

KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRILAR BAKIMINDAN MEDENİ VE BORÇLAR KANUNUMUZDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU (*)

1) KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI ARACI OLARAK BASILMIŞ ESER

A) KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI ARAÇLARI

Kişilik haklarına yönelik saldırılarda kullanılan araçlar çok değişik olabilir. Bu saldırı aracı bedensel bütünlüğe yönelik fiili bir saldırı (yaralama, öldürme, tokatlama vs. gibi) olabileceği gibi, sözlü ya da yazılı olabilir.

Basın yoluyla kişilik haklarına yönelik saldırılar, saldırı aracı olarak yazının kullanıldığı saldırılardan biridir.

Araç olarak yazının kullanıldığı saldırılar mektup, bir madde üzerine yazılan yazı (duvara, ağaca, kapıya vs. gibi) ya da basın yoluyla olabilir. O halde basın yoluyla kişilik haklarına yönelik saldırılar, saldırı aracı olarak yazının kullanıldığı saldırı türlerinden-
dir. Buradaki yazı kavramına resim ve karikatürler gibi her türlü çizgi ve şekiller girer.

B) BASIN KAVRAMI

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırılarda kullanılan basın kavramını açıklayabilmek için burada önce genel olarak basın kavramı ile neyin ifade edildiğini açıklamak gerekecektir.

Basın günlük dilde yazılı ya da sözlü olarak kamuoyuna açıklamalarda bulunma faaliyetini ifade eder. Bu anlamda olmak üzere basın sözlü ve yazılı basın şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Radyo-Televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayım faaliyetleri sözlü basın, basılmış eserler aracılığıyla yapılan yayım faaliyetleri ise yazılı basın şeklinde adlandırılmaktadır.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Yazılı basında düşüncelerin açıklanması aracı olarak bir basılmış eser kullanılır. Basılmış eser sürekli ve düzenli aralıklarla çıkartılıyorsa süreli yayımdan, söz edilir. Basın Kanunu bunu mevkute şeklinde adlandırmaktadır (md. 16/I, 17). Buna karşın basılmış eser süreli ve düzenli aralıklarla çıkartılmıyorsa süresiz yayımdan söz edilmektedir. Süreli yayına örnek olarak gazete, dergi gibi belirli ve düzenli aralıklarla çıkartılan basılmış eserler gösterilebilir. Süresiz yayınlara örnek olarak da kitap, broşür, el ilanı, bülten gibi düzenli olmayan aralarla çıkartılan basılmış eserler gösterilebilir. Basın Kanunu bu tür basılmış eserleri de mevkute olmayan şeklinde adlandırmaktadır (Md. 16/I, 17).

Basının yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarda olduğu gibi basılmış eseri ifade eden bu anlamı dışında basın faaliyetlerini ifade etmek üzere kullanıldığını da görmekteyiz. Basın özgürlüğü, basının sorumluluğu, basın ahlâkı gibi ifadelerde basın bu alandaki faaliyetleri ifade etmektedir.

Bizim inceleme konumuzu yazılı basın oluşturmaktadır. Burada sözlü basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlüne girmeyeceğiz. Ancak yazılı basınla ilgili yaptığımız birçok açıklamalar sözlü basınla kişilik haklarının ihlali de geçerlidir. İncelememiz basın yoluyla kişilik haklarının ihlali olup burada «basın» sözcüğünü «basılmış eserler» karşılığında kullanmaktayız.

C) BASILMIŞ ESER

Kişilik haklarının basın yoluyla ihlâli bir basılmış eserin varlığını gerekli kıldığından burada saldırı aracı olarak kullanılan «basılmış eser» üzerinde durmak gerekir.

Düşüncelerin açıklanma aracı söz ya da yazı olabilir. Basın düşüncelerin yazıyla açıklanma araçlarından biridir. Burada kullanılan araç basılmış eserdir.

Basılmış eserin ne olduğu Basın Kanunu'nun 2. maddesinden hareketle belirlenebilir.

Basın Kanunu'nun 2. maddesine göre «Bu kanun hükümlerine göre basılmış eserlerden maksat neşredilmek üzere tabî âletleriyle basılan veya her türlü vasıtalarla çoğaltılan yazılar ve resimler gibi eserlerdir».

O halde bir eserin basılmış eser sayılabilmesi için şu üç unsura ihtiyac vardır :

a) Yazı ve resim gibi eserlerin bulunması :

Yazı ve resim düşüncelerin başkalarına açıklanması araçlarıdır. Düşüncelerin başkalarına açıklanmasında araç olarak en çok yazı kullanılmaktadır. Bu konuda kullanılan dilin önemi yoktur. Bundan başka kullanılan harflerin ve rakamların herkes tarafından anlaşılabilir olması da şart değildir. Sadece belli kişiler tarafından çözülebilen şifreler veya üstü kapalı ifadeler de yazı dili olarak kullanılabilir.

Kişilik haklarının ihlali resim şeklindeki basılmış eserler yoluyla da olabilir. Buraya karikatürler de girer.

Basın Kanunu basılmış eserde düşüncenin açıklanması aracı olarak sadece yazı ve resimi öngörmüş değildir. Maddede kullanılan «gibi» sözcüğü buna benzer şekil ve araçların da basılmış eser sayılabileceğini ortaya koymaktadır. Yazı ve resim gibi çoğaltılabilen ses bantları, filmler, plaklar da Basın Kanunu anlamında basılmış eser sayılmaktadır (1).

b) Basma ve çoğaltma :

Bir eserin basılmış eser sayılabilmesi ve dolayısıyla kişilik haklarına yapılan saldırının basın yoluyla yapılmış bir saldırı sayılabilmesi için yazı ve resim gibi işaret ve biçimlerin «Tabı âletleriyle basılan veya sair her türlü vasıtalarla çoğaltılan» bir eser olması gerekir.

Basın Kanunu'nun «tabı âletleriyle» ifade etmek istediği husus yazı, resim ve benzeri şekillerin basılıp çoğaltılmasında kullanılan matbaa âletleridir. Sair her türlü vasıtalar ise matbaa âletleri dışında kalan teksir makinaları, daktilo, sinema filmlerinin kopyalarını çoğaltan âletler, plâk basan makinalar, ses bantlarını çoğaltan sistemler gibi basma ve çoğaltma işinde kullanılan araçlardır (2). Kanunun «her türlü vasıtalar» ifadesi sadece teknik ve elektronik araçları belirtmemektedir. Buraya mekanik veya kimyasal her türlü çoğaltma yöntemleri girebilir. Bu anlamda olmak üzere karbon kâğıdı kullanmak suretiyle el ile çoğaltılan yazı ve resimler de basılmış eser sayılırlar.

Basma ve çoğaltma işinde kullanılan maddenin cinsi önemli değildir. Kâğıt, kumaş, deri, cam, tahta, taş vs. olabilir.

(1) Özek, Basın Hukuku, sh. 738.

(2) Löffler, Presserecht II, sh. 138; Özek, Basın Hukuku, sh. 736-737.

Kanunda basılmış eserden söz edebilmek için basma ve çoğaltmanın sayısından söz edilmemiştir. Ancak aşağıda ele alacağımız «yayımlama amacı»ndan hareketle basılmış eserden söz edebilmek için az çok belirsiz sayıda ve belirsiz kişilere ulaştırılmak üzere basma ve çoğaltma gerçekleştirilmelidir.

c) Yayımlama amacı :

Burada basılmış eserin varlığı için aranan bir subjektif unsur söz konusudur. Basma ve çoğaltma yayımlama amacıyla olmalıdır. Böyle bir amaç olmaksızın basılan veya çoğaltılan eser Basın Kanunu anlamında bir basılmış eser sayılamaz. Bu nedenle hatıra olarak çoğaltılıp saklanan ya da belli bir aile çevresinde dağıtılan yazı ve resimler, bir davada taraflara tebliğ edilmek üzere teksir edilen dava dilekçeleri, resmi organlara verilen dilekçeler (3), bir kooperatifin üyelerine gönderilmek üzere daktilo ile çoğaltılmış olan sınırlı sayıdaki yazılar (4) davetiyeler, telgraflar, TC. Merkez Bankası tarafından bankalara duyurulmak amacıyla poliçe ve bonolara ilişkin ödememe protestolarının yayımlandığı bültenler (5) basılmış eser sayılamazlar. Bunlarla kişilik haklarına yönelik saldırılar basın yoluyla yapılan saldırılar değildir.

D) YAYIM

Bir basın açıklamasından söz edebilmek için basılmış eserin yayımlanması (neşredilmesi) gerekir. Yayım, basılmış bir eserin kamuoyuna sunulmasıdır.

Ortada bir basılmış eser bulunmasına rağmen yayımlanmadığı sürece basın açıklamasından söz edilemez. Bu durumda basın yoluyla kişilik haklarına bir saldırı değil, saldırı tehlikesi vardır. Bu ayrım özellikle basın suçunun oluşması bakımından önem taşır. Basın Kanunu md. 3. f. 3'e göre «fiilin ayrıca suç teşkil etmesi hali müstesna olmak üzere, basın suçu neşir ile vücut bulur».

Ortada henüz bir yayım yok, fakat yayım hazırlıkları mevcut ise bu yolla kişilik haklarında saldırı tehlikesi ile karşı karşıya bulunan kişi önleme davası (Unterlassungsklage) açabilir.

