

## KİMLER MANEVİ TAZMİNAT TALEP EDEBİLİR?

Dr. Ferit H. Saymen

Medenî Kanunumuzun 24 üncü maddesile Borçlar Kanunumuzun 47 ve 49 uncu maddeleri şahsın ismini, şeref ve haysiyetini, resmini, esrarını, ölülerinin hatırasını, fikrî faaliyet ve tamamîyetini, ailesinin vakar ve itibarını, sevgi hislerini, şahsın masuniyetini, vicdan hürriyetini, cismanî tamamîyetini ve ilâhî himaye etmektedir. Bu varlıklar şahsiyet haklarını teşkil eder ki bunların heyeti umumîyesine «*manevî mamelek*» ismi verilebilir. Bu mameleke vaki her hangi bir tecavüz mezkûr mamelekte bir eksiklik husule getireceğinden, yani bu tecavüz manevî bir zarar ika edeceğinden, bu mameleke sahip olan kimse, husule gelen zararın telâfisini «*mağdur*» sıfatile talep edebilecektir. Bu prensip Borçlar Kanunumuzun umumî ahkâmına uygun olan bir esastır.

Fakat ölüm haline münhasır hususî bir hali Borçlar Kanunumuzun 47 inci maddesi derpiş ederek ölünün «*aile*» sine de böyle bir talepte bulunmak hakkını bahşeylemiştir.

Diğer taraftan Kanunumuz hiç bir yerinde şahıs tabirini tahdidi bir manada kullanmadığından hakikî şahıslar kadar «*hükmi şahıslar*» da 49 uncu maddeye istinaden manevî tazminat talebinde bulunabilirler (1).

### § 1 — Mağdur

Mağdurdan maksad haksız fiilin eksiklik husule getirdiği manevî mamelek sahibidir. Başka birisine ika edilen zarar dolayısıyla

(1) Hirsch : Bu mütalâanın Ticaret Hukukunda da varid olduğunu işaretle ediyor. Bak: Ticaret Hukuku, İstanbul 1935 — cild II, sah. 26.

tazminat davası ikame etmek imkânsızdır. Meselâ fotoğrafı reklâm olarak kullanılan bir profesör mağdur sıfatını ihraz etmiştir; fakat bu muameleden müteessir olan profesörün talebeleri bizzat mağdur vaziyetinde olmadıklarından tazminat talebinde bulunamazlar. Bu talebeler profesörlere yapılan muameleyi teessüfle karşılayabilirler, fakat şahsi menfaatleri haleldar olmadığından mağdur sıfatını iktisap etmiş değillerdir. Bir fransız müellifinin söylediği gibi: «Manevî tazminat talep edebilmek için mağdurun izdirabı derin olmalıdır. Bu itibarla bir taraftan alelâde eseflerle, diğer taraftan ruhun tamamen teşevvüşe uğramasına sebebiyet veren elem ve acıyı birbirinden tefrik etmek lâzımdır.» (2).

Fakat zannedilmesin ki bir tek kusur irtikâb etmiş olan kimse karşısında bir tek davacı görecektir; olabilir ki bu tek kusur bir çok kimselerin manevî mamelekinde bir zarar husule getirsin: Bu takdirde mağdurların adedi taaddüd edecek ve her bir mağdur mücerred kendi zararı için tazminat talebinde bulunacaktır. (3) Bu talepler birbirinden tamamen müstakil olup hâkim her birini ayrı ayrı inceleyecektir (4). Her bir davacının buradaki zararı doğrudan doğruya kendi mamelekinde husule gelmiş bir zarar olup yoksa asıl mutazarrır olan kimse vasıta ve dolayısıyla husule gelmiş tâli derecede bir zarar değildir. (Ölüm dolayısıyla ölenin ailesinin talep edebileceği manevî tazminat bundan haric olup müteakip paragrafta izah edilecektir.)

Meselâ, kendisini çok sevdiği ve perestîş ettiği fevkalâde güzel karısının bir kazadan sonra çok sakil bir hal alması üzerine kocası büyük bir teessüre kapılarak tazminat talebinde bulunursa, bu dava kocanın şahsî menfaatlerinin haleldar olması dolayısıyla ikame edilen bir dava olup, karının ikame edeceği davadan ayrı ve müstakildir. Bu husus münakaşalı olmakla beraber, bazı İsviçreli müellifler tarafından kabul edilmektedir (5).

(2) Henri Mazeaud, *Comment limiter le nombre des actiens pur la réparation du préjudice moral* (D. H. 1932, Chr. sah. 82).

(3) H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> ed. tab. cild II, No. 1871.

(4) Demogue, *Traité des Obligations*, No. 533.

(5) J. Carrad, *Le dommage esthétique et sa réparation* (J. d. T. 1938, sah. 335, No. 23).

Régamy, *La protection de la personnalité*, thèse Lausanne 1929, sah. 23, No. 12.



Binaenaleyh diyebiliriz ki bir haksız fiil dolayısıyla manevî bir zarara uğrayan her şahıs kendi zararı için bir tazminat davası ikame edebilip şayet aynı fiil bir çok kimseleri mutazarrır ederse, bunlardan her biri diğerlerinin talebinden müstakil olarak aynı mahiyette bir dava ikame edebilirler.

Hâkim manevî tazminatın takdiri hususunda bir çok müşkülâtla karşılaşır. Maddî zararın tazmini gibi objektif ve müsbet hâdiselerle değil, sübjektif ve hissî unsurlar ile amel etmek mecburiyetinde bulunduğundan kendisine rehberlik edecek olan ve mahkemelerce nazarı itibara alınan bazı hususların kaydedilmesi lâzımdır.

Manevî zararın tam bir şekilde tazmin edildiğini söyleyebilmek için mağdurun hissettiği elem ve ızdırab ile takdir edilen tazminat miktarı arasında bir muadeletin mevcut olması lâzımdır. Bu muadelet ise gayri kabili temindir; hâkim imkân dairesinde buna yaklaşıma çalışmalı ve hatasını asgari hadde indirmek için zararın şümülü ile mağdur ve failin şahsiyetlerini nazarı itibara almalıdır. (6).

#### A) Zararın objektif olarak takdiri:

Hâkim kendisine arzedilen vak'ayı incelerken husule gelen zararın ağırlığını afakî olarak araştırmaya mecburdur. Meselâ, müsavî şartlar dairesinde ağır bir hakaretin husule getirdiği zarar ile hafif bir zemmü kadehin tevlid edeceği zarar arasında bir fark gözetilmelidir; kusurlu bir ameliyat neticesinde ölen bir kimsenin ailesinin duyacağı ızdırab ile feci bir şekilde ölen ve kalpleri parçalayan bir kimsenin ölümü ile ailesinin duyacağı elem ve tessür de farklıdır. Bunun gibi hâkim hakaretin ne derece şuyu bulduğunu, zararın devamı veya geçici olup olmadığını, hakaret veya iftirayı neşreden gazetenin ciddiyet derecesile satış miktarını ve buna mümasil hâdiseleri göz önünde bulunduracaktır.

