

TÜRK HUKUKUNDA ŞEREF VE HAYSIYETİN KORUNMASI (*)

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN

1 — Konu. 2 — Sosyal-siyasi ve ahlâki mesele. 3 — Hukuki Hıfaya. Genel olarak. 4 — Anayasa hukuku bakımından hıfaya. 5 — Ceza hukuku müeyyidelerle koruma. 6 — Hususî hukuk müeyyidelerle koruma. Haksız fiil hukukunda hareket noktası : a) Mesele. 7 — b) Sistemler. 8 — Şahsiyet hakları ve manevî zarar. a) Genel olarak. 9 — b) Şahsiyet hakları müessir bir şekilde nasıl korunabilir ? 10 — İngiltere'deki tatbikat. 11 — Kıt'a Avrupası hukukunda yeni cereyanlar : Almanya ve İsviçre'deki gelişmeler. 12 — Hülâsa ve netice.

1 — Konu :

1962-63 öğretim yılı açılış dersinin konusu «Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması»dır. Önce neden bu konuyu seçmiş olduğumu izah etmek isterim. Şeref ve haysiyetin korunması ticaret hukuku ile doğrudan doğruya ilgili bir konu değildir. Ticaret hukuku kürsüsü öğretim üyesi olduğum halde ticaret hukukunun teknik konularından birini değil de şeref ve haysiyetin korunması konusunu seçmiş olmamın çeşitli sebepleri vardır.

Ticaret hukuku konuları son sınıfa geçmiş öğrencilerimiz için dahi yenidir. Hukuk öğrenimini tercih ederek Fakültemizin birinci sınıfına kaydolmuş yeni öğrencilerimizden son sınıf öğrencilerine kadar, her sınıftaki öğrencilerimizin iştirak ettiği bu dersde bütün öğrencilerimizi ilgilendirebilecek bir konuyu ele almayı, ticaret hukukunun klâsik ve teknik konularına tercih ettim. İnsan ve vatandaş olarak hepimizin en aziz varlığı - hiç şüphe yok - haysiyet ve şerefimizdir. Üstelik

(*) 1962 - 1963 Öğretim yılı açılış dersi.

bu konunun bir memleket meselesi olarak aktüel bir değeri ve önemi de vardır. Pedagojik bakımdan ise şeref ve haysiyetin himayesi mevzuu, derslerimizde her vesile ile belirtmeğe çalıştığımız şu hususu açık bir şekilde göstermeğe elverişli bulunmaktadır : Hukuk bir bütündür. Hukuk, amme hukuku-hususî hukuk diye ikiye ayrılmasına, hukuk fakültelerinde dersler medenî hukuk, ticaret hukuku, anayasa hukuku.. gibi çeşitli adlar almasına rağmen, hukuk bir bütündür. Çeşitli dersler hukuk öğretiminde zarurî işbölümünün bir neticesidir. Biraz sonra, vaktin müsaade ettiği nisbette izah edileceği gibi, şeref ve haysiyetin himayesi **çok taraflı** bir konudur. Hem anayasa, ceza ve medenî hukuk gibi maddî hukuk ile, hem de -mahkemelerdeki tatbikatı ve hâkimin formasyonu ve takdir hakkı ile yakın ilgisi dolayısıyla - geniş manadaki usul hukuku ile ilgilidir. Şeref ve haysiyetin himayesi konusunda «olan» hukuku (mevzu, «pozitif» hukuku) inceleyenken bu sahada «olması gereken», ideal hukuk meselelerine de temas edeceğiz.

Şeref ve haysiyet «temel haklar» dolayısıyla anayasa hukukunu, cezaî himaye bakımından ceza hukukunu, hukukî (medenî) himaye bakımından ise hususî hukuku ilgilendirir. Şeref ve haysiyet, «şahsiyet hakları» — Medenî Kanun ve Borçlar Kanunundaki terime göre «şahsî menfaatler» — olarak korunur ve bazı hallerde ayrıca «haksız fiil» sayılarak manevî tazminat davasının konusu olabilir. İlerde ticaret hukuku derslerinde göreceğiniz gibi ticarî haksız fiillerin tipik bir nev'i olan «haksız rekabet» de şahsiyetin korunması, daha özel bir deyimle «iktisadî şahsiyet» in korunması esasına dayanır.

Bu dersde şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili başlıca meseleleri incelerken, bu konu dolayısıyla de, sizlere aynı zamanda hukukun bir bütün olduğunu göstermeğe çalışacağım. Gerçek hukukçunun, sosyal gerçekleri olduğu gibi görebilmesi ve bunların çeşitli kollara ayrılmış hukuk içindeki yerini kıymetlendirmesi; mevcut, mer'î hukukun maksada en uygun şekilde nasıl ve hangi şartlar içinde uygulanabileceğini araştırması ve nihayet aksayan, yetersiz olan tarafları göstererek ideal hukuk ile pozitif hukuk ve tatbikat arasındaki mesafenin azaltılması için yargı ve yasama alanında yapılacak

işlere bir yön verebilmesi lâzımdır. Sosyal hayat geliştikçe, fertler ve guruplar arasında maddî, manevî menfaat ihtilâfları arttıkça hukukçunun toplum içindeki vazife ve mesuliyeti o nisbette çoğalmakta ve ağırlaşmaktadır. Bu dersde inceleyeceğimiz şeref ve haysiyetin himayesi konusunun bizlere bu gerçeği bir defa daha hatırlatması bakımından da önemi vardır.

2 — Sosyal - siyasi ve ahlâkî mesele :

Türk hukukunda şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili başlıca hukukî meseleleri ele almadan evvel sosyal - siyasî ve ahlâkî meseleyi açıkça ortaya koymak gerekir.

Fert ve toplumlar yaşamak için, daha iyi yaşamak için, yükselmek ve başarmak için çalışmak ve yarışmak zorundadırlar. Fikir, ekonomi ve siyaset... alanındaki yarışta temel unsur insan ve insanların meydana getirdikleri, ayrı bir hukukî varlığı olan topluluklardır. Hukuk alanında biz bunlara şahıs, kişi adını veriyor, hakikî - hükmi şahıs (gerçek kişi - tüzel kişi) olmak üzere ikiye ayırıyoruz. Yarışın dürüst, verimli ve başarılı olmasının ilk şartı şahısların, şahsiyetin bir bütün olarak hukuk düzenince korunması, şeref ve haysiyetin taarruz ve tecavüzlerden masun bulunmasıdır. Ancak, şahsiyetin ve bu arada şeref ve haysiyetin korunması, «fikrî, siyasî, iktisadî... rekabet bu temel mevcut olmadıkça mümkün ve müessir olamaz» gibi pratik ve faydacı bir görüşe dayanmamaktadır. Bunun yanında ve üstünde insanı, şahsiyetini en yüksek ahlâkî değer sayan ahlâkçı ve insancı bir görüş de bulunmaktadır.

Şeref ve haysiyetin ihlâli fiilleri iktisadî mücadele ve bilhassa siyasî mücadele alanında görülmektedir.

Diktatörlük ve tek parti rejimlerinde siyasî mücadele ancak parti kademeleri içinde yapılabildiği veya yeraltı faaliyeti şeklinde cereyan ettiği için, bu rejimlerde siyasî faaliyetler dolayısıyla şeref ve haysiyetin korunması, hukukî bakımdan bir özellik arzetmez. Siyasî faaliyette bulunan insan ya parti hattı içindedir, itibara lâyıktır veya parti hattından ayrılmıştır, siyasî itibar kadar hukukî himayeye de lâyık değildir.

Çok parti ve parlâmento rejimlerinde ise siyaset alanında açık rekabet esası vardır. Basın, radyo, film gibi kütle propa-

ganda vasıtalarının zamanımızda teknik bakımdan pek gelişmiş olması dolayısıyla siyasî mücadelede oyun kaidelerine riayeti sağlamak bu rejimlerde ahlâk ve hukuk bakımından pek önemli ve hatta hayatî bir zaruret olmaktadır.