(3) 4CD. 22.9.1954, E. 4584, K. 8668 İçt. Kül. 1954, c. I-II, no: 884, sh. 537.

(4) Yarg. CGK. 7.12.1981, E. 1981/2-256, K. 1981/419 YKD 1982, s. 3, c. 8, sh. 408.

(5) Bu bültenler Merkez Bankası Kanunu'nun 44. maddesinin 4. fıkrasına göre Türkiye Bankalar Birliği'nin 17.12.1961 tarih ve 70 sayılı tebliğine göre bölge itibariyle belirli bankalara tebliğ edilmek üzere Merkez Bankası tarafından çıkarılmaktadır.

Bir basılmış eserin yayımlanmış olmasından söz edebilmek için bu eserin belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere ulaştırılması gerekir. O halde kişide basılmış eserin belirsiz ve sınırlı olmayan sayıda kişilere ulaştırılması amacı varsa yayım gerçekleşmiş olur.

Basılmış eserin yayımlanma şekli önemli değildir. Basın Kanunu bu konuda değişik yayımlama şekilleri öngörmüştür. Bunlar dağıtma, herkesin girebileceği ve görebileceği yerde gösterilme, asılma, dinletilme şeklinde öngörülmüştür (Basın Kanunu md. 3 f. 2).

II) KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRILARIN ÖZELLİKLERİ

Kişilik haklarına basın yoluyla yapılan saldırılar, diğer saldırılardan farklı bazı özellikler gösterir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz :

A) Kalıcılık Niteliği :

Kişilik haklarını ihlâl eden basılmış eser kalıcı niteliğe sahiptir. Sözlü ya da fiilî saldırılarda elde kişilik haklarını ihlâl eden bir belge mevcut değildir. Buna karşılık basılmış eserle kişilik haklarına saldırıda üçüncü kişilerin elinde gazete, dergi, bülten, bildiri vs. şeklinde basılmış eser mevcuttur. Bunun sonucu olarak üçüncü kişilerin ellerindeki basılmış eseri tekrar tekrar okuma, gözden geçirme ve dolayısıyla kişilik haklarına saldırının kalıcı niteliği vardır.

B) Yaygınlık Niteliği :

Diğer kitle iletişim araçlarında (radyo, televizyon gibi) olduğu gibi basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde de saldırının geniş kitlelere yayılabilme özelliği vardır. Bir kimseye birkaç kişi karşısında sözlü hakaretin başkalarına yayılabilmesi ile basın yoluyla hakaretin başkalarına yayılabilmesi farklıdır. Basın yoluyla saldırılar çok geniş kitlelere yayılır. Bugün gazete ve dergiler çok geniş tirajlara sahip olup, bunlarla kişilik haklarının ihlâli de çok geniş kitlelere yayılabilmektedir.

Basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinin yaygınlık niteliği sadece basılmış eserlerin geniş kitlelere yayılması özelliğinden doğmaz. Bunun yanında basılmış eserlerin elden ele dolaştırılabilme ve dolayısıyla kişilik haklarına yönelik saldırının basılmış eser

yoluyla daha fazla yaygınlaştırılabilme niteliği vardır. Bu nedenle kişilik haklarına basın yoluyla saldırılar diğer saldırılara nazaran daha ağır olup, bu yüzden doğan zarar da daha ağırdır.

C) Sadece kulağa değil göze de hitabedilme niteliği :

Basın yoluyla yapılan açıklamalar resimli veya benzer çizgi- lere dayalı olabilir. Bu yüzden bu tür açıklamalar sadece kulağa değil aynı zamanda göze de hitabedilme niteliğine sahiptirler.

Bütün bu nitelikler kişilik haklarına basın yoluyla yapılan saldırıların diğer saldırı yollarına nazaran daha ağır ve dolayısı- la meydana gelen zararın da ağır olmasına yol açarlar.

III) KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRILAR- DA HUKUKA AYKIRILIK

A) Hukuka Aykırılık :

Kişilik haklarına basın yoluyla saldırının sorumluluğa yol aç- bilmesi için hukuka aykırı olması gerekir.

Kişilik haklarının korunmasıyla ilgili genel bir hüküm olan MK. md. 24, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce şu şekilde idi :

«Şahsî menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkim- den tecavüzün men'ini talep edebilir.

Maddi veya mânevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ davası ancak kanunun tayin ettiği halde, ikâme olunur».

Değişiklikten sonra madde şu şekli almıştır :

«Hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hâkimden, tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayan- mayan her tecavüz hukuka aykırıdır».

Yapılan bu değişiklik İsviçre Medenî Kanunu'nda aynı madde ile ilgili olarak 1983 yılındaki değişiklikten alınmıştır. İMK.nun bu maddeyi karşılayan değiştirilen hükmü şu şekildedir :

«Kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişi, saldırıda bulunan herkese karşı korunması için yargıca başvurabilir.

Saldırıya uğrayanın rızasına, üstün nitelikte özel ya da kamu yararında ya da kanundan dolayı haklı olmayan bir saldırı hukuka aykırıdır».

MK.nun 24. maddesine 3444 sayılı Kanun'la eklenen 24 a maddesi ise «dava hakları» kenar başlığı altında kişilik haklarına yönelik saldırılar karşısında saldırıya uğrayan kişinin açabileceği davaları düzenlemiştir.

Görüldüğü gibi değişiklikten sonra 24. madde kişilik haklarına saldırı halinde hak sahibinin yargı yoluyla korunmasına ve bu saldırının hukuka aykırılık unsuruna ilişkin genel kurala tahsis edilmiş, eskiden sadece tecavüzün men'i, maddi ve manevi tazminata öngören bu maddenin görevini diğer dava haklarıyla birlikte yeni 24 a maddesi üstlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası kişilik haklarına yönelik saldırılarda hukuka aykırılığın kural olduğunu öngörmüş, bu kuralın istisnaları olan hukuka uygunluk sebeplerini saymıştır. Bir başka ifadeyle madde hukuka uygunluk sebeplerini saymak suretiyle, bunlar dışında kalan hallerin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

Maddede üç hukuka uygunluk sebebi öngörülmüştür. Bunlar:

1) Rıza, 2) Üstün nitelikte bir özel yarar, 3) Üstün nitelikte bir kamu yararı, 4) Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır.

Bunları aşağıda hukuka uygunluk başlığı altında yakından ele almak istiyoruz.

B) HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde MK. md. 24a'da öngörülen «üstün nitelikte bir özel yarar» hukuka uygunluk sebebinin doğması oldukça güçtür. Bu hukuka uygunluk sebebi kişilik haklarına diğer saldırı hallerinde meşru müdafaa, zaruret hali gibi hallerde ortaya çıkabilir.

Bu nedenle biz burada diğer üç hukuka uygunluk sebebi üzerinde durmak istiyoruz :

1) Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması:

MK. md. 24'de «Kanunun verdiği bir yetkiye dayanan hukuka uygunluk sebebi İMK.'ndaki açıklamada «Kanundan dolayı hukuka uygulamak şekli» şıkkıdır.

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırıda kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması şeklinde hukuka uygunluk haline bazı hal-lerde rastlamak mümkündür. Tebligat yerine geçmek üzere gazete ile yapılan ilanlar, bir iflas kararının, bir konkordato kararının ilanı, kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin talebi üzerine verilen mahkeme kararının ilanı, gibi kanunen ilanı öngörülen hususlarda yapılan basın açıklamalarında hukuka aykırılık yoktur. Bu durumda ilanı yapan kişi kanundan doğan bir yetkiyi kullandığından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

2) Rıza :

MK. md. 24/a Türk-İsviçre Hukuklarında ilk kez rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak yasada yer verildiği bir madde-dir. Bundan önce yasada rızaya bir hukuka uygunluk sebebi ola-rak yer verilmemişti. Ancak genel hukuk kurallarından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu çıkartılmaktaydı.

MK. md. 24/a'da sözü edilen rıza ile BK. md. 44'de öngörülen «zarara uğrayan kişinin rızası» birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bi-rinci halde fiili hukuka uygun hale getiren rıza söz konusu oldu-ğu halde, ikinci halde fiil hukuka aykırı olup, zarar görenin ver-miş olduğu rıza nedeniyle sadece tazminattan tenkis yoluna ya da tazminata hiç hükmetmemeye yol açan bir rıza hali vardır.

Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir ba-sın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabil-mesi için verilen rızanın MK. md. 23 sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlâka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlâka aykırı olarak verilen rıza MK. md. 23'e aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uy-gun hale getiremez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırla-rının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan ko-nuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır, ancak böyle bir rıza nedeniyle yargıç BK. md. 44 hükmünden yararlanarak tazminat miktarını tenkis edebilir, ya da tazminata hiç hükmetmeyebilir. Tazminat davaları dışındaki diğer davalar ise (durdurma, önleme, tesbit gibi) rızadan etkilenmez, her zaman için açılabilir.