#### B) Mağdurun şahsiyeti:

Maddî zararın tazmininde mağdurun şahsiyeti hiç rol oynamaz; manevî zararın tazmininde ise meseleye hâkim olan bir unsurdur. Zira manevî tazminatın gayesi mağdurun elem ve ızdırabını teskin, tehvin, manevî mamelekinde husule gelen eksikliği nakdî veya aynı bir tediye vasıtasile elde edebileceği meserret ve haz ile telâfi etmek

(6) Givord, La réparation du préjudice moral, Paris 1938, sah. 223.

olduğundan, tazminatın miktarı ile şekli şahıstan şahısa değişecektir. (7).

a) — Hâkim her şeyden evvel zararın husulünde *mağdurun kusuru* bulunup bulunmadığını araştırarak ve buna göre tazminat miktarını tenkis ve hattâ müterafik kusurun ağırlığı halinde tazminat talebini reddedecektir.

b) — *Mağdurun serveti*: Maddî tazminatta bunun hiç bir tesiri olmamakla beraber manevî tazminatta vaziyet bunun aksinedir (8). Müşabih iztiraplar, mağdur olan kimselerin servet vaziyetlerine göre, ve bu vaziyetlerin doğurduğu itiyad ve ihtiyaçlara göre, muhtelif şekillerde tazmin ve tatmin olunur. Zengin olmıyan bir kimse için kâfi görünen nakdî bir tazminat, zengin bir şahıs için hiç mesabesinde kalabilir. Bunun gibi birisi için münasip görülen bir tazminat diğeri için sebepsiz bir iktisap teşkil edebilir (9). Zengin bir kimşenin talep edebileceği bir lira hattâ bir kuruşluk bir tazminat fakir bir kimse için gülünç görülebilir. Acısını bir şişe rakı gidermeğe kâfi olan bir şahıs ile aynı acıyı mühim meblâğlarla telâfi edemeyen şahıs arasında bir fark gözetmek lâzımdır.

Mahkemeler tarafların servet derecelerini fiilen nazarı itibara almakta iseler de bunu açık olarak zikretmiyorlar. Zira servet derecesinin tazminat miktarı üzerinde tesir icra edeceğini söylemek her kesin kanun nazarında müsavi olduğunu iddia eden demokratik düşüncelere muhalif gibi telâkki edildiğinden ileri geliyor. Fakat manevî tazminat meselesinde servetin nazarı itibara alınması hem mantikî ve hem de tabiatı eşyanın icabındandır.

c) — *Mağdurun içtimai ve ailevî vaziyeti* de manevî tazminat hususunda rol oynar. Filhakika ailevî rabitanın sıkı veya gevşek olmasına nazaran ölüm dolayısıyla husule gelen manevî zarar çok veya az olur; keza uzun senelerdenberi beraber yaşayan karı kocadan birinin vefatı ile husule gelen zarar, fiilen veya hükmen ayrı yaşayan karı kocadan birinin ölümü ile husule gelen zarardan şüphesiz ki daha büyüktür. Federal Mahkeme ailevî rabıtayı nazarı itibara almaktadır. (10).

(7) M. Kardiçalı, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse Paris 1939, sah. 143, not. 8.

(8) L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris 1933, No. 108; H. et L. Mazeaud, Op. Cit. cild III, No. 2396.

(9) Givord, Op. Cit. Sah. 231, — Kardiçalı, Aksi fikirdedir. sah. 146.

(10) 3. 5. 1906 ta. Kar. A. T. F. 1906. sah. 217.

21. 12. 1907 ta. Kar. J. d. T. 1907, sah. 451.

18. 1. 1928 ta. Kar. A. T. F. 1929, II, 9.



Bunun gibi mağdurun cemiyetteki mevkiî veya işgal ettiği makam da mahkemelerce göz önünde bulunduruluyor (11). Küçük bir muhitte yaşayan ve pek az kimseler tarafından tanınan bir şahıs aleyhine gazetelerde vaki neşriyat ile bir Vekil veya mebus, bir Üniversite Rektör veya profesörü veya maruf bir doktor, avukat, edip ve ressam aleyhine yapılan neşriyatın ika edeceği zarar arada vüs'at ve şümül itibarile bir fark vardır.

d) — Nihayet mağdurun *tahassüsü* (réceptivité) si tâbir edilen (12) ve hassasiyetine göre, haricî hâdiselerden az veya çok müteessir olma kabiliyetini ifade eden bu unsur bilhassa manevî tazminat sahasında mühimdir. Bunu bilhassa amerikan ve ingiliz mahkemeleri göz önünde bulundurmakta, fransız mahkemeleri mütereddit davranmakta (13), İsviçre Federal Mahkemesi ise tam bir itidal göstermektedir (14). Hâkim husule gelen zararı tam olarak takdir etmek için bu zararın mağdur tarafından ne dereceye kadar hissedildiğini araştırarak ve tazminatı buna göre ölçecektir (15). Mamafih bunların takdiri o kadar müşkil ve her hâdiseye göre tesbiti o kadar zordur ki, hâkim bunu ancak bariz olduğu zaman nazara alacak ve diğer ahvalde «umumî tahassüsü» (réceptivité commune) esas ittihaz edecektir (16). Bu tarzı hal her ne kadar pek doğru ve tatmin edici değilse de, beşer adaletinin iktidarsızlığı karşısında en iyi görünen hareket tarzıdır. Bununla beraber hâkim şahsî tahassüsü yalnız zararın vaki olduğu âna göre değil bunu istikbale göre de takdir edecektir. Zira küçük bir çocuğa ika edilen manevî bir zarar halen pek büyük olarak tecelli etmiyebilirse de, ileride çocuk bunun seyyesini daha fazla çekebilecektir (17).

(11) Mons, 1 Nisan 1935 ta. Kar. Sirey 1936. 4. 19 — Paris 21 Birinciteşrin 1902 ta. Kar. Dalloz 1903. 2. 121.

Temyiz İstida dairesi, 2 Mart 1932 ta. Kar. D. H. 1932, sah. 177.

(12) Jhering, Culpa in contrahendo, cild II, sah 129.

L. Ripert, Op. Cit. No. 107.

G. Ripert, La règle morale, sah. 332.

(13) Givord, Op. Cit. sah. 232. — Dubois, Pretium doloris, Paris 1935, sah. 51.

(14) 5 Birincikânun 1922 ta. Kar., J. d. T. 1923, sah. 262.

12 Nisan 1912 ta. Kar., J. d. T. 1913, sah. 2.

4 Birinciteşrin 1928 ta. Kar., J. d. T. 1929, sah. 2.

(15) H. et L. Mazeaud, Op. Cit. No. 2393.

(16) Jhering, Op. Cit. sah. 130.

(17) M. Kardıçah, Op. Cit. sah. 146.

## C — Failin şahsiyeti:

Failin şahsiyetine bağlı unsurlar alelittlak zararın tazmini hususunda rol oynamamakla ve manevî tazminat meselelerinde tâli derecede bir ehemmiyeti haiz olmakla beraber tam ve âdil bir tazminata hükmedebilmek için bunların da nazarı itibara alınmasından tevekki edilemez.

a) — Hususî ceza nazariyesi kabul edilmeksizin *failin kusur* derecesine göre tazminatı bir dereceye kadar takdir etmek lâzımdır (18). Meselâ düşünencesizliği yüzünden bir nişanı bozan erkek ile nişanlı kızın istikbalini mahvetmek ve kızı çirkin dedikodulara maruz bırakmak düşünce ve fena niyeti veya kin ve husumet gibi çirkin sebeplerle nişanı bozan erkek arasında manevî tazminat noktasından bir fark gözetmek gerektir.

b) — Kezalik failin *içtimaî mevkii* de göz önünde bulundurulmalıdır. Caddeyi sür'atle katetmediğinden dolayı yanından geçen bir kamyon şoförünün sarfetmiş olduğu tahkir âmiz sözler manevî bir zarar husule getirmediği halde, bu aynı sözlerin içtimaî mevkii yüksek bir kimse tarafından sarfı (meselâ bir tedris kürsüsünde veya bir konferans veya makalede kullanılması) büyük bir manevî zarar tevliid eder (19).

c) — Bunun gibi mahkemeler tazminat miktarını münasip bir şekilde takdir için failin *malî vaziyetini* de göz önünde bulundurmaktadırlar (20). Meselâ manevî bir zarar ika eden zengin ve tanınmış bir kimse aleyhine sadır olan ilâmin neşri bu kimse için ne kadar ağır ise nakdî tazminat tediyesi o kadar ehvendir; kezalik fakir bir adam için manevî zararın nakden tazmini ne kadar güç ise bu şahsın mahkeme huzurunda mağdurdan özür dilemesi o nisbette hafif olabilir (şüphesiz ki bu da şahsî telâkkiye bağlı bir keyfiyettir).

d) — Nihayet bazı müellifler ve bazı kararlar *failin cezaî bir mahkûmiyetini* mağdur için bazan kâfi bir tazminat olarak telâkki etmekte ve bazan da bunu tazminat miktarının tenkisi için nazarı itibara almaktadırlar (21) Filhakika, cismanî zarar halleri hariç, mağ-

(18) Demogue, Op. Cit. Cild 4, No. 413.