Ahlâkın değişmez iki kaidesine riayet etmeden yapılırsa, çok partili rejimde siyasî mücadele, kısa zamanda, soysuzlaşabilir. Sana yapılmasını istediğin şeyi sen başkasına yapmazsan ve hele sana yapılmasını istemediğin bir şeyi, sen başkasına yaparsan, siyasî çekişme er-geç kördöğüşü halini alır ve kördöğüşü ile ortaya çıkan bu kördüğüm bir gün beklenmedik bir anda rejimin yıkılmasıyla çözülmek istenebilir. Hukukun ve hukukçunun vazifesi, insanların ve müesseselerin haysiyet ve şereflerine tecavüz etmek suretiyle siyasî mücadelede başarı uman kolay yol mensuplarının, ahlâkın değişmez kaidelerine uymalarını sağlamak; insan şahsiyetini siyasî, iktisadî mücadelede bir obje olmaktan çıkarmak, şeref ve haysiyeti haksız tecavüzlere karşı korumaktır.

Memleketimiz, kırk seneye yaklaşan Cumhuriyet devrinde hem tek partili, hem de çok partili hayatı yaşamış, siyasî hayatımızda bilhassa çok partili hayata girdiğimiz 1945 yılından sonra siyasî rekabet alanında rakiplerin şeref ve haysiyeti pervasızca ve insafsızca tahrip edilmek istenmiştir. 27 Mayıs'dan önceki ve sonraki hâdiseler (jurnaller, tevkifler, muhakemeler, basın yoluyla yapılan tecavüzler) şeref ve haysiyetin himayesi bakımından da büyük derslerle doludur. Başka şahsa, fikre, siyasî guruba hücum için ahlâk ve hukuk yolundan ayrılmakda en ufak bir endişe duymayanlar, kendi şahsiyetleri aynı tecavüzlere maruz kalınca kuvvet yolunun, ahlâk ve hukuk dışı yarış ve mücadele vasıtalarının ne kadar ızdırab verici ve bir şey halletmekten uzak olduğunu anlamışlardır. İnsanın şahsiyetini, şeref ve haysiyetini onun en kutsal varlığı olarak kabul eden bir insan ve hukukçu olarak bunları müşahade etmekten ızdırab duymamaya ve esef etmemeye imkân yoktur.

Şeref ve haysiyetin himayesi konusunda sosyal-siyasî ve ahlâkî meseleyi bu şekilde tesbit ettikten sonra bu konunun hukuk alanındaki meselelerini inceliyeceğiz. Bir ders saati içinde çeşitli hukuk kollarını ilgilendiren bu kadar önemli bir ko-

nuyu bütün teferruatile incelemeğe imkân olmadığını takdir edersiniz. Bu dersde şeref ve haysiyetin himayesile ilgili meseleler sadece anahatlariyle ele alınacak, Türk hukuku ve gerektiğçe yabancı memleketlerdeki gelişmeler müessese ve prensipler bakımından izah edilmeye çalışılacaktır.

3 — Hukukî Himaye. Genel olarak :

Şahısların maddî ve manevî olmak üzere iki varlığı vardır. Hukuk alanında iktisadî değer arzeden hakların bütününe **maddî mamelek**, iktisadî değer arzetmeyen hakların bütününe ise **manevî mamelek** adı verilmektedir (1). Maddî ve manevî mameleke dahil olan haklar umumî bir şekilde insan hakları, vatandaş hakları veya temel haklar adı altında anayasalarda tesbit edilmekte, bu temel haklar da ceza hukukuna veya hususî hukuka has müeyyidelerle korunmaktadır.

Meselâ Anayasamızın 30. maddesine göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Maddî mameleke dahil haklardan mülkiyet hakkı, mal üzerindeki haklar, ceza hukuku bakımından Ceza Kanununun hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve emniyeti suistimali.. cezalandıran hükümleriyle (CK. 491-521, 312), hususî hukuk bakımından ise Medenî Kanundaki istihkak veya zilyetlik davalarıyla korunur.

Manevî mameleke dahil olan haklarla ilgili olarak Anayasa'da çeşitli hükümler (m. 10, 12,14 vd,35) yer almış ve meselâ Ceza Kanunu hürriyet aleyhinde işlenen cürümlere (m. 174-201) ve eşhasa karşı cürümlere (m. 448-490) ait maddeler ile bu hakları ceza müeyyideleriyle korumuştur. Hususî hukukda ise manevî haklar, şahsiyet hakları (şahsî menfaatler) adı altında MK. 23 ve 24 ile korunmuştur. Borçlar hukuku bakımından maddî ve manevî mamelek ise haksız fiille ilgili hükümlerle (BK. 41-60) himaye edilmektedir. Haksız fiil neticesi maddî zarar vukubulmuş ise (maddî) tazminat davası,

(1) Prof. Dr. H. Veldet Velidedeoğlu : Türk Medenî Hukuku. C. 1. cüz 1. Umumî Esaslar. 6. bası, İstanbul, 1959, s. 207 vd., 242 vd.; cüz 2. Şahsın Hukuku. 6. bası. İstanbul, 1960 s. 100 vd.; Prof. Dr. Jale G. Akipek : Türk Medenî Hukuku. C. 1, cüz 2, Şahsın Hukuku. Ankara, 1961, s. 104 vd..

manevî zarar vukubulmuş ise -men, önleme davalarından başka - manevî tazminat davası açılır.

Görülüyor ki şeref ve haysiyetin himayesi a) anayasa hukuku, b) ceza hukuku ve c) hususî hukukla ilgili bulunmaktadır. Bu dersde önce şeref ve haysiyetin anayasa ve ceza hukuku bakımından himayesi kısaca incelenecek, bundan sonra hususî hukuk bakımından şeref ve haysiyetin korunması meseleleri ele alınacaktır.

4 — Anayasa hukuku bakımından :

Hukuk müesseseleri her zaman mevcut, kendiliğinden, zahmetsiz olarak ortaya çıkmış müesseseler değildir. Ferdin, insanın insan olarak herkese ve devlete karşı korunmasını talep edebileceği -dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez -temel haklara sahip olduğu hakkındaki anayasa hükümlerinin arkasında uzun bir mücadele ve gelişme tarihi vardır.

Tabii hukukçuların, hukuk ve siyaset alanındaki fertçi cereyanın önderliği neticesi insan ve vatandaş hakları yavaş yavaş anayasa hukukuna girmeye başlamıştır. 1689 tarihli İngiliz Haklar Kanunu (Bill of Rights), 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Demeci ve Amerika İstiklâl Demeci, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Demeci bu cereyanın başlıca metinlerini teşkil eder. İki Dünya Harbi arasında geçirilen çok acı tecrübelerden sonra insanın temel hakları konusu özel bir ihtimamla ele alınmış, anayasa mahkemelerine ve hatta milletlerarası bir organa müracaat yolunda ciddi mesafeler aşılmıştır.

a) 1946 tarihli Fransız Anayasa'sında (başlangıç kısmında), 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nda (m. 2, 13 vd.), 1949 tarihli Alman Anayasası'nda ve nihayet 1961 tarihli T. C. Anayasası'nda insanların kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetleri açıkça gösterilmiştir. Alman Anayasası'nın birinci maddesi konumuz bakımından bilhassa önemlidir : «İnsan haysiyetine dokunulamaz. Her türlü devlet otoritesi insan haysiyetine saygı göstermek ve onu korumakla görevlidir» (f. 1) (2).

(2) Türkçe metinler için bak. ve kar. : Dr. İlhan Lütem : Yeni Anayasalar. (Türk Hukuk Kurumu yay.) Ankara. Almanya. C. I.

Türk Anayasası herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu (m. 10), herkesin yaşama, maddî ve **manevî** varlığını geliştirme hakkına sahip bulunduğunu (m. 14), basın ve haber alma hürriyetinin «kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü» önlemek için kanunla sınırlanabileceğini (m. 22 f3), düzeltme ve cevap hakkının kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması halinde tanındığını (m.27) kabul etmiştir.

b) Anayasalardaki bu hükümlerden başka temel hak ve hürriyetler (İnsan hakları) milletlerarası metinlerde de yer almıştır. Üye devletleri bağlamayan ve sadece temel haklar programı mahiyetindeki 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi ile 1950 yılında Avrupa Konseyi üyeleri arasında imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma'ya dair Sözleşme bu alanda kaydedilen iki büyük merhalelerdir.

Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve ek protokolü 1954 yılında 6366 sayılı Kanunla tasdik edilmiştir. Ancak memleketimiz bu sözleşme ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Komisyon ve Divanının selâhiyetini tanıdığını beyan etmemiş olduğu için Türkiye'deki gerçek ve tüzel kişiler insan haklarının ve bu arada şeref ve haysiyetin ihlâl edildiği iddiasıyla bu komisyon ve divana müracaat edemeyeceklerdir. Bu sebeple sözleşmeyi tasdik eden Türkiye için bu hükümler müeyyidesiz hukuk kaidesi «lex imperfecta» değerindedir.

Anayasa hükümleri, «yasama, yürütme ve yargı organlarını.. ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları» (m. 8 f2) olduğu için temel hakları ve bu arada kişinin şeref ve haysiyetini korumak ve ona saygı göstermek hem devlet organları, hem de kişiler için bir anayasa borcudur.

1953, s. 38; Fransa C. II, 1953, s. 532, İtalya C. III, 1954 s. 909 vd. Anayasaların İngilizce metinleri : A. J. Peasle : Constitutions of Nations. Almanya : C. III, 1950, s. 600 vd.; Fransa C. II 1950, s. 8 vd.; İtalya s. 279 vd.. Ayrıca bak : Maunz/Dürig, Grundgesetz. München/Berlin, 1961, (Dürig'in birinci maddeyle ilgili mufassal şerhi); Doç. Dr. İlhan Lütem : Dünya Anayasalarında İnsan Hakları. Ankara, 1956, 180 s.; Doç. Bahri Saveri: İnsan Hakları (Kanunilik yolu ile korunması). Ankara, 1953, 328 + XXXI s.

Devlet, kişinin şeref ve haysiyetini -hakaret ve sövmeyi suç saymakla - ceza hukuku bakımından korumuş ve ayrıca neşir vasıtaları ile işlenen hakaret ve sövme suçlarını ya cezayı artırıcı bir hal saymış veya bu konuda basın kanunlarına özel ceza hükümleri koymuştur.

5 — Ceza hukuku müeyyideleriyle koruma :

a) Memleketimizde şeref ve haysiyetin korunması ile ilgili gelişmeler cezaî müeyyideler bakımından şöyle hülâsa edilebilir : Hakaret ve sövme (şetim) ile ilgili olarak 1274/1857 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu'nda (3) sadece kısa bir madde vardı (m. 214). Belki bu sebeple 1280/1864 tarihli Matbuat Nizamnamesine (4) «zem» ve «kadih» hakkında özel hüküm koymak ihtiyacı hissedilmiş (m. 18), resmî şahıs ve heyetlere hakaret (m. 15-17) ve ayrıca hakkında yazı çıkan kimsenin cevap hakkı düzenlenmiştir (m. 8 f2, 12).

Ceza Kanunnamesindeki 214 üncü madde 1327/1911, 1330/1914, 1341/1925 tarihlerinde üç defa değiştirilmiş (5), «şetim» suçunun yerini- adı ve şartları değiştirilmek suretiyle - «zem ve kadih» (hakaret ve sövme) suçları almıştır. Görülüyor ki cezaî müeyyideler bakımından şeref ve haysiyete aykırı fiiller etraflı bir şekilde ilk defa basın mevzuatında yer almıştır. Bunun bir tesadüf olmadığı kanaatindeyiz.

1325/1909 tarihli Matbuat Kanununda (6) ceza hükümleri (m. 8 vd.) ve bilhassa basın yoluyla işlenen «zem ve kadih» suçlarına ait hükümler (m. 25-30) yer almıştır.

(3) Düstur, Tertibi evvel, C. 1, s. 537 vd.

(4) «Dersaadet'de ve memaliki şahanede tab ve neşrolunan her nevi gazete ve evrakı havadisi mülkiyye ve politikiiye tab ve neşri hakkında bu kerre tanzim olunan nizamnamedir». Düstur, Tertibi evvel, C. 2, s. 220 vd.

(5) 22 Mayıs 1327 tarihli tâdil (Düstur, Tertibi sani, C. 3, 1330, s. 455); 28 Nisan 1339 tarihli tâdil (Düstur, Tertibi sani, C. 6, 1334, s. 647); 22 Nisan 1341 tarihli tâdil (Sicilli Kavanin, C. 1, 1926, s. 854). Bak. ve kar. Sahir Erman : Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, 1950, s. 19-20.

(6) Düstur, Tertibi sani, C. 1, 1329, s. 395 vd.

1926 tarihli Türk Ceza Kanununda hakaret ve sövme suçlarına ait cezalar 480-490 ıncı maddelerde tesbit edilmiş ve 482, 483, 488 ve 490 ıncı maddeler 3038 sayılı kanunla tadil edilmiştir. Ceza Kanunu, neşir vasıtasile işlenen hakaret ve sövme suçlarını cezayı artırıcı bir sebep saymaktadır (m.480 f2, 482 f4).

1931 tarihli ve 1881 sayılı Matbuat Kanununda basın yoluyla hakaret ve sövme suçlarına umumî bir yer verilmek ihtiyacı hissedilmemiş, basın suçlarında yazar ve mes'ul müdürün müşterek cezaî mesuliyetine (m. 27), fertlerin şahsî ve ailevî hususî hayatlarını neşretmek (m. 29), resmî heyet ve devlet memurlarının şeref ve haysiyetini ihlâl (m. 30)... suçlarına yer verilmiştir. Matbuat Kanunu çok partili hayat başladıktan sonra 1946 tarihinde kısmen değiştirilmiştir (bilhas-sa m. 27).

İktidar serbest seçimlerle yeni bir partiye geçtikten sonra 1950 yılında 5680 sayılı Basın Kanunu çıkartılmış, basın yoluyla hakaret ve sövme suçlarına ait özel ceza hükümlerine umumiyetle bu kanunda yer verilmemiştir. Fakat dört yıl geçmeden 1954 Mart'ında «Neşir Yoluyla veya Radyo ile İşlenecek Bazı Cürümler» hakkındaki kanun kabul edilerek «namus, şeref veya haysiyete tecavüz veya hakaret, rıza hilâfına hususî veya ailevî ahvalin teşhir olunması...» suçları için 6 aydan 3 seneye kadar hapis, 1000 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezası konmuş, ayrıca bu suçların takibi şikâyete bağlı bulunmadığı, fakat mağdurun muvafakatine bağlı olduğu ve mevkute sahibinin, suçluya verilecek ağır para cezasının 5 misli para cezasına mahkûm edileceği de kabul edilmiştir.

Bu özel cezaî müeyyideler de yeter sayılmamış olacak ki 1956 yılında 6732 sayılı kanunla bu adı geçen kanundaki cezaların aşağı hadleri hapis cezasında 6 aydan 1 seneye, ağır para cezasında 1000 liradan 3000 liraya, mevkute sahibine verilecek para cezası ise 5 den 10 misline çıkartılmıştır. Aynı gün kabul edilen 6733 sayılı kanunla, Basın Kanununun cezaî mesuliyetle ilgili 16 ncı maddesi değiştirilerek bir basın suçundan dolayı muharrir ve mesul müdürden başka mevkute sahibinin de cezaen mesul olacağı esası benimsenmiştir.

1954 yılında çıkan «Neşir Yoluyla veya Radyo ile İşlenecek Bazı Cürümler» hakkındaki kanun 27 Mayıs'dan sonra 6 Ekim 1960 tarihli ve 94 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Ayrıca Basın Kanununda sonradan yapılan değişiklikler de 143 sayılı Kanunla esas itibarile kaldırılmış ve Basın mevzuatı bakımından - cüzi bazı ek ve değişiklikler hariç - 1950 yılındaki duruma dönmüştür. Ayrıca Ceza Kanununun isbat hakkıyla ilgili 481. maddesi 144 sayılı Kanunla ıslah ve tâdil edilmiştir.

b) Şeref ve haysiyetin cezaî müeyyidelerle korunmasına ait yukardaki özeti takip ederken hakaret ve sövmeye ait suçların geniş bir şekilde ilk defa basın mevzuatında (1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi ve 1909 tarihli Matbuat Kanunu) yer aldığını, cezaların artırıldığı ve suç sayılan fiillerin genişletildiği tarihlerin siyasî hayatımızda barometrenin yükseldiği yıllara rastladığını müşahede etmişsinizdir.