O halde şeref ve haysiyet gibi kendisinden vazgeçilemeyen varlıklara yönelik saldırılara ilişkin rıza hukuka aykırıdır. Özel yaşama yönelik açıklamalara ilişkin rıza ise MK. md. 23 kapsamı

içinde hukuka ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla belli sınırlar içerisinde geçerli olabilirler.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için basın açıklamasından önce verilmelidir. Açıklamadan sonra verilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmez, belki hukuka aykırılık nedeniyle dava haklarından vazgeçme olarak yorumlanabilir.

Nihayet rızanın geçerli olabilmesi için kanımca rıza veren kişi tam ehliyetli kişi olmalıdır. Kişilik hakları «şahsa bağlı olup» şahsen kullanılması mümkün haklar olmasına rağmen, bunlara saldırıya gösterilen rızanın verilmesi tam ehliyetli olmayı gerektirir ve sınırlı ehliyetsiz kişiler için bu rıza yasal temsilcinin rızasına bağlıdır.

Burada son olarak şunu belirtelim : Rızanın hukuka uygun olabilmesi için yapılan açıklama birden fazla kişinin kişilik haklarıyla ilgiliyse ilgililerin hepsinin rızası aranmalıdır. Örneğin: Hatıralarını yayımlayan kişi, bu hatıralarında başkalarının kişilik haklarını ihlâl eden kısımlar varsa, bu kişilerin de rızası alınmalıdır. Aksi halde açıklama rızaları alınmayan, kişilik hakları ihlâl edilen kişiler için hukuka aykırı olacaktır (6). Örneğin: Hatırasında bir tarihte X isimli bir erkekle aynı geceyi paylaştığını açıklayan bayan Y'nin bu açıklamasının hukuka uygunluğu sadece kendisi açısından olup, rızası alınmayan X için açıklama hukuka aykırıdır.

3) ÜSTÜN NİTELİKTE KAMU YARARI

a) **Kavram:** Görüldüğü gibi yasakoyucu her kamu yararını değil üstün nitelikte kamu yararını bir hukuka uygunluk sebebi saymıştır. Bunun sonucu olarak kamu yararının bulunduğu her basın açıklaması hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır. Bunun için bu basın açıklamasının üstün nitelikte bir kamu yararına yönelik olması zorunludur.

b) Yararların Tartılması İlkesi ve Üstün Nitelik Unsurları:

Yasakoyucunun bu konuda yaptığı değişiklik basın yoluyla yapılan açıklamalarla kişilik haklarının ihlâliyle ilgilidir. Bir başka ifadeyle bu nitelikteki bir hukuka uygunluk sebebi kişilik haklarına basın yoluyla yapılan saldırılar için gündeme gelebilir.

(6) Riemer, sh. 227.

Bu tür saldırılarda yasakoyucunun getirmiş olduğu ölçü Türk Hukukunda yararların tartılması ilkesinin bir yasa hükmü haline getirilmesinden başka bir anlam ifade etmez.

Hukuka aykırı fiillerde karşılıklı iki yararın çatıştığı bunlardan korunmaya layık olanın yararların tartılması suretiyle belirleneceğini kabul eden görüş GENEL BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK YARARLARIN TARTILMASI İLKESİNİ KABUL ETMEKTEDİR.

Aynı ilke kişilik haklarına yönelik saldırılarda da kabul edilmiş 3444 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucu MK. 24/a maddesine geçmiştir. Buna göre kişilik haklarına yönelik bir saldırının hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için saldırıya ilişkin yararın, kişinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin yarara nazaran üstün tartılması gerekir. Saldırıya ilişkin yarar kişiliğin korunmasına ilişkin yarara nazaran üstün ise saldırı hukuka aykırı değil hukuka uygun addedilecek, bir başka ifadeyle KİŞİLİK HAKLARINA YÖNELİK SALDIRI HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİNDEN YARARLANACAKTIR.

Aynı ilkenin MK. md. 24/a'da «Üstün nitelikte kamu yararının» tayininde uygulanması ile kişilik haklarına basın yoluyla yönelik saldırının hukuka uygun olup olmadığı tayin edilecektir. Kamu yararının kişilik haklarına saldırıda bulunan basın açıklamasını hukuka uygun hale getirebilmesi için kişilik haklarına nazaran üstün nitelik arzetmesi gerekir.

c) Kişilik haklarına basın yoluyla saldırılarda çatışan yararlar:

Kişilik haklarına yönelik saldırı basın yoluyla olmuşsa ortada çatışan iki yarar yer almaktadır. Bunlardan birisi basının açıklamada bulunmasına ilişkin yarar, diğeri ise saldırıya uğrayan kişinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin yararadır. Basın açıklamasında «üstün nitelikte bir kamu yararı» varsa basın açıklamasına ilişkin yarar karşısında kişilik hakkının korunmasına ilişkin yarar geri çekilecek, kişilik haklarını ihlâl eden basın açıklaması hukuka uygun olarak değerlendirilecektir.

Bir basın açıklamasının «üstün nitelikte kamu yararına» yönelik olması onun özel hukuk alanında «basın özgürlüğünden yararlanması» ile eş anlamlıdır. Zira bir basın açıklamasının basın özgürlüğünden yararlanması üstün nitelikte bir kamu yararına yönelik olmasını gerektirir. Bu anlamda olmak üzere MK. md. 24/a'daki

«üstün nitelikte kamu yararı» basın yoluyla kişilik haklarına saldırıda özel hukuk alanında «basın özgürlüğü»nü ifade eder.

d) KAMU YARARININ ÜSTÜN NİTELİKTE SAYILMASININ KOŞULLARI

Kişilik haklarına basın yoluyla saldırının «üstün nitelikte kamu yararı» hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için ortada bir kamu yararının bulunması yeterli olmayıp bunun kişilik haklarının korunmasına nazaran daha «üstün nitelikte» olması gerekir.

Buna göre böyle bir hukuka uygunluk sebebinin doğabilmesi için herşeyden önce ortada basın açıklamasına ilişkin bir «kamu yararı» bulunmalı, ayrıca açıklama için başvuru araçları kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli nitelikte bulunmalıdır. Yararların tartılması ilkesinden hareketle bu unsurları «uygun amaç», «uygun araç» ve «aracın amaca uygunluğu» şeklinde özetlemek mümkündür. Basın yoluyla yapılan açıklamada «uygun amaç» kamu yararını, uygun araç, açıklamanın bu amaç için elverişli ve bu amacın sınırları içerisinde olmasını ifade eder. Burada önce kamu yararı amacı üzerinde, daha sonra uygun araçla, aracın amaca uygunluğu unsuru üzerinde duracağız.

aa) KAMU YARARI (UYGUN AMAÇ)

Kamu sözcüğü birlikte kullanıldığı sözcüğe göre değişik anlamları ifade eder. Bu nedenle kişilik haklarına yönelik saldırıda basın açıklamasının hukuka uygun sayılabilmesi için en zor konu bu açıklamanın kamu yararına yönelik olup olmadığının tayini.

Bir basın açıklamasının kişilik haklarını ihlâl etmesine rağmen kamu yararına hizmet ettiğinden söz edebilmek için basının görev alanına giren sınırlar içerisinde kalması gerekir. Öğretide ve mahkeme kararlarında basının bir kamu görevi ifa ettiği kabul edilmektedir. O halde basın kamu görevinin sınırları içerisinde kaldığı takdirde açıklamada kamu yararı vardır. Kamu görevi özel ve ferdi olmayan, geniş bir topluluğu ifade etmek üzere ifa edilen görevi ifade eder. O halde yapılan açıklama subjektif, kişisel amaçlara değil, yani belli kişi ya da kişi topluluklarını değil geniş bir kitleyi ilgilendirmelidir.

aaa) Kamu görevi: Basın açıklamasının kamu yararına hizmet edip etmediğini tayinde basının kamu görevi üzerinde dur-

mak gerekir. Zira açıklama, basın görev sınırları içerisinde ise kamu yararına yönelik sayılacak, açıklama uygun bir amaca yönelik olacaktır.

Basın bir kamu görevi icra ettiği için kendisine Anayasa'da md. 28/f. 1'de ifadesini bulan bir özgürlük (basın özgürlüğü) tanınmıştır. Ancak Anayasa'nın 28/f. 1 hükmü basın özgürlüğü ilkesini koyduktan sonra bu özgürlüğü sınırlanmasında 26 ve 27. maddelerdeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında basın özgürlüğünün kullanılmasının sınırlarından biri olarak başkalarının «şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının... korunması» gelmektedir. Bu hükümden kişilerin şeref ve haysiyet ve haklarının korunmasının basın özgürlüğü için önemli bir sınır oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle kişilik haklarını koruyan MK. md. 24 ve BK. md. 49 basın özgürlüğü için önemli bir sınır oluşturmaktadır. Ancak kişilik haklarının basın özgürlüğü için bir sınır olması mutlak ve sınırsız değildir. Yani bununla basın özgürlüğünün kişilik haklarında son bulduğu sonucuna varılamaz. MK. md. 24/a'da öngörüldüğü gibi basın açıklaması «üstün nitelikte bir kamu yararı»na yönelikse yine açıklama basın özgürlüğünden yararlanacak, kişilik hakkı basın açıklamasına ilişkin yarar karşısında geri çekilecektir.

