

KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASIYLA İLGİLİ BAZI DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Rona SEROZAN

Kişilik hakkı, kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddî ve manevî tüm değerlere, özel olarak, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, saygınlığına, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne, bu arada ekonomik hareket serbestliğine ilişkin hakkıdır.

Yalnız yaşamı, bedeni, sağlığı, özgürlüğü, onuru, adı ve resmi koruyan Alman hukukundan ayrımlı olarak, bizim hukukumuzda, tek bir kişilik hakkının, çağın akışına uyarak sürekli değişip gelişen çeşitli yansılar ve uzantıları söz konusu olmaktadır. Şu haide, hukukumuzda, kişilik hakkını oluşturan değerlerin sayımı da tüketici sayılamayacak ve sözgelisi, «irade özerkliği», «doğru haber alma çıkarı» ya da «çocuk sahibi olup olmama ve bunun zamanını belirleme serbestliği» gibi menfaatler ve değerler de yerine göre kişilik hakkının esnek çerçevesi içine alınabilecektir.

Kişinin var olmaya, maddî ve manevî varlığını oluşturup geliştirmeye, özgür olmaya ve saygı görmeye ilişkin bu hakkı, tekelci nitelikte mutlak haklardandır; herkese karşı etkilidir.

Kişilik hakkını «kişinin kendi şahsı üzerindeki» mutlak haklı olarak niteleyip, insanı bir hak nesnesine indirgemek doğru sayılamaz. Nitekim bu kişilik değerlerinin el de-

giştiremezliği de onların hak nesnesi sayılamayacaklarını kanıtlar.

Bu olgu karşısında, kişilik hakkı kavramıyla geleneksel öznel-mutlak hak kavramının bağdaştırılamayacağını savunanların bu görüşe karşı çıkanlarla yürüttükleri coşkulu tartışmaya, salt kuramsal düzeyde kalmış, pratik önemi bulunmayan bir «spekülatif polemik» gözüyle bakılabilir.

Kişilik hakkı, «mutlak güç» taşıdığı gibi, süreye bağlı da değildir; zamanla yillanmaz. Yalnız fikrî haklarda koruma süresi sınırlıdır. (Fikir ve Sanat Eserleri K. 26-29).

Kişilik haklarının bir başka özelliği de kullanılmalarnın kişiye sıkı sıkıya bağlı oluşlarıdır. Bu hakların başkalarına devredilmeleri şöyle dursun, başkaları eliyle kullanılmaları bile, kural olarak, olanak dışı tutulur.

Şu var ki kişilik hakkının korunmasıyla ilgili davalar, sınırlı ehliyetli kişi (küçük ya da kısıtlı) tarafından tek başına açılacak davalardan sayıldığı gibi, kural dışı yoldan, tam ehliyetsiz adına ve hesabına onun yasal temsilcisi tarafından da açılacak davalardan sayılır. Bu açıdan, kişilik haklarının korunmasında «kişiye sıkı biçimde bağlılığın», nişanı bozma ya da evlilik dışı çocuğu tanıma gibi (mutlak!) «münhasıran şahsa bağlı haklar» ölçüsünde yoğunluk taşımadığı söylenebilir.

Kişilik hakları, Medeni Kanun'da iki ana kural aracılığıyla korunur. Bunlardan MK 23 kuralı, kişilik haklarının hak sahibinin kendi kurduğu hukuksal işlemler eliyle kısıtlanmasına karşı bir korunak oluşturur; adeta, kişilik hakkının kişinin kendisine karşı içten korunmasını sağlar. Son değerlendirmede, BK 20 kuralıyla bir arada, kişiyi, ekonomik, sosyal ve entellektüel bağımlılığından ötürü kabullenmek zorunda kalabileceği oldu bittilere karşı korumaya yardımcı olur.

MK 24 kuralına gelince: Bu kuralsa, kişilik hakkının, kişinin oluru bulunmaksızın dıştan yönelik yabancı saldırılara karşı korunmasını gerçekleştirir.

Gerçi hukukumuzda MK 23/24 kuralları dışında da kişilik hakkını oluşturan tekil değerleri ayrı ayrı ve özel olarak koruyan kurallar vardır. (MK 25, 305, BK 47, 349, Ticaret K. 58). Ama kişilik hakkının korunmasının temel yapı taşları MK 23/24 kurallarında döşenmiş sayılabilir.

Kişilik hakları Anayasaca da düzenlenmiştir. Anayasa mad. 10 kuralına göre, «herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir». Anayasa mad. 14 i.s. kurallarda da bu hakların cökümü yapılmıştır. Kişi dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, yolculuk etme ve yerleşme özgürlüğü, düşünce açıklama, din ve vicdan, bilim ve sanat, basın ve toplantı, gösteri yürüyüşü ve örgütlenme özgürlükleri ile hak arama özgürlüğü hep böylesine temel hak ve özgürlüklerdendir.

Anayasa mad. 8 ve 132 kurallarında billurlaşmış olan «Anayasanın üstünlüğü ilkesi» ışığında, bütün bu anayasal hak ve özgürlükler, salt devlete karşı dikey plânda etkili haklar sayılmakla kalmayacak, fakat aynı zamanda yatay bir etki sağlayarak, özel hukuk ilişkileri alanında da doğrudan doğruya geçerli olabilecektir. Özellikle kişilik haklarının ne ölçüde daraltılabileceği sorununun çözümünde başlıca kılavuzu anayasal değer yargıları oluşturacaktır. İmdi, kişilik hakları, ANayasa ile özel hukukun başlıca kesişme noktalarından biri olarak ortaya çıkmaktadır.