Şeref ve haysiyetin ihlâli dolayısıyla açılan davalarda davacı durumunda bulunanların, şeref ve haysiyetine pervasızca tecavüz edildiği halde - cüretkâr ve şirret kişilerin fiilleri karşısında şeref ve haysiyetlerinin daha fazla tecavüze maruz kalmaması ve haksız teşhirleri önlemek için - mahkemeye gitmekten bile çekinen insanların ızdırabına ve bu fiillerin cemiyet hayatındaki tahripkâr tesirlerine hukukçunun seyirci kalmasına imkân yoktur.

Cezaî müeyyideleri ağırlaştırmanın, şeref ve haysiyeti ihlâl fiillerini önleyemediğini 1954 yıllarında çıkartılan özel kanunların tatbikatı ve neticeleri açıkça göstermektedir. Ceza müeyyidelerinin başlıbaşına yetersiz olmasının üç sebebi vardır :

1 — Ceza hukuku tarihi, ceza ağırlaşdıkça, ceza hükümlerinin tatbikinin güçleştiğini ve müessirliğinin azaldığını gösteren çeşitli misallerle doludur. Şeref ve haysiyete tecavüz ve diğer basın suçlarındaki özel ve istisnaî ceza hükümlerinin tatbikatında da aynı durum müşahede edilmektedir.

2 — Suç ve cezaların sık sık umumî af kanunlarıyla affedilmesi memleketimizde cezanın ne kefaret (intikam), ne cemiyeti koruma, ne de suçu önleme ve suçluyu ıslah fonksiyonunu ifa etmesine imkân vermektedir. Bir taraftan cezaları artırırken diğer taraftan cezaları veya suçları affetmenin ceza

siyasetimizde aksayan bir taraf ve hatta tenakuz bulunduğunu açıkça gösterir. Hakaret ve sövme suçları veya özel ceza hükümleri dolayısıyla mahkûm edilen bir kimsenin af edilmesi halinde fiil tamamen müeyyidesiz kalmış olacaktır. Bundan dolayı şeref ve haysiyetin himayesi konusunda sadece ceza tehdidi ne mağdurun beşerî olan kefareti, intikam duygusunu tatmin, ne de bu gibi fiilleri önleme fonksiyonunu yeter derecede ifa edebilir.

3 — Ceza hükümleriyle suç sayılmamış olan şeref ve haysiyeti ihlâl edici fiiller de vardır. Bu gibi fiillerin önlenmesi için cezaî mahiyette olmayan müeyyidelerden faydalanmak gerekmektedir.

Hülâsa edilecek olursa şeref ve haysiyetin korunması için bazı hallerde ceza müeyyidesi tek başına yetmemekte, bazan de bu fiillerin bir kısmı esasen ceza tehdidi altında bulunmaktadırlar. Bundan dolayıdır ki hususî hukukun maddî mamelekte tesirini gösterecek müeyyidelerinden, bilhassa manevî tazminat müeyyidesinden faydalanmak bir zaruret halini almıştır.

Böylece şeref ve haysiyetin hususî hukuk müeyyideleriyle korunması konusuna gelmiş bulunuyoruz. Hususî hukukumuz, daha sarîh bir ifadeyle borçlar hukukunun önemli bir kısmını teşkil eden haksız fiil hukukumuz bu bakımdan ne durumdadır? Acaba haksız fiil hukukuna hâkim olan esaslar ve memleketimizdeki tatbikat, şahsiyet haklarının ve bu arada şeref ve haysiyetin himayesi için ne dereceye kadar uygun ve elverişlidir? Bu suale cevap vermek için önce haksız fiil hukukundaki temel meseleyi, bu konudaki sistemleri ve Türk hukukundaki durumu inceleyecek ve sonra manevî tazminat sahasındaki sistemleri, yeni cereyanları ve Türk hukukundaki durumu ele alacağız.

6 — **Hususî hukuk müeyyideleriyle koruma. Haksız fiil hukukunda hareket noktası :**

a) **Mesele :** Maddî ve manevî mameleke, haksız bir fiil ile zarar verilmesi halinde hukuk hangi davaların açılmasını kabul etmelidir? Haksız fiil hukukunun gayesi ve hareket noktası ne olmalıdır? Modern hukukda, bilhassa kontinental

hukukda zararı ödettirmek gayedir. İster kusur, ister sebep mesuliyeti esası kabul edilmiş olsun, haksız fiil hukukunda sadece **zararın ödettirilmesi** mülâhazası hâkim bulunmaktadır. Fakat bilhassa iki noktada sadece zararın ödettirilmesi görüşünün yetersiz olduğu kolaylıkla müşahede edilebilir :

1) Davalının haksız fiil dolayısıyla elde ettiği menfaat, davacının bu fiil dolayısıyla maruz kaldığı zarardan fazla olabilir. Haksız fiilde sadece davalının maruz kaldığı zarar gözönüne alınır ve hükmolunacak meblâğın azamî tutarı zarar miktarını aşmayacak olursa hukuk haksız fiilleri teşvik etmiş, bu fiillere prim vermiş olur.

2) Haksız fiil neticesinde davalı, ödemekle mükellef tutulacağı meblâğdan daha fazla bir menfaat elde etmemiş olsa bile hükmolunacak meblâğ, davalının bu gibi fiilleri bir daha yapmamasını sağlayacak yeterlikde olmayabilir.

Görülüyor ki bu iki halde sadece zararın ödettirilmesini düşünmek, hukuk düzeni bakımından mahzurludur. Hukuk düzeni haksız olduğunu kabul ettiği fiillerin tekrar edilmesine, artmasına kayıtsız kalmaz. Haksız fiile prim veren bir hukuk, hem kabul ettiği prensip ile çelişme haline düşer, hem de cemiyet hayatında düzeni sağlamak fonksiyonunu ifa edememiş olur. Bundan dolayı haksız fiil hukuku sadece zararın ödettirilmesini değil, zararın ve haksız fiilin önlenmesini, bu fiillerin fail veya başka şahıslar tarafından tekrar edilmemesini de sağlayabilmelidir.

Haksız fiil hukukunun önleyici bir fonksiyonu olabilmesi için a) davalının haksız fiil dolayısıyla elde ettiği maddî menfaat davacının zararından fazla olduğu takdirde emeğinin değil, haksız fiilin neticesi olan aradaki farkın da iade edilmesi kabul edilmeli ve b) davalının mamelekinde haksız bir menfaat artması olmasa bile davacının sadece zararı ödemeğe mahkûm edilmesi halinde bu meblâğ davalıya (ve benzerlerine) haksız fiili yapmamak için yeter bir maddî fedakârlık ve müeyyide teşkil etmediği takdirde davalı, davacının zararından başka, «hususî ceza» olarak münasip bir meblâğı davacıya ödemeye de mahkûm edilmelidir.

7 - b) Sistemler : Haksız fiil hukukunun temel meselesini bu şekilde vaz ettikten sonra şimdi mukayeseli hukuk alanına geçerek bu konudaki sistemleri ve cereyanları göreceğiz.

Roma hukukundan zamanımıza kadar haksız fiil hukukunda şu gelişme safhaları müşahede edilmektedir :

1 — Ceza ile tazminatın, ceza hukuku ile haksız fiil hukukunun birbirinden ayrılması. (Bu suretle davalının ödeyeceği meblâğ davacının zararından ibaret kalmış, haksız fiil hukukunda önleme fonksiyonu unutulmuştur).

2 — Zararın ödettilmesi için fiil ile zarar arasındaki iliyet münasebetini yeter gören sebep mesuliyeti yerine davalının kusurunu da arayan kusur mesuliyeti esasının benimsenmesi.

XIX. asrın ikinci yarısında davalının zararını kusur mesuliyeti esasına göre ödetme görüşü olgunluk devresini yaşamış ve ekonomi hayatında sanayileşme hadisesinin, fikir hayatında insancı görüşlerin tesiri ile hukuk alanında **aksi istikamette** bir gelişme başlamıştır :

1) Kusur mesuliyeti yanında sebep mesuliyeti esası, risk teorisi, kuvvetle yerini almaktadır.

2) Bundan başka cezaî müeyyide yanında veya ondan ayrı olarak haksız fiil hukukunda da, zararın ödettilmesinden başka, gereken hallerde haksız fiillerin «medenî, hususî ceza» ile önlenmesi fonksiyonuna da önem verilmesini zarurî gören bir cereyan gelişmeye başlamıştır.

