıp, istemi karşı yana kabul ettirmiş ya da dava yoluyla ileri sürebilmiş olursa bu yarış kazanmaktaydı. Bunu yapamayanlar, olanakları ve bilgileri yoksun olanlar ise bu konuda yarışı yitirmekteydiler. Ansızın ölme olasılığına karşı elini çabuk tutanların ölümden önce davayı yetiştirme çabaları ise manevi ödenceyle ticaret yapılması kadar çirkin ve ahlaksızdır. Haklarına sahip çıkma konusunda gerekli bilince ve davayı açma konusunda gerekli parasal güce sahip olanların azınlıkta kaldığı toplumumuzda bu gerekçenin özel bir ağırlık taşıdığı söylenebilir.⁽¹²³⁾

Bu görüş tinsel ödence istemini kişilik hakkı sahibinin isteği dışında piyasaya çıkarma sakıncasını da doğurmaz. Eğer kişilik hakkı zedelenen kişi manevi ödence istemini kullanmak ve kişiliğini paranın

(123). SEROZAN (Armağan'2), s.286.

kantarına vurmak istemiyorsa, onun bu yoldaki vazgeçme isteğini açığa vurmakla, dava hakkını yalnız kendisi için değil, aynı zamanda mirasçılar için de etkisizleştirmesi olanaklıdır. Artık davanın miras yoluyla geçmesi için değil, geçmemesi için istencin açığa vurulması gerekmektedir.⁽¹²⁴⁾

Tinsel ödençeyle ticaret yapılmasına karşı savaşım, bu istemin mirasçılara geçişini engellemekle yapılamaz. Tinsel ödençe istemine çağdışı ve misillemeci keyif ve acı çıkarma işlevi yerine, alacaklısı için, maddi ödenceyi tamamlayan bir sosyal yardım ve rehabilitasyon sağlama işlevi kazandırmakla yürütülür.⁽¹²⁵⁾

Tinsel ödençe isteminin mirasçılara geçişi konusunda serbesti tanıyan görüş doğrultusunda Almanya'da da çalışmalar yapılmaktadır.⁽¹²⁶⁾

Yasa değişikliğini savunan SEROZAN'a göre⁽¹²⁷⁾, değişiklik karşısında 85/II kuralının yazgısı karanlıktır. Yüzüstü bırakılan nişanlının mirasçılarını diğer kişilik değere zedelenmeleriyle karşılaşmış olanların mirasçılarından daha elverişsiz bir hukuksal duruma sokmanın inandırıcı gerekçesi bulunmadıkça, MY. m.85/II kuralındaki sınırlamanın bir örtülü ya da gerçek olmayan yasa boşluğu oluşturduğunu ve bu boşluğun MY. m.24.a/III hükmü doğrultusunda doldurulması gerektiğini savunmak tutarlı olur.⁽¹²⁸⁾

(124). SEROZAN (Armağan 2), s.286.

(125). SEROZAN (Armağan), s.94

(126). SERAZON (Armağan 2), s.287

(127). SEROZAN (Armağan 2), s.287

(128). Öğretide ZEVKLİLER aksi görüşü savunmaktadır. ZEVKLİLER, a.g.e., s.505

VII. ÖDENCE DAVASININ YANLARI

1. DAVACILAR

A. Genel Olarak

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin, koşulların gerçekleşmesi durumunda manevi ödençe isteyebilmesi tartışmasız kabul edilmektedir. Bu konuda tartışmalı olan nokta şudur; acaba yansıma yoluyla manevi ödençe istenebilir mi? Bazı yazarlar bunu kabul etmemektedirler. Bunlara göre⁽¹²⁹⁾, manevi ödençe davası açılabilmesi için bizzat saldırıya uğrayan durumda bulunmak gerekir. Tinsel zarara uğrayanlara, BY. m.47'de adam ölmesi durumunda olduğu gibi özel olarak dava hakkı tanınmış olmadıkça, tinsel ödençe istemi hakkı tanınması, hukuka aykırılık bağı bulunmaması nedeniyle sağlam bir hukuksal temelden yoksundur.

Bizim de katıldığımız yansıma yoluyla tinsel ödençe istenebileceğini savunanlara göre⁽¹³⁰⁾, bir kimsenin beden ve ruh tamliğinin zedelenmesi sonunda, onun yakınlarından birinin de, korunan varlıkları doğrudan doğruya zarara uğramış olabilir. Örneğin, çocuğu kaza geçiren ana babanın ruhsal huzuru bozulur, ruhsal uyumu ve dengesi kökünden sarsılır, bu durum, aile bağlarına karşı bir saldırı niteliği taşır.