(19) Givord, Op. Cit. sah. 238.

(20) 5 Birincikânun 1922 ta. Kar. J. d. T. 1923, sah. 262. — 17 İkinciteşrin 1931 ta. Kar. J. d. T. 1932, sah. 400. — Nîmes, 28 Nisan 1863 ta. Kar. D. 1865. II. 14; Montpellier, 24 Mart 1927 ta. Kar. D. H. 1927, sah. 342. — Temyiz İstida dairesi 2 Temmuz 1924 ta. Kar. S. 1924. I. 349.

(21) 9 İkinciteşrin 1912 ta. Kar. J. d. T. 1917, sah. 212.

Kardıçalı, Op. Cit. sah. 150; Givord, Op. Cit. sah 238.



durun umumiyetle talep ettiği şey kendisine ika edilen zararın haksız olduğunun mahkemece beyanı ve bu suretle hukuk nizamında ve kendi şahsî adalet hissinde husule gelen müvazenesizliği bertaraf etmektedir. Failin cezaî mahkûmiyeti bazı ahvalde bunu bir dereceye kadar temin eder.



Manevî tazminat davası mahiyeti icabı olarak şahsî bir davadır. Yani bu davanın ikamesi lüzumu ancak mağdurun takdirine kalmıştır. Onun yerine başka bir kimse bu davayı ikameye selâhiyettar değildir. Bu esas ve mülâhazaya mebnidir ki Temyiz Mahkemesinin evvelâ ikinci hukuk dairesi ve müteakiben Hukuk Heyeti Umumiyesi nişan bozulmasından mütevellid manevî zarar davalarında husumetin ancak nişanlılara ait ve raci olduğunu ve başka kimsenin (hattâ nişanlı kızın babasının) bu davayı ikameye salâhiyeti olmadığını beyan etmişlerdir (22). Nişanlanmaya müteallik olan bu kararların umumî bir kaide ihtiva ettiğine şüphe yoktur. Nitekim Von Tuhr nişanlanmaya mütaallik 85 inci maddenin 2 inci fıkrasının ihtiva ettiği esasın şahsiyet haklarını umumî olarak himaye eden 24 üncü maddede yer alması lâzımgeldiğini söylüyor (23). Burkhardt'da şu mütalâada bulunuyor: «Müddei bakımından bu dava tamamile şahsî bir menfaat arzeder; şahsın bir rüknü olarak tecelli eder; ancak bu hakkın tahakkuku, nakdî bir dava mahiyetini alması için icap eden ihzari muamelelerin mağdur tarafından yapılması icab eder. Bu halde, mezkûr şahsî davanın mahiyeti değişir» (24). Federal Mahkeme de bu davanın şahsî karakterini kabul ediyor ve bunun manevî tazminat talebinin mahiyetinde mündemiç olduğunu söylüyor (25).

Vaziyet bu merkezde iken manevî zarara maruz kalan kimse gayri reşid veya gayri mümeyyiz bulunursa davanın mukadderatı ne olacaktır? Davayı ikameye kim selâhiyetlidir? Bu meseleyi iki şıkta tetkik etmek icabeder.

(22) Temyiz İkinci Hukuk 10. 1. 1929 ta. ve 102 No. 11 karar (Temyiz kararları 1929 sah. 38). — Heyeti Umumiye 29. 11. 1933 ta. ve esas 2/36 karar 38 (Temyiz kararları: Heyeti Umumiye 1930 - 1934, sah. 173, No. 120).

(23) Von Tuhr: *Partie générale du Code des Obligations*, § 16, sah. 107.

(24) Burkhardt, *Die Revision des Schw. Obligationenrecht* (Schw. Juristenvereins, Bâle 1893) sah. 485. — Fazla malûmat için şu eserimize bakınız: «Manevî zarar ve tazmini sureti», İstanbul 1940, sah. 212 ve mü.

(25) 6 Mart 1916 ta. Kar., J. d. T. 1916, sah. 177.

### I — Mümeyyiz küçük veya mahcur:

Medenî Kanununun 16 ıncı maddesinin ikinci fıkrası «mümeyyiz bulunan küçüklerle mahcurlar münhasıran şahsa merbut olan hakları kullanmakta kanunî mümessillerinin rizalarına muhtaç olmadıklarını» tasrih eylemektedir. Federal Mahkeme bu maddeye istinaden şahsa merbut hakların nelerden ibaret olduğunu işaret etmiş ve bu meyanda «şahsî menfaatlerinde haleldar olan mümeyyiz küçük veya mahcurun Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine göre, manevî tazminat talep etmek hakkını» zikrelemiştir (26).

Prof. Ebül'ulâ Mardin'de aynı mütalâda bulunmaktadır: «Münhasıran şahsa merbut hakları gayri reşid (mümeyyiz olmak şartile) mümessilinin izni olmasa bile istimal edebilir» (27). Mumaileyh bu gibi hakların istimali bazı mali neticeler tevliid eylese bile, hükmün yine aynı olduğunu da ilâve ediyor (28).

Binaenaleyh mahcur veya küçük, mümeyyiz olmak şartile, yani kendisine yapılan tecavüzü idrâk ve buna karşı bir aksülâmelde bulunabilmek şartile, manevî tazminat davasını bizzat ikame edebilip kanunî mümessilinin rizasına muhtaç olmadığı gibi, kanunî mümessil de onun yerine kaim olarak bu davayı ikameye aslâ selâhiyettar değildir.

Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesinin verdiği bir karar aynen şu mealdedir: «Münhasıran şahsa merbut hakları istimalde temyiz kudretini haiz küçüklerin kanunî mümessillerinin rizalarını istihsal mecburiyetleri olmadığını ve evrak meyanında mevcut rapora nazaran davacı F. nin temyiz kudretini haiz olduğu anlaşılmasına göre davaya ehliyeti kabul eden ısrar kararı muvafıkı kanundur» (29).

### II — Gayri mümeyyiz küçük veya mahcur:

Bunların davaya ehliyeti hususunda kanun tamamile sakittir. Burada bir teknik hukuk kaidesile bir adalet esasının çarpıştığı görülür. Değil mi ki manevî tazminat talebi şahsa sıkı surette merbut haklardandır ve mağdurdan gayri hiç bir kimse tarafından istimal edilemez, hukuk tekniğine göre, mümeyyiz küçük veya mah-

(26) 20 Eylül 1915 ta. Kar. A. T. F. 41. II. 553; J. d. T. 1916, sah. 203.

(27) Ebül'ulâ: Şahsın Hukuku, sah. 368, No. 2, sah. 394, No. 2.

(28) Ebül'ulâ: Op. Cit. sah 359 — Lador'da aynı fikirdedir. Op. Cit. sah. 78.