Basın yoluyla yapılan açıklama ne zaman kamu görevine hizmet etmekte ve dolayısıyla basın özgürlüğü sınırları içerisinde kalmaktadır? Bunun belli kurallarını koymak güçtür. Ancak burada basının göreviyle ilgili olarak genel bazı ilkeler konulabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi (7) oldukça eski tarihli bir kararında basının görevini şu şekilde özetlemektedir «Okuyucuya herkesi ilgilendiren belirli olaylar hakkında bilgi vermek; onu siyasi ekonomik, bilimsel, edebi ve sanat olayları hakkında bilgi sahibi yapmak, genel çıkarlara ilişkin sorunlarda görüş alışverişinde bulunmaya teşvik etmek, kamuyu ilgilendiren herhangi bir sorun hakkında pratik çözüm yolları göstermek, devlet idaresi ve özellikle kamu paralarının kullanılması hakkında hesap sormak ve suistimalleri ortaya koymak vs».

Bizde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bu konuda benzer yönde bir karar vermiştir (8).

(7) BGE 37 I 377.

(8) 26.12.1977 1976/9260, 1976/12506 (yayımlanmamıştır).

Bu karara göre «Basının görevi, toplumu, daha doğru bir deyimle genel yararları ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, halkı objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlarda kamu oyunu düşünmeye sevk edecek tarzda tartışmalar açmak, onu toplumsal ve siyasal oluşumlar üzerinde doğru ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak, yöneticileri eleştirmek ve uyarmak ve bireyleri, içinde yaşadığı toplumun ve tüm insanlığın sorunları bakımından bilinçlendirmektir. O halde basın, halka ulaştırılmasında kamu yararı bulunan haberleri zamanında ve gereken ayrıntıları ile ve doğru olarak toplayıp topluma ulaştırdığı, böylece kamuoyunun serbestçe oluşumunu sağladığı (Anayasa 26) ve önemli olarak da kamu gücünü elinde tutanlar üzerinde toplumun denetimine aracı olduğu sürece bir kamu görevi niteliğindeki fonksiyonunu eksiksiz yerine getirmiş olacaktır» (9).

Bu kararlardan anlaşılacağı gibi basının görevine hangi açıklamaların girdiğini önceden saptamak olanaksızdır. Toplum ve genel çıkarları ilgilendiren bütün açıklamalar kişilik haklarını ihlal etse bile diğer koşulların da mevcudiyeti halinde hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır. Bu açıklamalar yasama, yürütme, yargı gibi devlet faaliyetleriyle ilgili olabilir, sosyal, kültürel, spor, ekonomik gibi faaliyet ve alanlarla ilgili olabilir. Her somut olayda kişilik haklarını ihlal eden bir açıklamanın bu alanlarda kamu yararına yönelik bir açıklama olup olmadığı araştırılacaktır.

bbb) KİŞİNİN TOPLUMDAKİ YERİNİN ETKİSİ

Bir basın açıklamasının kişilik haklarını ihlal etmesine rağmen kamu yararı hukuka uygunluk sebebinden yararlanmasında birçok hallerde saldırıya uğrayan kişinin toplumdaki yeri önem taşır. Bir başka ifadeyle kişinin toplumdaki yeri, yapılan açıklamanın kamu yararına yönelik olduğunu kabul etmemize sebep olabilir.

Kişilerin toplumdaki yerinin basın açıklamasının kamu yararı hukuka uygunluk sebebinden yararlanmasında etkili olduğu, toplumsal yaşamda kamuoyunun dikkatini çeken görevler üstlen-

(9) Bu karar daha sonraki birçok Yargıtay kararlarında benimsenmiş ve benzer ifadelerle tekrar edilmiştir: Örneğin: 4HD. 14.3.1980, E. 1979/12715, K. 980/3333 ABD. 1980, sh. 267; 4HD. 21.3.1980, E. 1980/1302, K. 1980/3719 YKD. 1981, c. 7, s. 5, sh. 562.

miş ya da faaliyetlerde bulunanlara ilişkin açıklamalarda kamu yararı bulunduğu Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edilmektedir.

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda günün meşhur kişilerinin resimlerinin rızaları olmaksızın yayımlanabileceği açık hükme bağlanmıştır (KUG §23). Bizde FSEK.nuzda buna paralel bir hüküm vardır. Bu kanuna göre ülkenin sosyal ve siyasal yaşamında rol oynayan kişilerin resimlerinin yayımında rızalarının alınması gerekmez.

FSEK.nun resimlerin yayımında kabul etmiş olduğu bu ilke basın yoluyla yapılan bütün açıklamalar için kişilerin toplumdaki yerinin önemini ortaya koymaktadır.

Toplumsal yaşamda kamu oyunun dikkatini çeken kişiler üstlendikleri görevleri nedeniyle haklarında basın açıklaması yapılmasında kamusal yarar bulunan kişilerdir. Burada yapılan açıklamanın hukuka uygun olarak değerlendirilmesinde ölçü, açıklamanın kişinin üstlendiği görevle doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olmasıdır. Bir üst düzey politikacının başkasıyla evlilik dışı ilişkisi onun özel yaşam alanına girer. Fakat bu ilişki kişinin görevi nedeniyle ya da görevinin sonucu olarak kurulmuşsa, kişiye üstlendiği görevin önemi dolayısıyla güvenin sarsılmasına yol açmışsa, kamu oyunun bu olayı bilmesinde o kişinin bu göreve layık olup olmadığını bilmesinde özellikle seçim dönemlerinde kişiyle ilgili seçimin yapılması açılarından kamu yararı vardır.

Kişinin kamuoyunun dikkatini çeken bir kişi olması bazen üstlendiği görevi nedeniyle devamlı değil, geçici olarak onun bir davranışından kaynaklanabilir. Bu durumda kamuoyunun dikkatini geçici olarak çeken kişilerden söz edilir. Bu durum suç işleme, tutuklama haberlerinde söz konusu olabilir. Kamuoyu toplumda ne gibi suçların çoğaldığını, bunların işleniş yöntemleri ve bu suçları işlemek suretiyle toplumsal huzursuzluğa neden olan kişileri bilmek ve tanımakta yarar sahibidir.

-
- (10) Alman Hukuku için bkz.: Neumann-Duesberg, sh. 115; Klingsporn, sh. 6; Schwab, sh. 111; Coing, sh. 25; Rehbinden, Aufgabe, sh. 93; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, sh. 299; Jahns, sh. 40; İsviçre Hukuku için bkz.: Schumacher, 137-138; 141-142; Riklin, sh. 167; Landwehr, 66 vd.; Rauch, sh. 47 vd.; Feldmann, Grundlagen, sh. 43; Jäggi, Fall Seelig, sh. 355; Hotz, sh. 82 vd.; Riemer, sh. 228.

bb) UYGUN ARAÇ :

Basın açıklamasının kamu yararına yönelik olması hukuken uygun olması için yeterli değildir. Kamu yararının bulunması lıkına dilediği gibi açıklamalarda bulunma yetkisini vermez. Bunun için yapılan açıklamanın bu amaca uygun bir araç olması gerekir. Bir başka ifadeyle basın açıklaması kamu yararına hizmet etmesi bunun sınırları içerisinde kalmalıdır.

aaa) GERÇEKLİK İLKESİ

Bir basın açıklamasının hukuka uygun olarak değerlendirilmesi bilmesi için gerçeğe uygun olması gerekir. Gerçek dışı basın açıklamaları hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Bu husus gerek öğretide gerek mahkeme kararlarında tartışmasız olarak kabul edilmektedir. O halde gerçek dışı açıklamalar kamu yararına hizmet edemezler. Bir güvenlik görevlisinin daha önceden sıkı bıkalı bir hırsız olduğunun açıklanmasında kamu yararı vardır fakat bu iddia gerçek ise yapılan açıklama kamu yararı amacının hizmet eden uygun bir araçtır.

Acaba bir açıklamanın gerçeğe uygunluğu konusunda basın düşen araştırma ve özen yükümlülüğünün derecesi ne olmalıdır?

Basın açıklamalarında en önemli sorun budur. Basın, olayların açıklanmasında süratle ihtiyaç gösteren bir sektördür. Olayları anında kamuoyuna açıklamak basın için bir ihtiyaçtır. Güncelliğini yitirmiş olay açıklamalarına kamuoyu ilgi göstermez. O halde bir yandan basının kamuoyunu süratle aydınlatma görevi öte yandan kişilerin gerçek dışı haberlerle kişilikleriyle oynamam zorunluluğu vardır. Bu karşılıklı yararların tartışılmasında basırdan ne denli bir özen beklenmelidir. Basından bir güvenlik görevlisi, devletin bir savcısı gibi olayların gerçekliğini araştırma yükümlülüğü beklenmesi, onun çalışamaz hale gelmesi sonucunu doğurur. Ancak basının bu niteliği ve çalışma özelliği kişilik haklarına yönelik saldırılar için bir mazeret sebebi olmamalıdır. Basın kişilik haklarını ihlal eden bir basın açıklamasının gerçeğe uygunluğunu araştırmada kendisine düşen dikkat ve özeni göstermekle

-
- (11) Ludwig, Pressrecht, 102, 201; Flückiger, 8; Löffler, Sorgfaltspflicht 944 i Gamm, sh. 48, Nr. 66; Özek, Basın Hukuku, sh. 269; 4HD. 29.4.1975, E 1974/3526, K. 5591; 30.5.1974, 2113, 2839 (Yayımlanmamıştır) (Bu so. karara ısrar kararı HGK. 2.2.1977, 975/4, 1039 K. 1977/93 sayılı kararl. bozulmuştur.

yükümlüdür. Basının gerçek dışı bir açıklamayı başka kaynaktan alması onu sorumluluktan kurtaramaz. Örneğin: Bir gazete bir haberi bir başka gazete, dergiden ya da başkasının konuşmasından nakletmesi onu sorumluluktan kurtaramaz. ANCAK basının bir açıklamayı devletin güvenilir kaynaklarından birinden alması halinde kendisinden gerçeği araştırma konusunda daha fazla bir araştırma yapması beklenemez (11). Zira basının, devletin güvenilir kaynaklarından daha güvenli bir araştırma yapabilmesi ola-nağı olamaz. DEVLETİN GÜVENİLİR kaynakları arasında güvenlik kuvvetleri, yargı organlarının (örneğin: Savcılığın açıklamaları) resmî haber ajanslarının, TRT'nin açıklamaları sayılabilir.