(129). AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.932; BECKER, a.g.e., s.306; GÜRSOY, a.g.m., s.31; OĞUZMAN (Armağan), s.38; REİSOĞLU, a.g.e., s.306; SAYMEN, a.g.t., s.134; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.503; TÖRE, a.g.m., s.532

(130). EREN, a.g.e., s.394 vd; KARAHASAN, a.g.e., s.666 vd; KILIÇOĞLU Ahmet, Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi? DHFD-Yıl 83, Sayı 3, s.288; TEKİNAY (Borçlar), s.881-882

BY. m.49 genel bir kuraldır, koşullar gerçekleştiğinde ruhsal durumu bozulanın, uğradığı saldırıdan dolayı manevi ödençe isteyebilmesi gerekir. Beden tümlüğü zedelenenin durumu yakınlarının ruhsal durumu ve sağlığını bozmuş, bir hastalık olmuş ve psikolojik bütünlüğünde bir eksilme olmuşsa, gerçekleşen bu zararı, uygun nedensellik bağı ile ihlal edilen normun koruma amacı içinde bulunması durumunda doğrudan doğruya tinsel zarar kabul edilmelidir. Örneğin, küçük çocukların ırzına geçilmesi durumunda, ana babanın ruhsal tamlığı ve sağlığı kökünden sarsılır. Olay ile ana babanın BY. m.49 uyarınca manevi ödençe isteyebilmesi gerekir. Bu konuda, durum ve koşulların özelliklerine bakılarak, BY. m.49'un uygulanabilmesine izin verilmesi, ileri bir hukuk anlayışının gereğinden sayılmalıdır. Bu çözüm, Türk toplumunun sosyal ve sağıtörel değerlerine de uygun düşer. (131)

Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararları vardır. Zorla ırzına geçilen kadının kocası ile çocuklarına; zorla ırzına geçilen kızın ana babasına; anaya karşı işlenen ırza geçmeye girişim suçunun, birlikte oturan oğlunun da kişilik haklarını zedelemesi nedeniyle oğul yararına; BY. m.49 uyarınca manevi ödençe ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ailenin, kişisel değerler arasında önemli bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile içi ilişkilerini de kapsar. (132)

(131). KARAHAŞAN, a.g.e., s.667-668

(132). Yargıtay 4. HD., 19.1.1978, E.2925/K.544; 4. HD., 16.10.1979, E.6924/K.11432; 4. HD., 30.4.1987, E.2896/K.3382; KARAHAŞAN, a.g.e., s.668

Acaba temyiz kudretine sahip olmayan (sezgin olmayan) manevi ödence isteyebilir mi? Bir görüşe göre⁽¹³³⁾, uğradıkları saldırıdan elem ve üzüntü duyamayacak biçimde temyiz kudretinden yoksun olanlar için tinsel zararlardan söz etmek ve manevi ödence davası açılabilceğini savunmak güçtür.

Başka bir görüşe göre ise⁽¹³⁴⁾, hakkaniyet gereği sezgin olmayanlar adına yasal temsilcileri, manevi ödence isteyebilmelidirler.

Son görüşe göre⁽¹³⁵⁾, sezgin olmayan kişilerin manevi ödence istemeleri için bir engel olmamalıdır. Sezgin olmayandan manevi ödence istemini esirgeyen görüş, bireyin kişiliğinin ve onurunun, nesnel ve tinsel bütünlüğünün "her yaşta v eher başta", hatta doğumdan önce ve ölümden sonra da hukuksal olarak korunması gerektiği yolundaki üstün ilkeye ağır bir darbe indirilmiş olur.

Sezgin olmayanın bedeni, onur ve gizliliği sezgininki kadar, hatta sosyal devlet ilkesi ışığında belki ondan fazla korunmaya layıktır. Hasara uğratılmış arabası için gözden düşme parası isteyebilen sezgin olmayanın, nesnel v etinsel bütünlüğünün kayba uğratılmasından, özyaşamanı serbestçe belirleme ve bireyselliğini geliştirme olanağından yoksun kılınmasından ötürü manevi ödence isteyememesi tutarsızlık olur. Bazı yazarların önerdiği gibi manevi ödencenin sezgin olmayanın yakınlarına sunulması yanlıştır. Onların bu parayı amaç dışı, savrukça

(133). FRANKO, a.g.t., s.180; OĞUZMAN (Armağan), s.40; TEKİNAY (Borçlar) s.893

(134)..BAYDAR, a.g.m., s.40; GÜRSOY, a.g.m., s.32; TANDOĞAN (Mesuliyet) s.333-334

(135). EREN, a.g.e., s.396; SEROZAN (Armağan), s.95

kullanmaları sakıncası vardır. Halbuki bu paranın sezgin olmayana dolayısıyla yasal temsilcisine verilmesi daha elverişlidir. Yasal temsilci onu sezgin olmayan yararına kullanır. Bu konuda MY. da yasal güvence vardır.⁽¹³⁶⁾ Kanımızca bu son görüş daha tutarlıdır.

B. Tüzel Kişiler Manevi (Tinsel) Ödence İsteyebilirler mi?

Bazı yazarlar⁽¹³⁷⁾, tüzel kişilerin tinsel ödence isteyemeyeceklerini savunmaktadırlar. Buna göre, tüzel kişiler acı ve ızdırıp çekmezler, dolayısıyla tinsel bir zarara uğrayamazlar. Ayrıca tüzel kişiler MY. m.46 çerçevesinde kişilik haklarından yararlanırlar. Kişilik haklarını koruyan çeşitli davaları açabilirler. Ancak tinsel ödence davası açamazlar.