*
**

Kişilik değerlerine sataşılan, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin hukukumuzda öngörölmüş çeşitli korunma olanakları, çeşitli hukuksal silâhları vardır :

Kişi en başta, süregelen saldırının durdurulmasını (müdahalenin men'ini, tecavüzün ref'ini) isteyebilir. Özel olarak hakaretin geri alınmasını veya «yazının tekdibini», ele geçirilen mektubun ve resmin geri verilmesini, negatiflerin yakılmasını, teyp bandının silinmesini sağlayabilir. Böylece

saldırının kaynağını da kurutmuş olur. (MK 25 II, Fikir ve Sanat Eserleri K. 66-68, Basın K. 19).

Hemen belirtelim ki «tecavüzün ref'i» (müdahalenin men'i) davası çerçevesinde, saldırganın hakaretini geri almaya ya da özür dilemeye zorlanması olanak dışıdır. Böyle bir yola başvurulmasına, herşeyden önce, saldırganın (saldırıda bulunmakla etkisizleşmiş sayılamayacak olan) kendi kişilik hakkının varlığı engeldir. Bununla birlikte, saldırganın hakareti geri alma ya da özür dileme beyanına (irade beyanına) mahkûm edilmesi düşünülebilir. (MK 642, 922, BK 164 kuralları örnek alınarak seçilebilecek olan bu yolda, yargıç, saldırganı hakaretini geri almış ya da özür dilemiş varsayabilir.) Şu var ki bu yol da, ancak, asılsız, gerçek dışı «vakıa iddiaları»nda akla gelebilir; ölçüsüz ve haksız «değer yargıları» yönünden uygulanamaz. Çünkü değer yargıları söz konusu olduğunda, söz ve yazı sahibinin «kısas» mantığı ile gözden çıkarılamayacak kişilik hakkı ve özel olarak düşünce açıklama özgürlüğü böyle bir varsayımın kabulüne engel olur.

Kişilik hakkında saldırıya uğramış kişinin ikinci bir olanağı, bu saldırının varlığını «tesbit» ettirmek, bu yolda bir «kesin yargı ve kesin kanıt» elde etmek üzere «tesbit davası» açmaktır. Özellikle kullanılması uyuşmazlıklara yol açan adın tanıtılması amacıyla açılan bu davanın pratik etkisinden çok, sembolik bir etkisi vardır. (MK 25 I).

Kişi, henüz gerçekleşmemiş ama gelecekte gerçekleşmesi olası bir sataşmanın engellenmesi için, önceden, henüz bu sataşma gerçekleşmeden (saldırgandan daha atik davranarak) bir «önleyici kaçınma» (sakinma) davası da açabilir. Örneğin, gazetede başlanacağı duyurulan yayının engellenmesi için, gazeteye karşı bu yolda yargıçtan bir «yapmama buyruğu» (edim hükmü) sağlayabilir. (Fikir ve Sanat Eserleri K. 69).

«Men, tesbit ve içtinap» terimleriyle özetlenebilecek bu üç olanaktan yararlanabilmek için, saldırganın kusur ya da

risk sorumluluğunu gerektiren bir hukuksal durumda bulunmuş olması (özel olarak kusurlu bulunmuş olması) gerekmez.

Eğer kişilik hakkına saldırıda bulunan kişi, kusur ya risk sorumluluğunu gerektiren bir durumdaysa, o zaman kendisine karşı maddî ve manevî tazminat davaları da açılabilir. (MK 24 II, BK 49).

Tazminat davaları, salt sadırının kaynağını kurutmakla kalmazlar. Bu davalar, geçmişe sünger çekmeyi de amaçlarlar. Maddî tazminat davasıyla, kişilik hakkına karşı gerçekleştirilmiş saldırı yüzünden malvarlığında oluşan eksiklik (açık) örtülüp kapatılır. Örneğin aleyhteki kampanya yüzünden müşterilerinin sayısı azalan kişi, bu yüzden uğradığı parasal kaybın karşılanıp giderilmesini sağlar.

Maddî tazminat davasındaki kusur şartı yüzünden, böyle bir şartı kapsamayan «müdahalenin men'i davasının», aslında ancak tazminat hükmüyle elde edilebilecek olan «geçmişe sünger çekici» sonuçların sağlanmasına alet edilmemesine özel bir dikkat gösterilmelidir.

Manevî tazminat davasına gelince: Bu davayla, manevî yaraların sarılmasına çalışılır; «manevî tatmin» yani gönül alma amaçlanır.

Manevî tazminat davası, kural olarak, ancak (manevî-) zararın ve saldırganın kusurunun özel bir yoğunluk ve ağırlık taşıdığı durumlarda açılabilir. (BK 49).

MK 25 kuralında «adın gasbı» olasılığında açılabilir manevî tazminat davası bakımından ağır kusur koşuluna yer verilmeyişi tutarsızdır. Burada örtülü ya da gerçek olmayan bir yasa boşluğunun varsayılması ve bu boşluğun BK 49'a koşut bir hükümle doldurulması yerinde olur.

Yalnız BK 47 uyarınca, ölümden ve cismanî zararda manevî tazminat istemi için, saldırganın ağır kusurunun varlığını kanıtlamak gerekmez. Her iki olguda da artık doğrudan doğruya kişiliğin özü, insanın maddî değerleri, kanı, ke-

miği, üstelik elle tutulabilir, gözle görülebilir biçimde yok edilmekte veya tahribedilmekte olduğundan, bu çözüm yadırgatıcı sayılmayabilir. Hatta bu gibi çarpıcı saldırılar açısından, kusursuz sorumluluk kısıncacıyla tutulabilen kişilere karşı kusur koşulunun büsbütün gözden çıkarılabileceği düşünülebilir.

Buna karşılık, BK 49'un gayri maddi değerlerin, onur ve saygınlığın çiğnenmesi soyut ve esnek olgusu için yüzde yüz isabetle öngördüğü «ağır kusur» koşulu, kusursuz sorumluluk kısıncacıyla tutulabilen kişilere yönelik manevi tazminat istemleri için de geçerli sayılmalıdır. (Bk. Yargıtay İBK 22.6.1966, Resmî Gazete 12 360; EGE 74 II 201'den beri müstakar İsv. Fed. içtihatları; karşı görüşte Tekinay, Borçlar Hukuku, 494 i.s.)