Bir haberin devletin güvenilir organlarından alınmış olması kural olarak yapılan açıklamanın sonradan gerçek dışı olması halinde basını sorumlu hale getirmez. Ancak haberin devletin güvenilir kaynaklarından verilmesine rağmen, gerçeğe uygunluğu konusunda kuşku varsa, basın açıklamada bulunurken kesin ve inandırıcı ifadeler kullanma yerine haberin aksinin de mümkün olabileceğine ilişkin ifadeler kullanmayı tercih etmelidir. Bu durum özellikle güvenlik kuvvetleri tarafından yapılan açıklamalara dayanan basın açıklamalarında söz konusu olabilir. Zira birçok hallerde güvenlik kuvvetleri tarafından yapılan araştırma basit incelemeye dayanabilir. Çoğu kez güvenlik kuvvetleri tarafından bir suçun sanığı olarak gözaltına alınan kişinin sonradan suçsuz olduğu anlaşılarak serbest bırakıldığı görülmektedir. Delillerin kaybolmaması amacına yönelik güvenlik kuvvetleri tarafından yapılan araştırmalar ve açıklamalar basın açıklamaları için zorunlu değildir.

bbb) AÇIKLAMANIN ŞEKİL BAKIMINDAN UYGUNLUĞU

Kişilik haklarını ihlâl eden basın açıklaması kamuoyuna sunuluş biçimi itibariyle kamu yararı amacına hizmet etmelidir. Açıklamanın şeklinden kasıt kullanılan ifadeler, açıklamanın yer aldığı sayfa ve kapsamı, kullanılan puntolar, açıklamanın renkli ve resimli yapılıp yapılmamasıdır.

Öneminin üzerinde abartılarak büyük puntolarla, birinci sayfada hem de resimli olarak verilen bir haberde kamu yararı amacı değil, sürüm, sansasyon yaratma kişisel kin, hasmını küçük düşürme gibi subjektif amaçlar vardır. Bu gibi hallerde açıklamada kamu yararı bulunsa bile, okuyucuya sunuluş biçimi ve şekli itibariyle kamu yararı amacı aşılmıştır. Bu durumda açıklama hukuka aykırı olup, sorumluluğa yol açar.

O halde yapılan açıklama kamu yararı amacının gerçekleşmesi için uygun araç olmalı, amaçla araç arasında mantıksal bir uyum ve bağlılık bulunmalıdır.

IV) KİŞİLİK HAKLARINA BASIN YOLUYLA SALDIRILAR- DAN DOĞAN HUKUKSAL KORUMA

Kişilik haklarına basın yoluyla saldırılardan dolayı saldırıya uğrayan kişinin açabileceği davalardan bir kısmı, davalının kusurunu şart koşmadığı halde, bir kısmı bu şartı gerektirmektedir. Bu nedenle açılacak davaları iki grupta toplamak gerekir :

A) KUSURU GEREKTİRMEYEN DAVALAR: Bunlar tesbit, önleme, durdurma, mahkeme kararının yayımlanması ve vekâletsiz iş görmeye dayanan davalardır :

B) KUSURU GEREKTİREN DAVALAR: Bunlar maddi ve manevi tazminat davalarıdır.

Şimdi sırasıyla bu davaları ele alalım :

A) KUSURU GEREKTİRMEYEN DAVALAR

1) TESBİT DAVASI :

3444 sayılı Yasa ile MK. md. 24/a hükmüyle tesbit davası yasa-
sada yer almadan önce de kişilik haklarına saldırı halinde, saldırı-
ya uğrayan kişinin tesbit davası açma hakkına sahip olduğu ka-
bul edilmekteydi.

MK. tesbit davasını «sona ermesine rağmen etkisi devam eden
tecavüzün hukuka aykırılığının tesbiti» şeklinde ifade etmiştir.
Yasakoyucu bu hükümle tesbit davalarında genel kural olan ta-
lepte bulunan kişinin bunda bir menfaati bulunması ilkesinden et-
kilenmiştir. Sona ermiş ve etkisini kaybetmiş olan bir tesbit da-
vasının açılmasında saldırıya uğrayan kişinin menfaati yoktur.
Aksine böyle bir davanın açılması kamuoyu tarafından unutulmuş,
küllenmiş olayı alevlendirmesi bakımından saldırıya uğrayanın
zararınadır.

O halde tesbit davası açabilmek için kişilik haklarını ihlal
eden basın açıklaması son bulmasına rağmen güncelliğini kaybet-
memiş, yani etkisini devam ettirmekte olması gerekir. Saldırı he-
nüz devam etmekte ise saldırıya uğrayan kişinin tesbit davası aç-
masında hukuksal bir menfaati yoktur. Zira devam etmekte olan

bir saldırı için koşulları varsa önleme ve durdurma davası açma olanağı bulunduğundan, tesbitte bir menfaat yoktur.

Tesbit davası özellikle manevi tazminat davasının koşullarının bulunmadığı (davalının açıklamada kusurunun bulunmaması gibi) ya da saldırıya uğrayanın manevi tazminat olarak bir miktar meblağın kendisine ödenmesini isteme niyet ve arzusunda bulunmaması hallerinde **büyük bir ihtiyacı** karşılamaktadır.

MK.mız tesbit davasında davacının «gerekiyorsa kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini talep etme» yetkisini de kabul etmiştir. Kararın üçüncü kişilere bildirilmesi basın yoluyla kişilik haklarının ihlâlinde pek uygulama alanı bulmaz. Burada tesbitle birlikte kararın yayımlanması söz konusu olabilir. Bunu aşağıda ele alacağız.

2) ÖNLEME DAVASI

Bu davada 3444 sayılı Kanun'la değişiklikten önce kanunda mevcut olmamasına rağmen öğreti ve mahkeme kararlarında kabul edilmekteydi. 3444 sayılı Kanun'la MK.nda açıkça hüküm altına alındı.

MK. md. 24/a f. 1 hükmüne göre kişilik hakkı «hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kişi**tecavüz tehlikesinin önlenmesini**» talep edebilir.

Önleme davası adından da anlaşılacağı üzere kişilik haklarına henüz bir saldırının olmadığı, **fakat saldırı tehlikesinin bulunduğu hallerde** saldırıyı kaynağında kurutma amacına yönelik bir davadır. Bununla kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıyan basın açıklaması yapılmadan önlenmektedir. Basın açıklaması yapılmış yani saldırı doğup son bulmuş olmasına rağmen, açıklamanın tekrarı tehlikesi varsa yine önleme davasının açılabilceği kabul edilmektedir.

Önleme davasının açılabilmesi için yakın bir basın açıklaması tehlikesi ve bu açıklamanın açıkça hukuka aykırı olması gerekir. Ortada bu koşullar mevcut olmadığı halde açıklamanın önlenmesi mümkün değildir. Aksi halde Anayasal güvence altında bulunan basın özgürlüğü haklı bir sebep olmaksızın ihlâl edilmiş olur.

MK.na 3444 sayılı Yasa ile bu Yasanın görüşülmesi sırasında tasarıya konulan bir hükümle kişilik haklarının ihlâli halinde ih-

tiyatî tedbir yoluyla basın açıklamasının durdurulmasına ilişkin getirilmek istenen hüküm kamuoyu ve basından gelen yoğun tepkiler karşısında yasalaştırılmamıştır. Bu gelişme yasakoyucunun basın özgürlüğünü ihtiyatî tedbir yoluyla sınırlandırmamak istememe iradesini ortaya koymuştur. Bunun sonucu olarak önleme davasında ihtiyatî tedbir yoluyla yayının önlenmesinin talep edilememesi nedeniyle önleme davasının pratik bir önemi kalmamaktadır. Zira önleme davasının esastan görülüp karara bağlanması çoğu kez oldukça uzun zaman alacak, bu arada basın açıklaması gerçekleştiğinden önleme davası konusuz kalacaktır.

3) DURDURMA DAVASI

Tesbit ve önleme davalarından farklı olarak durdurma davası 3444 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikten önce de MK.muzda öngörülmüştür. MK.nun 24. maddesinin eski metni bunu, kişilik haklarında «haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir» şeklinde ifade etmişti.

MK. 24/a maddesi durdurma davasını «tecavüze son verilmesini» talep etme şeklinde kaleme almıştır.