Oysa öğretide bizim de katıldığımız büyük çoğunluk⁽¹³⁸⁾ tüzel kişilerin tinsel ödence davası açabileceklerini kabul etmektedir. MY. m.46 ; "hükmü şahıslar; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olan ancak insana has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler" demektedir. Bu hüküm ile, insana has haklar dışındaki haklardan doğan tinsel zararlara karşılık tüzel kişilerin de manevi

(136). SEROZAN (Armağan), s.95-96

(137). FRANKO, a.g.t., s.190-191; KILIÇOĞLU (Tüzel Kişi), s.293; KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, a.g.m., s.149-150

(138). BAYDAR, a.g.m., s.40-42; BECKER, a.g.e., s.306; EREN, a.g.e., s.396; KARAHASAN, a.g.e., s.670 vd; GÜRSOY, a.g.m., s.28; OĞUZMAN (Armağan), s.41; ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5.b., İstanbul 1982, s.67-69; SAYMEN, a.g.t., s.222 vd; SEROZAN (Armağan), s.96-97; TEKİNAY (Borçlar), s.883; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.503; REİSOĞLU, a.g.e., s.192

ödense isteyebilecekleri zımnen - örtülü olarak kabul edilmiştir. (139)

MY. m.46'ya göre, saygınlık, namus ve onur gerçek kişiler gibi, tüzel kişilerin de kişilik haklarından sayılır. Tüzel kişilerin, belli bir ölçüde, sosyal onuru da vardır. Kamuoyu, tüzel kişilerde, kendisine düşen görevi dürüst ve güvenilir bir biçimde yerine getirme yeteneği görür. Onun içindir ki, tüzel kişilerin de, sosyal onur ve mesleki saygınlığının bulunduğu kabul edilmeli ve bu değerlere yapılan saldırılara karşı tüzel kişi korunmalıdır. Ayrıca tüzel kişilerin gizlilik alanları ve buna benzer değerleri de hukuk düzenince korunmaktadır. (140)

Tüzel kişilere tinsel ödense isteyebilme hakkını tanıyan görüş, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Karara göre; "... tüzel kişiler sosyal onur ve mesleki itibarlarına yapılan saldırılara karşı korunmalıdır... Zira tüzel kişiler yaşayabilmek için şeref ve onurlarını müdafaa etmek mecburiyetindedirler... Hukuk nizamı tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı nedeniyle elem ve ızdırap duyamayacaklarından sözedilerek tüzel kişilerin manevi tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşer. Çünkü, gerek Medeni Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (m.49) yalnız gerçek kişilerin değil,

(139). SAYMEN, a.g.t., s.223

(140). ÖZSUNAY (Tüzel Kişiler), s.68-69

aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel (kişilik) haklarını korumaktadır. Yargıtay ve Federal Mahkemenin uygulaması ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan, kişisel (kişilik) haklarına saldırı halinde manevi tazminat namı altında özel bir giderim isteyebilecekleri yolundadır."⁽¹⁴¹⁾

Manevi ödüncenin dev tröstlerin ve vakıfların elinde dehşetli bir silaha dönüştürölerek yozlaştırılması sakıncasına karşı başvurulacak çare, tüm tüzel kişilerin manevi ödence istemlerine karşı önsel ve genel bir engel dikmek olmamalı, sonsal ve özel bir "sosyal filitre" geçirmek olmalıdır. Böylece güçlü tüzel kişilerden esirgenen bir ödence kendi yağıyla kavrulan küçük bir basın kuruluşundan ya da siyasal partiden esirgenmemiş olur.⁽¹⁴²⁾

2. DAVALILAR

Tinsel ödence kişiliğe hukuka aykırı saldırıdan doğan tinsel zarardan sorumlu olan kişiye ya da kişilere karşı açılabilir.⁽¹⁴³⁾

(141). 4. HD., 13.12.1979, E.10088/K.14000. Ayrıca 4. HD., 8.7.1977, E.3918/K.7947; 4. HD., 22.6.1973, E.7899/K.6928; 4. HD., 14.5.1970 E.1944/K.4053. KARAHASAN, a.g.e., s.670-672; 4. HD., 22.6.1979, E.7879/K.6928, UYGUR, a.g.e., s.708-709

(142). SEROZAN (Armağan), s.97

(143). AĞACIKOĞLU, a.g.m., s.932; BAYDAR, a.g.m., s.42-43; EREN, a.g.e., s.397; GÜRSOY, a.g.m., s.32; OĞUZMAN (Armağan), s.45-46; REİSOĞLU, a.g.e., s.211; TÖRE, a.g.m., s.534

Eğer saldırıyı yapan ölmüşse, ölenin mirasçılarına karşı da manevi ödense davası açılabilir. Mirasçılara karşı açılan manevi ödense davasının kabulü için, mirasçıların mirası reddetmemiş olmaları gerekir. (144)

Dayanışmalı sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi durumunda birden çok kişi aleyhine de manevi ödense davası açılabilir. Örneğin, bir kimsenin kişiliğine saldırı oluşturan röportajı birlikte yapan iki muhabir ile bu röportajı basan yazı işleri müdürü BY. m.50 uyarınca dayanışmalı sorumlu olurlar. (145)

Kusursuz sorumluluk durumlarında, sorumlu olan kimse aleyhine tinsel ödense davası açılır. Adam çalıştıranın, bina ve taşınmaz sahibinin, hayvan tutucusunun, ev reisinin, otomobil sahibinin sorumluluğu durumlarında bunlar aleyhine tinsel ödense davası açılabilir.