(29) 13. 12. 1933 tarihli karar, esas No. 2/40, karar No. 40. (Temyiz kararları 1930 - 1934, sah. 174, No. 121).



cura ika edilen bu nevi zararlar tamir edilememek lâzımgelir. Böyle bir netice ise adalet hissimizi rencide eder. O halde adalete göre hükmedelim. Bunun neticesi ise, gayri mümeyyize böyle bir talep hakkı tanınmadığı için manevî tazminat davasını kanunî mümessilinin ika-me edeceği merkezindedir; bu suretle hak yerini bulacaktır. Fakat teknik hukuk kaidesi bir parça hırpalanmış olacaktır. Buna rağmen, bir çok müellifler, bu noktai nazarı kabul etmekte ve gayri mümeyyiz mahcur veya küçüğe karşı ika edilecek manevî zararların takibi için kanunî mümessile selâhiyet tanımaktadırlar (30).

Filhakika temyiz kudreti şahsiyet haklarının lâzımı gayri müfariki olarak telâkki edilmemelidir, zira aksi halde mümeyyiz olmayan kimse sübjektif haklardan istifade edemiyeceği neticesine vasıl olunur ki bu netice kanuna muhaliftir. Gayri mümeyyizleri kanun şahıs olarak himaye eylemekte ve binaenaleyh onlara bir şahsiyet tanımaktadır.

Diğer bir noktai nazara göre bir kimsenin gayri mümeyyiz bulunması onun bir insan olma vasfına hanel getirmez ve ona karşı ika olunan her hangi bir manevî zarar gayri mevcut addedilemez. Binaenaleyh gayri mümeyyizın şahsına tsakayyüd ile mükellef olan kimse, bunun şahsi menfaatlerini haleldar eden her hangi bir tecavüzden mütevellid zararın tazminini dava etmek selâhiyetini haiz olmak lâzımgelir. Kanunî mümessil bu zararı objektif olarak tayin edecektir. Bunun için de failin kusurunun ağırlık derecesini, mağdurun içtimai mevkiini ve buna mümasil hususları göz önünde bulunduracaktır (31).

## § 2 — Ölenin ailesi

Borçlar Kanununun 47 inci maddesi «adam öldüğü takdirde ölünün ailesine... manevî tazminat verilmesine» müsaade etmektedir. Bu aile tâbiri müellifler arasında bir çok münakaşalara yol açtığı gibi bilhassa fransız mahkemelerinden birbirine zıd kararların çıkmasına da sebep olmuştur. Bir kimsenin ölümü ile husule gelen manevî iltirapların adedi pek çoktur: Ölünün hısımları ve akrabaları, eşi, çocukları, dostları müstefrişesi, ve hattâ ölünün hayatı, ilmi ve siyasi mesaisi ile yakından alâkadar olanlar bundan dolayı müteessir olurlar. Binaenaleyh denilebilir ki ölüm ile netice-

(30) Egger, Kommentar sah. 173. — Lador, Op. Cit. sah. 69 ve 80.

(31) Federal Mahkeme kararı, A. T. F. 45. 2. 624. (Lador'dan sah. 69).

lenen bir fiil bir dava silsilesine sebep olabilir. Fakat bütün müellifler bu dava silsilesini tahdid etmek icap ettiği mütalâasındadırlar (32). Çünkü haksız fiil failine bu kadar ağır bir mes'uliyet tahmil etmek nisfet ve adalete uygun görülüyor.

Ancak müellifer bu hududun tayininde ittifak edememektedirler. Bazılarına göre, müteveffaya karşı *nafaka talebi* hakkına malik olanlar ölüm halinde manevî tazminat isteyebileceklerdir (33). Bu noktai nazarın hukukî mesnedleri zayıf olduğundan müdafası pek kolay olmadığı gibi, aynı zamanda tahdidkâr olması dolayısıyla de şayanı kabul değildir. Diğer bazı müellifler ise, tazminat talebine hakkı olanları *tahdidî bir surette* zikretmekte ve bunlar haricinde kalan kimselerin taleplerinin mesmu olmayacağını kabul etmektedirler (34). Hiç şüphesiz ki böyle tahdidî bir sistem bazan mübalâğalı olabileceği gibi bazan da gayri kâfi bulunur. Hukuk kaidesi hayat icaplarına uyabilecek şekilde vaz'edilmelidir. Kat'i kaideler her zaman aksül'ameller doğurur. Bu itibarla bu ikinci sistemin mahzurları pek çoktur.

Türk Temyiz Mahkemesi de bu hususta pek dar bir çerçeve çizerek bir çok kararlarında «ölüm halinde ölünün veresesine» manevî tazminat itasına hükmetmektedir (35). Her ne kadar bu kararlar bir az eski ise de, bir içtihad yaratmağa mütemayil olduğundan bunun önüne geçmek lâzımdır. Aile tâbirinden ne kastedildiğini izah ederken bu noktai nazarın çürüklüğünü tebarüz ettireceğiz.

Esasen Temyiz Mahkememiz de bugün bu noktai nazarı terketmiş gibi görünmekte ve hattâ, kanaatımıza göre, biraz da ifrata varmaktadır. Filhakka, bir katil neticesinde maktulün karısına ve ana-

(32) H. et L. Mazeaud, Op. Cit. No. 320. — H. Mazeaud, Op. Cit. (D. H. 1932) sah. 76 ve mü. — Ripert, Op. Cit. sah. 182. — Demogue, Op. Cit. No. 535. — Marty, S. 1931. 1. 145 deki not.

(33) Lacoste, Sirey 1897, 2. 25 deki not.

(34) Société d'études législatives (Bulletin 1932, sah. 83). — Brelaz, De la réparation du tort moral, thèse Lausanne 1893, sah. 39. — Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse Paris 1901, sah. 110.

(35) Temyiz Birinci ceza, 21 Nisan 1928 ta. ve 1390 No. lu karar, (Temyiz kararları 1928, cilt 6, sah. 66).

27 Ağustos 1929 ta. ve 5154 No. lu karar (cild 9, sah. 181). Ayrıca cild 15, sah. 17, sah. 41, sah. 67, sah. 69.

Temyiz 4 üncü Hukuk, 12 Nisan 1932, ta. ve 772 No. lu karar. (Hukukî Bilgiler mecmuası, sayı 72, sah. 56)

Adliye Vekâletinin Haricîye Vekâletine yazdığı bir tezkerede bu meseleye temas edilmektedir. (Adliye Ceridesi, sayı 80, sah. 4842).



sına tazminata hükümetmiş olan asliye mahkemesinin kararını tasdik etmiştir. Mezkûr asliye mahkemesi kararın katil vak'asından dört ay ve dava ikamesinden evvel tekrar evlenmiş olması ve ananın, maktulün diğer fûru'u bulunması hasebile *kanunî mirasçı* olamayacağı mülâhazasına mebni her ikisinin de taleplerinin reddini istiyen müddeialehyhlerin iddialarını kabul etmiyerek maktulün hem karısına ve hem de anasına manevi tazminata hükmetmiştir. Temyiz mahkemesi mezkûr kararı tasdik ederek ezcümle demiştir ki: «Mütevaffanın anası *varis* olmasa bile manevî tazminat talep edebileceği gibi, mütevaffanın karısının evlenmiş olması da tazminat davasının istimalına mani olamayacağına göre... Kanuna uygun olan hükmün tasdikine... ittifakla karar verildi.» (35 a).

Ana hakkında yerinde olan ve eski yanlış içtihadı tashih eden bu karar, karı hakkında müfrittir. Zira kocasının ölümünden ancak dört ay gibi kısa bir müddet sonra tekrar evlenmiş olan kadının kocasına sıkı surette bağlı olduğu ve binaenaleyh kocasının ölümü dolayısıyla manevî bir zarara maruz kaldığı iddia edilemez.