XIX. asrın en büyük hukukçularından **R. von Jhering** «Hususî Hukukda Kusur» adlı eserinde hususî, medenî ceza aleyhinde cephe aldığı halde «Hukuk Uğrunda Savaş» adlı eserinde haksız fiil failini medenî müeyyide ile cezalandırmanın zarurî olduğu neticesine varmış, böylece hukuk tekniğinin gelişmesi neticesi hususî hukukda ceza fonksiyonunun kalmamış olduğunu benimseyen klâsik görüş, ilk darbeye bu görüşün taraftarı Jhering tarafından maruz kalmıştır (7). Hususî hukukta hususî ceza fikri Fransa'da **L. Hugueney**'in 1904

(7) **R. von Jhering** : Der Kampf ums Recht. (Herausgegeben von R. Huch), s. 99 vd., 109 - 113; Hukuk Uğrunda Savaş. Çev. : Rasih Yeğencil, İstanbul, 1935, s. 65 vd., 71 - 74. Ayrıca Dr. B. Starck : Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947, s. 376.

tarihli doktora tezinde parlak bir şekilde savunulmuştur. Prof Hugueney'in öncülüğünü yaptığı bu cereyan Fransa'da meşhur medeniyecilerden Prof. **Demogue**, 1958 yılında vefat eden büyük medeniyeci ve ticaretçi Prof. **Ripert** tarafından ve 1947 tarihli teziyle **Dr. B. Starck** tarafından devam ettirilmektedir (8).

İngiliz hukuk çevresindeki durum, Kıt'a Avrupası huku-kundan oldukça farklıdır. Hukuk davalarında da davacının davasını jüri vasıtasıyla gördürülmesini talep hakkını kabul eden İngiliz hukuku, haksız fiil hukuku sahasında daha pratik ve menfaatler vaziyetine uygun değişik bazı hal tarzlarını bulabilmiştir. Bir defa davalının haksız fiil dolayısıyla elde etmiş olduğu menfaatin iadesi esas **Equity** tarafından kabul edilmiştir (9). Bundan başka İngiliz hukukunda tazminat davasında ödenmesi talep edilen zarar olarak muayyen bir meblâğın önceden gösterilmesi (liquidated damage) şart değildir (unliquidated damage). Ayrıca davacı zararın miktarını isbatla mükellef olmadan, zararlar neticelenmeyen haksız fiillerde (injuria sine damno) de dava açabilir (nominal damage). Bu gibi hallerde mahkeme davalıyı 1 - 40 şilin (12 - 50 TL.) arasında sembolik bir meblâğa mahkûm eder. İngiliz hukukunun diğer bir özelliği Kıt'a Avrupasında bugün münakaşası yapılmakta olan faili cezalandıracak ve başkalarına örnek teşkil edecek meblâğla mahkûmiyeti (punitive, exemplary damage) kabul etmiş olmasıdır (10).

(8) **Hugueney** : La peine privée en droit contemporaine, Dijon, 1904; **R. Demogue** : Traité des obligations en général. Paris, 1924, C. 1, s. 184 vd.; **Ripert** : La règle morale dans les obligations civiles. 4. Baskı, 1949, s. 336 vd.. Ayrıca bak. ve kar. : **Ripert / Boulanger**: Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. C. II, 1957, Nu. 925.

(9) «Account of profits». **Halsbury's Laws of England**. Lord **Hails-ham** tarafından ikinci baskı. C. 13, 1934, s. 81 - 82; **Karayalçın**, Ticaret Hukuku Dersleri, C.1 - Giriş - Ticarî İşletme. 2. Baskı, 1960, s. 364 not 56.

(10) **P.H. Wienfield** : A text - book of the law of tort. 2. baskı, London, 1943, s. 159, 161; **Gutachten des Max - Planck Instituts für auslaendisches und internationales Privatrecht**, Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschtutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereingigten Staaten von Amerika, Tübingen, 1960, s. 183 vd., 186 - 189.

Türk hukuku haksız fiil alanında sadece davalının maruz kaldığı zararın ödetilmesini göz önüne almakda, haksız fiilin önlenmesi için maddî mamalekte azaltıcı tesir icra edecek munzam tedbirleri kabul etmemektedir. Bununla beraber Türk hukukunda da menfaatin iadesine yer veren münferid ve istisnaî hükümler mevcut bulunmaktadır. Meselâ 1957 yılında yürürlüğe giren Ticaret Kanunumuz haksız rekabette hâkimin «davacının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına» hükmedilebileceğini (m. 58 f. 1) kabul etmiştir (11).

Haksız fiil hukukunda zararı ödetme ve fiili önleme meselesini genel olarak görmüş bulunuyoruz. Bu ön çalışmadan sonra şeref ve haysiyetin hususî hukukdaki himayesine geçebiliriz.

8 — Şahsiyet hakları ve manevî zarar :

a) Genel olarak : Şeref ve haysiyet, şahsiyet hakları içinde yer alır. Şahsiyet haklarını koruyucu hükümler, aynı zamanda şeref ve haysiyetin korunmasıyla da ilgilidir.

Kıt'a Avrupası hukuku içinde şahsiyet haklarına hususî hukuk kanunlarında özel bir yer veren ve umumî hükümlerle şahsiyet haklarını koruyan devlet İsviçre ve -Medenî Kanunumuzun kaynağı İsviçre Medenî Kanunu olması dolayısıyla -Türkiye'dir.

Medenî Kanunun 23. maddesine göre «kimse, medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez (f1). Kimse hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez (f2)». 24. madde şahsiyet haklarının ihlâli halinde dava hakkını umumî olarak tesbit etmektedir. «Şahsî menfaatlerinde (Şahsiyet haklarında) haksız tecavüze uğrayan kimse hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir (f1). Maddî ve manevî tazminat namıyla muayyen bir meblâğ davası ancak kanunun tâyin ettiği halde ikame olunur (f2).»

(11) Karayalçın : Ticaret Hukuku Dersleri, C. 1, Giriş - Ticarî İşletme, 2. baskı, 1960, s. 364 - 365.

Doktrinde hâkim görüş (12) 23. ncü madde ile şahsiyetin, bizzat kendisine karşı korunduğunu (iç himaye), 24. ncü madde ile başkalarının, üçüncü şahısların tecavüzlerine karşı korunduğunu (dış himaye) kabul etmektedir. Bir İsviçreli hukukçunun haklı olarak belirttiği gibi (13) her iki madde de şahsiyeti başkasının tecavüzlerine karşı korumaktadır. Aradaki fark şuradadır : 23 üncü maddede şahsiyetin, ilgili kişinin rızasile ihlâli önlenmek istenmiş, 24 üncü maddede ise ilgili kişinin rızası bahis konusu olmaksızın doğrudan doğruya üçüncü şahısların tecavüze maruz kalması halindeki dava hakları tesbit edilmiştir.

Şahsiyetin korunması için m. 24 f1 ile kabul edilen **men davasının** İsviçre (ve Türk) hukuk tatbikatında pratik bir değeri yok gibidir (14).

Şahsiyet haklarının haksız olarak ihlâli halinde maddî bir zarar meydana gelmiş olabilir. Meselâ hayata ve vücut tamlığına tecavüz halinde vukua gelen cismanî zarar (defin, tedavi masrafları, çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybetme) dolayısıyla veya iktisadî şahsiyetin haksız rekabet veya boykot neticesi maddeten zarar görmesi halinde maddî tazminat davası açılabilir. Maddî tazminat davaları «kanunun tâyin ettiği halde» ikame olunur (MK. 24 f 2) (BK. 49 f. 1). Yani umumiyetle kusur mesuliyeti esasına ve kanunun öngördüğü diğer istisnaî hallerde sebep mesuliyeti esasına dayanılarak maddî tazminat davası açılabilir.

