

ŞAHSİYET HAKKINA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI*

*Yrd.Doç.Dr. Murat DOĞAN***

I. ŞAHSİYET HAKKI

Şahsın hayatı, vücut tamlığı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, hürriyeti, özel hayatı ve sırları, kısaca insan olarak doğuştan sahip olduğu ve toplum içinde yaşamasının sonucu olarak kazandığı varlıkların tümü onun şahsiyetini oluşturur ve aynı zamanda şahsiyet hakkının konusunu teşkil ederler¹.

Türk ve İsviçre Hukuklarında, hayatı, bedeni, sağlığı, hürriyeti, şerefi, ismi ve resmi münferit olarak koruyan Alman Hukukundan farklı olarak²,

* Bu çalışma ilk olarak 1993 yılında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, fakat yayımlanmamıştır. Çalışmanın konusunu oluşturan önleme davasının, şahsiyet hakkının korunması bakımından arz ettiği öneme rağmen, aradan geçen süre içerisinde Türk Hukuk uygulamasından gereken ilgiyi görmediği gözlenmiştir. Bu bakımdan yayımlanmasının faydalı olacağı düşüncesiyle çalışma yeniden gözden geçirilmiş, bazı bölümler özetlenirken bazı bölümlere ilaveler yapılmıştır. Bunlar yapılırken doktrin ve uygulamadaki gelişmeler ve kanun değişikliği göz önünde tutulmuştur.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ Tandoğan, H., Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFD. 1963, C.XX, S.1-4, s.1-36, 12 (Şahsiyet); Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, E., Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası Ankara, 2000, 396; Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 1995, 95; Özsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979, 97; Akipek, J./Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, C.I, 3. Bası, Ankara, 1998, 344; Serdar, İ., Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara, 1999, 27; Helvacı, S., Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, 14, 41(Koruyucu Davalar), Ataay, A., Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul, 1978, 122; Tekinay, S. S., Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1992, 249 (Genel Esaslar); Arpacı, A., Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul, 1993, 97.

² Alman Medeni Kanunu (BGB) tanımamakla beraber, Federal Mahkeme 25 Mayıs 1954 tarihinde verdiği bir kararla genel bir şahsiyet hakkının varlığını ve korunmasını kabul

genel bir şahsiyet hakkının kabul edilip, korunması yoluna gidilmiştir³. Bu genel şahsiyet hakkı, inhisari (tekelci) bir nitelik taşır ve şahsın varolmak, varlığını serbestçe geliştirmek, hür olmak ve saygı görmek hususundaki hakkını ifade eder⁴. Şahıs bu hakkı dolayısıyla şahsi varlıklarını başkalarının müdahalelerinden koruma ve bu hakka saygı gösterilmesini herkesten talep etme yetkisine sahiptir⁵. Şahsiyet hakkı şahıs varlığı hakları arasında yer alan, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla intikal etmeyen, haciz ve iflas yoluyla takibe konu oluşturmayan bir mutlak haktır.

Genel şahsiyet hakkının konusunu oluşturan şahsi varlıklar, şahsiyetin çeşitli görünüşlerinden ibarettir⁶. 4721 sayılı Medeni Kanunun⁷ 23, 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerinde şahsiyet hakkı (kişilik hakkı) kavramına yer verilmiş, bununla beraber şahsi varlıklar tek tek sayılmamıştır. Böylece zaman içerisinde toplum hayatındaki gelişmeler ve teknikteki ilerlemeler sonucu ortaya

etmiştir, BGHZ, 13, 334. Bu konuda bkz., Merz, T., Die Unterlassungsklage nach Art.28 ZGB, Diss., Zürich, 1973, 100. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Diederischen, Edenhofer, Heinrichs, Heldrich, Putzo, Thomas, 49. Auflage, München 1990, 932. Diğer yandan İtalya ve Avusturya Medeni Kanunlarında da genel bir şahsiyet hakkı düzenlenmemiş olmakla beraber, doktrin ve uygulama tarafından böyle bir hakkın varlığı kabul edilmektedir, bkz., Merz, 109 vd. Fransa'da ise Medeni Kanunda ne genel bir şahsiyet hakkı ne de münferit şahsi varlıklar üzerinde ayrı ayrı şahsiyet haklarına yer verilmiştir. Doktrinde ise genel bir şahsiyet hakkının kabulü yönünde görüşler bulunmaktadır. Mahkemeler ise genel bir şahsiyet hakkını kabul etmezken münferit şahsiyet haklarının korunmasına ilişkin kararlar vermektedirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Merz, 104 vd.

- 3 Caemmerer, Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması, (çev.: Özsunay, E.) MHAD, 1972, S.10 (Yeni Seri), s.69-83, 70 (Caemmerer/Özsunay); Scrozan, R., Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, 1977, S.14 (Yeni Seri), s.93-112, 93; İmre, Z., Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan 1971, s.797-846, 798 (İsim); Siebert, W., Şahsiyet Hakkı İle İlgili Meseleler, (çev.: Öztan, B.) AHFD, 1969, C.XXVI, S.1-2, s.217-230, 219 (Siebert/Öztan). Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich, 1995, 93; Arpacı, 99; Hatemi, H., Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, 103; Serdar, 22; Akipek/Akıntürk, 344, 347.
- 4 Tandoğan, Şahsiyet, 12; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 396; Scrozan, 93; Dural, 98; Egger, A., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, (çev.: Çernis, V.), Ankara, 1947, 291 (Egger/Çernis); Akipek/Akıntürk, 344.
- 5 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 396; Siebert/Öztan, 228; Tandoğan, Şahsiyet, 12; Akipek/Akıntürk, 344.
- 6 Simonius, A., Şahsiyet Hakkı, (çev.: Arık, F.), SBF. 1955, S.1, s.186-198, 198 (Simonius/Arık); Özsunay, 97; Tandoğan, Şahsiyet, 14; Serdar, 23.
- 7 RG 8.12.2001, S.24607. Bundan önce yürürlükte olan 743 sayılı Medeni Kanunun 23, 24 ve 24a maddelerinde de bazı farklılıklarla beraber aynı hükümler yer almaktaydı.

çıkacak yeni şahsi varlıklar ve bunlara yönelik yeni ihlal türleri karşısında kanunun dinamizmi korunmuş olmaktadır. Ayrıca bu düzenleme tarzı şahsiyet hakkının kullanılmasını ve tecavüzlere karşı korunmasını da kolaylaştırmaktadır. Kanun koyucu bu çerçeve hükümlerle, şahsiyet hakkının muhtevasını sınırlayıcı bir şekilde belirlememekle hakime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır⁸. Hakim, bu hakkın muhtevasını yazılı ve yazılı olmayan hukuktan yararlanarak tespit edecektir ve gerekirse bu konuda kendisi hukuk yaratacaktır⁹.

Şahsiyet hakkı, şahsa şahıs olması sebebiyle tanınan bir haktır. Herkes doğumundan itibaren hayatı, vücut tamlığı, ismi, resmi, özel hayatı ve sırları ve diğer bütün şahsi varlıkları üzerinde şahsiyet hakkına sahiptir. Şahsın bu hakkı hukuk düzeninin koruması altındadır¹⁰. Gerçek kişilerin yanı sıra toplum hayatındaki fonksiyonları ve tesirleri bakımından büyük öneme sahip olan başta devlet olmak üzere, hukuk düzeninin şahsiyet tanıdığı tüzel kişiler de şahsiyet hakkına sahiptirler ve tanınan korumadan yararlanırlar¹¹.

II. ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASI

Hukuk yönünden en değerli varlık insandır. İnsanın en değerli varlığı ise onun şahsiyetidir. Günümüzün hızla gelişen teknolojisi ve toplum hayatındaki değişimler, her türlü tecavüze açık olan şahsiyet hakkının korunmasının önemini giderek artırmaktadır¹². Bilim ve teknikteki ilerlemeler, şahsın özel hayat ve gizlilik alanına yapılan tecavüzleri çok kolay hale getirmiştir. Bu-

⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 398; Tandoğan, Şahsiyet, 14; Dural, 99; Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö., Kişiler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1993, 82; Öztan, B., Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 8. Bası, Ankara 1999, 115.

⁹ Dural, 99; Tandoğan, Şahsiyet, 15 vd.; Egger/Çernis, 270; Kılıçoğlu, A., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarda Hukuksal Sorumluluk, 2. Bası, Ankara, 1993, 5 (Şeref); Helvacı, Koruyucu Davalar, 44.

¹⁰ Özsunay, 149; Siebert/Öztan, 226; Oğuzoğlu, H. C., Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, C.1, Şahsın Hukuku, Ankara, 1963, 286.

¹¹ Öztan, 152; Palandt, 933; Oğuzman/Seliçi, Kişiler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul, 1993, 84; İmre, İsim, 804; Köprülü, B., Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 1-2. Kitaplar, İstanbul, 1984, 289; Taşkın, A., Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması, AHFD. 1992, C.XLII, S.1-4, s.210-245, 212; Tuor/Schnyder/Schmid, 87; Helvacı, Koruyucu Davalar, 15-16. Serozan, tüzel kişilerinde bu korumadan yararlanabileceklerini kabul etmekle beraber, korunması isteyebilecekleri değerleri isim ve iktisadi faaliyet serbestliği ile sınırlamakta ve elden geldiğince dar tutulmasının uygun olacağını savunmaktadır, bkz., Serozan, 109.

¹² "Kişilik hakkının korunması, bir şahsın kişiliğine üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek hukuka aykırı tecavüzleri önlemeye, yok etmeye, tazmin etmeye yönelik özel hukuk kurallarının bütünüdür", bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 13.

nun sonucu olarak, bu alana yönelik tecavüzler ve tecavüz yolları zamanla son derece artmıştır. İzni olmaksızın bir şahsın fotoğrafını çekebilmek, çok uzakta da olsa teleobjektifli makinelerle mümkün hale gelmiştir. Yine şahsın izni olmadan, sesini banda kaydedebilmek veya çok küçük dinleme araçlarını kullanarak gizli konuşmaları dinleyebilmek de mümkündür¹³. Kamerayla kaydedilen görüntülerden dudak okuma yöntemiyle yapılan konuşmalar tespit edilebilmektedir¹⁴. Bu yollarla öğrenilen şahsın özel hayatına ve gizlilik alanına ilişkin bilgiler basın, radyo, televizyon ve internet yoluyla çok geniş kitlelere kısa zamanda aktarılabilmektedir. Görevi kamuyu aydınlatmak ve belli konularda kamuoyu oluşturmak olan basın, teknik gelişmelerden de yararlanarak şahısların özel hayatlarına ve sırlarına ait bilgileri ve resimleri, halkın bayağı duygularına hitap edecek şekilde yayımlamaktadır¹⁵. Radyo ve televizyon kanallarındaki artış da bu tür saldırıları artırmaktadır. Radyo ve televizyonun geniş kitleler üzerindeki etkisi, bu yolla şahısların şeref ve haysiyetlerine yönelik olarak yapılacak yayımların daha ağır sonuçlar doğurmasına sebep olmaktadır.

Teknik gelişmenin bir başka ürünü de bilgisayarlardır. Bilgisayarlar aracılığıyla kurulan bilgi bankalarında şahıslara ait gizli kalması gereken bilgiler toplanabilmektedir. Bilgi bankaları, devlet ve büyük işletmeler açısından büyük kolaylıklar sağlamakla beraber, bununla doğru orantılı olarak şahsiyet hakkı bakımından da tehlike arz etmektedir. Çünkü bu yolla, şahsın özel hayatına ilişkin bilgilerin onun rızası olmaksızın başkalarına yayılabilmek tehlikesi doğmaktadır¹⁶. İnternet de bu ihlalleri artıran ve hızlandıran bir etkiye sahiptir. İnternet sitelerinde yazı ve resim yoluyla kişinin gerek şeref ve haysiyeti gerekse özel hayatı ve sırları ihlal edilebilmektedir. Elektronik gazetecilik, basılı olanlardan daha hızlı ve kolay şekilde okuyucu ulaşabilmektedir.