Gerçi MK 85 kuralında da manevi tazminat davasının davalısı nişanlının kusurlu bulunması gereğine ilişkin bir hüküm yoktur. Ama bu eksiklik, bir çeviri yanlışının ürünü olup, örtülü ya da gerçek olmayan yasa boşluğu kuramı ışığında aşılabilmektedir.

Evliliğin çözülmesinde ve babalık davası çerçevesinde söz konusu olabilecek manevi tazminat istemlerine gelince: Bu istemler yönünden de, davalının (ağır derecede olmasa bile) kusurlu bulunması koşulu, salt üstü kapalı bir biçimde de olsa öngörülmüştür. (MK 126, 143, 305).

Hukukumuzda, kişilik haklarını dolaylı olarak koruyan hukuksal yaptırımlar da eksik değildir. Şöyle ki, BK 414, Ticaret K. 58 ve Fikir ve Sanat Eserleri K. 70 III kurallarına göre, kişilik haklarına saldırı sayesinde elde edilen menfaatlerin devredilmesi de (adeta bir medeni hukuk cezasına çarptırılan) saldırgandan istenebilmektedir. Bu arada, kişilik hakları, «haksız zenginleşme» ve «fedakârlığın denkleştirilmesi» istemleriyle de korunabilmektedir. Ote yandan, kişilik haklarına saldırı suretiyle elde edilmiş kanıtların yargılama sırasında dikkate alınmaması yolundaki temel yargılama hukuku ilkesi de kişilik haklarını dolaylı yoldan koruyabilecek bir ilke sayılabilir.

Bu konularda bk. von Caemmerer, *Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht*, Festschrift für v. Hippel, 1967, 27; Helle, *Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, Tübingen, 1965; Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1967; Ehlers, *Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Berlin, 1976; Jäggi, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, ZSR 79, 146a, Merz, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckpresse*, SJZ 67, 65 i.s. ve 85 i.s.; Schwerdtner, *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung*, Berlin, 1976; Tandoğan, *Şahsiyetin akit dışı ihlâllere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlâllere karşı özel hayatın korunması*, AÜHFD 1963 Cilt XX Sayı 1-4, 1 i.s.; Tercier, *Contribution a l'étude du Tort Moral et de sa Réparation en Droit Civil Suisse*, Fribourg 1971.

**

Doğrudan doğruya insanla, insancılıkla, insana saygı gösterilmesiyle, insana gönenç sağlanmasıyla ilgili olduğu için, öğretilerde çoğu zaman duygusal bir yaklaşımla ele alınan «kişilik hakkı», ne yazık ki uygulamada kendisine bağlanan umutları geniş ölçüde boşa çıkarmış, alabildiğine yozlaştırılarak, gerçekte ve eylemde, seçkin ve ayrıcalıklı bir azınlıklar zümresi yararına çarpıcı bir «sınıfsal hukuk uygulaması»na yol açmıştır. Korunacak kişilik değerlerinin, özellikle onurun ve saygınlığın ve bu değerlerin bedelinin toplumun egemen çevrelerinin «eliter» değer yargıları ile belirlenmesi, kişilik haklarının ağırlığının, Yargıtay yargıçlarının deyişiyle, «işgal edilen mevki ve şöhret ile» düz orantılı bir biçimde artırılması, bu uygulamanın göze batan başlıca tersliklerindedir. Özellikle kişilik hakkının ihlâlüne bağlanan manevi tazminat yaptırımı, kişilik hakları efsanesinin üzerine kapkara gölgeler düşüren bir hukuksal leke olarak göze batmaktadır.

Bu davanın «kişinin en yüce, en soylu değerlerini parasal hesapların buz gibi soğuk suyunda boğduğu», kişi varlığını «mübadele» (değiş tokuş) değeri taşıyan bir «ticari meta»ya dönüştürdüğü, «yarasız acıların» ya da «kansız yaraların» üzerine banknot pansumanları sardığı, yeterince yazılıp çizilmiş ve açığa çıkarılmış olgulardandır. (Krş. 2.7.1969 tarihli ve 13 238 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan Anayasa Mahkemesi kararında yer verilen düşünceler!) Ne yazık ki manevi tazminat davası bugün de kazanç hırsı ve oç alma gibi sağlıksız, çarpık tekbenci güdülere ve hatta «haksız zenginleşmelere» kaynaklık etmeye pek elverişli yapısını sürdürmektedir. Nitekim, bizde de pek revaçta ünlü bir ders kitabında manevi tazminat davasının amacı şu sözlerle belirlenmektedir: «Manevi tazminat akçasıyla elde edilen doyum ve bu akçanın saldırganın elinden zorla alınmış olduğu yolundaki huzur verici bilinç, manevi kırıklığın yol açtığı acıyı onulur hale getirmiş, Hıristiyanlığa ve uygarlığa karşın, çağdaş insanda bir türlü söndürülememiş olan oç alma hırsını dindirmiş olur. Roma'da bu davaya actio vindictam spirans yani oç almayı amaçlayan dava sıfatının yakıştırılması boşuna değildir.» (von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, s. 126) Ama bu davayı gözden düşüren asıl olumsuz gelişme, mağdurun toplumsal konumunun, kişiliğin ihlâl edilip edilmediğinin ve eğer edilmişse, bu ihlâlin bedelinin tutarını belirlemede başlıca ölçüt olarak benimsenmesi olmuştur. «Manevi tazminat davasında istek sahibinin özel durumu önem taşır. Bu itibarla, istek sahibinin sosyal, ekonomik ve ailevi durumunun, işgal ettiği mevki ve şöhretin göz önünde bulundurulması gerekir» içtihadında bulunan Yargıtay (İBK 22.6.1966 tarihli ve 12 360 sayılı Resmî Gazete; HGK, 25.11.1967, K. 375/567, Olgaç, 1969, 386 ve HGK, 18.10.1967, K. 655, Olgaç, 1969, 350) işte bu anlayışlardır ki, iş kazasında parmağını yitiren işçiye dört yüz lira, tek gözünü yitiren işçiye altı bin lira, bonosu haksız yere protestoya uğramış tacire on bin lira ve mevki ile şöhret sahibi politikacı ve eşinin bir gazete haberiyle kırılan saygınlıklarına, onurlarında aç-