Önleme davasından farklı olarak durdurma davasında, kişilik haklarına basın yoluyla yönelik saldırı doğmuş ve devam etmektedir. Saldırı henüz doğmamış, ya da doğmuş ve sona ermişse durdurma davası açılmayacaktır. Zira birinci halde önleme davası, ikinci halde saldırı sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik maddi veya manevi tazminat davalarının açılması düşünülebilir.

O halde durdurma davası doğmuş ve devam etmekte olan saldırılara karşı açılabilen bir davadır. Örneğin: Birden fazla nüshalar halinde yapılacak basın açıklamasıyla kişilik hakları ihlal edilen kişi yayının durdurulması için bu davayı açabilir.

İhtiyatî tedbirin önleme davasında istenemeyeceğine ilişkin yaptığımız açıklamalar durdurma davası için de söz konusudur. Bu nedenle açılacak olan bir durdurma davası esastan karara bağlandığı sırada saldırı devam etmekte ise müteakip saldırılar durdurulmuş olacaktır.

Yayının durdurulması sadece kişilik haklarını ihlâl eden açıklamanın durdurulmasını kapsar. Bundan başka hukuk yargıcının kişilik haklarını ihlal etse bile bir basılmış eser hakkında toplatma kararı vermesi mümkün değildir. Aksine bir yorum Anayasa'

nın basın özgürlüğüyle ilgili 28. maddesine ve bu özgürlüğün belli koşullar altında bir sınırı olan toplatma kararını öngören maddenin 7. fıkrasına aykırı olur.

4) VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME HÜKÜMLERİNE GÖRE KAZANCIN İADESİNİ TALEP HAKKI :

İsviçre'de Medenî Kanun'un 28/a maddesi 16 Aralık 1983 tarihinde kabul edilmeden önce öğretide kusuru gerektirmeyen alacakla ilgili iki tür davanın varlığı kabul edilmekteydi. Bunlar sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan anlamda vekâletsiz iş görmeye ilişkin davalar idi (12).

16 Aralık 1983'de MK.nun 28/a maddesinin üçüncü fıkrasında kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin, «vekâletsiz iş görme hükümlerine göre elde edilen kazancın iadesini» talep hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

Bizde 3444 sayılı Kanun'la Medenî Kanun'a konulan buna benzer hükümden önce başka yasalarda benzer hükümlere yer verilmiştir.

TTK. md. 58 e bendinde haksız rekabetle ilgili olarak haksız rekabete uğrayan kişiye, rekabette bulunan kişiye karşı «temin edilen kârın» iadesine ilişkin bir dava hakkı tanınmıştır.

Buna benzer bir hüküm FSEK.nun 70. maddesinin 3. bendinde yer almaktadır. Bu hükme göre de fikrî haklarında saldırıya uğrayan kişi sorumlu kişiden bu nedenle elde ettiği «kârın kendisine verilmesini» talep hakkına sahiptir.

MK. md. 24/a maddesinin getirdiği yeni hükme göre kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişi «Maddi ve manevi tazminat davaları ile birlikte BU TECAVÜZDEN ELDE EDİLEN KAZANÇLARI VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME HÜKÜMLERİ UYARINCA TALEP ETME HAKKI»na sahiptir.

İsviçre yasakoyucusunun 1983 yılında yaptığı değişiklikle, bu değişikliği aynen benimseyen Türk yasakoyucusunun 1988 yılında yaptığı değişiklikte amaç kişilik haklarının daha etkin bir şekilde korunmasını temin etmektir. Gerçekten kişilik haklarına öyle bazı saldırılar olur ki maddi tazminat davasının ya koşulları gerçekleşmemiştir, ya da koşulları gerçekleşmesine rağmen sadece mad-

(12) Schumacher, sh. 211, 213; Riklin, sh. 418; Hotz, sh. 32; Hubmann, Persönlichkeitsrecht sh. 361-362; Serozan, sh. 98.

di tazminat davası ihtiyacı karşılamamakta, bu davaya rağmen davalı bu saldırı nedeniyle kazançlı çıkmaktadır. Maddi tazminata hükmedebilmek için kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin maddi bir zararının doğması zorunludur. Bu zararın varlığı kanıtlanamazsa tazminata hükmedilemeyecektir. Örneğin: Kişinin kendi rızası ile dahi (sözleşme yaparak) basın yoluyla açıklanması mümkün olmayan aile mahremiyetine giren özel yaşamına ilişkin bir açıklama yapılmış; kişiye sövme ya da hakaret niteliği taşıyan açıklamalar yapılmış bu yolla oldukça sansasyonel bir haber yaratılmak suretiyle sürümü çok olan bir gazete, dergi ya da kitap yayımlanmıştır. Bu durumda saldırıya uğrayan kişi manevi tazminat talep edebilir, fakat maddi tazminat talep edemez. Zira bunun açıklanması suretiyle maddi bir zararı doğmamıştır. Burada kişinin, bir sözleşme yapsaydı davalıdan bir bu yayın için telif alacağından hareketle bir maddi zarar hesabının yapılması ya da FSEK.nun 68. maddesinin öngördüğü farazi sözleşme ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Zira şeref ve haysiyete saldırıya sözleşme ile rıza gösterilmesi mümkün değildir ki kişinin bu konuda bir telif sözleşmesi yaparak ücret talebi söz konusu olabilir.

Bazı hallerde kişi maddi tazminat talep edebilir fakat hükmedilecek tazminata rağmen davalı böyle hukuk dışı bir yayın nedeniyle yine de kazançlıdır. Örneğin: Kişinin hatıraları rızası dışında yayımlanmıştır. Bu durumda davalı ile bir sözleşme yapsaydı talep edebileceği ücret kendisinin maddi zararını oluşturur. Halbuki bir sözleşme yapsaydı alabileceği telif ücretinin çok üzerinde davalının kazancı mevcuttur.

İşte bütün bu örneklerde görüldüğü gibi yasakoyucu maddi tazminatın tek başına kişilik haklarına yönelik saldırılarda saldırıya uğrayanın maddi zararını karşılamaya ve onu korumaya elverişli değildir. Bu elverişsizlik nedeniyle yasakoyucu davalının bu saldırı nedeniyle elde ettiği kazancın davacıya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini de bir dava türü olarak kabul etmiştir.

Vekâletsiz iş görme hükümlerine istinaden, davalının elde ettiği kazancın iadesini talep edebilmek için davalının kusurlu olması aranmayacaktır. Kusur olmasa dahi bu davanın açılmasına imkân tanınmıştır.

MK. 24/a maddesi vekâletsiz iş görme hükümlerine sadece, kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin, saldırıda bulunandan

bu saldırı nedeniyle elde ettiği kazancın kendisine iadesi konusunda yollama yapmıştır. Bu nedenle BK. md. 410 vd. hükümleri sadece davacının davalıdan kazancı iadesinde uygulama alanı bulacaktır. Burada söz konusu olan vekâletsiz iş görme gerçek olmayan anlamda vekâletsiz iş görmedir. Bunun sonucu olarak burada BK. md. 414 hükmü uygulama alanı bulacak, kazancı iadesini isteyen davacı, davalının bu nedenle yaptığı masrafları ona tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iade davasında maddi ve manevi tazminat davalarından farklı olarak sözleşmelere ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanması düşünülebilir. Zira vekâletsiz iş görme BK. md. 410 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup, BK. md. 125 gereğince aksine bir hüküm bulunmadığı için on yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olabilir. Ancak öğretide gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine tâbi tazminat istemlerinin nitelikleri gereği haksız fiillere ilişkin zamanaşımı sürelerine tâbi olduğu kabul edilmektedir (13).

B) KUSURU GEREKTİREN DAVALAR

Burada iki dava söz konusudur. Bunlar maddi ve manevi tazminat dâvalarıdır.

3444 sayılı Yasa ile kişilik haklarına yönelik saldırılarda maddi tazminat konusunda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle bu konudaki eski hükümler ve uygulama aynen devam etmektedir. Bu konuda yapılan tek değişiklik eskiden MK. md. 24 sayılmayan ve «maddi ve manevi tazminat namı ile muayyen bir meblağ dâvası ancak kanunun tâyin ettiği halde ikâme olunur» diyen hükümle maddi tazminat konusunda BK. md. 41 vd. hükümlerine yollama yerine yeni 24/a maddesinde «maddi tazminat» davasının da kişilik haklarını koruyan davalar arasında bizzat bu madde tarafından sayılmış olması fakat koşullarının eskiden olduğu gibi BK. md. 41 vd. hükümlerine tâbi tutulması olmuştur.

Manevi tazminat konusunda ise 3444 sayılı Kanunla iki önemli değişiklik yapılmıştır. Basın yoluyla kişilik haklarına saldırılar bakımından da önemli olan bu iki değişiklikten birincisi BK. md. 49'da yer manevi tazminat için «kusurun özel ağırlığı» koşulunun kaldırılarak bu dava için de maddi tazminat davası gibi ister ağır ister hafif olsun herhangi bir kusurun varlığının yeterli olması;

(13) Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, sh. 213-214.

ikincisi ise MK. 24/a maddesi ile manevi tazminatın herhangi bir kayıt ve şarta tâbi tutulmaksızın kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin ölümü üzerine «mirasçılara intikal edebilmesi»dir.