¹³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 419-420, 426; Zeren, Y., Teknik Gelişme ve Özel Hayata Saygı, ABD. 1971, S.3, 420; Şen, E., Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, İBD. 1993, C.68, S.7-8-9, s.502-531, 502. Özel hayatın bu tür ihlallerinin tabii hukuk bakımından bir değerlendirmesi için bkz., Özdeş, O., Tabii Hukuk Açısından Kişinin Özel Hayatının Gizliliği, Danıştay Dergisi 1974, C.4, S.14-15, s.87-95, 87 vd.

¹⁴ Serdar, 70.

¹⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 2.

¹⁶ Kılıçoğlu, Şeref, 10; İşgüzar, H., 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ABD. 1990, s.6, s.855-876, 855; İmre, Z., Şahsiyet Hakkının Özel Hayatın ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM. 1974, C.XXXIX, S.1-4, s.145-173; 148 (Özel Hayat).

Başka amaçlarla oluşturulan web sitelerinde de şahsiyet hakkını ihlal edecek, özellikle reklam amacıyla resmin yayımlanması gibi yayımların yapıldığı görülmektedir. Bunlara ilaveten elektronik posta (e-posta/e-mail) yoluyla da şahsi varlıklara yönelik saldırılar gerçekleştirilmektedir.

İktisadi hayatta da sendikalar, karteller gibi büyük birliklerin, menfaatlerine aykırı hareket eden şahısların iktisadi varlığı ve geleceği üzerinde önemli etkileri söz konusu olmaktadır. Bu da, bu alanda şahsiyet hakkının korunmasını zorunlu kılmaktadır¹⁷.

Siyasi alanda, şahısların siyasi rakiplerinin özel hayatlarına ait olayları açıklayarak, onları yıpratmaya yönelik faaliyetleri yanı sıra, basın da yayımladığı siyasi dedikodularla siyasetle uğraşan şahısların özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine tecavüzleri söz konusu olmaktadır¹⁸.

Bütün bunlar, şahsiyet hakkının hukuk düzeni tarafından korunmasını zorunlu kılan sebeplerden bazılarıdır. Şahsiyet hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi ise hem kamu hukuku hem özel hukuk alanında bu korumanın sağlanmasıyla mümkün olabilir. Kanun koyucu bu korumayı sağlamak için gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında çeşitli düzenlemeler yapmıştır¹⁹. Aşağıda şahsiyet hakkının özel hukuk alanında, özellikle de medeni hukuk bakımından korunması üzerinde durulacaktır.

III. ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ DÜZENLEMELER

A) GENEL OLARAK

Şahsiyet hakkı özel hukuk alanında muhtelif düzenlemelerle korunmuştur. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin çerçeve hüküm niteliğindeki Medeni Kanunun 23, 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddeleri genel bir korunma sağlamaktadır (İMK m.27, 28 vd., İBK m.49). Belirtmek gerekir ki, şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak İMK ve TMK'da yer alan bu hükümler diğer hukuk sistemlerine göre daha geniş kapsamlı, etkili ve ol-

¹⁷ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 426; Tandoğan, Şahsiyet, 2.

¹⁸ Tandoğan, Şahsiyet, 3.

¹⁹ Kamu hukuku alanında özellikle milletlerarası andlaşmalar, Anayasa, Ceza Kanunu ve Basın Kanunundaki şahsiyeti koruyucu düzenlemeler için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 26 vd.; Doğan, M., Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1993, 31 vd.

dukça cesur hükümlerdir²⁰. Bunlara ek olarak Medeni Kanunda ve Borçlar Kanununda şahsiyet hakkının korunmasına yönelik bir çok özel düzenlemeye yer verilmiştir. Medeni Kanunun 26. maddesindeki (743 sayılı MK m.25) isim hakkının korunmasına ilişkin düzenleme bunlardan biridir. Bunun gibi, Medeni Kanunun 121, 174/2 maddelerinde (743 sayılı MK m.85, 143), Borçlar Kanununun 45-48. maddelerinde şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu dışında da şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14-19. maddelerinde fikir ve sanat üzerindeki manevi hakların korunması, 69-71. maddelerinde fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara tecavüz halinde açılacak davalar, 85-87.maddelerinde şahsın mektupları, hatıraları ve resimleri üzerindeki haklarının korunması hükme bağlanmıştır.

Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddelerinde haksız rekabet yoluyla şahsiyet hakkının ihlalinin önlenmesine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

B) ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN MEDENİ KANUNDAKİ DÜZENLEMELER

Medeni Kanunda şahsiyet hakkını doğrudan doğruya korumaya yönelik olarak, birer çerçeve hüküm olan 23, 24 ve 25. maddeler yer almıştır²¹. Bunlar dışında da şahsiyet hakkını korumaya yönelik hükümler bulunmakla beraber, kanun koyucu daha geniş çerçeveli ve etkin bir koruma sağlayabilmek amacıyla bu genel hükümleri öngörmüştür. Bu hükümler içi boş, doldurulması gereken birer çerçeve hüküm niteliğindedirler²².

Medeni Kanunun 24. maddesiyle şahsiyet hakkı, şahsın rızası dışında meydana gelecek hukuka aykırı tecavüzlere karşı korunmaktadır. Medeni Kanunun 24. maddesinin birinci fıkrasında şahsiyet hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz edilen şahsın, hakimden şahsiyet hakkının korunmasını iste-

20 Aynı yönde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 86. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümlerin tarihi gelişimi için bkz., Helvacı, S., İsviçre Medeni Kanununun 28. Maddesi İle İsviçre Borçlar Kanununun 49. Maddesinin Tarihi Gelişimi, Hukuk Araştırmaları 1994, C.8, S.1-3, s.237-253, 237 vd. (Tarihi Gelişim).

21 Öztan, 114; Oğuzman/Seliçi, 82; Tandoğan, Şahsiyet, 11.

22 Simonius/Arık, 192; Tandoğan, 11; Özsunay, 106; Kılıçoğlu, Şeref, 5; Serdar, 23; Helvacı, Koruyucu Davalar, 44.

yebileceği hükme bağlanmıştır²³.

Medeni Kanunun 25. maddesinde şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir tecavüze uğrayan veya bir tecavüze uğrama tehlikesi karşısında bulunan şahsın açabileceği davalar öngörülmüştür²⁴. Buna göre, bir kimse şahsiyet hakkına yönelik saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması istenebileceği gibi maddi ve manevi tazminat talepleri ve saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre verilmesini isteme hakları da bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusunu tecavüzün önlenmesi davası oluşturmaktadır.

IV. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI

A) GENEL OLARAK ÖNLEME DAVASI

Önleme davası mal varlığı veya şahıs varlığına yönelik hukuka aykırı tecavüzlerin gerçekleşmesini engelleme amacı taşıyan bir davadır. Bazı mutlak hakların korunması bakımından Medeni Kanunda ve özel kanunlarda önleme davası öngörülmüş bulunmaktadır. Medeni Kanunun 730/2 maddesinde mülkiyetin (743 sayılı MK m.656), 983/2 maddesinde zilyetliğin (743 sayılı MK m.896), Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 69. maddesinde fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların korunmasına, Ticaret Kanununun 58. maddesinde haksız rekabet yoluyla meydana gelecek tecavüzlerin önlenmesine ilişkin olarak önleme davasının açılabileceğini öngören hükümler mevcuttur.

²³ Tekinay, tecavüze karşı soyut olarak korunma davası açıklamayacağı için bu hükmün tamamen lüzumsuz olduğunu ileri sürmektedir. Böyle bir taleple açılacak davanın içeriksiz kalacağını, bu sebeple bu hükmün gereksiz olduğunu, kanun koyucunun hukuka aykırı ihlale karşı müeyyideler ve dava hakları öngörmesi gerektiğini savunmaktadır, Tekinay, S. S., Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s55-66, 56 (Kişilik); Tekinay, Genel Esaslar, 258-259. Dural ise, (743 sayılı) Medeni Kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasının kişiliğin hukuka aykırı tecavüzlere karşı korunacağı ilkesini koyduğunu, 24a maddesinin ise bu ilkedeki somut olarak nasıl yararlanılacağını, yani hangi davaları açma imkanının bulunduğunu düzenlediğini ifade etmektedir, Dural, 141-142:

²⁴ 743 sayılı Medeni Kanunda 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 24a maddesi eklenerek bu dava yolları öngörülmüştü.

B) ŞAHSİYET HAKKINA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI

1. GENEL OLARAK

Şahsiyet hakkının korunması bakımından, bu davaya 743 sayılı Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yer verilmiş olmakla beraber, değişiklikten önce de doktrinde ve uygulamada tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesi kabul edilmekteydi²⁵. Bu konuda bir görüş, isim hakkının da şahsi varlıklardan olmasını göz önünde tutarak, diğer şahsi varlıklar bakımından hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi bulunan hallerde 743 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinin kıyasen uygulanarak önleme davası açılabilmesini ileri sürmekteydi²⁶. Buna karşılık bir diğer görüş ise, önleme davasının 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinde öngörülen durdurma davasının mantıki sonucu olduğunu, durdurma davası içine önleme davasının da gireceğini ve bu sebeple önleme davası açılabilmesinin 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesi çerçevesinde mümkün olduğunu kabul etmekteydi²⁷. Görüldüğü gibi, her iki görüşün ortak yanı şahsiyet hakkının korunması için önleme davasının kabulünü zorunlu görmeleridir²⁸.

Kanun koyucu da Medeni Kanunda bu doğrultuda bir düzenleme yapmıştır. 743 sayılı Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun bazı maddeleri 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bu değişiklikler kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı 12.5.1988 tarihinden itibaren yürürlüğe girmişti²⁹. Bu değişiklikle Medeni Kanunun şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin 24. maddesi değiştirilmiş, ayrıca dava yollarını düzenleyen 24a maddesi Medeni Kanuna eklenmişti.

²⁵ İmre, İsim, 805; Saymen, F. H., Türk Medeni Hukuku, İstanbul, 1948, 132; Egger/Çernis, 310; Dural, 149; Akipek/Akıntürk, 398; Oğuzman/Seliçi, 94; Köprülü, 297; Serozan, 95-96; Tandoğan, Mesuliyet, 247; Franko, N., Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara, 1973, 28; Ulusan, İ., Türk Medeni Kanunu Öntasarısında Kişilik Haklarını Korunmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, 1985, S.10-12, s.888-896., 891; Y. 4. HD. 8.7.1977 T., E. 1976/3518, K. 1977/7947, YKD. 1979, C.5, S.2, 183.

²⁶ Egger/Çernis, 305; Kılıçoğlu, Şeref, 197; İmre, İsim, 809.

²⁷ Tandoğan, H., Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, 247 (Mesuliyet); Egger/Çernis, 310; Kaplan, İ., Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması, Adalet Dergisi 1979, s.3-4, s.200-230, 223; Oğuzman/Seliçi, 96.

²⁸ İmre, İsim, 808; Tandoğan, Mesuliyet, 247.

²⁹ RG 12.5.1988, S.19812.

Medeni Kanunun 24a maddesinde, doktrindeki görüşlere uygun olarak şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davalar arasında önleme ve tespit davalarına da yer verilmişti. Bu değişikliklere, 1984 yılında hazırlanan Medeni Kanun Öntasarısında da, İsviçre’de aynı maddelerde 1983 yılında yapılan değişikliklere paralel olarak yer verilmişti³⁰.