lan kansız yaralara (üstelik, «ıslahen tasdik» yolundan!?) tam dokuz yüz bin liralık değer biçmiştir. (Kırş. Yargı 1976/1, s. 26-28, Tandoğan, AÜHFD Cilt XXVI Sayı 1-2, 156-164; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974, 750 i.s.; İBD 1973, 832 i.s.) Şunu da eklemek gerekir ki kişilik değerlerine satılan kişinin sınıfsal konumunun dikkate alınması, İsviçre ve Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında da apaçık gözlenebilen bir olgudur. (Bk. BGHZ 18, 149) Nitekim, bir Alman hukukçusu, Alman Federal Mahkemesinin tarife'lerinde, bahriyelinin kişiliğinin bin mark, tesisatçının kişiliğinin yedi bin beş yüz mark, Üniversite profesörünün kişiliğinin sekiz bin mark, sanayicinin kişiliğinin on bin mark ve prenses Süreyya'nın kişiliğinin de on beş bin mark ettiğini yazmaktadır. (Knieper, Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, 137 i.s.)

Şunu da eklemelidir ki kişilik hakkının korunmasını amaçlayan davalarda davacı kimliği ile sahneye çıkan kişilerin genellikle toplumun sivrilmiş nüfuzlu kesimlerinden gelişi, bu alanda bir başka tutarsızlığa daha yol açmaktadır. Parasal gücün «nimetlerinden» yararlanan bu kişiler, bunun «külfetlerine» de katlanmak zorunda sayılmak gerekirken, öğretiyeye özgü deyimleri kullanırsak, onların dışı karşı korunmuş o ünlü «yaşam çevreleri» (sferleri) alabildiğine dar çekilmek ve eleştirilere katlanıp boyun eğme zorunlulukları daha katı tutulmak gerekirken, uygulamada, tam tersine bir eğilim gözlenmekte ve bu gibi kişiler özel bir dokunulmazlık ayrıcalığından yararlandırılmaktadırlar. Üstelik, bu gibi ayrıcalıklı kişilerin kendilerini, kendi başlarına, dava dışı yollardan (söz gelişi, gazete sütunlarını parselleyip paralı cevaplar yazdırmak suretiyle) koruma gücüne, uğradıkları saldırının acısını fazlasıyla çıkarma şansına sahib oldukları da hiç mi hiç dikkate alınmamaktadır.

Öte yandan, kişilik hakkının, özel olarak onurun ve özel yaşamın gizliliğinin korunmasına ilişkin hukuksal silâhların genellikle düşünce açıklama, basın, sanat ve hatta bilim özgürlüğünü boy hedefi olarak seçmesi de, sakıncalı uy-

gulamanın bir başka olumsuz yanını oluşturmaktadır. Gerçekten, uygulamada, salt bireysel dokunulmazlık uğruna, sık sık sosyal ve politik boyutlu düşünceleri açıklama özgürlüğü çiğnenmekte, hiyerarşik toplumsal yapılar ve kökleşmiş değer yargıları uğruna, çoğulcu demokrasinin gereklerine aykırı çözümlere ulaşılmaktadır.

Özellikle kamuyu aydınlatma ve uyarma görevini üstlenmiş olan basın, radyonun ve televizyonun düşünce açıklama özgürlüğünü geniş ölçüde tehdit eden bu gelişme son keredede kaygı vericidir.

Son mahkeme kararlarında, bilim ve sanat özgürlüğü ile kişilerin (hatta tüzel kişilerin!) onuru arasındaki çatışmada kurulan «menfaatler terazisi»nde, antidemokratik ve apolitik bir bilim ve sanat anlayışının geçerli sayılışı, neyin bilim ve neyin sanat sayılıp özgürlük ayrıcalığından yararlanabileceğinin saptanmasında bilimin ve sanatın çağdaş ölçütlerine bağlı kalınmayışı, son değerlendirmede, kişilik haklarının korunması perdesi ardında bilimin ve sanatın bilim ve sanat dışı makamlarca yargılanıp mahkûm edilmesine yol açmaktadır. Unutulmasın ki «sanat sanat içindir», «bilim bilim içindir», «sanata ve bilime politika karıştırılmaz» yolundaki tutucu ve eliter anlayıştan, kurulu veya yerleşik düzeni meşrulaştırıp taşlaştırmaya çalışan antidemokratik vesayet anlayışına uzanan köprü sanıldığından da kısadır! Yatırım politikaları eleştirilen, halka açıklık savlarının gerçek dışılığı sergilenen ya da küçük tasarruf sahiplerine tezgâhladıkları oyunları ortaya çıkarılan, politik entrikaları ve gizli hükümet darbesi girişimleri karikatürlere veya tiyatro eserlerine konu oluşturan ortaklıkların «ticari itibarlarının sarsıldığı» gerekçesiyle isteyip elde ettikleri olumlu hükümler, belki onların «ticari itibarlarını» gerçekten koruyup kurtarmış olabilir. Ama şu da kesindir ki böylesine hükümlerle «Anayasanın saygınlığına», demokratik hukuk devletinin temel değerlerine ağır bir darbe indirilmiş olunur. (Krs. İsv. Fed. M., BGE 95 II 481, 97 II 97; Yargıtay Ticaret Dairesi, RKD 1973, 442 i.s.; Meyer-Cording, Juris-

tenzeitung 1976, 737 i.s.; Hartmann, Juristische Schulung 1976, 649 i.s.)