Sezgin küçük ve kısıtlılar, bizzat kendi eylemleriyle haklar ve borçlar elde etmek hakkına sahip bulundukları alanlara özgü olarak dava yeteneğine sahiptirler ve bu suretle aleyhlerine açılacak davalarda da bizzat kendileri davalı olarak mahkemede hazır bulunabilirler. (146)

Sezgin olmayan küçük ya da kısıtlılarda durum şöyledir : BY. m. 54/I'e göre, "hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mah-

(144). TÖRE, a.g.m., s.534

(145). OĞUZMAN (Armağan), s.45 dn.125 (SdT 1979 I546)

(146). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 15.4.1942, E.14/K.9; OLGAC Senai, Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul 1969, s.37.

kum eder." Bu hüküm ile sezgin olmayanların eylemlerinden hukuksal sonuç doğmayacağı kuralına ayırık getirilmiştir. MY. 15/I, sezgin olmayanların haksız eylemler nedeniyle sorumlu olmamalarını gerektirir. BY. m. 54/I hükmü MY. m.15/II'de gösterilen ayırıklardan biridir. MY. 54/I'e göre, hakkaniyet gerektiriyorsa sezgin olmayana karşı tinsel ödençe davası açılabilir. Bunlara karşı açılacak davalarda davalı, bunların yasal temsilcileridir.

Tüzel kişilere karşı da koşullar gerçekleşmişse manevi ödençe davası açılabilir. Bir haksız eylem, organlık yetkisine giren işlevlerin yerine getirilmesi sırasında, organ sıfatıyla hareket eden kişinin eyleminden ileri gelmişse, o kişi, organ sıfatıyla bu haksız eylemi işlemiş sayılır ve bundan dolayı tüzel kişi sorumlu olur. Yani davalı konumunda bizzat tüzel kişilik bulunur, organlar yasal temsilci sıfatıyla hareket ederler.⁽¹⁴⁷⁾ Yargıtay da bu görüştedir.⁽¹⁴⁸⁾

VIII. TİNSEL ÖDENCE DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME

1988 değişikliği ile yetkiye yönelik bir hüküm (daha önce yok iken), MY. m.24.â'ya konulmuştur. 24.a/IV ve V'fıkralara göre ;
"Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı veya davalının ikametgahı mahkemesinde de dava açabilir.

(147). BAYDAR, a.g.m., s.43; FRANKO, a.g.t., s.193

(148). Yargıtay HGK., 17.12.1958, E.4/69, K.59; OLGAC, TMK. Şerhi, s.64

Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekaletsiz iş-görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde de açabilir."

Bu yeni düzenleme herşeyden önce Türkçe bakımından yanlıştır. Söz konusu hükümlerde geçen "mahkemesinde de" bölümündeki "de" ekinin kaldırılması, yer almaması gerekir.⁽¹⁴⁹⁾ Yetkiye yönelik hükümlerin Yargılama Yasası'nda yer alması gerekir. MEdeni Yasa'da zorunlu olmadıkça yetki kurallarına yer verilmemelidir. İsviçre M.Y. hazırlanırken Kantonlar Yargılama Yasaları ile birbirinden farklı yetki kuralları getirilmesinden kaygı duyulan ayrıksal durumlarda federal nitelikte yetki kuralları kabul edilmiştir. Bizde böyle bir zorunluluk yoktur.⁽¹⁵⁰⁾

IV. fıkra da sözü edilen davalar 24.a/I'de belirtilen, saldırının saptanması, saldırıya son verilmesi ve saldırının önlenmesi davalarıdır.

V. fıkra da bir belirsizlik söz konusudur. Hüküm, maddi ödençe, manevi ödençe ve kazancın verilmesi davalarının birlikte açılması durumunun öngörüldüğü biçimde yorumlanabilir. Bu hükme örnek oluşturan, İsviçre M.Y. m.28.b. ve bu maddeye ilişkin ileri sürülen açıklamalar ışığında, maddi ödençe, manevi ödençe ve kazancın verilmesi davalarından bir ya da bir kaçının, IV. fıkra da öngörülen davalarla birlikte açılması

(149). OĞUZMAN (Armağan), s.31 dn.80; TEKİNAY (Armağan), s.63

(150). TEKİNAY (Armağan), s.63

olasılığının V. fıkra da öngörüldüğü anlaşılmaktadır. (151)

Yeni hükümlere göre, davacının kişiliğinin zedelenmesinden doğan tüm davaları kendi ikametgahı mahkemesinde açabilmesi sakıncalıdır. Davalıyı, belki de hiç işlemediği bir haksız eylemden dolayı davacının ikametgahına gidip kendisini orada savunmaya zorlamak Yargılama Hukuku temel ilkelerine aykırıdır. Davacının ikametgahı mahkemesi ancak ayrık-sal durumlarda yetkili sayılmalıdır. 24.â'da, asıl yetkili olması gereken "eylemin işlendiği yer" unutulmuştur. Saldırıya son verme ya da önleme davalarında en etkili ve doğru kararlar çok kez eylemin işlendiği yer mahkemesince verilebilir. (152)

MY. m.24.a, Medeni Yargılama Yasası'nı göre yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran bir yetki kuralı koymamıştır. Ek yetki kuralı getirmiştir. (153) Yine Yargılama Yasası'na göre, yetkili olan mahkemelerde, örneğin davalının ikametgahı mahkemesinde, eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açılabilir.