Bu düzenlemelerle, Türk ve İsviçre Hukukunda şahsiyet hakkının korunması bakımından açılabilmesi kabul edilen, ancak kanunda yer almayan önleme davası hukuki dayanağa kavuşturulmuş olmaktadır³¹.

743 sayılı Medeni Kanunun 24a maddesine göre, önleme davası tecavüz tehlikesinin varlığı halinde açılabilirdi. Oysa tecavüz tehlikesinin önlenmesi değil, ancak tecavüzün önlenmesi sözkonusu olabilir. Bu sebeple kanunun ifade biçimi haklı olarak eleştirilmekteydi³². Bununla beraber, burada kastedilenin, işin mahiyeti gereği, tecavüzün önlenmesi davası olduğu çoğunlukla kabul edilmekteydi³³. Buna rağmen, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinde de aynı hatalı ifadeye yer verilerek “saldırı tehlikesinin önlenmesinin” istenebileceği öngörülmüştür. Yukarıda belirtilenler doğrultusunda burada ifade edileni saldırının önlenmesi davası olarak anlamak gerekir.

30 Türk Medeni Kanununda yapılan bu değişikten önce İsviçre Medeni Kanununda da 16 Aralık 1983 tarihinde revizyona gidilmiş ve bu değişiklikler 1 Temmuz 1985’de yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerle 28. madde değiştirildiği gibi kanuna 28a-28l maddeleri ilave edilmiştir. Bu değişikliklerin şahsiyet hakkının özel hukuk alanında korunmasını genel olarak ve özellikle medya ihlallerine karşı güçlendirme amacı taşıdığı yönünde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 88. İsviçre’dekinin aksine, Türk Medeni Kanununda yapılan değişiklikte tasarıda yer almasına rağmen basınla ilgili hükümler kanunlaşmamıştır. İsviçre’de ise tasarıda yer alan bilgilerin korunmasına ilişkin hükümler Medeni Kanununa alınmayarak Bilgilerin Korunması Kanunu adıyla müstakil bir kanun olarak çıkarılmıştır. Bu kanun, 19 Haziran 1992 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Temmuz 1993’de yürürlüğe girmiştir.

31 Alman Hukukunda şahsiyet hakkının korunması bakımından önleme davası düzenlenmemiştir. Bazı şahsi varlıkların ve mülkiyet gibi bazı hakların korunması bakımından önleme davası açılabilmesi öngörülmüştür (BGB § 12, 1004). Doktrin ve uygulama şahsiyet hakkı bakımından da önleme davasının açılabilmesini kabul etmektedir, bkz., Merz, 102 vd. Avusturya Hukukunda ise sadece isim hakkına yönelik tecavüzler bakımından önleme davasının açılabilmesi öngörülmüştür (ABGB § 43). Bkz., Merz, 112.

32 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Serdar, 250.

33 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474. Nitekim, Kanunun gerekçesinde “haksız ihlalin önlenmesi davası” tabirine yer verilerek burada kastedilenin tecavüzün önlenmesi olduğu açıklığa kavuşturulmuştur, bkz., ABD. 1988, S.3, 371.

2. TERİM

Türk Hukukunda önleme davasının adlandırılması hususunda bir birlik bulunmamaktadır. İsviçre Hukukunda "Unterlassungsklage" olarak adlandırılan³⁴ önleme davası, Türk Hukukunda içtinap, kaçınma, önleyici kaçınma, saldırının yasaklanması ve önleme davası olarak adlandırılmaktadır.

Bununla beraber doktrinde çoğunlukla davanın tecavüzü önleyici niteliği göz önünde tutulduğunda, daha uygun olan "tecavüzün önlenmesi davası" veya kısaca "önleme davası" adı kullanılmaktadır³⁵. Gerçekten, önleme davasını şahsiyet hakkını koruyan diğer davalardan ayıran en önemli özelliği önleyici nitelikte olmasıdır. Davayla henüz yapılmamış bir tecavüzün önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple, davanın karakterini bu önleyici niteliği belirlemektedir. Medeni Kanununun 25. maddesi de "...saldırı tehlikesinin önlenmesini ...isteyebilir" ifadesiyle önleme davası adını benimsemiştir.

3. ÖNLEME DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONUSU

a) Hukuki Niteliği

aa) Genel Olarak

Önleme davası, şahsiyet hakkı tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın, bu hakkının korunması için hakime başvurabileceği hukuki bir yoldur. Bu sebeple de bir koruyucu davadır³⁶. Önleme davası, şahsiyet hakkını koruyan diğer davalardan farklı olarak tecavüz sonuçlarına değil, tecavüz fiiline yönelen bir davadır³⁷. Dava, şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edecek hukuka aykırı fiillerin gerçekleşmesini önlemek üzere açılır. Bu davanın açılabilmesi için şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı nitelik taşıyan, ciddi ve yakın bir

³⁴ Egger/Çernis, 310; Merz, 13.

³⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 196; Özsunay, 154; Dural, 149-150; Öztan, 153; Köprülü, 297; Tekinay, Genel Esaslar, 269; Kocayusufpaşaoğlu, N., Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, MHB Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara-1970), İstanbul, 1980, s.141-180, 141 vd.; Oğuzman, M. K., İsviçre ve Türkiyede Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s.7-53, 23.

³⁶ Helvacı, Koruyucu Davalar, 79. Diğer koruyucu davalar durdurma ve tespit davalarıdır.

³⁷ Kılıçoğlu, Şeref, 198; Merz, 15; Kocayusufpaşaoğlu, 151; Serdar, 251; Helvacı, Koruyucu Davalar, 95.

tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin varlığı gerekir³⁸. Yani, tecavüzde bulunulacağına ilişkin güçlü delillerin bulunması halinde önleme davası açılır³⁹. Ancak, tecavüz meydana gelmişse artık önleme davası değil, tecavüzü durdurma davası açılabilir. Çünkü artık bir tecavüz fiili değil tecavüz fiilinin doğurduğu tecavüz durumu söz konusudur⁴⁰.

Buna karşılık bir görüş, devam eden tecavüz fiillerine karşı da önleme davası açılabileceğini savunmaktadır⁴¹. Buna göre, durdurma davası ancak tecavüz durumuna (tecavüz fiilinin sonuçlarına) karşı açılabilir. Tecavüz fiiline karşı ise yalnız önleme davası açılabilir. Önleme davasıyla bir tecavüz fiilinin gerçekleşmesinin önlenmesi veya devam eden tecavüz fiiline son verilmesi, yani tecavüz fiilinin gelecekte var olmasına şimdiden engel olunması istenebilir⁴².

Diğer bir görüş ise, durdurma davası açılabilmesi için başlamış ve sürmekte olan bir tecavüzün söz konusu olması gerektiğini, bu şekilde başlamış olan bir tecavüz fiiline karşı önleme davası açılmayacağını kabul etmektedirler⁴³. Başlamış ve devam etmekte olan tecavüz fiili bu görüş tarafından tecavüz durumu olarak nitelendirilmektedir ve buna karşı durdurma davası açılabileceği ileri sürülmektedir⁴⁴.

Bu iki görüş arasındaki ayrılık, tecavüz durumunun neyi ifade ettiği konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tecavüz durumuna verilecek anlamı tespit ederek, hangi hallerde durdurma davasının açılabileceği, hangi hallerde ise önleme davasının açılabileceğini belirlemek gerekmektedir.

Öncelikle tecavüz durumundan anlaşılması gerekenin, meydana gelmiş bir tecavüz fiilinin halen devam etmekte olan sonuçları olduğunu belirtmek gerekir. Tecavüz durumu iki ayrı şekilde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, tecavüz durumu, şahsiyet hakkını ihlal eden hususların, maddi alemde bir

38 Merz, 15; İmre, Medeni, 457; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Helvacı, Koruyucu Davalar, 128, 130.

39 Arpacı, 144; Tekinay, Genel Esaslar, 269.

40 Oğuzman, 20; Kılıçoğlu, Şeref, 201; Kocayusufpaşaoğlu, 153; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 472; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Helvacı, Koruyucu Davalar, 128, 130; Tekinay, Genel Esaslar, 268; Serdar, 256; BGE 100 II 177, 103 II 161.

41 Egger/Çernis, 310; Merz, 15; Kocayusufpaşaoğlu, 153.

42 Merz, 15-16; Kocayusufpaşaoğlu, 153.

43 Kılıçoğlu, Şeref, 202; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Özsunay, 137; Dural, 149-150; Oğuzman, 20; Köprülü, 296-297.

44 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Oğuzman, 20 dn.49.

eşyaya sürekli şekilde bağlanmış olarak ve insanların duyularıyla algılayabilecekleri şekilde piyasaya çıkarılması veya herkesin gözü önünde sergilenmesi şeklinde, maddi aleme ilişkin olarak ortaya çıkabilir⁴⁵. Örneğin, bir kitap, broşür veya afiş, bir teyp bandı, vitrinde sergilenen bir fotoğraf, internette bir web sitesinde yapılan yayım bu şekilde bir tecavüz durumu teşkil eder. Bunlar devamlı bir tecavüz kaynağı oluştururlar. Durdurma davasıyla bu tecavüz durumuna son verilmesi, yani kitap, broşür veya afişlerin toplattırılması, teyp bandının silinmesi veya imhası, vitrindeki fotoğrafın kaldırılması, internetteki yayımın durdurulması istenebilir⁴⁶. Bunun yanı sıra maddi aleme ilişkin olarak ortaya çıkan tecavüz durumunun, insanların zih-

⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 208; Serdar, 258.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 154; Egger/Çernis, 310; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 473; Arpacı, 143; Akipek/Akıntürk, 400; Tuor/Schnyder/Schmid, 96. Bununla beraber, Yargıtay bir kararında "İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlemler konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleştirilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internette çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımından verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir olgu arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken, bunun yerine yazılı olduğu üzere kabul kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir" sonucuna ulaşmıştır, bkz., Y. 4. HD 8.2.2001 T., E. 755, K. 1157, YKD. 2001, C.27, S.7, 994-996. Bu, gerek ulaştığı sonuç gerekse gerekçeleri itibarıyla isabeti tartışmalı bir karardır. Bir konuda yasal düzenleme olmaması haki-me, o konuyla ilgili olarak önüne gelen olayda karar vermektan kaçınma yetkisi vermez (AY. m.36/2, HUMK m.573-574, MK m.1/1). Hakim, mevcut hükümleri kıyasen uygulamak ya da doğrudan doğruya kendisi hukuk yaratmak yoluyla olaya uygulanacak kuralı belirleme ve uygulamakla yükümlüdür. 4721 sayılı MK m.24 ve 25. (743 sayılı MK m.24, 24a) hükümleri şahsiyet hakkına yönelik her türlü tecavüze uygulanabilecek hükümler olduğuna göre, bu hükümlere dayanarak internet yoluyla gerçekleşen tecavüzlerin durdurulması da istenebilir. Bu konuda yasal düzenleme boşluğu sadece kararın infaz safhasındadır. Burada da, hakim, infaz edileme ihtimali sebebiyle karar vermektan kaçınmaz. Kaldı ki, internet yayınları bakımından durdurma kararlarının infaz edilememe durumu da mutlak değildir. Özellikle, karara konu olan olayda olduğu gibi yayının yer aldığı web sitesinin yayınlayıcısının bulunduğu hallerde, ona karşı verilecek yayına son verme veya aynı nitelikte yayın yapmama kararlarının uygulanmasında diğer kararlara göre hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Eğer, yayınlayan bilinmiyorsa, yayını sağlayan servis sağlayıcı aracılığıyla yayının durdurulması veya önlenmesi yine mümkün olacaktır. İnternet servis sağlayıcının yurt dışında olduğu hallerde ise milletlerarası özel hukuk kurallarından faydalanılarak bu infaz yine gerçekleştirilebilir. Bu sebeplerle söz konusu karar isabetli gözükmemektedir.

ninde devam eden bir tecavüz durumuna yol açması da mümkündür⁴⁷. Bu durumda fikri aleme ilişkin bir tecavüz durumu söz konusudur. Bu tecavüz durumunun hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi ve bu kararın yayımlanması tespit veya durdurma davasıyla gerçekleştirilebilir (MK m.25/2)⁴⁸.