İşaret edeyim ki Federal Almanya'da, kişilik hakları sınırlı bir çerçeve içinde korunmuş, üstelik, manevi zararların tazminine de, ülküsel değerlerin parayla tartılmasının ahlâken doğru görülemeyeceği, ülküsel değerlerin bencil maddi hesaplara alet edilebileceği gerekçesiyle kural olarak tanınmamıştır. (Kırş. Par. 253 BGB) Uygulamanın, ünlü bir Köln sanayicisinin at üstündeki fotoğrafının cinsel iktidarı artırıcı bir ilâç reklâmında kullanılması karşısında, bu sanayicinin onurunu koruma amacıyla yola çıkarak, düpedüz «contra legem» geliştirdiği «manidar himaye», aslında ilginç bir sosyolojik araştırmanın konusu olabilir.

Buna karşılık, toplumcu hukuk düzenlerinde, manevi tazminata, «kentsoyluluğun çöküşünü, yozlaşp soysuzlaşışını kanıtlayan bir hukuksal yaptırım» gözüyle bakılıp karşı çıkılacağı, bu tazminatın, kentsoylu toplumunda, insan yabancılaşmasının, tüm insansal değerlerin fetişleşmesinin bir örneği olarak karşılanıp karalanacağı doğaldır.

Diyalektik maddeci dünya görüşü çerçevesinde, tarihsel gelişmenin de gösterdiği gibi, soyut kişilik hakkı, meta ve artı değer üretecek «özgür» ve «sağlıklı» işgücünün serbestçe alınıp satılmasının, «serbest rekabet» pazarında anamalcıların ekonomik hareket ve dolayısıyla kâr devşirme serbestliğinin, özetle, değiş tokuş (mübadele) değerine dayalı meta ekonomisinin, anamalcı üretim ve değiş tokuş sisteminin baş varsayımlarındandır, temel varlık koşullarındandır. İmdi, bu soyut kişilik hakkı, kökenindeki bu asal ekonomik işlevleriyle koşullanıp belirlenmiş bir üst yapı kurumu olarak, soydaşlarından yahtılmış olup öz çıkarlarını kovalayan, kabuğuna çekilmiş bencil birey modeline göre biçimlenecek, anamalcı kentsoylu toplumunun bireycilik ideolojisinin damgasını taşıyacaktır. Kişiyi kendi özüne ve soydaşlarına yabancılaştıran, bireylerin somut kişiliğini onların elinden alan, insanları sömürü, baskı ve bilgisizlik ortamında çarmıha geren böyle bir sistemde, gerçek ve somut

anlamda bir kişiliğin oluşturulmasına, korunup geliştirilmesine olanak bulunamayacağı açıktır.

(Bu konuda bk. Lau, *Demokratie und Recht*, 1976/3, 313-324; Rasehorn, *Recht und Klassen*, s. 162 i.s.; Knieper, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1974, 137 i.s.; Ramm, *Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB III*, L 774/75; Hartmann, *Juristische Schulung* 1976, 649 i.s.; Meyer-Cording, *Juristenzeitung* 1976, 737 i.s.)

**

Bütün bu nesnel, sosyolojik değerlendirmeler ışığında ve bu değerlendirmelerin hukuk uygulamasında dikkate alınmasını buyuran çağdaş yorum yöntemleri doğrultusunda, kişilik hakkının korunmasıyla ilgili kimi tartışılabilir sorunlar karşısında takınılacak tavırlar da köklü bir revizyona muhtaç gözükmektedir.

1. Kişilik değerlerine yönelik müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığını belirlerken, hazır reçetelerden, soyut semalardan, önsel klişelerden yararlanamayacak olan hukukçu, çatışan karşılıklı çıkarları hassas bir «menfaatler terazisi»nde titizlikle tartarken ve herbir münferit olay için kendi özelliklerine göre değişik bir değer yargısına ulaşmaya çalışırken, şu hukuksal olgulardan yola çıkmalıdır :

a) Kişilik değerlerine yönelik müdahalede, salt zarar verici sonuç, bir başına, hukuka aykırılık ögesinin gerçekleşmiş sayılmasına yetmez. Başka bir deyişle, davranışın hukuka aykırılığı yalnızca zarar verici sonucun gerçekleşmiş olmasıyla kanıtlanmış, imlenmiş olmaz. Kişilik değerlerine müdahalenin hukuka aykırılığı, ancak zarar verici eylemin kınanacak biçimde ve kınanacak bir amaçla gerçekleşmiş bulunması olgusundan çıkarılabilir.

b) Başta düşünce açıklama, basın, sanat ve bilim özgürlükleri olmak üzere, tüm anayasal hak ve özgürlükler, salt yalın hukuka uygunluk nedenleri ya da karşıt-haklar oluşturmayıp, kişilik haklarını önceden ve içten sınırlamış

sayılırlar; varlıklarıyla, müdahale ile zarar arasındaki hukuka aykırılık bağlantısını daha işin başında koparırlar.

Bilim ve sanat özgürlüğü alanında antidemokratik ve apolitik bir bilim ve sanat anlayışına karşı uyanık bulunmalı, neyin bilim ve neyin sanat sayılıp bu özgürlüklerden yararlanabileceği saptanırken, bilimin ve sanatın çağdaş ölçütlerine bağlı kalınmalı, bilim ve sanatı bilim ve sanat dışı makamların belirleyip yargılamasına fırsat verilmemelidir.