Maddi ödençe, manevi ödençe ve kazancın verilmesi davaları, diğer kişiliğin korunmasına yönelik davalardan ayrı olarak açıldıklarında Medeni Yargılama Yasası'nda belirtilen mahkemeler yetkili olacaktır. Bu durumda MY. m.24.a'da belirtilen mahkemeler yetkili değildir.

(151). OĞUZMAN (Armağan), s.31

(152). TEKİNAY (Armağan), s.63

(153). OĞUZMAN (Armağan), s.32; TEKİNAY (Armağan), s.63-64

IX. TİNSEL ÖDENCE DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Yasa koyucu BY. m.125'deki genel zamanaşımından ayrı olarak haksız eylemler için BY. m.60 ile zamanaşımı süreleri öngörmüştür.

BY. m.60'da düzenlenen zamanaşımı yalnız BY. m.41 ve onu izleyen maddelerden doğan ödence ve manevi ödence davaları için geçerli olmayıp, gerek Borçlar Yasası'nın öteki bölümlerinde ve gerek özel yasalarda düzenlenmiş sorumluluk durumlarında da uygulanır, ancak bunlarda zamanaşımına ilişkin özel kurallar varsa bu özel kurallar uygulanır. (154)

1. BİR YILLIK ZAMANAŞIMI

BY. 60/I'de açıklanmıştır. Birinci fıkradaki "failine" sözü, "giderim borçlusunu kişiye" diye, "mürurundan sonra istima olunmaz" sözleri "yıllanır" diye anlaşılmalıdır. (155)

BY. m.60/I'e göre, bir yıllık olağan zamanaşımı, zarar ve zarar giderim borçlusunun öğrenilmesinden başlar. (156)

Zararın varlığını öğrenmek yeterlidir, zararın kapsamı ve miktarının da öğrenilmesi gerekli değildir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. (157)

(154). BECKER, ag.e., s.362; KARAHASAN, a.g.e., s.1300; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.159

(155). ATAAY/SUNGURBEY, a.g.e., s.289

(156). Ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY İsmet, Medeni Hukuk Soruları, Cilt 1, İstanbul 1973, s.104 vd; C.4, İstanbul 1980, s.415 vd; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.356; REİSOĞLU, a.g.e., s.211 vd.

(157). 4. HD., 13.12.1987, E.7532/K.485; 4. HD., 4.12.1986, E.6073/K.818; 4. HD., 25.9.1978, E.11493/K.10367, KARAHASAN, a.g.e., s.1308 vd.

Zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların giderimi için zamanaşımı, bunları öğrendiği günden işlemeye başlar.⁽¹⁵⁸⁾

Tüzel kişiler için, bir yıllık zamanaşımı, tüzel kişi adına dava açmaya yetkili organın zararı öğrendiği günden işlemeye başlar.⁽¹⁵⁹⁾

Maddeye göre, yalnızca zararın öğrenilmesi sürenin başlamasını sağlamaz. Zararla birlikte, ödense borçlusunun da öğrenilmesi gereklidir. Zarar görenin, ödense borçlusunu tahmin etmesi yetmez. Ancak kişiyi ödense borcu altına sokan olayı bildiğinde, ödense borçlusunu biliyor sayılır.⁽¹⁶⁰⁾

Zarardan sorumlu olanla eylemi işleyen her zaman aynı kişi olması gerekmez. Örneğin, çalıştıran, çalıştırdığı kimselerin yaptıkları zarardan sorumludur. Zarar gören bir yıl sonra, zarara uğratanın, başkasının kullandığı bir adam olduğunu öğrenmesi durumunda, adam kullanana karşı dava açabilir.

Zarardan sorumlu olanlar birden çok ise, zamanaşımı bunların her biri hakkında ayrı ayrı vakitlerde işlemeye başlayabilir.⁽¹⁶¹⁾

(158). KARAHASAN, a.g.e, s.1314;

(159). BECKER, a.g.e., s.361; KARAHASAN, a.g.e., s.1313-1314; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.358

(160). BECKER, a.g.e, s.362; KARAHASAN, a.g.e., s.1315

(161). VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.159

2. ON YILLIK ZAMANAŞIMI

BY. m.60'a göre, zararlandırıcı eylem ya da olgunun sona ermesiyle başlayan on yıl içinde dava açılmaz ise, ödense hakkı zaman- aşımına uğrar, yillanır. Burada on yıllık süre, ödenseye hak doğuran eylem ya da olgu ile işlemeye başlar. Zarar, sonradan ortaya çıksa bile, gene durum aynıdır. Zararın eylem anında gerçekleşip gerçekleşmemesi, sürenin başlangıcına etkili değildir.