Durdurma davasının konusunu teşkil eden tecavüz durumunun, maddi aleme ilişkin tecavüz durumu olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı yoktur. Durdurma davasının devam etmekte olan tecavüzlere karşı açılacağını savunanlar gibi, tecavüz fiilinin sonuçlarına karşı açılacağını savunanların

⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 155; Kılıçoğlu, Şeref, 208; Serdar, 258-259.

⁴⁸ Durdurma ve tespit davaları, burada olduğu gibi, aynı amaca hizmet edebilmektedir. Benzer bir çok durumda da bu iki dava arasında ince bir fark vardır. Aynı yönde bkz., Tuor/Schnyder/Schmid, 96. Benzer bir görüş için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 132. 743 sayılı MK m. 24a'ya göre bu tecavüz durumunun hukuka aykırı olduğunun tespiti ve buna ilişkin kararın yayımlanması istenebilmekteydi. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce ise bunun durdurma davasıyla mümkün olduğu kabul edilmekteydi, bkz., Kocayusufpaşaoğlu, 155; Kılıçoğlu, Şeref, 209, 212 vd.; Öztan, 137; Köprülü, 297; Egger/Çernis, 310; İmre, Medeni, 456; Arpacı, 143; Serdar, 239. 3444 sayılı Kanunla MK m.24a'da tecavüze uğrayanın "... sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini ..." talep edebileceği bağımsız bir dava yolu olarak öngörülmüştür. Bu hükmün lafzına bağlı kalarak yapılacak dar bir yorumla, tecavüzün hukuka aykırı olduğu yönündeki mahkeme kararının yayımlanmasının ancak tespit davasıyla mümkün olacağı sonucuna varmak mümkündür. Oysa, kararın yayımlanması durdurma davasının mahiyetine daha uygundur. Bu sebeple, söz konusu hükmü geniş yorumlayarak, tespit davası yanı sıra durdurma davasında da böyle bir yayım kararı verilebileceğinin kabulü gerektiği ileri sürülmekteydi. Bu yönde bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 214; Akipek/Akıntürk, 403; Öztan, 156; Helvacı, Koruyucu Davalar, 140-141. Farklı bir yaklaşım için bkz., Oğuzman/Seliçi, 95. 4721 sayılı Medeni Kanun 25. maddesinde düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması taleplerinin önleme, tespit ve durdurma davalarından biriyle birlikte ileri sürülebileceğini öngörerek bu talepleri hukuki dayanağa kavuşturmuştur. Ayrıca, BK m.49 çerçevesinde manevi tazminat olarak tecavüzü kınayan bir karar verilmesi ve bu kararın basın yoluyla ilanına hükmedilmesi de mümkündür. Bununla birlikte, Kılıçoğlu, basın yoluyla, Serdar, radyo ve televizyon yoluyla şahsiyet hakkına tecavüz halinde, hukukumuzda cevap ve düzeltme hakkı kabul edilmiş olduğu için, okuyucu, seyirci ve dinleyicilerin zihninde oluşan yanlış düşünce ve değer yargılarının giderilmesi amacıyla durdurma davası açılmasında, basın, radyo ve televizyon yayınları açısından hukuki yarar bulunmadığını ileri sürmektedirler, bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 209-210; Serdar, 260. Oysa, durdurma davası tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve tekrarını yasaklayan bir karar ihtiva eder. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında, yayının hukuka aykırılığı konusunda bir tespit olmadığı gibi, bu yönde bir yayının tekrarını yasaklayan bir emir de bulunmaz. Ayrıca bu hakkın belli süreler içerisinde kullanılması gerekmektedir (Basın Kanunu m.19; TRT Kanunu m. 27; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.28) . Dolayısıyla, her iki yol mahiyetleri itibariyle tamamen farklıdır ve biri diğerine başvurulmasını engellemez.

da bu hale aynı örnekleri verdikleri gözönünde tutulursa, görüş ayrılığının bir adlandırma farklılığından ibaret olduğu görülmektedir. Pratikte de çoğu zaman bir tecavüz fiili, bir kere işlenmesiyle birlikte sona erdiğinden, böyle bir fiile, ister önleme davasıyla olsun isterse durdurma davasıyla olsun, işlenirken son verilmesi sözkonusu olmaz⁴⁹. Bu durumda, ya tecavüz fiili işlenmeden önce bir önleme davası açılabilir veya işlenmiş fiilin doğurduğu tecavüz durumuna son verilmesini sağlamak amacıyla bir durdurma davası açılabilir⁵⁰. Ancak halen işlenmekte olan tecavüze karşı önleme davası açılmaz.

Konuları arasındaki bu farklılığa rağmen, tecavüz durumu teşkil eden bazı hallerde, tecavüzün durdurulması (tecavüze son verilmesi) talebi aynı zamanda önleyici bir talep niteliği de taşır⁵¹. Nitekim, bu hallerde verilecek bir tecavüzün durdurulması kararıyla ilerdeki tecavüzler de önlenmiş olur⁵². Örneğin, bir tecavüz durumu teşkil eden teyp bandının imhası, bu bandın ileride yayınlanmasını ve dolayısıyla bu yolla doğacak tecavüzleri önlemiş olur. Ancak, bu tür hallerde, her zaman durdurma davasıyla ilerdeki tecavüzlerin önlenmesi mümkün olmaz. Bu sebeple durdurma davasıyla tecavüze son verilmesinin talep edilmesi yanı sıra bundan ayrı olarak açılacak bir önleme davasıyla da yeni bir tecavüzün önlenmesinin talep edilmesi gerekir⁵³. Örneğin, bir kimsenin şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eden birkaç ciltlik kitabın yayımlanmış ciltlerinin dağıtımına son verilmesi talebi yanı sıra, henüz yayımlanmamış ciltlerinin yayımlanmamasına karar verilmesi ancak bir önleme davasıyla istenebilir⁵⁴. Bu durum, önleme davasıyla durdurma davası arasındaki konu ve nitelik farkının bir sonucudur.

49 Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 130.

50 Bu sebeple, önleme ve durdurma davalarının terditli açılmasında davacının hukuki yararı bulunduğu gibi, bu durum usul ekonomisine de uygundur. Bu yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 81.

51 İmre, Medeni, 457; Oğuzman, 21; Dural, 151. Egger, bu gibi hallerde durdurma davası açılabileceği gibi önleme davası da açılabileceğini ve her iki davada da verilen kararların aynı olacağını ileri sürmektedir, bkz., Egger/Çernis, 310.

52 Arpacı, 144.

53 Ancak bu önleme talebinin, açılmış bulunan durdurma davasında ayrıca ileri sürülmesi de mümkündür. İmre, Medeni, 457; Oğuzman, 22; Dural, 151. Bu yönde bir talebi kabul eden bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz., MHAD. 1973, y.7, S.10 (Yeni Seri), 218.

54 Oğuzman, 22.

bb) Önleyici Nitelikte Olması

Önleme davası, önleyici nitelikte bir davadır⁵⁵. Davacı bu davayla şahsiyet hakkına yönelik ciddi ve yakın bir tecavüzün varlığını iddia ederek, bunun önlenmesini talep eder. Davadan beklenen, sözkonusu tecavüzün gerçekleştirilmesinin mahkeme kararıyla yasaklanmasıdır⁵⁶. Bu yasağa rağmen tecavüz gerçekleşirse bu durumda tecavüzün durdurulması yoluna gidilebilir.

cc) Eda Davası Olması

Önleme davası, bir eda davasıdır⁵⁷. Eda davalarında davacı, davalının bir işi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkum edilmesini ister⁵⁸. Bu bakımdan davalının, davacının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edecek nitelikte olan belli bir davranışı yapmamasına karar verilmesi talebiyle açılan önleme davası da bir eda davasıdır.

Önleme davası bir eda davası olması sebebiyle tespit davasından ayrılır. Önleme davası henüz gerçekleşmemiş bir tecavüze karşı açılabilirdiği halde, tespit davası gerçekleşmiş ve etkisi devam eden tecavüzlere karşı açılabilir (MK m.25/1). Bununla beraber, bütün eda davalarında olduğu gibi⁵⁹ önleme davasında da öncelikle bir tespit hükmü verilir. Hakim, muhtemel tecavüzün varlığını ve bunun hukuka aykırı olacağını tespit ederse önleme kararı verir. Ancak, önleme davasının amacı muhtemel tecavüzü önlemek olduğu için, tespit hükmünden sonra esasa ilişkin olarak bir yapmama emri verilir. Tespit davasında ise bir durumun mevcut olup olmadığının tespiti söz konusudur. Şahsiyet hakkı bakımından, tespit davasıyla, hukuka aykırı bir tecavüzün gerçekleşmiş olup olmadığı belirlenir.

Medeni Kanununun 25. maddesinde, tespit davasının, sona ermiş olmasına rağmen etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığını tespit amacıyla açılabilirdiği hükme bağlanmıştır. Hukuki yarar bulunmak kaydıyla henüz

⁵⁵ Merz, 10; Kılıçoğlu, Şeref, 198; Dural, 151; Serdar, 252. Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin diğer davalar ise, daha çok onarıcı bir nitelik taşırlar, Egger/Çernis, 310.

⁵⁶ Caemmerer/Özsunay, 78.

⁵⁷ Merz, 60; Kılıçoğlu, Şeref, 198; Serdar, 251.

⁵⁸ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 1405 (Usul-II); Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara, 1995, 262; Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, 249; Berkin, N. M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul, 1981, 392-393; Bilge, N./Önen, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, 389.

⁵⁹ Kuru, Usul-II, 1407; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 263; Bilge/Önen, 389.

tecavüz gerçekleşmeden de tespit davası açılabilir. Bununla beraber, önleme davası açılacaksa tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmadığı için bu dava açılmaz. Çünkü eda davası açılacak hallerde, doğrudan bu davaya başvurulması gerekir⁶⁰.

Diğer taraftan, önleme davası, birer eda davası olan tazminat davalarından da farklıdır. Tazminat davaları tecavüz sonucu ortaya çıkan zararların giderilmesi amacı taşırken, önleme davası, tecavüzün ve dolayısıyla bunun doğuracağı zararların henüz tecavüz gerçekleşmeden önlenmesi amacı güder.

Aradaki bu amaç farkı, tazminat davalarıyla önleme davasının şartlarında da kendini gösterir. Maddi tazminat davası açabilmek için şahsiyet hakkına yapılan hukuka aykırı bir tecavüzün parayla ölçülebilir bir zarar doğurması gerekir. Manevi tazminat davasında ise zararın manevi bir nitelik taşıması gerekir. Her iki davada da failin bu zarara kusuruyla sebebiyet vermiş olması aranır. Önleme davasında ise ne bir zararın doğmuş olması ne de failin kusurlu olması gerekir.