Bu vesileyle şunu da belirtmekte yarar vardır: «Yasanın her kuralı, öğretinin her kuramı, yargıcın her kararı, üstü kapalı bir biçimde bile olsa, zorunlu olarak siyasal bir ideolojiye dayanır; hukukun politika üstü tarafsızlığı ve kendi kendine yeterliği bir düştür; üstelik hiç de hoş olmayan bir düştür» sözlerinin en açık ve çarpıcı biçimde somutlaştığı alanlardan biri de kişilik hakları alanıdır. Bu alanda belirli hukuksal değer yargıları benimsenirken, politik ve sosyal bilinci bir an için olsun yitirmemeye, «tarafsız, politika üstü hukukçuluk» dogmatizminin insanlık ve bilim dışı tek yanlı bakış açısı içinde, bilinçsizce taraf tutup, statükocu ve gerici bir politikanın tuzağına düşmemeye özel bir özen göstermelidir.

c) Anayasal temel hak ve özgürlüklerin varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınacak, söz konusu anayasal hak ve özgürlüğün kişilik hakkı karşısında geri çekilmesi gereğini (yani hukuka aykırılık bağlantısının varlığını) ispat yükü de bunu iddia edenin sırtına yüklenecektir. (Temel hak ve özgürlüğün varlığı ve üstünlüğü karinesi!)

ç) Karşılıklı çıkarlar çatışmasında, başta «toplumsal yarar» (kamu yararı) olmak üzere, ağır çeken, önceliği olan «üstün çıkar» karşısında, daha hafif çeken kişisel çıkar geri çekilecektir.

d) Anayasal değerler ile bireyin kişilik değerleri arasındaki çatışmada, anayasanın «çoğulcu demokrasi» anlayışı da özel bir ağırlıkla «menfaatler terazisi»nin kefesine yer-

leştirilecektir. (İlâç sömürüsüne karşı boykotta ticari işletmenin kâr elde etme çıkarı, yurttaşı uyarıcı protesto mitinginde de bineyin hareket özgürlüğü geri çekilecektir.)

e) Bu bağlam içinde, kamuyu aydınlatma ve kamu oyu oluşturma görevi dolayısıyla, kitle iletim araçlarının belirli bir ayrıcalığının söz konusu olacağı kuşkusuzdur. Özel olarak basın özgürlüğü, kişinin onuruna ve özel yaşamına ilişkin hakkını daha geniş bir ölçüde sınırlayabilecektir.

f) Kişi hakkındaki «vakıa iddiaları» (haberler!) ancak «gerçek dışı» olduklarında (asılsız, yalan haber niteliği taşıdıklarında) hukuka aykırı sayılabilirler. Değer yargıları (yorumlar) ise, ancak «haksız» ve «ölçüsüz» olduklarında (sağsızsız, çarpık bir amaç-araç ilişkisi görünümüne büründüklerinde, sözgelişi, aşağılama, karalama, sövme, yersiz abartma, özel yaşamın gizliliğine gereksiz sızma ve sataşma biçimini aldıklarında) hukuka aykırı sayılırlar.

Bir sözün veya yazının (içeriğinin gerçekleşmiş bir maddi olgu olarak kanıtlanmaya elverişli sayıldığı) «vakıa iddiası»nın dar ve katı çemberine mi sıkıştırılacağı, yoksa (kanıtlanmaya değil de ancak tartışılmaya elverişli sayılabilecek) «değer yargısı»nın daha geniş ve hoşgörülü bölgesine mi yerleştirileceği kuşkulu olduğunda, düşünce açıklama ve basın özgürlüğünden yana bir tavır alınarak «değer yargısı»nın varlığı kabul edilmelidir.

g) Kişilik değerlerine yönelik müdahale, ölçülü, dengeli, uygun bir amaç-araç ilişkisi içerisinde gerçekleştirilmiş değilse, meşru bir amaca ulaşmak üzere daha hafif bir araç, daha az sakıncalı, daha az zarar verici bir yola (örneğin uyarıya) başvurma denenmeden, doğrudan doğruya ağır, sakıncalı, zararlı, aşırı bir araç (örneğin odaya hapis yoluna) başvurulmuşsa, böyle bir müdahale hukuka aykırı sayılacaktır. (Ölçülülük ilkesi, aracın amaca uygunluğu ilkesi!)

h) Herkesçe bilinen kamuya açık ortak yaşam çevresinin gizliliği söz konusu olamayacağı gibi, kamuya mal ol-

muş ünlü kişilerin özel yaşamının çevresi de dar tutulacaktır. Bu nedenle, politikaya atılan bir masonun ya da ticarete atılan bir sermayecinin gizli, anonim kalma çıkarı da korunamayacaktır. (Nitekim krş. Fikir ve Sanat Eserleri K. mad. 86).

Öğretide benimsenen «sferler teorisi»ne (alanlar kuramına) göre, kişinin üç alanı vardır: Ortak-kamusal yaşam alanı, özel yaşam alanı ve mahrem yaşam alanı. Bunlardan, kişinin cinsel yaşamını, hastalıklarını, özel mektuplarını kapsayan sonuncusu, her kim olursa olsun, girilmesi kesinlikle olanak dışı «yasak bölge» diye bilinir!

Dikkat edilirse, MK 24 kuralı ile Anayasanın içerik yönünden sınırsız düşünce açıklama özgürlüğünü dile getiren 20 nci madde kuralı arasında herhangi bir çatışma söz konusu değildir. Gerçekten, MK 24 kuralının usulî-şekli düzenlemesi, somut içerikte belirli etkide bir düşünceyi değil, düşüncenin somut bir «tezahür biçimini», belirli bir araçla gerçekleştirilmesini (hakaret, sırları ifşa) önlemektedir.