3. CEZA DAVASI ZAMANAŞIMI

BY. m.60/II'ye göre, zarar verici eylemin Ceza Hukukuna göre cezalandırılması gereken bir eylem olması durumunda, zarar gören, zararı ve zarardan sorumlu kişiyi öğrensin öğrenmesin, kişisel davasının ceza davasından önce zamanaşımına uğramayacağını belirtmektedir. Yani daha uzun olan ceza davası zamanaşımı uygulanacaktır. Bu hüküm, birinci fıkrafta düzenlenmiş olan zamanaşımı durumlarının her ikisine de uygulanır.⁽¹⁶²⁾ Ceza davası zamanaşımı bir yıldan çok 10 yıldan az ise I. fıkradaki 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Uygulanması gereken ceza davası zamanaşımı süresi TCY. m.102'ye göre belirlenir. Ceza davası zamanaşımı başlangıcı ise TCY. m.103 gereğince saptanır. Bu zamanaşımı tamamen hukuka ait bir kurum olduğundan zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden TCY. m.102-104-107 değil, BY. m.132-137 uygulanır.⁽¹⁶³⁾

(162). KARAHASAN, a.g.e., s.1319; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.361;
VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.160

(163). KARAHASAN, a.g.e., s.1318-1319

Ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için ceza davasının açılmış ya da mahkumiyet kararının verilmiş olması gerekli değildir. Onun eyleminin Ceza Yasası'nca yasaklanmış eylemler arasına girmesi yeterlidir. (164)

Ceza davası açılmış ve yargıç yasal ögeler gerçekleşmediğinden beraat (aklama) kararı vermişse, bu karar hukuk yargıcını bağlar. Hukuk yargıcı ceza davası zamanaşımını uygulayamaz. Mahkumiyet kararı da bu konuda hukuk yargıcını bağlar. Kanıt yetersizliğinden aklanma kararı verilmişse, bu karar hukuk yargıcını bağlamaz. Yargıç, eylemin suç olup olmadığını kendisi belirler. Eğer eylemi isleyen, cezai sorumluluğu olmaması nedeniyle aklanmışsa, ona yöneltilecek ödense davasında ceza davası zamanaşımı uygulanır. (165)

60/II hükmü, yalnız zarar verici eylemi işleyenə yöneliktir, onun için sorumlu tutulabilecek olan 3. kişiler ve eylemi işleyenin mirasçılarına yönelik değildir. Onlar hakkında BY. m.60/II hükmü uygulanmaz. (166) Yargıtay da bu görüştedir. (167) Mirasçılara karşı ceza davası zamanaşımının uygulanması gerektiği yolunda da görüş ileri sürülmüştür. Buna göre (168), kamu davası, sanığın, yani haksız eylemi işle-

(164): BECKER, a.g.e., s.359; KARAHASAN, a.g.e., s.1319-1320; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.528; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.160

(165). KARAHASAN, a.g.e., s.1320-1322; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.160

(166). BECKER, a.g.e., s.360; KARAHASAN, a.g.e., s.1322; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, a.g.e., s.160

(167). Yargıtay 4. HD., 23.6.1967, E.4436/K.5427; KARAHASAN, a.g.e., s.1322-1323

(168). BAYDAR, a.g.m., s.45; BECKER, a.g.e., s.361; KARAHASAN, s.1327; SAYMEN/ELBİR, a.g.e., s.528

yenin ölümü ile ortadan kaldırılrsa bile, onun tümel ardılları (külli halefleri) sayılan mirasçılara karşı yöneltilecek ödence davasında da, ceza davası zamanaşımı, yani BY. m.60/II uygulanmalıdır. Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararı vardır.⁽¹⁶⁹⁾

4. DEF'İ (SAVU) HAKKI

BY. m.60/III'e göre, eğer hukuka aykırı bir eylem, zarar gören tarafa karşı bir alacak doğurmuş olursa, zarar gören, kendisinin ödence istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, o alacağı ödemekten kaçınabilir.

Bu hüküm özellikle sözleşmenin kurulması sırasında haksız eylem işlenmesi durumunda uygulanır.⁽¹⁷⁰⁾ Aldatma ya da korkutmanın etkisi ile sözleşme yapan taraf, BY. m.31 uyarınca 1 yıl içinde sözleşmeyi bozduğunu karşı yana bildirmemiş olsa da, def'i yolu ile sözleşmeyi yerine getirmekten her zaman kaçınabilir. Buna karşılık, aldatmayı öğrendikten ve korku kalktıktan sonra sözleşmeye açıkça onay veren kimsenin 60/III'den yararlanarak def'i (savu) yoluyla sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınması olanaklı değildir.⁽¹⁷¹⁾

(169). Yargıtay 4. HD., 8.7.1986, E.4736/K.5453; Yargıtay 4. HD., 23.9.1986, E.5790/K.690, KARAHASAN, a.g.e., s.1329

{ (170). KARAHASAN, a.g.e., s.1346; REİSOĞLU, a.g.e., s.214-215

{ (171). REİSOĞLU, a.g.e., s.214-215

SONUÇ

Tinsel zararlar maddi (nesnel) zararlardan farklı olarak ekonomik varlığımızda değil, kişilik haklarımızda, kişilik değerlerimizde bir sarsıntı, bir dengesizlik oluşturur. İşte bu tinsel zararların karşılanması konusunda, çalışmamızın genelinde de belirttiğimiz gibi çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Önceleri tinsel ödenceyi kabul etmeyen ya da sınırlı bir kabul öngören sistemler bulunmuş olmasına karşın, günümüzde tinsel ödence bütün hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Yalnızca tinsel ödencenin hukuksal niteliği konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bugün için tinsel ödence, tinsel tatmin ve telafi parası olmaktan çıkarılmalı, ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzün isteyeceği bir sosyal yardım ya da iyileştirme parasına dönüştürülmelidir.