Tazminat davaları da birer eda davasıdır. Ancak bunlar bir şeyin verilmesine ilişkin eda davalarındandır. Önleme davası ise bir şeyin yapılmasına karar verilen bir davadır. Son olarak tazminat davaları zamanaşımına tabi olmalarına rağmen, önleme davası bir zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi değildir.

b) Konusu

Önleme davasının amacı, şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir tecavüzün henüz doğmadan engellenmesidir⁶¹. Dava, ilk defa meydana gelecek tecavüzlere karşı, açılacağı gibi tecavüzün gerçekleşmesine rağmen, tekrarlanması söz konusu olan durumlarda da açılabilir. Bu bakımdan, tecavüzün bir veya birkaç defa gerçekleşmesi önem taşımaz. Eğer halen tekrarlanma tehlikesi varsa, bunları önleme amacıyla önleme davası açılacaktır. Tecavüz fiilinin önlenmesi tecavüzden doğacak zararın da önlenmesi sonucunu doğurur⁶².

4. ÖNLEME DAVASININ ŞARTLARI

Önleme davası her şeyden önce, bir tecavüz tehlikesinin varlığını ge-

⁶⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, 134.

⁶¹ Merz, 16; Kılıçoğlu, Şeref, 199; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Caemmerer/ Özsunay, 79.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, 155.

rektirir. Önleyici niteliği gereği henüz doğmamış bir tecavüz söz konusu olmalı ki, bu tecavüzün doğmadan önlenmesi için bu dava açılabilir.

Ayrıca, muhtemel tecavüzün hukuka aykırı bir nitelik taşıması ve bir hukuka uygunluk sebebine dayanmaması gereklidir.

Önleme davasının şartları arasında, tecavüz tehlikesi doğuran kimsenin kusurlu olması ve bir zararın doğmuş olması yer almaz⁶³. Bu, önleme davasını tazminat davalarından ayıran en önemli farktır. Bir kimsenin şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan şahıs, kusurlu olmasa dahi ona karşı önleme davası açılabilir. Bunun gibi, ortada henüz gerçekleşmiş bir tecavüz olmadığı için zarardan da söz edilemeyecek ve dolayısıyla zarar doğmuş olması şartı aranmayacaktır.

Diğer taraftan davadan feragat edilmemiş olması gerekir. Çünkü davadan feragat, rıza gibi, davanın açılmasını engellemekte geçerli olur⁶⁴.

Görüldüğü gibi, önleme davasının açılabilmesi için, bir tecavüz tehlikesinin varlığı ve bunun hukuka aykırı olması gerekli ve yeterlidir.

a) Tecavüz veya Tecavüzün Tekrarlanması Tehlikesinin Varlığı

Önleme davası, şahsiyet hakkına yönelik tecavüzleri daha doğmadan sonra erdirme amacını güttüğünden, davanın açılabilmesi için, bir tecavüz tehlikesinin varlığı zorunlu bulunmaktadır. Tecavüz tehlikesi, bir kimsenin şahsiyet hakkını ihlale yönelmiş, ama henüz gerçekleştirilmemiş fiillerin doğduğu bir durumu ifade eder⁶⁵. Bu tecavüz tehlikesi ilk defa meydana gelmesi söz konusu olan bir tecavüz fiilinden doğabileceği gibi, daha önce meydana gelmiş ancak tekrarlanması ihtimali bulunan bir tecavüz fiilinden de doğabilir⁶⁶.

İster ilk defa ortaya çıkan bir tecavüz tehlikesi olsun, isterse gerçekleşmiş bir tecavüzün tekrarlanması tehlikesi olsun, her iki halde de ciddi ve

⁶³ Palandt, 937; Caemmerer/Özsunay, 78; Öztan, 154; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474; Kocayusufpaşaoğlu, 162; Serozan, 96-97; Akipek/Akıntürk, 406; Merz, 83; Ataay, 152; Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Helvacı, Koruyucu Davalar, 86; Serdar, 252; BGE 91 II 406.

⁶⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, 87.

⁶⁵ Şahsiyet hakkını koruyucu davaların ortak şartı olarak "tecavüz"e ilişkin geniş açıklamalar için bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 91 vd.

⁶⁶ Merz, 15; Caemmerer/Özsunay, 78-79; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129; Serdar, 252; İmre, Medeni, 457; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 474.

yakın bir tecavüz söz konusu olmalıdır⁶⁷. Tecavüz tehlikesi, şahısta şahsiyet hakkına belli bir tecavüzün yapılacağı hususunda ciddi bir endişe doğurmuş olmalı ki, şahıs önleme davasıyla bunun önlenmesini talep etsin. Bir kimse- nin özel hayatına ilişkin açıklamaların yer aldığı bir kitabın basılmakta olduğunu veya gizlice çekilmiş çıplak fotoğraflarının bir dergide veya internette web sitesinde yayımlanacağını öğrenmesi halinde ciddi bir endişeye kapılması doğaldır. Ancak, henüz ortada tecavüz yapılacağına ilişkin bir belirti yokken, bazı davranışlardan abartılı sonuçlar çıkarılarak ileride, herhangi bir zamanda tecavüz yapılabileceği varsayımıyla önleme davasının açılabilceğini kabul etmemek gerekir. Aksi halde, bu tür bir iddiaya dayanan önleme davasının kabulü başkalarının hareket serbestisinin ve dolayısıyla hürriyetinin sınırları belirsiz bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğurur⁶⁸.

Varlığı idda edilen tecavüzün ciddi olması yanı sıra pek yakında yapılacak olması da gerekir⁶⁹. Yakın bir tecavüzden sözedebilmek için, bu yönde başlamış birtakım hazırlık fiillerinin bulunması gerekir. Öyle ki, bu hazırlık fiileri kısa zamanda durdurulmazsa, tecavüz doğacaktır. Hukuka aykırı bir boykota çağrı için afişler hazırlanmışsa, şahsın özel hayatına ait bilgiler içeren kitap baskıya girmişse, gizlice çekilmiş fotoğrafların yayımlanacağı dergi basılmışsa artık yakın bir tecavüzden söz edilebilir. Çünkü bu afişlerin asılmasıyla başkaları boykot çağrısını öğrenecek ve kısa bir süre sonra da boykot başlamış olacağı gibi, kitap ya da derginin satışa sunulmasıyla şahsın özel hayatı ve resmi üzerindeki şahsiyet hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.

Tecavüz tehlikesi iddiası, objektif bir nitelik taşımaktadır⁷⁰. Tecavüz tehlikesi iddiasının üçüncü şahıslar bakımından kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Şahsın vehimlerine, birtakım davranışlara verdiği abartılı anlamlara dayanan, ciddi nitelik taşımayan tecavüz tehlikesi iddialarına dayanarak önleme davası kabul edilmemelidir. Telefonun dinlenerek konuşmaların kaydedildiği veya gizlice fotoğrafların çekildiği iddia edilmekle beraber, bunları ispata yarayacak hiçbir delil sunamayan kişinin önleme talebi kabul edilemez

Hakim, tecavüz tehlikesi iddiasını bu ölçüler çerçevesinde değerlendirir-

⁶⁷ Egger/Çernis, 310; Oğuzman, 23; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Öztan, 154; Akipek/Akıntürk, 400; Dural, 150; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129; Serdar, 253

⁶⁸ Egger/Çernis, 311.

⁶⁹ Oğuzman, 23; Öztan, 154; Serdar, 253.

⁷⁰ Kılıçoğlu, Şeref, 200.

meli, önleme davasının kabulü için, gerçekleşmiş bir tecavüzün niteliklerini aramamalıdır. Eğer tecavüz yapılacağı hususunda açık belirtiler varsa, tehditlerden, hazırlık hareketlerinden, daha önce meydana gelen tecavüzlerin şekli, sistematik hücumlardan, tecavüz tehlikesinin varlığına kanaat getirilebiliyorsa dava kabul edilmelidir⁷¹. Bir gazetede bir kimsenin sırlarının yazı dizisi şeklinde yakında yayımlanacağı açıklanmışsa, bir reklam kampanyasında kullanılmak üzere şahsın resminin kullanıldığı ve bu resimlerin yer aldığı afişlerin yakında tüm şehre asılacağı duyurulmuşsa, hukuka aykırı bir boykot için afişler hazırlanmış ancak henüz asılmadığı için boykot başlamamışsa, belirli bir olayla ilgili bir kimseye ait ses bandının radyoda yayınlanacağı duyurulmuş fakat henüz yayınlanmamışsa, gizli kamerayla filme alınan bir olaya ilişkin görüntülerin televizyonda bir haber programında yayınlanacağı açıklanmışsa, hatta televizyonlarda son zamanlarda sıkça görülen şekilde kamera şakası adıyla yayınlanmak üzere gizlice çekilmiş filmin yayınlanacağı öğrenilmişse⁷², bütün bu hallerde tecavüz tehlikesi var olduğu ve devam ettiği için önleme davası kabul edilmelidir.

Tarafların karşılıklı ilişkilerinden ve olayların akışından da tecavüz tehlikesinin varlığı anlaşılabilir⁷³. Örneğin, taraflar daha önce de yazı yazdıkları gazetede birbirleri hakkında incitici yazılar yazmışlarsa veya birbirlerinin özel hayatlarına ilişkin açıklamalar yapmışlarsa, bu gibi durumlarda bir tecavüz tehlikesinden, daha çok da tecavüzün tekrarlanması tehlikesinden sözedilir⁷⁴. Bunun gibi, başkalarının özel hayatına ait topladığı bilgileri bilgisayarlara yükleyen ve bunlara para karşılığı ilgilenenlere satan bir bilgi bankasının kendisi hakkında da bilgi topladığını öğrenen bir kimsenin tecavüz tehlikesi iddiası haklıdır. Çünkü bu bilgilerin başkalarına satılması yapılan iş gereği kaçınılmazdır. Dolayısıyla böyle bir durumda önleme davasını kabul etmek gerekir⁷⁵.

71 Egger/Çernis, 311; Kılıçoğlu, Şeref, 201; Saymen, 135; Helvacı, Koruyucu Davalar, 129.

72 Radyo ve televizyon yayınları bakımından benzer örnekler için bkz., Serdar, 253.

73 Egger/Çernis, 310.

74 Türk basınında da bazı yazarlar arasında zaman zaman bu tür karşılıklı atışmalar görülmektedir. Hatta bunlar birbirlerinin şahsiyet hakkını ağır derecede ihlal edici boyutlara varabilmektedir.

75 Nitekim İsviçre'de benzer bir olayda Federal Mahkeme önleme talebini haklı bularak kabul etmiştir. Olayda başkalarına ait adresleri listeler şeklinde çoğaltarak satan bir adres firmasının, üyelerinin ismini ve adreslerini gizli tutan bir derneğin üyelerinin adreslerini de aynı şekilde çoğaltarak satması üzerine bunun tekrarının önlenmesi talep edilmiş ve

Önleme davasının açılabilmesi ve davaya devam edilebilmesi için şahsiyet hakkına yönelik tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin devam ediyor olması gerekir⁷⁶. Eğer tecavüz gerçekleşmiş ve tehlike sona ermişse, artık önleme davası konusuz kalacağından duruma göre şahsiyet hakkını koruyan diğer dava yollarına başvurulabilir⁷⁷.

b) Hukuka Aykırılık

aa) Genel Olarak

Önleme davasının açılabilmesi için varlığı iddia edilen tecavüz veya tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin hukuka aykırı bir nitelik taşıması gerekir.

Hukuka aykırılık, genel anlamda hukuk düzenine ters düşen, onun tarafından reddedilen bir fiil ve davranışı ifade eder⁷⁸.