2. Doğum öncesinde kişiliğin bir (prenatal) ön-etkisinden söz edilip edilemeyeceği tartışmasında benimsenmesi gerekli görüş şudur :

Eğer sağ doğmuş çocuk, evvelce, henüz ana karnındayken, yanlış tedavi, trafik kazası, frengi mikrobunun aşılması, kürtaj girişimi ve benzeri nedenlerle sağlıklı olarak dünyaya gelmiş bulunuyorsa, hiç kuşkusuz, bu zarara yol açan kişiden tazminat isteyebilecektir. Ama onun bu hakkı, «dölüt» (cenin) sıfatıyla, daha ana karnındayken kişilik değerlerinde uğradığı saldırıya değil de, doğrudan doğruya canlı varlığına, sağlığına ilişkin hakkının geçmişte kalan bir nedenle zarara uğratılmasına dayandırılacaktır. Açıkçası, böyle bir tazminat isteminin, daha çocuğun doğumundan önce bozuk olarak yapılmış bir beşiğin çocuğun doğumundan sonra kırılıp çökmesi üzerine sakatlanan çocuk tarafından istenebilecek tazminattan hiçbir ayrımı yoktur. Her iki olasılıkta da sorunun çözümü «illiyet sorunsalı»nın

bağlamı içinde aranıp bulunacaktır. Neden (illet) ile sonuç (zarar) arasındaki zamansal mesafenin büyüklüğü, nedensellik bağının yok sayılmasına yol açamayacağına göre, örneklerde anılan tazminat istemlerini dölütün «doğum öncesi» kişilik hakkına dayandırmak da gereksiz hale gelecektir.

Öte yandan, dölütün kişilik hakkına dayanarak (gerekirse bir kayyım aracılığıyla) anasının karnından uzaklaştırılma (kürtaj) girişimine karşı «men veya içtinap» davaları açma hakkına sahibolduğu da söylenemeyecektir. Kişilik, ancak eti, kanı, kemiği olan canlı bir «homo sapiens»e özgüdür, ana karnındaki dölüte yaydırılmaz. Çocuğunu düşürmek isteyen canlı annenin kendi bedensel bütünlüğü üzerindeki somut tasarruf hakkı, (hiç değilse özel hukuk alanında) cansız ve bilinçsiz dölütün ileride canlı olarak dünyaya gelip yaşama yolundaki varsayılı, soyut isteğine ve çıkarına üstün tutulmalıdır.

Dölütün doğuma dek «bölümsel hak ehliyeti»ne sahip bulunduğunu kabul eden ve bu varlığa daha doğum öncesinde, gelecekte oluşacak kişiliğine yönelik bir müdahaleye karşı önleyici kaçınma davası açma olanağı tanıyan görüş, bu koşullar altında paylaşılamaz.

İmdi, MK 27 II kuralının hak ehliyeti varsayımının başlıca işlevi de, dölüte, ileride sağ olarak doğma koşuluyla mirasçılık hakkı sağlaması olarak kalmalıdır. (Kırş. MK 524/584).

(Bu konuda bk. Bucher, ZGB 11 N 103, Selb, AcP 166, 76 i.s., Merz, ZSR 76, 333 i.s., Wolf-Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963. İşaret edeyim ki Yargıtay, 4. HD. de, 22.6.1965 t.'li ve K. 8326 sayılı bir kararında, dölüt yararına manevi tazminat istemini, dölütün elem duyamayacağını, manevî zarara uğramayacağını gerekçe göstererek geri çevirmiştir, (bk. Olgaç, 1969, 350).

3) Aynı düşüncelerle, aynı kanıtlarla, tüzel kişilerin de kişilik haklarının ihlâlinden ötürü manevi tazminat is-

temelerine olanak tanınmamalıdır. Tüzel kişilerin elem ve ıstırap duymaları, yani «manevî zarara» uğramaları mantıken olanak dışıdır. Bilinçsiz kişiden ve bu arada dölütten esirgenen böyle bir istemin tüzel kişiye sunulması düşünülemez. İnsan onuru, gönül acısı gibi duygusal-tinsel ve dolayısıyla bireysel kategoriler, insansal değerler, ne ruhbilim ne de hukuk bilimi açısından tüzel kişilere aktarılamaz.

Aslında, kişilik hakkı, tüm manevî boyutlarıyla, ruh ve gönül taşıyan canlı ve canlı gerçek kişilere özgü kılınmış sayılmalıdır. Tüzel kişilerin MK 46 kuralı çerçevesinde korunmasını isteyebilecekleri kişilik değerlerini (ad ile ekonomik hareket serbestliği), malvarlığı düzeyinde ve elden geldiğince dar tutmaya özen göstermeli, özellikle uygulamada pek sık rastlanan bir gelişmenin, tröstlerin, kartellerin, holdinglerin, vakıfların ve mason derneklerinin kişilik haklarının zırhına sarılarak yüksek tutarda manevî tazminat istemelerinin ve sonuçta bu isteklerine kavuşmalarının kesinlikle önü alınmalıdır. (Kırş. BGE 95 II 481, 97 II 97, Yargıtay, Ticaret Dairesi, Resmî Kararlar Dergisi 1973, 442 i.s.).

4. Kişinin ölüm sonrasında (post mortal) bir kişilik hakkına sahibolup olmayacağı sorununa gelince: Kişilik haklarının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak, kişinin ölümden sonra mirasçılara geçemeyecekleri açıktır. Şu var ki, öğretilerde ve uygulamada, ölenin cesedine, mezarına, onuruna, saygınlığına, eseri üzerindeki manevî haklarına yönelik saldırılar karşısında, mirasçıların doğrudan doğruya «kendi» kişilik haklarına dayanarak kendi çıkarları doğrultusunda harekete geçebilecekleri ve çeşitli hukuksal olanaklar arasında manevî tazminat da isteyebilecekleri ileri sürülür.

Ölüyle ticaret yapılmasına, ölü sayesinde yüksek tutarda tazminatlar elde edilmesine, Yargıtayın sözcüklerini kullanmak gerekirse kişilerde «yakınlarının ölmesi arzusunun kökleşmesine» yol açabilecek sakıncalı bir görüştür bu.