Değişiklik ile ağır kusur koşulunun kaldırılması yerinde olmuştur. Maddi değerlere, kişilik değerlerinden daha çok önem verilmesi gibi çelişkili bir durum ortadan kaldırılmıştır. Bunun sonucunda da tartışmasız olarak kusursuz sorumluluk durumlarında da tinsel ödence istenebilecektir.

Maddenin yeni düzenlemesinde sözü edilmemesine karşın, İsviçre'deki düzenlemeye koşul olarak ağır zararın varlığı, tinsel ödence istenmesinde koşul olarak aranmalıdır.

BY. m.49'a göre, ödencenin belirlenmesinde yargıç, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı, sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacaktır. Oysa bu hüküm demokratik anlayışa ters düşmektedir. Öznel

sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Resmi sıfatı olanlar ve ekonomik ründen güçlü olanlar yararına tinsel ödeneye hükmedilirken daha dikkatli ve çekingen davranmak gerekmektedir. Resmi sıfat ve ekonomik duruma göre verilen kararlar sonucunda öylesine olumsuz sonuçlar doğmuştur ki; basın mensupları aleyhine açtığı tinsel ödeneye davalarında elde ettiği kazançlarla milyarı geçen servet edindiğini, üst düzey bir kişi söyleyebilmiştir.

Çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, tinsel ödenenin devri ve mirasçılara geçmesi konusunda serbesti tanınmalıdır.

Tüzel kişilerin de tinsel ödeneye isteyebilmeleri olanaklıdır. Tüzel kişiler MY. m.46 çerçevesinde kişilik haklarından yararlanırlar. Bu hüküm ile insana özgü haklar dışındaki haklara saldırılardan doğan tinsel zararlara karşılık olarak tüzel kişilerin de tinsel ödeneye isteyebilecekleri örtülü olarak kabul edilmiştir. Yargıtay'ın da bu konuda, tüzel kişilerin tinsel ödeneye isteyebilecekleri yolunda çeşitli kararları vardır.

KAYNAKÇA

1. AĞACIKOĞLU Nejat : Manevi Zararın Tazmini, ABD 1984, ANKARA
2. ALPASLAN Reha T. : Manevi Tazminat Konusuna Genel Bâkış, AD., 1967/7, Yıl 58, ANKARA
3. ARSEBÜK Esat : Borçlar Hukuku, 3.b., 1950 ANKARA
4. ATAAY Aytekin : Şahıslar Hukuku - Birinci Yarım (Giriş-Hakiki Şahıslar), 3.b., 1978 İSTANBUL (ŞAHISLAR)
5. ATAAY Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi. Birinci Yarım, 4.b., 1986 İSTANBUL (BORÇLAR)
6. ATAAY Aytekin/
SUNGURBEY İsmet : Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, 3.b., 1968 İSTANBUL
7. ATALAY Özcan : Özel Yaşamın Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini, Yargıtay Dergisi 1979/5 - 1980 - 6 (-dn.larda 2)
8. BAYDAR Zeki : Manevi Tazminat Şartları ve Takdiri, AD 1980, Sayı 1 (Ocak-Şubat)
9. BAYRAKTAR Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 1972 İSTANBUL
10. BECKER H. : İsviçre Medeni Kanun Şerhi VI.Cilt, Borçlar Kanunu, 1.Kısım, Genel Hükümler, 1967 ANKARA (Çeviren, ilgili bölüm REİSOĞLU Kemal)
11. BELGESAY M. Reşit : Ceza ve Hukuk Mesuliyeti (Prensipier ve Tatbi-kat), 1953 İSTANBUL

12. DESCHENAUX Henri/

TERCIER Pierre : Sorumluluk Hukuku, 1983 ANKARA (Çev.Salim ÖZDEMİR)

13. DURAL Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3.t.,
1987 İSTANBUL

14. EREN Fikret : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Cilt II, 3.b.,
1991 İSTANBUL

15. ERTAŞ Şeref : Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının
Tesbiti, Postacıoğlu Armağanı, 1990 İSTANBUL

16. FRANKO Nisim : Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zara-
rın Tazmini, Doktora Tezi, 1973 ANKARA

17. GÜNDÜZ Adil : Manevi Tazminatta Kusurun Rolü, ABD 1972

18. GÜRSOY Kemal Tahir : Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD 1973

19. İÇEL Kayıhan : Kitle Haberleşme Hukuku, 3.b., 1990 İSTANBUL

20. KANETİ Selim : Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka
Uygunluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler.
II.Sempozyum, 1981 İSTANBUL (Çatışan Değerler)

21. KANETİ Selim : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Gö-
revi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler.
I.Sempozyumu, 1980 İSTANBUL (Kusur)

22. KARAHASAN M. Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I-II, 1989
İSTANBUL, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1981