Kanunumuzdaki «aile» tâbiri mehzaz kanunun almanca metninde «Angehörige» = «yakınlar» tâbiri ile ifade edilmektedir. Bu tâbir Medenî Kanunumuzun 457 inci maddesinin 1 numaralı fıkrasında da kullanılmaktadır. Fakat şüphe yok ki «yakınları» tâbiri «aile» tâbirinden daha geniştir; ve kanunumuz, 47 inci maddesindeki tâbiri diğer yerlerde kullandığı teknik mânada kullanmamıştır (36). Bu itibarla Ceza Kanununun 259 uncu maddesinin tarif ettiği «akraba» tâbirinin de burada mevkii tatbiki yoktur. Esasen mezkûr madde saydığı kimselerin ancak «Ceza Kanunu itibarile akrabadan» maadud olacağını bildiriyor. Binaenaleyh aile tâbiri geniş olarak anlaşılmalı icap eder. Bu hususta müellifler tamamile mutabıktır (37). Federal Mahkemenin içtihadı da bugüne kadar bu noktada

(35 a) Temyiz 4 üncü Hukuk Dalresi, 31. 12. 1938 tarih ve esas 3382, karar 2768 No. lu karar. (Temyiz Kararları 1938, Hukuk kısmı, sah. 415, No. 231).

(36) Esat Arsebük: Borçlar hukukunun umumî esasları, Ankara 1937, sah. 373, II.

(37) Von Tuhr, Op. Cit. sah. 334. — Oser, Madde 47 çerhi, III, 2. — Sabri Şakir - Fuad Hulûsi, Borçlar Kanunu, sah. 170. — F. Funck (Tercüme H. Veldet - C. Selek) Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1938, sah. 84, No. 3.

Aksi reyde bulunan: Alîmed Sakî Derin, Meslek mes'uliyetleri (Hukuk Gazetesi No. 23 - 24, sah. 10).

sabit bulunmuş ve aile tâbirini müteveffa ile geriye kalanlar arasında mevcut fiili rabitalar şeklinde tefsir eylemiştir.

Daha 1901 senesinde İsviçre Federal Meclisi Demiryolları İşletmesinden doğan mes,uliyete müteallik 1 Mart tarihli beyannamesinde diyordu ki: «Kanunda geçen aile tâbirini tarif etmekten sarfı nazar ettik. Çünkü bir taraftan Borçlar Kanunu kullandığı bu tâbiri tarif etmemiştir; diğer taraftan kanunî bir tarif dava hakkı sarıh olan kimselerin adedini daraltır. Filhakika müteveffa ile aralarında hiç bir hısımlık veya evlâtlık rabitası olmayan kimselerin hal icabı olarak müteveffanın ailesine mensup olarak telâkki edilmek lâzımgelir» (39).

Federal Mahkeme de bu mütalâayı 3 Mayıs 1906 tarihli bir kararile teyid etmiştir: «Vazı kanunun fikri en uzak derecelere kadar olan bütün hısımların tazminat davasında bulunabilecekleri yolunda olmaz; .... dava ikamesi için diğer bir şartın da tahakkukuna lüzum vardır. Bu şart hısımlığın muayyen bir karabet derecesi olmayıp fiilen ailevî rabitaların mevcudiyetidir. Hısımlığın fiili hakikat olması halindedir ki bu rabitanın ölüm ile izalesi büyük bir teessür uyandırır ve bundan dolayı bir tazminat davasına yol açar. Bundan başka bir kimsenin tazminat davasına hakkı olup olmadığı her hâdise ile değişen takdiri bir meseledir» (40).

Diğer bir kararında aynı mahkeme bu mütalâayı tekrarlayarak demiştir ki: «Aile tâbiri, karabet derecesinden sarfınazar, kendilerini o aileye mensup olan veya o aile mensubu gibi sayabilen kimselerin kâffesine şamildir; fakat bu rabitanın ölüm ile bozulmasından duyulan acı ve akrabanın ölümü dolayısıyla tazminat talebi hakkı, ancak ailevî rabitanın fiilen teessüs etmiş ve idame ettirilmiş olması şartına bağlıdır» (41).

Bu esbabı mucibeden çıkarılacak olan netice şudur: Hısımlığın kanunî derecesi haizi ehemmiyet olmayıp, manevî tazminat davalarında aslolan fiili ve hakikî münasebetlerin mevcudiyetidir. Meşhur şair Gœthe'nin «Wahlverwandschaft» tâbir ettiği «intihabi

(38) Thilo, Federal mahkeme içtihadları, (Tercüme: Ferit H. Saymen), Hukuk Fak. Mec. sene II, sah. 127. — Federal mahkeme kararları, (Toplayan: Esat Arsebük) 1935, sah. 125.

(39) Feuille Fédérale 1901, II, 888, madde 7.

(40) A. T. F. 32, II, 217 ve bilhassa 232, 233. — Martin Achard, La réparation pécuniaire du tort moral, Thèse Genève 1908, sah. 93.

(41) 6 Brincitesrin 1906 ta. Kar. (Semaine Judiciaire 1907, sah. 209 ve bilhassa sah. 212.



karabet», yani dostluk, ekser ahvalde kanunî karabetten daha sıkı bağlar tevliid eder. Bir arada ve aynı çatı altında yaşayan bekâr bir erkek ve kız kardeşten birisinin ölümü ile diğèrinin duyacağı tees-sür, evli olup uzun zamandan beri ayrı ayrı yerlerde yaşayan iki kardeşten birinin ölümü ile diğèrinin duyacağı acıdan hiç şüphesiz ki daha derindir. Bu da gösteriyor ki 47 inci maddenin tatbikinde kat'i ve mücerred kaidelere değil hayati ve hakiki vakıalara bağı kalmak lâzımdır. Federal Mahkeme bu mütaleayı tasvip etmekte devam ettiğè gibi (42) bütün müellifler de bu noktai nazara intisap etmekte-dirler. Profesör Samim izaha çalıştığımız bu hususları hulâsa ede-rek diyor ki: «Müteveffanın ailesi tâbirinden maksad, müteveffa-nın yalnız mirasçıları veya müteveffanın nafakası ile mükellef ol-duğú hısımlar değil, müteveffa ile olan mütekabil alâka ve muhab-beti ve sıkı ve samimi münasebeti noktai nazarından hısımlar gibi te-lâkki olunan kimselerdir» (43).

Fakat kanaatımıza göre, bu fiilî rabıtalari çok geniş tutmamak gerektir; zira böyle bir esas bir çok hâkimlerin romantik fikir veya hisler tesirile garip kararlar vermelerine yol açabileceğè gibi (44), maddi arzuların galip olduğú bu devirde elem ve kederin kolayca ve kâfi bir sebep olmaksızın paraya çevrilmesine de müsait olabilir. Bu gibi muhtemel sui istimallere mani olmak için hâkim iki şartın tahakkukunu da aramalıdır: Birincisi kâfi derece mühim bir acı-nın mevcudiyeti, ve ikincisi bu acının meşru olması yani himayeye lâ-yik bulunması lüzumu .

a) — **Kâfi derce mühim bir acının mevcudiyeti şartı:**

Bu şarttan maksad acının ağır olması değildir; fakat büsbütün de hafif olan bir acı için manevî tazminat itası pek âdilâne olmıya-

(42) A. T. F. 44. 2. 66; J. d. T. 1919, sah. 45. — A. T. F. 53. 2. 52; 54. 2. 17. — J. d. T. 1927, sah. 234; 1928, sah. 143.

(43) A. Samim, Borçlar Hukuku, sah 170; bundan başka aynı eser sah. 202 ve 203.