Medeni Kanununun 24. maddesinin eski metninde, "Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hakimden tecavüzün men'ini talep edebilir" hükmü yer almaktaydı. Buradaki "haksız tecavüz" deyimiyile hukuka aykırılığın kastedildiği doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmekteydi⁷⁹. Ayrıca, buradaki hukuka aykırılığın, Borçlar Kanununun 41. maddesi anlamındaki hukuka aykırılık olduğu da kabul edilmekteydi⁸⁰.

Hukuka aykırılık, Borçlar Kanununun 41. maddesinde olduğu gibi Medeni Kanununun 24. maddesinde de tanımlanmamıştı. Bu sebeple, şahsiyet hakkına tecavüz eden hangi davranışların hukuka aykırı olacağını hakim tarafından yazılı ve yazılı olmayan hukuk gözönünde tutularak tespit edile-

mahkemeye bu talep kabul edilmiştir. Kararın tercümesi için bkz., MHAD. 1973, y.7, S.10 (Yeni Seri), 209 vd.

⁷⁶ Oğuzman, 23; Kılıçoğlu, Şeref, 201.

⁷⁷ Böyle bir durumda HUMK m.83'e göre önlem davası durdurma davasına çevrilebilir. Aynı yönde bkz., Serdar, 254.

⁷⁸ Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi hususunda doktrinde iki ayrı teori ileri sürülmektedir. Sübjektif ve objektif teori adı verilen bu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz, Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 6. Bası, Ankara, 1998, 565-566; Kılıçoğlu, Şeref, 43; Tandoğan, Mesuliyet, 44; Siminous/Arık, 192 vd.; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul, 1993, 476.

⁷⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 41; Oğuzoğlu, 300; İmre, İsim, 805.

⁸⁰ Eren, 577; Kılıçoğlu, Şeref, 41; Öztan, 146; İmre, İsim, 805; Tuor/Schnyder/Schmid, 95.

ceği kabul edilmekteydi⁸¹.

3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 743 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinin ikinci fıkrasında hukuka aykırılık olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır⁸². Buna göre, “tecavüze uğrayanın rızasına veya üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararına veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanmayan bir tecavüz hukuka aykırı” sayılır. Aynı hüküm bazı değişikliklerle 4721 sayılı Medeni Kanunun 24. maddesinde “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” şeklinde yer almıştır.

Hukuka aykırılığın tespitinde, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığı ve bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı iddia ediliyorsa bunun var olup olmadığının belirlenmesinde hakime önemli bir görev düşmektedir⁸³. Önleme davasında, hakim hukuka aykırılığı tespit ederken özellikle, tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın, hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığına bakmalıdır⁸⁴. Kanun koyucu, Medeni Kanunun 24. maddesinde şahsi varlıkları tek tek saymak yerine bu hususta genel bir hüküm koymakla yetinmiş, şahsiyet hakkının belirlenmesi işini hakime bırakmıştır. Hakim önce tecavüz tehlikesine maruz kalan varlığın, şahsiyet hakkı olup olmadığını yazılı ve yazılı olmayan hukuka göre belirleyecektir⁸⁵. Bu belirlemeyi yaparken doktrin ve mahkeme kararlarında yeralan görüşlerden de faydalanır. Tecavüz tehlikesine maruz kalan varlığın şahsi varlıklardan olduğuna kanaat getirirse, buna yönelik tecavüzü hukuka aykırı kabul eder, meğer ki, kanunda sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut olsun⁸⁶.

Bu bakımdan, bir kimsenin beden sağlığını bozucu ve tehlikeye düşürücü tecavüzler hukuka aykırı olduğu gibi ruhi sağlığını bozucu ve tehlikeye

81 Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 460-461; İmre, İsim, 805; Köprülü, 295.

82 Tanımların yanlışlığı hususundaki haklı eleştirisi için bkz., Tekinay, Kişilik, 57.

83 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Tekinay, Genel Esaslar, 259.

84 Egger/Çernis, 295; Palandt, 933; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; İmre, Medeni, 455; Serdar, 128; Y. HGK. 20.3.1991 T., E. 1990/4-617, K. 1991/137, YKD. 1991, C.17, S.7, 984-985.

85 Tandoğan, Şahsiyet, 11; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Dural, 146.

86 Tuor/Schnyder/Schmid, 95.

düşürücü tecavüzler de hukuka aykırıdır⁸⁷.

Şahıstan ilişki içinde bulunduğu çevresinin beklediği ahlaki niteliklerden biri veya bazılarının eksik olduğu fikrini uyandıran her türlü yazılı ve sözlü beyan ve davranış şeref ve haysiyete tecavüz teşkil eder⁸⁸. Asılsız suçlamalar, eleştiriler ve söylentiler, şahsı toplum içinde küçültücü davranışlar, hakaret teşkil edici sözler, iftiralar şeref ve haysiyete hukuka aykırı bir tecavüz niteliği taşır⁸⁹. Mesleki şerefin ihlali de böyledir⁹⁰.

Şahsın özel hayat ve gizlilik alanına yönelik saldırılar, bu alana ilişkin olayları öğrenme ve öğrendiklerini başkalarına aktarma şeklinde ortaya çıkar⁹¹. Bir kimsenin gizlice evine girme, gizli dinleme, gizli gözleme, eşyalarını karıştırma, mektuplarını açma, gizli belgelerini okuma, teknik araçlarla sesini kaydetme, fotoğrafını çekme ve filme alma yoluyla özel hayat ve gizlilik alanına tecavüz gerçekleşir. Teknolojik gelişmeler bu tür tecavüz yollarını ve dolayısıyla tecavüzleri son derece artırmıştır⁹². Örneğin, internet yoluyla bir bilgisayardaki tüm bilgileri başka bir bilgisayara aktarabilen virüsler gönderilebilmektedir⁹³.

Hiç kimse rızası olmaksızın resminin çekilmesine, yapılmasına, çoğaltılmasına, yayımlanmasına, dağıtılmasına ve teşhir edilmesine katlanmak zorunda değildir. Bu tür davranışlar, şahsın resmi üzerindeki şahsiyet hakkı-

⁸⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 407; İşgüzar, 855.

⁸⁸ Dural, 126; Öztan, 129; İmre, Medeni, 465; Serdar, 75; Helvacı, Koruyucu Davalar, 69.

⁸⁹ Y. 4. HD. 12.12.1978 T., E. 3302, K. 13995, "Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çoğu kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir" YKD. 1979, C.5, S.6, 791.

⁹⁰ BGE 119 II 100.

⁹¹ Öztan, 134-135; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 419-420; Tandoğan, Şahsiyet, 27; İmre, Özel Hayat, 154. "Bu tür tecavüzler özel nitelikte olabileceği gibi resmi nitelikte de olabilir", Özsunay, 130; Ataay, 131.

⁹² Teknikteki bu gelişmeler sonucu özel hayata ve gizlilik alanına saldırıda kullanılan araçlar ve bunlarla yapılan saldırılar hakkında geniş bilgi için bkz. Zeren, 420; Özsunay, 131; İmre, Özel Hayat, 147; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 419-420.

⁹³ Bu konuda son örnek Zoher adında bir virüstür. E-posta yoluyla bilgisayara ulaşan virüs İnternet Explorer 5.01, 5.5 ve 6.0 versiyonlarında bir açık bulursa aktif hale gelebilmektedir. Aktif hale geçince kendisini servis olarak kaydetmekte ve daha sonra varsayılan e-posta adresini ve Windows adres defterinin içeriğini almaktadır. Ardından <http://banners.interfree.it/list.txt> sitesine bağlanan virüs e-posta mesajının içeriğini bu siteye indirebilmektedir.

na tecavüz teşkil eder⁹⁴. Şahsın rızası bulunsa bile, resmin izin verileden daha geniş bir çevreye yayılması veya yer ve zaman itibariyle şahıs hakkında yanlış kanaat uyandıracak şekilde kullanılması da şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eder⁹⁵. Örneğin, çekilmesine rıza gösterilen bir düğün resminin, sonradan reklam amacıyla kullanılması hukuka aykırıdır.

Diğer bir halde, bir kimsenin hakkı olmaksızın başkasının ismini kullanması, yani ismin gasbıdır (4721 sayılı MK m.26/2; 743 sayılı MK m.25). Bu muhtelif şekillerde ortaya çıkabilir. Boşanmış olan bir kadının halen eski kocasının soyadını taşıması; roman, şiir, hikaye gibi edebi eserler yazan bir kimsenin, bu eserlerde kendi adı yerine başkasının adını kullanması hallerinde ismin gasbı söz konusudur. Bunun gibi, bir kimseyi küçük düşürmek amacıyla isminin bir hayvana takılması veya ticari amaçlarla meşhur bir şahsın isminin bir eşyaya konulması da ismin gasbına girer⁹⁶. Bir kimsenin isminin onun izni olmaksızın internete alan ismi olarak tescili ve kullanılması da isim üzerindeki hakkı ihlal eder⁹⁷.

Doktrin ve mahkeme kararlarında çoğunlukla hakimin, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığını belirlerken tecavüz edenin ve tecavüze uğrayanın çatışan yararları (menfaatleri) arasında bir denge kurması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁸. Buna göre, hakim, tecavüz tehlikesine maruz kalan şahsın korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı yanı sıra, tecavüzde bulunmaya hazırlanan kimsenin de bu hususta daha üstün bir menfaati olup olmadığını tespit edecektir. Hakim, tecavüzde bulunmaya

94 Serdar, 44. Bir kimsenin hayat hikayesi, yaşantısı ve davranışlarıyla sağlanan düşünce görüntüsünde oluşan ruhsal alandaki görüntüsü de şahsiyet hakkı kapsamında yer alır. Örneğin, şahsın ismi ve fiziki görüntüsü verilmeden, onun hayatına ilişkin olayların, bir televizyon filmi veya romanda anlatılması da onun tanınmasını sağlar. Bu sebeple, söz konusu değer, şahsiyet hakkı kapsamında kabul edilerek, korunması gerekir, aynı yönde bkz., Serdar, 45.

95 Dural, 136; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 414; Franko, 48-49; Ataay, 146-147.

96 İmre, İsim, 833; Atalay, Ö., Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini-II, YD. 1980, C.6, S.1-2, s.107-119, 117 (Atalay-II). Bu halde ismin gasbı olmasa bile isme tecavüz söz konusu olduğu yönünde bkz., Hatemi, 110; Helvacı, Koruyucu Davalar, 76. Aynı yönde BGE 92 II 309.

97 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Yıldırım, M. F., Kişi İsimlerinin Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1999-2000 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), Y.19-20, S.1-2, s.1003-1036.

98 Tandoğan, Şahsiyet, 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 461; Arpacı, 129-130; Tekinay, Genel Esaslar, 264; Serozan, 104; İmre, İsim, 805.

hazırlanan şahsın davranışının hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirirken uygun amaç ve uygun araç ölçülerinden faydalanır⁹⁹. Türk Hukukunda uygun amaçlar için uygun araçlarla yapılacak tecavüzler hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁰⁰. Bununla beraber, eğer gerçekte olmayan bir amaçla hukuka aykırılık teşkil edecek amaç gizlenerek, korunmaya değer olmayan bir amaç için hareket ediliyorsa, yani bir hakkın kötüye kullanımı söz konusu ise, bu durumda hukuka uygunluktan söz edilemez¹⁰¹. Örneğin, bir kimseyi bir partiye veya bir mezhebe girmeye zorlamak için yapılan boykot çağrısının iktisadi faaliyet serbestisini koruma amacıyla yapıldığının iddia edilmesi halinde böyledir¹⁰². Aynı şekilde, bir psikiyatrisin hastasına uyguladığı seansları, tedavi amacıyla kaydettikten sonra, başka amaçlarla kullanması da hukuka aykırılık teşkil eder¹⁰³. Bunun gibi, gazete patronuna siyasi veya iktisadi menfaat sağlamak amacıyla şahsın sırlarının açıklanması halinde, amaç kamuyu aydınlatmak olmadığı için hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur.