Önemi dolayısıyla burada bu iki değişiklik üzerinde durmak istiyoruz :

1) AĞIR KUSUR KOŞULUNUN KALDIRILMASI

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 16.12.1984 tarihinde 49. maddede yapılan değişiklik eskiye dönüştür. Zira İBK.nun eski 55. maddesinde de kusurun ve saldırının ağırlığı şartları aranmamaktaydı. Böyle bir hükmün manevi tazminat talebinin uygulama alanını geniş tutacağı endişeleri basın çevrelerini harekete geçirmiş ve bu çevrelerin baskısı sonucu yapılan değişiklikte BK.nun 49. maddesine manevi tazminat için «kusurun ve saldırının ağırlığı» şartları eklendi.

Uzun yıllar süren bu uygulamadan sonra İsviçre Yasakoyucusu 1984 yılında yeniden eski 55. maddedeki şekle dönmek zorunda kaldı. Maddeden manevi tazminat için kusurun ağırlığı koşulu çıkartıldı.

Bizde de 3444 sayılı Kanun'la İsviçre'deki değişikliğe paralel olarak 49. maddeden kusurun ağırlığı koşulu çıkartılmıştır.

Bu değişikliğin iki önemli pratik sonucu doğmuştur :

a) Kişilik haklarına yönelik saldırılar nedeniyle manevi tazminata hükmetmek için artık kusurun ağır ya da hafif olduğu tartışması yapılamayacak, hafif kusurlu bir hareket dahi manevi tazminata hükmetmek için yeterli olacaktır. Maddenin eski şeklinin olduğu dönemde davalı daima kusurunun ağır olmadığı savunması ile sorumluluktan kurtulma yollarını aramaktaydı. Değişiklikten sonra artık bu tür savunmalar nedeniyle manevi tazminata hükmetmek için herhangi bir engel yoktur. Bu yolla manevi tazminat açısından ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmesini öngören BK. md. 47 ile ölüm dışındaki hallerde kişilik haklarına yönelik saldırılar nedeniyle hükmedilecek BK. md. 49'daki manevi tazminatın koşulları arasında bir fark kalmamıştır.

b) BK.muzun eski şeklinin yürürlükte olduğu dönemlerde kişilik haklarında saldırıya uğrayan ve bu yüzden manevi tazminat talep eden davacının bu olaya neden olan bir «haksız tahrik» şeklindeki eylemi yani ortak kusuru varsa bunun manevi tazminata hükmetmeye engel olup olmayacağı tartışması artık son bul-

muştur. Bu tartışmanın yapıldığı dönemde davacının, davalıyı saldırıya yöneltten haksız tahrikinin davalının kusurunu ağır olmaktan çıkardığı dolayısıyla bu durumda manevi tazminata hükmetmenin mümkün olmadığı yönünde görüş ve kararlar mevcut idi (14). Değişiklik sonucu artık bu tartışmalar ve görüşler önemi kaybetmiş olup, davacının haksız tahrik şeklinde bir kusurlu davranışı ancak hükmedilecek manevi tazminat miktarı bakımından BK. md. 44 gereğince gözönünde tutulabilecektir.

2) MANEVİ TAZMİNATIN MİRASÇILARA İNTİKALİ SORUNU

3444 sayılı Kanun'la Medenî Kanunumuzda yapılan ve oldukça önemli olmasına rağmen, fazla dikkat çekmeyen bir değişiklik de manevi tazminatın mirasçılara intikal edebileceğine ilişkin değişiklik olmuştur.

Medenî Kanunumuza eklenen yeni 24 a maddesinin konumuzla ilgili 3. fıkrası aynen şöyledir: «Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder».

Bu fıkra da iki önemli konu düzenlenmektedir.

Birincisi manevi tazminat alacağının bir başkasına temlik edilebilmesiyle ilgilidir. Maddeye göre böyle bir alacağın bir başkasına temlik edilebilmesi için, tazminatın, borçlusu tarafından kabul edilmesi gerekir. Borçlu manevi tazminatla ilgili borcunu kabul etmediği sürece, tazminat alacaklısı bunu bir başkasına temlik ve devir edemeyecektir.

Maddenin getirdiği asıl önemli ve bu incelemenin konusunu oluşturan değişiklik ise manevi tazminatın mirasçılara intikaliyle ilgilidir. İncelememizi, 3444 sayılı Yasayla değişiklikten önceki ve bu değişiklikten sonraki hukuksal duruma göre yapmak istiyoruz :

a) 3444 Sayılı Yasadan Önceki Hukuksal Durum :

Medenî Kanunumuzun eski 24. maddesi manevi tazminatın mirasçılara intikal edip etmeyeceğiyle ilgili herhangi bir hüküm içermemekteydi. Bu konuda kişilik haklarına saldırı halinde manevi tazminatla ilgili genel bir hüküm olan BK. m. 49'da da bir hüküm

(14) Bu konudaki tartışma ve geniş açıklamalar için bkz.: Kılıçoğlu, age., sh. 249 vd.

yer almamıştır. Buna karşılık bu konuda MK.muzun 85. maddesinin II. fıkrasında bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre «Manevi tazminat davası, mirasçıya intikal etmez; şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dâva ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder».

MK.muza göre miras ölüm ile açılır (MK. md. 517). Bu duruma göre nişanın bozulması halinde manevi tazminat hakkına sahip olan kişi ölmüş ise kural olarak bu alacak mirasçılara intikal edemeyecektir. Ancak hak sahibi ölmeden önce bu yöndeki iddiası karşı tarafça kabul edilmiş ya da bu konuda dava açmış ise tazminat alacağı mirasçılarına intikal edebilecektir.

Manevi tazminatın mirasçılara intikal edip etmeyeceği konusunda MK. md. 24'de bir hükmün bulunmaması karşısında bu intikal ile ilgili olarak değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Öğretide bazı yazarlar (15) MK. md. 85 hükmünden hareketle bu hükmün diğer manevi tazminat hallerini de kapsadığı, bu maddenin öngördüğü haller dışında manevi tazminatın miras yoluyla intikal edemeyeceğini kabul etmektedirler.

Bir başka görüşe göre ise (16) manevi tazminat alacağının mirasçılara intikal edemeyeceğine ilişkin MK. 85/II hükmü sadece nişanın bozulmasıyla sınırlı olup, bunun dışında kalan hallerde manevi tazminat alacağı hiçbir sınırlama olmaksızın mirasçılara intikal edebilir; zira kanunda bunun aksini gerektiren açık bir hüküm yoktur.

-
- (15) Von Tuhr/Peter.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band I, Zürich 1974, sh. 127-128.
İmre, Zahit: Türk Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1978, sh. 516; Ataay, Aytekin.: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978, sh. 155; Zevkliler, Aydın.: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, Ankara 1981, sh. 360; Feyzioğlu, N. Feyzi.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. 1, İstanbul 1976, sh. 5955-596. Bk. md. 47'de ölenin yakınlarının manevi tazminat talepleriyle ilgili olarak ayrı görüşte. Şener, Esat.: Miras Hukuku, 1. Kitap, Ankara 1977, sh. 47.
- (16) Von Büren.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1965, sh. 86; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 335; Duran, Lütfi.: Mahkeme İçtihatları Kroniği, İÜHF. c. XXXIII, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bd. I, Zürich 1975, sh. 293; Tercier, P.: Contribution a l'Etude du tort moral et sa réparation en droit civil suisse, these, Fribourg 1971, s. 167.

Bu konuda üçüncü ve ortalama bir görüşe göre (17) nişanın bozulması hali dışında kalan manevi tazminatlar kural olarak mirasçılara intikal etmez, ancak hak sahibi ölümünden önce bu yönde talepte bulunmuş ise (bu konuda bir davanın açılmış olması, bir avukata vekâlet verilmiş olması) (18) (veya bu alacağın bir başkasına temlik edilmesi gibi) (19) ölümünden sonra bu alacak mirasçılara intikal edebilecektir.

Kanımca MK. md. 85 f. II hükmü, Türk-İsviçre Hukuklarında yasakoyucunun manevi tazminatların miras yoluyla intikalini kabul etmediğinin kanıtıdır. Manevi tazminatın miras yoluyla intikal edebileceği kabul edilseydi, nişanın bozulmasında manevi tazminatın hangi hallerde mirasçılara intikal edebileceğine ilişkin sınırlamaya ihtiyaç olmaması gerekirdi. Yasakoyucu manevi tazminatın miras yoluyla intikal etmeyeceğini kabul etmiş, ancak hak sahibinin bu konuda dava açmış olması ya da bu konudaki talebinin karşı tarafça kabul edilmesi şartıyla bu intikale cevaz vermiştir. Tazminatın karşı tarafça kabul edilmesi ya da bu konuda hak sahibinin dava açmış olması hallerinde manevi zarar kişinin malvarlığına dahil olmaktadır. Bu husus genel bir hukuk kuralı olup, MK. md. 85'de nişanın bozulmasında özel olarak tekrarlanmıştır. Bu nedenle MK. md. 85'de öngörülen haller diğer manevi tazminatların da mirasçılara intikaline neden olur.

b) 3444 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklik ve Eleştirisi :

aa) 3444 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklik :

Ülkemizde olduğu gibi İsviçre'de de günün ihtiyaçlarına göre Medenî Kanun'da zaman zaman bazı değişiklikler yapılması gerekmiştir.