Ayrıca bak: Oser, Op. Cit. Madde 47 şerhi III, 2; Curti, Medeni Kanun şerhi, sah. 378, not. 8 ve 14

Mustafa Reşid Belgesay: Kimler manevî tazminat isteyebilir? (Hu-kuk Gazetesi, No. 13, sah. 12; Mustafa Reşid: Manevî Tazminat (Hukukî Bilgiler mecmuası, 15 Haziran 1931 tarihli nüsha, sah. 4120).

(44) Nitekim Seine mahkemesi 12 Şubat 1931 tarihli bir kararı ile ölen bir adamın karısının vaki talebini red ve müstefrişesininkini kabul etmiştir. (D. 1931. 2. 57). Ayrıca bak: Savatier, Le Droit, l'Amour et la Liberté, sah. 102.

cağı gibi sui istimal edilmesi de mümkündür. Bu şartın tahakkuku tamamile hâkimin takdirine bağlıdır. Mamafih ölüm ile husule gelecek olan acının kifayet derecesi ölen ile kalanlar arasındaki yakınlığın derecesine göre istidlâl edilebilir ve mahkemeler de umumiyetle bu hususu beyan edilen şekilde hal ve fasletmektedirler. Ölen kimse bir kız veya oğlan çocuk (45), bir ana veya bir baba (46), karı veya koca (47), hattâ nişanlılardan biri (48) ise manevî acının kâfi derecede mühim olduğu her zaman mefruzdur Bunun böyle oluşu tabiat icabındandır; hattâ bazı müellifler daha ileri giderek ve bir çok mahkemeler buna uyarak çocuğun muvakkatan ailesile dargın bulunması veya karı kocanın fiilen ayrı yaşamakta bulunmaları hallerinde de manevî tazminat talebine hakları olacağını beyan etmektedirler. Esbabı mucibe olarak da, aralarında hakikî bir sevgi menfaati mevcut olmasa bile kaza ile neticelenen ölümün gayri maddî bir hakkı muhakkak surette haleldar ettiğini, beyan ediyorlar (49) Kanaatımıza göre, bu kadar ileri gitmek, bilhassa ayrı yaşayan veya boşanma davası ikame etmiş bulunan karı koca için varid clamaz. Zira bunlar arasında hakikî bir sevgi menfaati mevcut bulunsa ne ayrı yaşarlar ve ne de boşanmaya tevessül ederlerdi. Mamafi boşanma sebebini ihdas etmeyen kimsenin bu gibi bir talepte bulunabileceği kabul edilebilir.

Manevî tazminat talep edenler daha uzak derecede akraba veya sıhrî hısım buldukları takdirde ise, hâkim ölen ile kalanlar arasındaki rabitanın derecesini serbestçe takdir edecektir.

(45) Federal Mahkeme 10. 10. 1937 ta. Kar. A. T. F. 63. 2. 339. — Fransız mahkemelerinin kararları için bak: Dalloz 1920. 2. 137, not Lalou; Temyiz Ceza dairesi 20. 10. 1931 ta. Kar. Gaz. Pal. 1931. 2. 958; aynı mahkemenin 28. 7. 1933 ta. Kar. D. H. 1933, sah. 527.

(46) Föederal mahkeme, 21 Mart 1934 ta. Kar; J. d. T. 1934, sah. 300. Fransız Temyiz mah. 13 Şubat 1923 ta. Kar., D. 1923. 1. 52 not Lalou. — Amiens 17 Birinciteşrin 1931 ta. Kar. Sirey 1932. 2. 118.

(47) Federal Mahkemenin zikredilen 21 Mart 1934 tarihli kararile aynı mahkemenin 21 Şubat 1927 ta. Kar. J. d. T. 1927, sah. 338.

(48) Federal mahkeme 8 Temmuz 1937 ta. Kar. A. T. F. 63. 2. 219. Dordogne, Ağır Ceza mahkemesi, 24 Mayıs 1930 ta. Kar. D. 1930. 2. 133 not Lalou. — Fransız Temyiz mahkemesi 10 Nisan 1922 ta. Kar. *Le Temps* 15 Nisan 1922 ta. nüshası. — Aksî mütalâa, Paris İstinaf mahkemesi 24 Mayıs 1938 ta. Kar. D. H. 1938, sah. 392.

(49) R. Savatier, *Le Dommage mortel* (Rev. Trim. de Droit Civil 1938, sah. 207 ve not 3, 4).



Kardeşler (50) hariç olmak üzere, yeğenler, (51) kayın peder ve kayın valdeler (52), damad ve gelinlerden biri (53) bir kaza neticesinde ölür, ve diğerleri manevî tazminat davası ikame ederlerse, hâkim aradaki rabitanın ne dereceye kadar mevcut bulunduğunu takdir edecektir; yoksa burada yakınlık derecesinin mevcudiyetini farzetmekle iktifa edemez.

**b) — Acının himayeye lâyık yani meşru bir acı olması şartı:**

Bir çok mahkemeler ve bilhassa fransız mahkemeleri ölüm halinde müstefrişeye manevî tazminat itasına hükmetmeğe cesaret etmişler ve bunu bazı mucip sebeplere dayandırmışlardır (54). Müelliflerin çok haklı tenkitlerine uğrayan bu kararlar (55) Fransız Temyiz Mahkemesince de âhiren kat'i surette naksedilerek reddedilmiş (56) ve müelliflerin noktai nazarı bu sahada, bir çok romantik fikirlere kapılan hâkimlerin mütalâasına galebe çalmıştır. Hakikat halde evlilik haricinde yaşayan iki kimse birbirlerine ne kadar sıkı suret-

(50) Federal mahkemenin bu husustaki 6. 10. 1931 ta. Kar. çok sa-rihtir. «Davacıların müteveffanın ne eşi, ne ana babası, ne de çocukları olmadığı nazara alınmalıdır. Yakın karabete rağmen, bunların acıları usul ve fûru arasındaki acı ile mukayese edilemez.» J. d. T. 1932, sah. 121, A. T. F. 57. 2. 469.

Fransız kararları için bak : Sirey 1905. 2. 81, not Lacoste., — 1926. 1. 331; D. H. 1933, sah. 290 ve sah. 527.

Türk Temyiz Mahkemesi, kardeş tabirine ana veya babaları ayrı olan kardaşların da dahil olduğu içtihadında bulunmuştur. (27. 6. 1935 ta. ve 1553 esas, 1788 kar. No.; Temyiz Kararları, 1935 Ceza kısmı, sah. 145, No. 135.

(51) Toulouse mahkemesi 17 Nisan 1902 ta. Kar. S. 1905. 2. 81 not Lacoste.

(52) Temyiz 10 Nisan 1922 ta. Kar. D. 1923 1. 52 not Lalou; S. 1924 1. 153 not Esmein.

(53) Amiens 10 Birinciteşrin 1931 ta. Kar. S. 1932. 2. 118.

(54) Montpellier, 4 Şubat 1924 ta. Kar. D. 1924. 2. 145 not Savatier.

(55) Jossierand, l'Avènement du Concubinage (D. H. 1932, Chr. sah. 45). Capitant, Le permis de Séduire (D. H. 1933, Chr. sah. 1) Voirin, not Dalloz 1930. 1. 49. — Marty not S. 1931. 1. 145. — Tortat, not S. 1933. 2. 55. — Andrieux not Dalloz 1929. 3. 7. — Hauriou not S. 1928. 3. 97. Lalou not D. 1927. 1. 73. — Savatier, Op. Cit. sah. 102. — Arsebük: Medeniye Cilt I, İstanbul 1938, sah. 204. VII.