Şahsiyet haklarının, bilhassa şeref ve haysiyetin ihlâli halinde asıl zarar maddî değil, manevîdir. «Manevî zarar namıyla nakdî bir meblâğ itasını dava» ancak BK. 49'a göre« kusurun hususî ağırlığı icab» ettirdiği vakit caizdir. Bu hüküm

(12) Türk Hukukunda meselâ **Velidedeoğlu** : Şahsın Hukuku, age., s. 107 vd.; **F. H. Saymen** : Türk medenî Hukuku. C. II, Şahsın Hukuku, 1948, s. 123 vd.; **Jale G. Akipek** : Şahsın Hukuku age., s. 119vd.; **H. C. Oğuzoğlu** : Medenî Hukuk. C. I., Şahsın Hukuku, Ankara 1958, s. 287 vd.

(13) **Jackes - Michel Grossen** : La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels). ZSR. 1960, s. 19 a - 20 a.

(14) **Prof. P. Jaeggi** : İsviçre Hukukçular Derneği'nin 1960 yılı Lugano Toplantısı zaptı. ZSR. 1960, s. 627 a.

İsviçre Borçlar Kanunundan eksik olarak alınmıştır. İBK. 49'a göre yalnız kusurun değil, maruz kalınan zararın hususî ağırlığının böyle bir talebi haklı göstermesi lâzımdır. Doktrin BK. 49'da «zararın hususî ağırlığı» şartının bulunmamasını bir tercüme hatası olarak kabul etmekte ve manevî tazminat davası açabilmek için İsviçre'de olduğu gibi hem kusurun, hem de zararın hususî ağırlığının şart olduğu görüşünü benimsemektedir.

9 — b) Şahsiyet hakları müessir bir şekilde nasıl korunabilir ?

Şahsiyet haklarının, bu arada şeref ve haysiyetin, insanların özel hayatının hususî hukuk bakımından müessir bir şekilde korunabilmesi için manevî tazminat davalarında biri kanunun metni ve diğeri hükmün tatbiki ile ilgili iki hususu göz önüne almak lâzımdır :

1 — «Kusurun hususî ağırlığı» manevî tazminat davasının aslî unsurlarından birini teşkil etmektedir. Halbuki manevî zarar ile kusur arasında uygun bir illiyet münasebeti olmayabilir. Meselâ «ihmal veya tedbirsizlik neticesi şahsiyet haklarının ihlâli, (kasdî) bir iftiradan daha ağır manevî bir zarara sebep olabilir» (15). Manevî tazminatta kusur ve ağırlığı değil, sadece manevî zarar ve ağırlığı aslî unsur olmalıdır. Kusur ancak davalının mahkûm edileceği meblâğı tesbit etmekte göz önüne alınacak talî bir unsur olmalıdır. Şahsiyet haklarının, şeref ve haysiyetin hususî hukuk alanında yeter derecede korunabilmesi için hâkimlerimizin manevî tazminat davalarında kusurun ağırlığı unsuruna değil, bilhassa zararın ağırlığı unsuruna önem vermelerini temenni etmekteyiz. İlerde Borçlar Kanununun revizyonu bahis konusu olunca kusurun ağırlığı unsurunun ayrıca ele alınmasının gerektiği kanaatindeyiz.

2 — Manevî tazminat davasında önleme ve ceza fonksiyonu olmadığını kabul eden klâsik görüşü **F. H. Saymen** «Manevî Zarar ve Tazmini Sureti» adlı doktora tezinde (16) müda-

(15) ZSR. 1960, s. 638 a, 115 a.

(16) İstanbul, 1940 (Hukuk İlmini Yayma Kurumu No. 10) s. 83 vd., 110.

faa ve temsil etmiştir. Bu görüşde yani manevî tazminatta önleme ve ceza fonksiyonunun bulunmadığı görüşünde isabet var mıdır? Manevî tazminat davalarında manevî zararı objektif esaslara göre tesbit etmek hemen hemen imkânsızdır. Manevî zararın maddî karşılığını tesbit ederken hâkim nasıl olsa takdir selâhiyetini geniş ölçüde kullanmak durumundadır. Hâkim takdir hakkını kullanırken «hak ve nısfetle hükmeder» (MK. 4). Maddî tazminat davaları neticesi hükmolunan meblâğ içinde zarara, eğer varsa cezaya tekabül eden tutarları tesbit etmek mümkündür. Objektif esaslara göre tesbit edilen maddî zararın üstünde kalan kısım medenî, hususî ceza miktarını gösterebilir. Manevî tazminat davalarında böyle bir ayırma yapmaya imkân yoktur. Bu itibarla hâkim takdir hakkını kullanarak hükmederken manevî zararı ödetmek kadar manevî zarara sebep olacak fiilleri önleme hususunu da hak ve nısfetin bir icabı sayabilir (17).

Haksız fiil hukukunda önleme ve ceza fonksiyonu kabul edilmediği vakit bunun pratik neticesi manevî tazminat davalarında hükmolunacak meblâğın pek mütevazı olmasıdır. Türk hukuku bakımından bir neticeye varmadan bu konuda yabancı memleketlerdeki tatbikatı ve yeni cereyanları gözden geçirmekde fayda vardır. Önce önleyici, cezaî tazminat görüşünü kabul eden İngiltere'deki tatbikattan bir mişal alacak, Almanya ve nihayet İsviçre'deki cereyanları inceliyeceğiz.

10 — İngiltere'deki tatbikat : İngiliz hukukunun haksız fiil dolayısıyla hükmolunacak tazminatta önleyici, cezalandırıcı, başkalarına örnek olucu bir fonksiyonu bulunabileceği hususunu kabul ettiğini daha evvel görmüştük. 1886 yılındaki bir davada (Rodocanachi v. Milburn), şeref ve haysiyetin ihlâli dolayısıyla açılan davalarda istenen tazminatın teknik manada zararı ödetme sayılmadığı ve sayılamayacağı şöyle ifade edilmiştir : «Tazminatla ilgili kaideler için mahiyeti icabı ancak yaklaşık olarak âdil olabilirler ve matematikçiler tarafından değil, jüriler tarafından tâyin edilirler»(18).

(17) Bak. Demogue, Traité. C. 1, 1924, s. 191.

(18) Gutachten des Max - Planck Instituts, age., s. 188.

İngiliz mahkeme kararlarında manevî tazminatta önleyici, örnek olucu ve cezalandırıcı fonksiyonun önemini gösteren çeşitli misaller vardır. Burada geçen yıl Temmuz ayında İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin Queen's Bench Dairesince verilen her bakımdan dikkate değer iki kararı zikretmek kâfidir zannederim. Dava, İngiltere'nin iki büyük gazetesi Daily Telegraph ve Daily Mail gazeteleri aleyhine açılmıştır.

Daily Telegraph'da 23 Aralık 1958 tarihinde çıkan ve ilk tazminat dâvasına sebep olan haberin metni şöyledir (19) :

City polisi bir firmada tahkikat yapıyor.

«City of London'un Mali Suçlar Tahkikat Bürosu (Fraud Squad), Rubber Improvement Ltd.'in ve buna bağlı şirketlerin muamelâtını incelemektedir. Tahkikat açılması, şirketin son toplantısında Başkan'ın raporu ve hesaplar bir üye tarafından tenkide uğradıktan sonra talep edilmiştir.

1 Milyon İngiliz lira sermayeli şirketin başkanı sabık sosyalist milletvekili Bay John Lewis'dir.»

İkinci tazminat dâvalarına sebep olan yazının Daily Mail'de çıkan metni şudur (20) :

«Fraud Squad» bir firmada inceleme yapıyor.

«Mali Suçlar Tahkikat Bürosu (Fraud Squad) memurları, müfettiş F. Lea'nın idaresinde, Rubber Improvement Ltd. firmasının muamelâtını incelemektedir. Hisse senetleri geçen yıl 22 şilin iken dün 7 şiline düşen, 4 milyon İngiliz liralık grubun idare meclisi reisi eski sosyalist milletvekili Bay J. Lewis'dir...».

Bu ve buna benzer iki haber dolayısıyla şirket ve başkanı her iki gazete sahipleri aleyhine tazminat dâvası açmışlar ve neticede jüri, Daily Telegraph'daki yazı dolayısıyla şirketin 75,000, başkanının 25,000 İngiliz lirası, Daily Mail'deki yazı dolayısıyla şirketin 100,000 ve başkanının 17,000 İngiliz

(19) Times, 20 Temmuz 1961 sayısı.