Amacın uygunluğu yanı sıra, bu amaca ulaşmada kullanılan aracın da uygun olması gerekir. Bu sebeple kullanılan aracın söz konusu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, daha az zarar doğuracak aracın seçilmesi ve

⁹⁹ Tandoğan, Mesuliyet, 26; Egger/Çernis, 297-298; Dural, 129.

¹⁰⁰ Tandoğan, Mesuliyet, 26; Serozan, 106; Kılıçoğlu, Şeref, 113; Y. 4. HD. 8.12.1978 T., E. 2086, K. 13877, "... çatışan hak ve ihlal edilen çıkar arasındaki sınırın MK.nun 1. maddesindeki ana kural uyarınca hakim tarafından büyük bir özenle çizilmesi gerekir. Çünkü, kişilik haklarına saldırıda bulunan kimse eğer üstün çıkarları korumak için davranmışsa, halele uğratılan kişilik hakkı korunmadan yararlanamaz. Ne var ki, tecavüzün izlediği hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez, başvuru araçları yönünden de aşırı davranılmaması gerekir", YKD. 1979, C.5, S.9, 1269.

¹⁰¹ Egger/Çernis, 298; Tandoğan, Şahsiyet, 18; Y. 4. HD. 18.3.1986 T., E. 1872, K. 2472, YKD. 1986, C.12, S.9, 1285.

¹⁰² Tandoğan, Şahsiyet, 19.

¹⁰³ Bkz., Helvacı, S., Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, 1999, s.863-880, 872 (Vesayet). Helvacı, bu tür kayıtların sadece tedavi amaçlı olduğu sürece sakınca taşımadığını, öğretim amacıyla derslerde ve konferanslarda kullanılırken ilgilinin (hastanın) kimliği belirlenebilir hale geldiği anda ise hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir. Bu durumda ancak tam ehliyeti kişinin tüm şartları bilerek vereceği bir rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilir, bkz., Helvacı, Vesayet, 872. Bankalar müşterilerinin, avukatlar müvekkillerinin, doktorlar hastalarının, vasiler vesayet altındaki şahsın sırlarını açıklamama yükümlülüğü altındadırlar, buna aykırı davranışlar şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eder. Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 64.

aşırı nitelikteki araçlara başvurulmaması gerekir¹⁰⁴. Şahsın daha üstün olan menfaatini korumak için, başka araçlar kullanılması, yani başka davranış biçimlerinde bulunma imkanı varken sonuçta daha büyük zararlar doğuracak aşırı davranışlarla menfaatini korumaya kalkması, hukuka aykırı bir tecavüz teşkil eder¹⁰⁵. Bir şahsın kendisi hakkında söylediği gerçek dışı sözleri yalanlamak için, o şahsın şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelik taşıyan gazete ilanları hazırlatması amaca uygun olmayan araç niteliği taşır. Bunun gibi, işyerinde düzeni bozanlara karşı toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma imkanı varken bunlara karşı boykot çağrısında bulunmak da uygun olmayan bir araç niteliği taşır¹⁰⁶.

İnternette şahsiyet hakkına yönelik tecavüzler bakımından göz ardı edilemeyecek bir araç haline gelmiştir. Bu yolla gerçekleştirilebilecek tecavüzler de çeşitlilik arz etmektedir. Web sitelerinde yapılan yayımlar ve elektronik posta (e-posta/e-mail) yoluyla gönderilen mesajlar bu konuda önem arz etmektedir. Gerek elektronik gazetecilik gerekse özel veya ticari amaçlı web sitelerinde yer alan yayımlarda kişilerin şeref ve haysiyetleri, özel hayat ve sırları, resim ve isim üzerindeki hakları tecavüze uğrayabilir. Benzer şekilde, bir kimse elektronik posta adresine gönderilecek e-posta mesajlarıyla taciz edilebilmektedir. E-posta şeklinde rahatsız edici, sıkıntı verici haberler olarak tanımlanan ve spam adı verilen bu tür tecavüzler, reklam veya farklı içerikte mesajların istenilmemesine rağmen, sürekli olarak kişinin e-posta adresine gönderilmesi tarzında ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Bunun gibi, bir kimse hakkında gerçeğe aykırı veya gerçek olmakla beraber onu küçük düşürmeye yönelik haberlerin ya da izni olmaksızın özel hayatını ve sırlarını ifşa edici bilgilerin veya uygunsuz fotoğraflarının yer aldığı e-postaların çeşitli elektronik posta adreslerine gönderilmesi de söz konusu olabilir. Bütün bu hallerde şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı tecavüzler bulunmaktadır.

¹⁰⁴ Buna ölçülülük veya aracın amaca uygunluğu ilkesi adı verilir. Bu yönde bkz., Serozan, 106; Paladt, 933.

¹⁰⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 462; Egger/Çernis, 298; Serozan, 106.

¹⁰⁶ Tandoğan, Şahsiyet, 19. Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz., Belgesay, M. R., Şahsiyet Hakları ve Boykot, Adalet Dergisi 1961, S.1-2, s.3-9, 6 vd.

¹⁰⁷ Bu konuda mukayeseli bir çalışma için bkz., Memiş, T., Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, www.inet-tr.org.tr/inetconf7/bildiriler/12.doc, s.1-8. Memiş, Türk Hukukunda bu tür e-postalara karşı kişilerin haksız rekabete ilişkin hükümler yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 16-17. ve Medeni Kanununun 24-25. maddeleri kapsamında korunabileceğini savunmaktadır, bkz., Memiş, 6-8.

Şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı tecavüz tehlikesi doğuracak araçlar bakımından basın, radyo ve televizyon özel öneme sahiptir. Kitle haberleşme araçları olarak adlandırılan basın, radyo ve televizyon¹⁰⁸, yaptıkları yayımlarla daha geniş bir kitleye ulaşma imkanına sahip olduklarından, bunlar vasıtasıyla gerçekleşecek şahsiyet hakkının ihlali daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Olayları ve düşünceleri yazı, resim, ses veya ışık yoluyla kitlelere ulaştıran kitle haberleşme araçlarıyla gerçekleşecek hukuka aykırı tecavüzler, şahsi varlıklardan şeref ve haysiyet, özel hayat ve gizlilik alanı ve resim bakımından söz konusu olur¹⁰⁹. Bu ve benzer araçlarla gerçekleştirilen ihlaller de Medeni Kanunun 24, 25 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerine tabidir¹¹⁰.

Burada, şahsiyet hakkına basın yoluyla yapılacak tecavüzlerin, hangi hallerde hukuka aykırı olacağı incelenecektir. Bununla beraber, bu konuda yapılacak açıklamalar diğer kitle haberleşme araçlarını, özellikle internet ile radyo ve televizyonu da¹¹¹ mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde kapsayacak şekilde olacaktır¹¹².

bb) Basın Yoluyla Doğabilecek Tecavüzlerde Hukuka Aykırılık

Günlük dilde, sadece belirli zaman aralıkları ile yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserleri ifade eden basın¹¹³, gerçekte kitap, broşür, bildiri ve el ilanı gibi, düşüncelerin kağıt gibi maddeler üzerinde yazı ve resim kullanılı-

¹⁰⁸ Basın, radyo ve televizyon yanı sıra film, plaklar ve bantlar da kitle haberleşme araçları olarak kabul edilmektedir, bkz. İçel, K., Kitle Haberleşme Hukuku, Ankara, 1991, 9; Kılıçoğlu, Şeref, 17; Kaplan, 203, dn.8.

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 36-37; Kaplan, 207. Bununla beraber hayat, sağlık ve vücut tamlığı bakımından basın, televizyon ve radyo yoluyla doğrudan bir tecavüzden bahsetmek mümkün değildir. Ancak, dolaylı olarak, bir yayının şahsın sağlığı üzerinde etki doğurabilebilmesi sözkonusu olabilir. Nitekim, "İlksan Olayı" olarak bilinen mesele de yapılan yayınlar sonucu bir gazete sahibi kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmiştir.

¹¹⁰ Arpacı, 131.

¹¹¹ Radyo ve televizyon ile yazılı basın arasındaki farklılıklar için bkz., Serdar, 58 vd.

¹¹² Ataay, 141. Doktrinde de sözlü basın olarak adlandırılan radyo ve televizyon yayınları bakımından, gelişmişliğinden dolayı basın yoluyla yapılan yayınlar için geçerli olan ilkelere geçerli olacağı kabul edilmekte, mahiyetleri gereği bazı özel durumlarda farklı ilkelere başvurulmaktadır. Bu konuda bkz., Dönmezer, S., Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, 13; Gölcüklü, F., Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo, TV., Ankara, 1970, 78; Serdar, 48 vd.

¹¹³ Ayiter, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972, 152; Kılıçoğlu, 16.

mak suretiyle kitlelere açıklandığı bütün basılmış eserleri ifade eder¹¹⁴.

Düşünce ve kanaat açıklama aracı olan basın, bu yolla bir kamu görevi ifa etmektedir¹¹⁵. Basının bu görevi kapsamına, kamuyu ilgilendiren veya ilgilendirmesi gereken konularda doğru ve gerçek haber verme yoluyla kamuyu aydınlatmak; siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik olaylar hakkında halka doğru ve objektif bilgi vermek, onları düşünmeye sevk etmek; toplumun meselelerinin çözümü için fikir üretmek; devlet idaresi hakkında halkı bilgilendirmek ve idarecileri denetlemek; kısaca, kamuoyunu aydınlatma ve kamuoyu oluşturma, denetleme, eleştirme ve uyarma görevlerini yerine getirmek ve bu doğrultuda halka gerçekleri açıklamak girer¹¹⁶. Basının bu görevini yerine getirirken şahsiyet hakkını ihlal edecek yayımlardan kaçınması gerekir. Eğer, belirtilen amaçları aşarak, sırf başkalarına zarar verme amacıyla yayım yaparsa söz konusu hürriyetten istifade edemez¹¹⁷.

Basın bu görevini, Anayasanın teminatı altındaki basın hürriyetine dayanarak yerine getirir (AY. m.28/1)¹¹⁸. Ancak bu sınırsız bir hürriyet değildir ve basına tanınmış bir ayrıcalık olarak değerlendirilemez¹¹⁹. Anayasanın 28. maddesi basının hür olduğunu belirttiikten sonra, bu hürriyetin 26 ve 27. maddelerde belirtilen sınırlar çerçevesinde kullanılacağını da hükme bağlamıştır (AY. m.28/4). Buna göre, basın hürriyetinin sınırları arasında şahsiyet hakkından olan insanların şöhretleri, özel ve aile hayatlarının korunması da yer alır (AY. m.26/2).

Basının yüklendiği kamu görevini yerine getirmesi sırasında, basın hürriyeti ve şahsiyet hakkı karşı karşıya gelmektedir. Basının kamuoyunu aydınlatma görevini yerine getirirken bazı durumlarda başkalarının şahsiyet

¹¹⁴ Kılıçoğlu, 16.

¹¹⁵ İçel, 90; Kılıçoğlu, Şeref, 129; Eren, 795. Radyo ve televizyonda aynı mahiyette bir kamu görevi yerine getirmektedir. Bu konuda bkz., Serdar, 138 vd.

¹¹⁶ İmre, Medeni, 467; İçel, 90; Öztan, 130; Akipek/Akıntürk, 391; Özsunay, 119-120; Y. 4. HD. 28.4.1987 T., E. 2077, K. 3267, YKD. 1987, C.13, S.8, 1161.