Bu amaçla İsviçre'de 16 Aralık 1983 tarihinde yapılan önemli değişiklikler arasında manevi tazminatın miras yoluyla intikal edebileceğine ilişkin bir değişiklik yer almamıştır (20).

(17) Kocayusufpaşaoğlu, Necip.: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, sh. 33; aynı yönde: Köprülü, Bülent.: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1975-1976, sh. 16.

(18) Tercier, s. 169.

(19) BGE 88 II, 462.

(20) Bkz. Brehm, Roland.: Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband. 1. Unterteilband, 3. Lieferung. Komm. Art. 49-57 OR, Bern 1989, sh. 375.

Bizde Medenî Kanun'da köklü değişiklikler yapılması amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan uzman hukukçular komisyonunca hazırlanan Öntasarı'da 3444 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikten oldukça farklı bir hüküm yer almıştır. Öntasarı'da MK. nun 24. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: «Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça, devredilemez ve miras yoluyla intikal etmez. Şu kadar ki, miras bırakan tarafından açılmış manevi tazminat dâvası mirasçılara intikal eder» (21).

Medenî Kanunla, Borçlar Kanunumuzun bazı maddelerinde değişiklikler öngören 3444 sayılı Kanun'la ilgili Hükümet Tasarısında 24 a maddesinin 3. fıkrası oldukça farklı olup şu şekildedir: «Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez ve miras yoluyla intikal etmez. Şu kadar ki, miras bırakan tarafından açılmış manevi tazminat davası mirasçılara intikal eder».

Görüldüğü gibi, Hükümet Tasarısı ile uzman hukukçuların yıllar süren büyük emek ürünü Öntasarıdaki hükümler aynı olup, nişanın bozulmasında manevi tazminatla ilgili MK. md. 85 f. II hükmünü tekrar etmektedirler.

3444 sayılı Kanun'un 24 a maddesinin 3. fıkrası ise yukarıdaki hükümler ve görüşlerden tamamen farklı bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre «Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder».

Hükümet tasarısında genel ilkelere tamamen uygun ve MK. md. 85 f. II hükmüne paralel hükmün TBMM.nde hangi gerekçeyle bu şekli aldığı belli değildir. Bu belirsizlik tasarıdaki «...ancak talep edilmişse...» şeklindeki sözcüklerden «talep edilmişse» kısmının farkında olmadan cümleden çıkarılmış olduğu ya da bu fıkra ilk cümlede yer alan «...karşı tarafça kabul edilmedikçe...» şeklindeki cümlelerin «miras yoluyla intikal eder» halini de karşıladığı yanlış düşüncesinden doğduğu kuşkusunu uyandırmaktadır.

bb) Değişikliğin Eleştirisi :

1a) Medenî Kanunun Sistemiyle Uyumsuzluk :

MK. md. 24 a f. III ile getirilen değişiklik, MK. md. 85 f. II'de yer alan nişanın bozulmasıyla ilgili özel hüküm dışında, bütün

(21) 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığı'na kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, 1984, sh. 6.

manevi tazminat hallerini kapsayan genel bir hükümdür. Bunun sonucu olarak nişanın bozulması dışında kalan bütün manevi tazminatların mirasçılara intikal etmeyeceği değil, intikal edebileceği kural haline getirilmiştir. Bu anlamda olmak üzere işme saldırı halinde MK. md. 143 f. II'de, adam ölmesi halinde ölenin yakınlarına MK. md. 47'de, kişilik haklarına saldırı halinde BK. md. 49'da öngörülen bütün manevi tazminat alacakları hiçbir kayıt ve şarta tâbi olmaksızın hak sahibinin ölümü üzerine kendiliğinden mirasçılara intikal edebilecektir.

MK.muzun 1926 yılında kabul edilişinde yasakoyucunun amacı, manevi tazminatın mirasçılara intikal edebileceği olsa idi MK. md. 85 f. II ile getirilen hükme gerek kalmazdı. Yasakoyucu manevi tazminatın miras yoluyla intikalini kabul etmediği için bu hükmü koymuştur.

3444 sayılı Kanun'la değişiklikte yasakoyucunun Medenî Kanun'un tamamında hakim olan bu amacı, tamamen tersine çevrilmiş ve MK. md. 85 f. II hükmünü açıklamak da güçlenmiştir. Manevi tazminat miras yoluyla intikal edebildiğine göre, nişanın bozulması halinde bu intikali artık talebin kabul edilmiş ya da davanın açılmış olmasına bağlamanın anlamı açıklanamamakta ve büyük bir çelişki doğmuş bulunmaktadır. Bu değişikliğe göre bugün bir kimse nişanın bozulmasından dolayı manevi tazminat talebini dava etmeden ya da bu talep karşı tarafça kabul edilmeden ölmüşse bu talep hakkı mirasçılara intikal edemeyecektir. Buna karşılık örneğin boşanma halinde manevi tazminat hakkına sahip olan kişi öldüğünde hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın bu talep hakkı mirasçılara intikal edebilecektir. Aynı durum nişanın bozulması dışında kalan diğer manevi tazminat halleri için de söz konusu olacaktır. Böylece yasa değişikliğinden önce kural olarak manevi tazminat talebinin miras yoluyla intikal edemeyeceğine, ancak bunun talep edilmiş ya da karşı tarafça kabul edilmiş olması halinde intikalin mümkün olduğuna ilişkin MK. md. 85/f. II'de özel olarak hükme bağlanan genel kural tersine çevrilmiş bulunmaktadır.

Bu çelişki Medenî Kanun'da cüz'î bir değişiklikteki bir hatanın ne denli büyük sorunlar yarattığının açık bir örneğidir.

1b) Manevi Zararın Niteliğiyle Uyumsuzluk:

Manevi tazminatın, hak sahibi tarafından talep edilmese dahi miras yoluyla intikal edebilmesi manevi zarar kavramı ve niteliği-

le bağdaşmamaktadır. Manevi zarar, kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin duyduğu acı, ızdırap ve üzüntüsü olup, bunun tazminini istemek şahsa bağlı bir haktır. Talep edilmediği halde bu tazminat hakkını mirasçılara intikal edebilmesi manevi zarar kavramı ve bunun giderilmesi amacına ters düşer. Zira talep edilmeyen bir manevi tazminatın nedeni olan acı, ızdırap veya üzüntünün bir başkasına intikal etmesi düşünülemez. Kişilik haklarında saldırı nedeniyle bir zararın doğup doğmadığını, bunun tazmininin talep edilip edilmeyeceğini, talep edilecekse bu tazminatın şeklini, para şeklinde bir tazminat talep edilecekse bunun miktarını en iyi takdir edecek olan kişi bizzat zarara uğrayan kişidir.

cc) Değişikliğin Yarattığı Çelişki ve Sorunu Çözüm Önerisi:

3444 sayılı Kanun'la yapılan bu değişikliğin yarattığı çelişkilere ve sorunları çözme konusunda hükmü Hükümet Tasarısı ile bu tasarısının esas aldığı Öntasarıdaki şekline uygun olarak anlamak ve hükümde yer alması gerekli «...ancak talep edilmişse miras yoluyla intikal eder» cümlesindeki «talep edilmişse» sözlerinin bir unutkanlık eseri olarak metinden çıkarılmış olduğunu kabul etmek düşünülebilir. Aksinin kabulü hukukumuz bakımından diğer manevi tazminat talepleriyle nişanın bozulması halinde manevi tazminat talebi arasında anlaşılmaz çelişkiyi gidermeyi imkansız kılacaktır.

— B İ B L İ Y O G R A F Y A —

- Coing, Helmut : Ehrenschtz und Presserecht, Karlsruhe 1960.
Hotz, Kaspar Ernst : Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art 28 ZGB, Diss Zürich 1967.
Hubmann, Heinrich : Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln-Graz 1967.
Jahns, Wolf-Jürgen: Die Rechtfertigung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in der Presse, Diss, Köln 1968.
Jäggi, Bemerkungen zum Fall Seelig SJZ 50 (1954) sh. 535.
Klingsporn, B.: Der zivilrechtliche Persönlichkeitschutz, Sondern aus dem Bundesanzeiger Nr. 1, von 3. Januar 1963 sh. 1-12.
Landwehr, Wildfried: Das Recht am eigenen Bild, Ziss. Zürich 1955.
Löffler, Martin: Presserecht, München und Berlin 1955.
Neumann-Duesberg: Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte, JZ 1960 sh. 114-118.
Schwab, Klaus Peter: Schutz der Persönlichkeitssphäre gegen Presseberichterstattung in Wort und Bild Diss., Hamburg 1954 (Maschinenschrift)
Rauch, Heribert: Das Persönlichkeitsrecht und der Schutz des Einzelnen vor verletzenden Pressbildern Diss Bern 1969.

- Rehbinder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse Berlin 1962.
- Riklin, Franz: Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischen Privatrecht, Diss Freiburg 1968.
- Riemer, Hans Michael: Persönlichkeitsschutz und Presse, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht Band I, Zürich 1981, sh. 219-245.
- Schumacher, Rainer: Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Diss, Freiburg 1960.
- Özek, Çetin: Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.