(56) Fransız Temyiz Ceza dairesi 13 Şubat 1937 ta. Kar. — Temyiz Hukuk dairesi 27 Temmuz 1937 ta. Kar. D. 1938. 1. 8. not Savatier.

te bağlı olursa olsun, birbirleriyle ne kadar uzun zamandanberi beraber yaşamakta bulunursa bulunsun, birbirlerine karşı ne kadar sadakat gösterirlerse gösterebilirler, ve böyle bir yaşama tarzı hakkında ahlâki ve sosyolojik bakımdan ne düşünürlerse düşünsülsün (57), evliliği resmî şekilde tanzim eden ve ancak böyle bir evlenmeye kıymet veren cemiyetler dahilinde bu gibi birleşmelerin himayesi mevzubahs olamaz ve bunlar hukukî bir kıymet ifade etmezler. Bu hâdiseleri fiilî olarak telâkki etmek ve bunlar fiilî birer vak'a olarak kaldıkça bu birlikleri husule getiren erkekle kadın arasındaki rabitaları gayri meşru olarak kabul etmek zaruridir. Bu itibarla, bunlardan birinin ölümü diğzerinin manevî tazminat talebine cevaz vermez. Böyle bir vaziyet karşısında hâkim bilâ tereddüd vaki olan talepleri reddetmelidir.

Bu noktâi nazar zina mahsulü çocuklar ile nesebi gayri sahih çocuklar için ve fücür mahsulü çocuklar için de variddir. Zira bunlar ile baba veya büyük babaları arasındaki rabita gayri meşrudur (58). Anaya karşı ise kanun bu rabitayı kabul ve himaye ettiğinden ananın ölümü dolayısıyla gayri meşru çocuk tazminat davasında bulunabileceği gibi, çocuğun ölümü dolayısıyla de ana aynı şekilde manevî tazminat talep edebilecektir.

Hulâsa, Borçlar Kanununun 47 inci maddesindeki aile tâbiri yakınlar arasındaki fiilî rabitaların mevcudiyeti şeklinde anlaşılacak icap etmekle beraber yine aile çerçevesi dahilinde kalarak bu rabitaların kâfi derecede mühim ve meşru olması da lâzımdır.

### § 3 — Hükmi şahıslar

Hükmi şahısların manevî tazminat talep edebilip edemeyecekleri meselesi bir müddet müellifleri işgal etmiş ve bir hayli münakaşalara yol açmıştır. Ezcümle İsviçrede Stoos hükmi şahısların acı ve ızdırap çekemeyeceklerini mülâhaza ederek bunların hiç bir veçhile manevî tazminat talebinde bulunamayacaklarını (59), Martin ise, hükmi şahısları ikiye tefrik ederek bir taraftan anomini bir mahiyet

(57) Dubois, *Pretium doloris*, Paris 1935, sah. 133 ve mü.

(58) Douai, 23 Mart 1934 ta. Kar. S. 1934. 2. 218. — Temyiz 8 Nisan 1938 ta. Kar. D. H. 1938, sah. 310. — Temyiz Ceza 10 İkincikânun 1929 ta. kar. Daloz 1929. 1. 40, not Lalou. — Temyiz İstida dairesi 2 Şubat 1931 ta. Kar. D. 1931. 1. 40, rapor Pilon. — Nimes 3 Nisan 1933 ta. Kar. D. H. 1933, sah. 389.

(59) Stoos, *Zeit. für Schwei. Recht*, Cild 5, sah. 611.



arzedenden ve azâları arasında şahsî bir münasebet bulunmayıp sırf mali münasebetlere istinad eden hükmi şahısların tazminat talebine hakları olmayacağını, diğer taraftan Devlet, vilâyet, cemiyetler ve vakıflar gibi gayri iktisadî bir gaye günden ve gayri maddî varlıklara sahip olan hükmi şahısların böyle bir talepte bulunabileceklerini kabul etmektedir (60). Bugün bütün müellifler hükmi şahısların hakikî şahıslar gibi manevî tazminat talebinde bulunabilecekleri rey ve mütaleasındadırlar (61). Fransız Temyiz Mahkemesi ile İsviçre Federal Mahkemesi de bunu kabul etmektedir. Mezkûr Mahkeme bu noktayı nazarın esasını eski bir kararında vaz'etmiştir (62). Türk Temyiz Mahkememiz de hükmi şahısların manevî tazminat talebinde bulunabileceklerini sarahaten beyan etmiş olduğundan artık bu gibi münakaşaların, bilhassa memleketimiz için nazarı ehemmiyeti dahi kalmamıştır.

Medenî Kanunumuzun 46 ıncı maddesi hükmi şahısların «cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak ancak insana has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam» edebileceklerini derpiş etmekle, şeref, namus ve haysiyetin hakikî şahıslar gibi hükmi şahısların da şahsiyet haklarından maadud bulunduğunu ve bu itibarla hükmi şahısların da Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine göre manevî tazminat talep edebileceklerini zimnen kabul etmiştir. Bundan başka hükmi şahıslar isimlerinin himayesini de isteyebileceklerdir. Fakat ölüm dolayısıyla manevî tazminatı derpiş eden Borçlar Kanununun 47 inci maddesine göre hak talebinde bulunamazlar. Zira bu meddede mezkûr olan «aile» tâbirine hükmi şahıslar idhal edilemezler.

Hükmi şahısların hakikî şahıslar gibi manevî tazminat talebin-

(60) A. Martin, Responsabilité résultant d'un délit civil (Zeit. für Schw. Recht. Cild 8, sah. 1).

(61) a — Fransız müellifleri: Demogue, Op. Cit. Cild 4, No. 932. — Ripert, Op. Cit. No. 184. — Michoud, Personnalité morale, 3 cü tab. Cild II, sah. 87 ve mü. — H. et L. Mazeaud, Op. Cit. Cild 2, No. 1875. — Lallou, Op. Cit. No. 70 ve 71. — L. Ripert, Op. Cit. No. 146.

b — İsviçre müellifleri: Becker, Op. Cit. Madde 49 şerhi, No. 12. — Oser, Madde 49 şerhi, III, 5. — Sauser-Hall, Cours de la théorie générale des Obligations, İstanbul 1928, (Taş basması) sah. 85. — Von Tuhr, Op. Cit. § 16. — Egger, madde 53 şerhi, III.

c — Türk müellifleri: Hacı Âdil, Borçlar kanunu şerhi, sah. 295. — Samim, (Borçlar) sah. 191, (Medeniye) Cild 1, sah. 141. — Sabri Şakir-Fuad Hulûsi, Op. Cit. sah. 134, 135. — M. Kardiçalı, Op. Cit. sah. 87.

(62) 14 Nisan 1905 ta. Kar. J. d. T. 1905, sah. 3.

de bulunabileceklerini Federal Mahkeme aşağıdaki kararile gayet sarih olarak kabul etmektedir: «Hükmî şahıslar yaşayabilmek için şeref ve hasiyetlerini müdafaa etmek mecburiyetindedirler (63)». Fakat hükmî şahısların bu kollektif şefrefi azâlarının şerefinden müstakildir. Ripert'in dediği gibi «hükmî şahıs manevî tazminat talebinde bulununca azâlarından her birinin maruz kaldığı manevî zararın değil belki de temsil ettiği kollektif menfaatlere ika edilen zararın tazminini talep eder» (64). Olabilir ki bir cemiyetin hiç bir azâsı şahsan mutazarrır olmadan cemiyetin kendisi manevî bir zarara duçar olsun. Nitekim bir Fransız mahkemesinde rü'yet edilen bir davada bir gazete, tirende vukubulan bir doğum hâdisesini, bir rahibeye (Sceur) e izafe etmekte fakat isim zikretmeyerek bu rahibenin mensup olduğu cemaatin ismini bildirmekte idi. Bu cemaat gazete aleyhine manevî tazminat davası ikame eylemiş ve hak kazanmıştır (65).