23. KARAYALÇIN Yaşar : Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması,
AHFD, C.XIX, 1962, Sayı 1-4

24. KILIÇOĞLU Ahmet : Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?
DHFD, Yıl 83, Sayı 1 (Tüzel Kişi)

25. KILIÇOĞLU Ahmet : Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur
Konusunda Yapılan Değişiklikler, Haluk Tandoğan'-
ın Hatırasına Armağan, 1990 ANKARA (ARMAĞAN)
26. KILIÇOĞLU Ahmet : Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD, 1984,
Sayı 1 (NİTELİK)
27. KILIÇOĞLU Ahmet : Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel
Hukuktaki Yeri, Yargıtay dergisi 1987/13 (BASIN
ÖZGÜRLÜĞÜ)
28. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU
Necip : Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Dava-
sına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Huku-
kunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu. İ.Ü.Mukaye-
seli Hukuk Enstitüsü, 1980 İSTANBUL
29. MUMCU Uğur : Kişilik Hakları, Cumhuriyet, 25.5.1989.
30. OLGAÇ Senai : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, 4.b.,
1976 İSTANBUL
31. OĞUZMAN Kemal : İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar
Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı
Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası
Bakımından Yapılan Değişiklikler, Haluk Tandoğan
ın Hatırasına Armağan, 1990 ANKARA (ARMAĞAN)
32. OĞUZMAN Kemal : Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, 4.b., İSTANBUL
(BORÇLAR)
33. OĞUZMAN Kemal/
SELİÇİ Özer : Kişiler Hukuku Dersleri, 4.b., 1988 İSTANBUL

34. ÖZSUNAY Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4.b., 1979
İSTANBUL (GERÇEK KİŞİLER)
35. ÖZSUNAY Ergun : Medeni Hukukta Tüzel Kişiler, 5.b., 1982 İSTAN-
BUL (TÜZEL KİŞİLER)
36. REİSOĞLU Safa : Borçlar Hukuku, 7.b., 1988 İSTANBUL
37. SAYMEN Ferit Hakkı : Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi,
1939 İSTANBUL
38. SAYMEN Ferit Hakkı/
ELBİR Halîd Kemal : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1958 İSTANBUL
39. SEROZAN Rona : Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım,
Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990 ANKARA
(ARMAĞAN)
40. SEROZAN Rona : Kişilik Haklarının Korunmasıyla İlgili Bazı Dü-
şünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk
Araştırma Dergisi, 14. sayıdan ayrı bası, 1978
İSTANBUL (KİŞİLİK HAKLARI)
41. SEROZAN Rona : Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali,
Postacıoğlu'Armağanı, 1990 İSTANBUL (ARMAĞAN 2)
42. SUNGURBEY İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C.1, 1973 ve C.4, 1980
İSTANBUL
43. TANDOĞAN Haluk : Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasını
İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere
Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFD, Cilt XX, 1961
Sayı 1-4, (ŞAHSİYETİN KORUNMASI)
44. TANDOĞAN Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 ANKARA (MESULİYET)

45. TANDOĞAN Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1981 ANKARA (KUSUR)
46. TEKİNAY Selahattin
Sulhi : Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990 ANKARA (ARMAĞAN)
47. TEKİNAY S.S./AKMAN
S./BURCUOĞLU H./
ALTOP A. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İki Cilt Birarada 6.b., 1988 İSTANBUL (TEKİNAY - Borçlar)
48. TÖRE Hayrullah
Fütuhi : Manevi Tazminat Davaları, AD., 1970-8
49. TUNÇOMAĞ Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C.1, Genel Hükümler, 1976 İSTANBUL
50. ULUSAN İlhan : Türk Medeni Kanunu Öntasarısında Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi - Türk Medeni Kanunu Öntasarısının İncelenip Değerlendirilmesi, VIII.Sempozyum, 1988 İSTANBUL
51. UYGUR ^{TURGUT} ~~Kenan~~ : Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C.1, 1990 ANKARA
52. VELİDEDEOĞLU Hıfzı
Veldet : MİT Raporu ve Kişilik Hakları, Cumhuriyet, 21.5.1989 (MİT RAPORU)
53. VELİDEDEOĞLU H.V. : Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu I.-II.Cilt., 4.b., 1988 İSTANBUL

54. VELİDEDEOĞLU H.V. : Türk Medeni Hukuku, C.1, 6.b., 1960 İSTANBUL
(T.Medeni H.)
55. VELİDEDEOĞLU H.V./
ÖZDEMİR Refet : T.Borçlar Kanunu Şerhi, 1987 ANKARA, Yargıtay
Yayınları, No: 19
56. VELİDEDEOĞLU H.V. : Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebül'ula Mar-
din'e Armağan'dan ayrı bası, 1943 İSTANBUL
57. Von TUHR Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.1-2 (Çeviren
Cevat EDEGE), 1983 ANKARA, Yargıtay Yayınları,
No: 15
58. YURTCAN Erdener : Yayın Yasağı Anayasa'ya Aykırı, Cumhuriyet,
25.5.1989
59. YÜCE Turhan Tufan : Yargıtay Ticaret Dairesinin Manevi Tazminata
İlişkin Bir Kararı Üzerine Tahlil ve Tenkitler,
AD., Yıl 57, Kasım 1966, sayı 11
60. ZEVLİLİLER Aydın : Medeni Hukuk - Giriş ve Başlangıç Hükümleri -
Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, 2.b., 1989 ANKARA