(20) Times, 22 Temmuz 1961 sayısı. Ayrıca bak. Feyyaz Gölcüklü : Şeref ve Haysiyetin Korunması, Forum, 1 Eylül 1962, sa. 202, s. 16 - 17.

lirası zarara maruz kaldığını tesbit etmiş ve mahkeme yukardaki metin ve benzeri haber dolayısıyla iki gazetenin sahiplerini cem'an 217 bin İngiliz lirasına yani yaklaşık olarak 5,5 milyon Türk lirası ödemeye mahkûm etmiştir. Anayasa hakları, siyasî demokrasi, çok partili parlamento rejimi ve basın hürriyeti memleketi olan İngiltere'de basın hürriyetinin olduğu kadar insan şeref ve haysiyetinin de bekçisi olan İngiliz jürisi ve mahkemesinin bu ve buna benzer kararları, basın hürriyetinin kötü kullanılmasını önlemek ve Anayasa haklarının başında gelen insan şeref ve haysiyetine saygı gösterilmesi hakkını sağlamak için, hususî hukuka ve hukuk hâkimlerine düşen vazife ve yolu açık bir şekilde göstermektedir.

11 — Kıt'a Avrupası hukukunda yeni cereyanlar - Almanya ve İsviçre'deki gelişmeler :

İkinci Dünya Harbinden sonra yeni anayasalarda temel haklar konusunda görülen önemli gelişmelere paralel olarak hususî hukukda, şahsiyetin himayesi konusu da ön plâna geçmiş bulunmaktadır. 1946'da H. Capitant Derneği'nin Bâle'deki toplantısında, 1953'de Fransız hukuk fakülteleri kollokyumunda, 1957'de Fransız - İspanyol hukukçuları toplantısında, 1959'da H. Capitant Derneği'nin Madrid toplantısında, 1958'de Unesco'nun müzaheretiyile Paris'de toplanan Yazarlar Kongresinde bu konu ele alınmıştır (21).

Alman Hukukçular Gününde, 1957 yılında, basın karşısında şahsiyetin himayesi konusu etraflıca müzakere edilmiş ve bu toplantıda «şahsiyet haklarının korunması için mevzuatta geniş ölçüde bir değişiklik yapılması teklifi» kabul edilmiştir. İsviçre Hukukçular Derneği'nin 1960 yılı toplantısında da şahsiyetin himayesi konusu ile ilgili meseleler iki raportöre tetkik ettirilmiş ve toplantıda bu konu üzerinde dikkate değer müzakereler cereyan etmiştir.

Şahsiyet haklarının korunması ile ilgili bu çalışmalar dolayısıyla, tazminat hukukunda son 60-70 sene içinde gelişen hususî ceza, tazminatın önleyici fonksiyonu cereyanı daha da kuvvetlenmiş bulunmaktadır.

(21) Grossen : agm., s. 1a - 2a; ayrıca Prof. Jaeggi'nin konuşması, ZSR. 1960, s. 625a.

a) **Almanya'da** : Alman Hukukçular Gününde, 1957'de kabul edilen temenniye uygun olarak Federal Adalet Bakanlığı, Alman Medenî Kanununun bazı maddelerini değiştirmek maksadile «şahsiyet ve şerefin hususî hukuk bakımından himayesi» başlığını taşıyan bir kanun projesi hazırlamıştır (22). Böyle bir tasarı hazırlanmasının sebebi şudur : BGB'de İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında olduğu gibi (m. 27-28, m. 23-24'e benzeyen) şahsiyetin himayesiyle ilgili umumî hükümler ve manevî tazminat dâvalarının unsurlarını umumî olarak tesbit eden BK. 49 gibi bir hüküm mevcut değildir (23). İnsan şahsiyet ve haysiyetini basının haksız tecavüzlerine karşı koruma ihtiyacının ve bu yolda mahkeme kararlarında görülen gelişmenin anayasa hukuku bakımından temelini «insan haysiyetini dokunulmaz» ilân eden Alman Anayasası'nın birinci maddesi teşkil etmektedir. Alman medenî hukukunda manevî tazminat dâvaları ancak kanunun açıkça öngördüğü muayyen hallerde açılabilir (BGB. 847). Alman Anayasası'nın birinci maddesinin şeref ve haysiyetin ihlâli halinde manevî tazminat dâvası açmak için yeter bir hukukî mesnet olduğunu ileri süren bazı hukukçuların görüşü, Alman Federal Mahkemesine yolu göstermiş ve Federal Mahkeme meselâ 1958 tarihinde verdiği bir kararda «iktidarsızlığa karşı bir ilâcın reklâmını yapan afişde portresi bulunan süvariye» — BGB. 847'yi kıyasen tatbik ederek — 10 bin DM. (22.500 TL.) manevî tazminat ödemesini kabul etmiştir (24). Hazırlanan yeni tasarı, bu gelişmelerin son safhasını teşkil etmektedir. Fakat ciddi çalışmalara dayanarak (25) hazırlanan

(22) **Entwurf** eines Gesetzes für Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits - und Ehrenschatzes (Deutscher Bundestag. 8. Wahlperiode. Drucksache 1237).

(23) Entwurf. s. 6 - 7; **Oftinger** : ZSR, 1960, s. 657 a.

(24) **Grossen** : agm., s. 34 a ve not 128, 75 a - 78 a. Alman Federal Mahkemesi'nin buna benzer diğer kararları için tasarı gerekçesi s. 7'ye bak.

(25) Önce Max - Planck Enstitüsü'ne bu konuda mukayeseli bir rapor hazırlattırılmıştır (Not 10'a bak). Tasarının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda biri Alman, diğeri İsviçre'li iki hukukçunun mütalâası alınmıştır (Mütalâaların metni yayınlanmıştır : A. Schüle - H. Huber : Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit. Tübingen, 1961, 136 s.).

bu tasarı basında ve parlâmentoda tenkitlere maruz kalmış ve henüz kanunlaşmamıştır. Tasarı, BK. 49'u örnek olarak kabul etmiş ve şahsiyet hakları ihlâl edilen şahsın, miktarı halin icaplarına ve bilhassa ihlâl ve kusurun ağırlığına göre tesbit edilecek manevî tazminat dâvası açabileceğini kabul etmekte (§ 847) ve hangi fiillerin -haksız rekabet hukukunda olduğu gibi- şahsiyet haklarını hukuka aykırı olarak ihlâl etmiş olacağını birer birer tesbit etmektedir (§ 12-20, 252 a, 824).

b) İsviçre'de : Şahsiyet haklarının himayesini ve manevî tazminat dâvasını sadece kanunun öngördüğü muayyen hususî hallere hasretmeyen ve bu hususlarda umumî hükümleri bulunan İsviçre'de de gerek şahsiyet haklarının himayesi, gerek manevî tazminat dâvası İsviçre Hukukçular Derneği'nin iki yıl evvelki toplantısında müzakere edilmiş ve ciddi çalışmalara konu teşkil etmiştir (26). Şahsiyet haklarının korunması bahsinde İsviçre hukukçularını ilgilendiren hususlar, (delil olarak kan aldırma, sun'î ilka, kısırlaştırma, bir şahsın resmi ve sesi üzerindeki hakkı, sesin banda alınması, yayınlanan mahkeme kararlarında tarafların adlarının bulunması... gibi) daha ziyade zamanımızın yeni meseleleri ile basın dâvalarına ait düzeltme hakkı gibi bazı özel konulardır. Bundan başka manevî tazminat konusunda hükmolunan tutarların mütevazı ve yetersiz olduğu müşahede edilmiş, şahsiyetin daha müessir bir şekilde korunması için manevî zararlarda meblâğın daha yüksek tutulması, başka bir deyimle manevî tazminatta önleyici, cezalandırıcı fonksiyonun göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir (27).

Manevî tazminat dâvasının iki şartı olan zararın ve kusurun hususî ağırlığı şartından, kusurun hususî ağırlığı şartının çıkarılması da teklif edilen önemli bir noktadır (28). İsviçre Hukukçular Derneği 1960 yılı toplantısının sonunda

(26) Prof. Grossen'in 13 sayılı notta zikredilen raporu; Prof. P. Jaeggi'nin «Fragen des privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit» adlı raporu (ZSR. 1960, s. 133 a vd.; müzakereler: s. 624 a - 688 a).

(27) Grossen, ZSR. 1960, s. 37 a, 637 a; A. Comment, s. 663 a.