Bir hükmî şahsın kendisinin mutazarrır olması ile azâları o hükmî şahsa mensup bulunmak itibarile de mutazarrır olabilir. Fakat bunlar cemiyet namına şahsan dava ikame edemezler. Çünkü, Ripert'in dediği gibi, «böyle bir davada şahsî zararın isbatı icap eder ki, bu pek müşküldür; ve bundan başka hükmedilecek tazminat miktarı o kadar cüzidir ki davadan sarfınazar etmek daha ehven olur» (66). İlâveten diyebiliriz ki, azâların dava hakkı mesmu olacak olursa haksız fiil faili namütenahî davalar ile karşılaşacak ki bu vaziyet de adaletle kabili telif değildir.

Binaenaleyh hükmî şahsa ika edilen manevî zararın tazminini azâları değil bizzat hükmî şahsın organları hükmî şahıs namına talep edebilir. Esasen azâlar hükmî şahsa ika edilen zarar dolayısıyla şahsen mutazarrır olmuş olsalar bile, hükmî şahıs lehine südur edecek olan bir hüküm onları da tatmin eder. Çünkü manevî zararları hükmî şahsın zararı ile mütenasip ve mütenazır olup mezkûr zarar tazmin edilince azâların zararı da tatmin edilmiş bulunur.

Şunu da ilâve edelim ki hükmî şahısların şeref ve haysiyetleri, isimleri, ve müşterek bir gayeleri varsa ve bunlara karşı ika edilen

(63) 23 Mart 1938 ta. Kar. A. T. F. 64. 2. 14. — Ayrıca Bak: A. T. F. 31, sah. 246., 32. 2. 374., 60. 2. 325.

(64) G. Ripert, Op. Cit. Sah. 366.

(65) Bourges mahkemesinin 24 İkincikânun 1881 ta. Kar. S. 1882. 2. 84.

(66) G. Ripert, Op. Cit. sah. 366.



zararlar manevî bir mahiyet arzederse de, bunların kalpleri ve hissiyatı olmadığından - hakikî şahıslar ile bu noktada ayrılarak - sevgi menfaatleri de mevzubahs olamaz (67). Nitekim bir Fransız mahkemesi içtimaî muavenet müesseselerinin birinde bakılmakta olan bir çocuğun ölümü dolayısıyla, Vilâyetin talep ettiği manevî tazminatı reddetmiştir (68). Kezalik hükmi şahıs çok kıymetli bir organını kaybedecek olursa, bundan dolayı bir manevî tazminat talep edemez; maddî tazminat hakkı bittabiî mahfuzdur. Fakat resmî mekteplerden birinin öğretmeni gayri ahlâkî elfaz ve harekât ile o mektebin şeref ve haysiyetini haleldar ettiğinden ve mektebe kötü gözle bakılmağa başlandığından, mektebin bağlı bulunduğu belediye öğretmeni aleyhine manevî tazminat davası ikame eylemiş ve hak kazanmıştır (69).

Hükmi şahısların manevî tazminat talebine hakları bulunacağı noktai nazarı Türk Temyiz Mahkemesince de bilâ münakaşa kabul edilerek son nazariyat ve içtihadata uyulmuştur. Filhakika, yüksek mahkememiz «Hüseyin Cahit ve Şürekâsı Türk Nakliye ve Ticaret Şirketi» hükmi şahsının görülmekte olan davada manevî tazminat talebine hakkı olmayacağını beyan eylemiş ise de, bunun hükmi şahıs olması itibarile değil, «hâdiseye Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinin kabili tatbik olmaması» itibarile olduğunu içtihad eylemiştir (70).

Nitekim bu kararında zımnen beyan etmiş olduğu fikri 1936 senesinde verdiği diğer bir kararla Temyiz Mahkemesi bunu sarahatan kabul etmektedir: Bir kimsenin belediyeyi tahkir etmiş olması hasebile mezkûr belediyenin ikame etmiş olduğu davada «şahsî menfaati olan kimsenin bulunmaması hasebile» davayı kabul etmiyen mahkemenin kararını bozan yüksek mahkememiz diyor ki: «Mahkemece şahsî menfaati haleldar olan bir kimse bulunmadığından bahisle davanın reddi doğru olmayıp manevî şahsiyeti haiz bulunanların da bu hususta tazminat talebine hakları olduğu mülâhaza edilerek mahkeme yapılması lâzımgelir» (71).

(67) H. et L. Mazeaud, Op. Cit. Cild II, sah. 685. No. 1875 - 15. — Lalou, Op. Cit. No. 172.

(68) Montpellier, 4 Şubat 1924 ta. karar. Dalloz 1924. 2. 23. not Lalou.

(69) Caen, 8 Mayıs 1924 ta. Kar. (Sirey 1933. 1. 153 deki Esmelin'nin notundan naklen).

(70) Temyiz Mahkemesi 24. 2. 1928 ta. ve 3116/630 No. lu karar (Temyiz kararları, 1930 - 1934. Ticaret Heyeti Umumiyesi, sah. 512, No. 385).

(71) Temyiz 4 cü Hukuk Dairesi 29. 2. 1936 ta. ve 4134/557 No. karar (Temyiz kararları 1936 Hukuk kısmı, sah. 240, No. 146).

Bu kararın diğer bir hususiyeti de pek münakaşalı olan âmme hükmi şahıslarının manevî tazminat talebinde bulunabilip bulunamayacağı meselesini müsbet olarak halletmiş olmasıdır (72). Bu münakaşa da esasen son nazariyatta aynı şekilde, yani müsbet olarak, yol almakta ve âmme hükmi şahıslarının diğer hükmi şahıslar gibi maruz kaldıkları manevî zararların tazmini için dava ikame edebilecekleri kabul edilmektedir (73).

İnsanlardan müteşekkil hükmi şahıslara ait olan bu esaslar bir patrimoniumun bir gayeye tahsisi ile teşekkül eden hükmi şahıslar, yani tesis ve vakıflar, hakkında da variddir. Eğer vâkıfın hatırasına tecavüz edilmiş veya vakfın gizli ve gayri ahlâki bir gaye takip ettiği söylenerek kendisine bir zarar ika edilmiş bulunursa, hiç şüphesiz ki vakfı idare eden vâkıf namına manevî tazminat talebinde bulunabilecektir.

Vakfa olan sıkı alâkası dolayısıyla, vâkıfın da yine vakıf namına böyle bir dava ikamesine salâhiyeti olmak lâzımgelirse de, tesisin hükmi bir şahıs olmasına ve hükmi şahısların bilûmum muameleleri organları tarafından yapılması lâzımgelinceye göre, (M. K. m. 48, 76 fık. 1) vâkıf doğrudan doğruya böyle bir dava ikame edemeyecektir. Ancak tesisi idare edenleri ikaz ve onları böyle bir dava ikamesine tahrik edebilir.

Hulâsa, hakikî şahıslar gibi bütün hükmi şahıslar da aynı kayıt ve şartlar dahilinde organları vasıtasıyla manevî tazminat talebinde bulunabilirler; fakat bunlara ika edilebilecek bu gibi zararların adedi hakikî şahıslara ika edilecek olanların adedinden daha azdır.

**Dr. Ferit H. SAYMEN**

(72) Ferit H. Saymen: İdare Hukuku ve manevî tazminat, İstanbul Baro Mecmuası, 1939, sah. 476.

(73) H. et. L. Mazeaud, Op. Cit. Cild II, sah. 703. — Dubois, Op. Cit. sah. 132.