Bu görüş yerine, kişilik hakkının, ölüm sonrasında belirli ve sınırlı bir art-etki (post mortal etki) sağlığının ka-

bulü daha yerinde olsa gerektir. Böylece, ölenin cesedine, mezarına, onuruna, saygınlığına, eseri üzerindeki manevî haklarına yönelik saldırılar karşısında, yerine göre, evvelce kendisi tarafından atanmış olan vasiyeti tenfiz memuru ya da belirli yakınları, salt ölenin çıkarlarını ve kişilik hakkını öikkate alarak, onun açık veya varsayımlı (farazî) dileklerine uygun bir hukuksal korumayı gerçekleştirebilirler. İmdi, ölenin yakınlarının, ölünün kişilik hakkına sataşıldığı gerekçeyle manevî tazminat istemelerine de hukuk mantığı açısından olanak tanınmaz. Onlar, ölenin kişiliğini, para mezarında ölünün gönlünü alamayacağına göre, tazminat dışı yollardan koruma yolunu seçmelidirler. Öyle sanıyorum ki Türk pozitif hukukunda yer alan bir sürü kural da bu görüşü destekleyebilecek niteliktedir. (Bk. Fikir ve Sanat Eserleri K. 19 I, 85, 86; Basın K. 19 son fıkra; MK. 85 II, 127, 249 i.s., 291; Ceza K. 178; Ceza Muhakemeleri Usulü K. 329, 363).

Yalnız BK 47'ye göre, ölüm halinde, «ölünün ailesine (yakınlarına) manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verilebilir». Bu istisna saklıdır.

(Bu konuda bk. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 50, 133 i.s. ve Juristenzeitung 1968, 697 i.s.).

5. Daha kişinin sağlığında gerçekleşmiş bir kişilik hakkına saldırıya dayandırılan manevî tazminat davasının mirasçılara intikali yönünden benimsenecek görüş de bu davanın intikalini en ağır koşullara bağlayan görüş olmalıdır.

Bilindiği gibi, baskın görüş ve yaygın uygulama, manevî tazminat davasının mirasçılara intikali yönünden çok geniş yürekli bir tavır almaktadır. Bu görüşe ve uygulamaya göre, manevî tazminat davasının mirasçıya intikali bakımından, kişinin ölmeden önce bu davayı fiilen ikame etmiş olması gerekmeyip, salt bu yoldaki isteğini açığa vurmuş olması bile yetmektedir.

Hattâ bu konuda daha da ileri giderek, manevî tazminat alacağının kayıtsız koşulsuz mirasçılara geçebileceğini savunanlara da rastlanmaktadır.

Oysa, manevî tazminat davasının uygulanma alanını elden geldiğince daraltmayı amaç bilen bir görüş, manevî tazminat alacağının mirasçıya geçebilmesi için, davanın açılmış olmasıyla bile yetinemeyecek ve bu alacağın mahkeme hükmüyle ya da saldırganın «kabulüyle» somutlaşıp güncelleşmesini (sabit olmasını) şart koşacaktır.

Ölüm üzerine, manevî tatmin bekleyen acı ve elem de ortadan kalkmış bulunduğu göre, manevî tazminat talebini ölüm sonrasında ayakta diri tutmanın yeri ve gereği olamaz. Miras bırakanın kişiliğine çok yakından bağlı olan, kaynağı doğrudan doğruya miras bırakanın kişisel varlığında yatan bu istem, ölümle etkisizleşmei, ölüyle birlikte mezara gömülmelidir.

MK 85 II kuralı, hiç kuşkusuz, bir «istisna» karakterinde de olsa, işlerlik gücünü koruyacaktır.

(Bu konuda bk. Tekinay, Aile Hukuku, 63; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 32 i.s.; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schw. OR, 128; Oftinger, Haftpflichtrecht I, 286 i.s.; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, 86; Yargıtayın İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi Cilt III, 2011, 2452 ve Cilt IV, 1804'de yayımlanmış kararları; İsv. Fed. M., BGE 81 II 389).

6. Manevî tazminat davasına, ancak kişilik haklarını koruyan bütün öteki yollar ve olanaklar tüketildikten sonra, «son çare» (ultima ratio) olarak başvurulabilmelidir. Üstelik, başkaca yollardan doyurucu bir çözüme ulaşamadığı için bir «son çare» olarak başvurulduğunda da, «yargısal kınama» veya «hükmün ilânı» (Ticaret K. 58, Fikir ve Sanat Eserleri K. 78) gibi para dışı manevî tatmin yollarına sapılmalı, hiç değilse, manevî tazminat parasının bir hayırsever kuruma ödetilmesi yolu seçilmelidir. (Bu olanağın kullanılmasının yargılama hukuku alanında doğurabileceği i'g'nç sorunlar ve bunların çözülüp aşılması üstüne bk. Behr, Juristenzeitung 1976, 622 i.s.).

Kişilik hakkı, oldum olası, «hukukçu kişiliğinin» şaşmaz denek taşı olagelmıştır. Belirli sınıftan veya ırktan insanlara hukuksal kişilik tanımayan ya da aktif ve pasif ö'aneziyi kişilik hakkı ile bağdaştıran anlayıştan, günümüzün hukuksal kişilik anlayışına dek uzanan tarihsel süreçte, nice hukukçu, kişilik hakları alanında takınmış oldukları tavırlarla belirlenmiş olan olumlu ve olumsuz kişilikleriyle arşivlerdeki yerlerini almışlardır. Unutulmasın ki tarih boyunca ve günümüzde, kimlerin kişiliğinin kimlere karşı, hangi uğurda ve hangi biçimde korunduğu sorunsalı üzerinde düşünmeyen hukukçunun gelecek kuşaklar önündeki sorumluluğu ağır olacaktır.