(28) ZSR.1960, Grossen, s. 44 a, Comment, s. 663 a.

Kongre, Prof. Oftinger'in «Hususî hukuk yollarıyla şahsiyetin daha fazla himayesi için raporlarda ifade olunan temayülü kuvvetle destekler» şeklindeki teklifini büyük bir çoğunlukla kabul etmiştir (29).

12 - Hülâsa ve Netice :

Normal bir ders saatinin mahdut imkânları içinde şeref ve haysiyetin himayesile ilgili başlıca meseleleri anayasa, ceza ve bilhassa hususî hukuk (şahsiyet hakları ve manevî tazminat) bakımından incelemiş, manevî tazminatta önleyici, örnek olucu ve cezalandırıcı bir fonksiyon bulunmadığını kabul eden klâsik görüşe aykırı cereyanları, İngiliz hukukundaki tatbikatı ve umumiyetle haksız fiil hukukunun yetersiz taraflarını görmüş bulunuyoruz.

Yalnız nazarı bakımdan değil, yalnız sosyal bir zaruret olduğu için değil, manevî zararın mahiyeti dolayısıyla de klâsik görüşü kabul etmek güçtür.

Sözlerime son vermeden evvel bu konu dolayısıyla belirtmekte fayda gördüğüm bazı noktaları sizlere kısaca söylemek isterim :

1 — Memleketimiz şeref ve haysiyete tecavüz fiillerinden en az başka memleketler kadar ızdırab çekmektedir. Basın yoluyla işlenmiş şeref ve haysiyete tecavüz fiillerine ağır cezalar koyan 1954, 1956 tarihli kanunlar kaldırılmış, fakat tecavüz fiilleri 27 Mayıs'dan sonra da azalmamıştır. Cezaî müeyyide yolunun yetersizliği bizdeki tatbikattan da anlaşıldığı için, şeref ve haysiyete tecavüz fiilleriyle mücadelede hususî hukuk müeyyidelerinin önemi daha da çok artmıştır. İngiltere'de 5,5 milyon liralık tazminata sebep olan yazıların belki yüzlerce defa daha ağır olanları memleketimizde rahatlıkla yayınlanmakta, hakikî ve hükmi şahısların şeref ve haysiyetine insafsızca, ahlâk ve hukuk korkusu olmaksızın tecavüz edilebilmektedir.

2 — Almanya ve hattâ Fransa, şahsiyet hakları ve manevî tazminat alanında daha elverişli ve müessir bir sistem aramak ve kanunlarını değiştirmek yolundadır. İsviçre ve Türki-

(29) ZSR. 1960, s. 660 a, 661 a, 688 a.

ye ise bu konuda çok ileri bir durumdadır. Kanunlarımızda bu bakımdan radikal değişiklik ve ıslahat zarureti yoktur.

Bu kısa incelemeden de anlaşılacağı üzere yabancı memleketlerde de şeref ve haysiyetin korunması diye aktüel ve üzerinde ciddiyetle durulan önemli bir mesele vardır. Bu dev-

letlerde de şeref ve haysiyeti müessir bir şekilde koruyabilmek için cezaî müeyyidelerin yetersizliği, hususî hukuk müeyyidelerini ön plâna almanın zarureti anlaşılmıştır. Şahsiyet haklarının, şeref ve haysiyetin korunması bakımından, hususî hukuk müeyyidelerinin başında manevî tazminat dâvası gelir. Ancak manevî tazminatın yeter bir hukukî müeyyide olabilmesi için mahkemelerin hükmedecekleri manevî tazminat miktarlarının yüksek takdir edilmesi lâzımdır. Yalnız İngiliz hukuku — belki de jüri müessesesi sayesinde — bu yolun zarureti kavrayabilmiştir. İngiltere'deki tatbikatın değeri de son yıllarda Kıta Avrupası hukukçularına tesir etmektedir. Kıta Avrupasında bu tesirin doktrin ve tatbikat alanındaki etkiler ortaya çıkmaya başlamıştır. Haksız fiil ve onun bir sonucu olan manevî tazminat hukukunda önleyici, örnek olucu ve cezalandırıcı bir fonksiyon görmeyen klâsik görüş zayıflamaktadır (30).

Bütün mesele mevcut sistemi, mekanizmayı müessir şekilde çalıştırabilmekte, işletebilmektedir. **Bu konuda hukuk mahkemesi hâkimlerinin, bilhassa yargıtay hâkimlerinin çok önemli rolünü ve vazifesini belirtmek isterim.** Manevî tazminatta önleyici, örnek olucu ve cezalandırıcı bir fonksiyonun mevcut olduğu görüşü kabul edildiği ve bunun tatbikatta pratik neticeleri alındığı vakit, şeref ve haysiyetini en kutsal varlığı kabul eden vatandaşların hukukî emniyeti daha müessir bir şekilde sağlanmış olacaktır.

Burada önemli olan nokta manevî tazminattaki önleme ve ceza dozunun isabetli bir şekilde tesbit edilmesidir. **Yeter dozdaki zehirin şifa, aşırı dozdaki ilâcın ise zehir olduğunu bi-**

(30). Meselâ bak. **Oftinger**, Schweizerisches Haftpflichtrecht. 2. baskı, 1958. C. I, s. 257 ve bilhassa not 12; *Höhe der Genugtuung*, SJZ. 1958, s. 336; *Ein Aufruf.* SJZ. 1962, s. 67; **Dr. H. Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 331 ye not 6; ayrıca s. 339'a bak.

lerek hâkimlerimizin sanatlarını ehliyetle, meharetle ve cesaretle icra etmeleri gerekir. Yarının hâkimleri ve avukatları olan genç arkadaşlarımla bu nokta üzerinde önemle durmalarını rica ederim.

3 — İsviçre ve Alman hukukundaki durumu izah ederken İsviçre ve Alman Hukuk Derneklerinin çalışmaları dikkatinizden kaçmamıştır. Hukuk hayatına ve siyasetine istikamet vermekte, aktüel meselelerin ele alınması, incelenmesi ve hal yollarının gösterilmesinde **hukuk derneklerinin** pek önemli bir rolü vardır. Hukukçu meslekdaşlarıma ve sizlere bu müşahedeyi nakletmemin sebebi, bir hizmet yolunun ve bir meslek borcunun hepimizi beklemekte olduğunu belirtmektir.

Bu vesile ile başka bir noktaya da işaret etmek isterim. Mahkemelerimizde zaman zaman insan haysiyetini rencide edecek bazı davranışlar görülmektedir. Mahkemelerin hak ve adalet dağıtma fonksiyonu yanında terbiyevî bir fonksiyonu olduğunu da unutmamak gerekir. Vazifeleri arasında, genç hâkim adaylarına meslekî formasyon vermek ve vatandaş-mahkeme münasebetlerini incelemek hususu bulunacak bir **Adalet Enstitüsü**, şeref ve haysiyetin himayesi konusunda da memleketimizde eksikliği hissedilen bir müessesedir.

Öğrenci arkadaşlarımla; cemiyetin temeli insandır, şeref ve haysiyet sahibi insandır. Şeref ve haysiyet gerektiği şekilde korunamayan bir memlekette en kutsal varlıklarına tecavüz edilmek endişesi, cemiyeti, haysiyet sahibi insanların yapıcı hizmetlerinden, verimli çalışmalarından ve hizmet heyecanından mahrum eder. Böyle bir tehdit veya endişe, haysiyet sahibi insanlarda, insan ve vatandaş olarak yaşama zevkini bile tahrip edebilir. Şeref ve haysiyete saygı gösterilmesini temin edememiş bir cemiyetin değil yükselmesine, varlığını muhafaza edebilmesine bile imkân yoktur. Türk cemiyetinin bekası dâvalarından biri de, şeref ve haysiyeti himaye dâvasıdır. Bundan dolayı hukukun, hukukçunun bu konudaki vazifeleri hem pek ağır, hem de o derecede şerefli dir.

Sizlerden beklediğimiz, Fakültemizdeki öğrenim devresinde, yarının hukukçuları olarak bu ağır ve şerefli vazifeleri ifa edebilecek bilgi ve karakter sahibi insanlar olarak yetişmeniz ve meslek hayatına bu vasıflara sahip hukukçular olarak atılmanızdır.