¹¹⁷ Helvacı, Tarihi Gelişim, 246.

¹¹⁸ Radyo ve televizyon bakımından bu hürriyeti düzenleyen bir hüküm Anayasada yer almamakla beraber, Anayasanın 26. maddesindeki düşünce ve ifade hürriyeti ile 28. maddesindeki basın hürriyetinden benzer amaçlar taşıyan ve işlevler gören radyo ve televizyonda yararlanır. Bu yönde bkz., Serdar, 136. Bununla birlikte, radyo ve televizyon hürriyetinin basın hürriyetinden teknik, kamu yararı, bilgi alma hakkı ve iktisadi yönlerden farkları bulunmaktadır. Bu farklar konusunda geniş bilgi için bkz., Serdar, 63-65.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, A. M., Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri, Yargıtay Dergisi 1987, C.13, S.1-2, s.88-97, 93 (Sorumluluk).

hakkını ihlal edici yayımlar yapması mümkün olduğu için, basın hürriyeti ve şahsiyet hakkı arasında bir denge kurulması zorunludur¹²⁰. Bu dengeleme, yararların tartılması ve üstün olan yararın tespiti şeklinde yapılır¹²¹. Hakim, basının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil eden yayımlarının hangi hallerde hukuka aykırı olacağını, basının yüklendiği kamu görevini de gözönünde tutarak tespit edecektir.

Doktrinde¹²² ve mahkeme kararlarında¹²³ basın açıklamalarının şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz niteliği taşıması için kamu yararı amacıyla yapılması, yapılan açıklamanın gerçek olaylara dayanması ve güncel olması, kullanılan ifadenin amaca uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu şartları taşımayan basın açıklamaları hukuka aykırı nitelik taşır. Sırf başkalarına zarar vermek amacıyla yapılan yayımlar da hukuka aykırıdır¹²⁴.

Basın açıklamaları, olay açıklaması (haber) ve değer yargısı verme (eleştiri) şeklinde yapılır¹²⁵. Olay açıklamaları, geçmişte kalan veya mevcut olan durum ve olayların, değerlendirme ve eleştiri yapılmaksızın anlatılmasıdır¹²⁶. Eleştiri ise, basının belirli bir olay veya durum hakkında görüş bildirmesi, bir değerlendirme yaparak değer yargısı açıklamasıdır¹²⁷.

Şeref ve haysiyet varlıkları bakımından bir kimse ile ilgili gerçek olmayan olayların yayımlanması daima hukuka aykırı nitelik taşır¹²⁸. Hukuka

¹²⁰ Eren, 794; Öztan, 131; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 670, Kılıçoğlu, A., Basın Özgürlüğü ve Kişilik Hakları, ABD. 1989, S.2, s.315-322, 321 (Basın).

¹²¹ Kılıçoğlu, Şeref, 122; Arpacı, 129-130; Akipek/Akıntürk, 391-392.

¹²² Eren, 801-802; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 671; Kılıçoğlu, Şeref, 128; Kılıçoğlu, Basın, 222; İcel, 278; İşgüzar, 868; Oğuzman, 15; Akipek/Akıntürk, 391; Serdar, 147.

¹²³ Y. 4. HD. 14.3.1980 T., E. 335, K. 3334, YHD. 1980, S.7, 1022; Y. 4. HD. 12.4.1979 T., E. 1978/9042, K. 1979/4935, YKD. 1980, C.6, S.3, 358; Y. 4. HD. 3.2.1983 T., E. 1982/11527, K. 1983/1087, YKD. 1983, C.9, S.6, 834.

¹²⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, 246.

¹²⁵ Öztan, 131; Kılıçoğlu, Şeref, 26; Eren, 796; Serozan, 106; Kaplan, 208. Radyo ve televizyon yoluyla yapılan tecavüzler sözlü, görüntüye dayalı ve her ikisinde kullanımıyla gerçekleşebilir, Serdar, 80.

¹²⁶ Eren, 796; Kılıçoğlu, Şeref, 26.

¹²⁷ Eren, 796; Kılıçoğlu, Şeref, 26.

¹²⁸ Buna gerçeklik ilkesi adı verilir, bkz., Kılıçoğlu, Sorumluluk, 96. Ayrıca bkz., Oğuzman, 16; Serozan, 106; Eren, 796; Dural, 127; Arpacı, 128; Kılıçoğlu, Şeref, 74; Tekinay, Genel Esaslar, 264; Ataay, 139; Serdar, 77; Helvacı, Koruyucu Davalar, 69, 122; Y. 4. HD. 27.3.1986 T., E. 984, K. 3196, "Basının haber verme özgürlüğü yanı sıra gazetecinin, yayınladığı olayların doğruluğunu araştırma ödevi vardır. Şöyle ki: Gazetecinin bir haberi

uygunluktan söz edebilmek için hiç olmazsa yapılan ciddi ve titiz araştırma sonucunda haberi doğru kabul etmekte iyiniyetli olması gerekir¹²⁹. Diğer taraftan, gerçek olmakla beraber güncelliğini kaybetmiş, yayımlanmasıyla olayla ilgili şahsın toplumda zamanla kazandığı itibarı yeniden sarsacak nitelikteki olayların, kamu yararından çok o şahsı zor duruma düşürmek amacıyla yayımlanması da hukuka aykırıdır¹³⁰. “Radyo ve televizyon yayınlarında bu nitelikte saldırılar, bir kişinin hakkında gerçek olmayan kanılar uyandırarak açıklamalar yapmak, bilgi ve görüşleri kasten değişik yorumlara ve fantezilere yol açabilecek şekilde, kelime oyunları, mimik veya el, kol hareketleriyle açıklamak, bir kişi hakkında asılsız suçlama, iftira ve dedikodularında bulunmak, bir kişiye açıktan açığa küfredip hakarete bulunmak veya kişiyi küçük ya da gülünç duruma sokan davranışlarda bulunmak şeklinde oluşabilir”¹³¹.

Şeref ve haysiyetin, olay açıklamalarıyla ihlali, bir kimsenin resminin ilgisi olmayan bir olayda yayımlanması halinde de sözkonusu olur. Örneğin, bir zina haberinde olayla ilgisi olmayan bir kadının resminin yayımlanması

yayınlamadan önce kendisinde beklenen özeni gösterip, haberin ne ölçüde doğru olduğunu araştırıp soruşturduktan sonra o haberi yayınlaması gerekir. Hatta, yayınlanacak haber, üçüncü kişilere özel olarak ağır bir zarar verebilecek ise, doğruluğunu denetleme ödevi daha sert ölçülere bağlanacaktır. Haber başka bir yerden alınmış olsa bile doğruluğu soruşturulup saptanmalı böylece gerçek bir haber niteliğinde ise yayımlanmalıdır. Tamamen gerçek dışı olay açıklamaları ise daima hukuka aykırıdır”, YKD. 1986, C.12, S.5, 1129. Gazetecinin göstermesi gereken bu özen, haberler yanı sıra bunlara eşlik eden fotoğraflar bakımından da aranmalıdır.

¹²⁹ Akıntürk, T., Şahsiyetin Korunması, Basın Yoluyla Şeref ve Haysiyete Vaki Tecavüzler, Adalet Dergisi 1961, S.3-4, s.398-407, 403.

¹³⁰ Aynı yönde bkz., Tekinay, Genel Esaslar, 264-265; Kılıçoğlu, Sorumluluk, 97; Serdar, 192-193. Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihinde verdiği bir kararda, bir askeri cephanenin kundaklanmasıyla ilgili olarak asıl suçlulara yataklık yaptığı gerekçesiyle hapsede bulunan bir şahsın, televizyonda yayımlanmak üzere hazırlanan bir programın, cezasının bitmesine az bir zaman kaldığı ve eğer program yayınlanırsa bunun adına ve resmine tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle ileri sürdüğü programın yayımlanmaması talebini kabul etmiştir, bkz. Özsunay, 122. İsviçre Federal Mahkemesi, 1931 yılında Zürich’te Nasıyonol Sosyalist İşçi Partisinin bir mahalli grubu kurulması üzerine bir gazetede bu grubun üyelerinin vatana ihanetle suçlanmasını, cezalandırılmalarının istenmesini ve “Hitlerzade”, “Hitlerist” gibi ifadelerle adlandırılmalarını haber açıklama sınırının aşılması ve yanlış bir hukuki varsayıma dayanan bir değerlendirme yapıldığı gerekçesiyle şahsiyet hakkının (özel olarak şeref ve haysiyetin) ihlali kabul etmiştir. Bu karar için bkz., Akıntürk, 404.

¹³¹ Serdar, 76. Bu konuda başka örnekler için bkz., Palandt, 935.

halinde hukuka aykırı bir tecavüz sözkonusudur¹³².

Eleştirilerin şeref ve haysiyete hukuka aykırı tecavüz teşkil etmemesi için, kamuoyunu uyarmak, kamuoyu oluşturmak amacı taşıması gerekir. Bu amacı aşan, şahsı haksız olarak kötüleme ve küçük düşürme amacı taşıyan eleştiriler hukuka aykırı olur¹³³. Eleştiri, bir olaya dayanılarak yapılıyorsa, bu olayın mutlaka gerçeğe uygun olması gerekir¹³⁴. Yapılan değerlendirme ve eleştirinin eğer olaylar gerçeğe uygunsa geçerli olacağı şeklindeki bir şarta bağlı açıklama, şeref ve haysiyete yapılan ihlali ortadan kaldırmaz¹³⁵. Bunun yanı sıra, eleştiride kullanılan ifadelerin amaca uygun olması gerekir. Konuyla ilgili olmayan mizah sınırını aşan, ağır ve kaba ifadeler de amaca uygunluğu ortadan kaldırır¹³⁶. Yargıtay, bir televizyon programı yapımcısının bir mizah dergisinde sulu, sıska, iğrendirici, soğuk nesne, dişlek şeklinde tasvir edilmesini amaca uygun olmayan ifadeler olarak kabul etmiştir¹³⁷.

Bir kimsenin özel hayatı ve sır alanı da basın yoluyla tecavüze uğrayabilir. Bu daha çok, olay açıklamaları şeklinde ortaya çıkar. Şahsın özel hayatına ve sırlarına ilişkin olay açıklamaları kural olarak hukuka aykırıdır¹³⁸. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kamuyu ilgilendiren konularda kamu-

¹³² Kılıçoğlu, Şeref, 77. Radyo ve televizyon yayınlarıyla gerçekleşecek benzer tecavüzler için bkz., Serdar, 82.

¹³³ Özsunay, 125; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 414, 464; Serozan, 106; Atalay-II, 117; Ataay, 140; Serdar, 79; Akipek/Akıntürk, 392.

¹³⁴ Eren, 796; İçel, 278; Helvacı, Korumucu Davalar, 70; Akipek/Akıntürk, 390; Y. 4. HD. 21.3.1980 T., E. 1302, K. 3719, YKD. 1981, C.7, S.5, 567.

¹³⁵ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz., Akıntürk, 402.

¹³⁶ Eren, 803; Kılıçoğlu, Şeref, 173; İçel, 280; Serdar, 79.

¹³⁷ Y. 4. HD. 13.10.1975 T., E. 1974/11129, K. 1975/ 10592, Kılıçoğlu, Şeref, 173. Kamera şakalarıyla ilgili bir karar için bkz., Serdar, 80.

¹³⁸ Tandoğan, Şahsiyet, 30; Kaplan, 215. Özellikle teknikteki gelişmeler, kişilere farketmeden konuşma ve görüntülerin tespitini kolaylaştırmıştır. Örneğin, minyatür radyo alıcı ve aktarıcılarıyla, enfraraj ışınlarıyla, karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleriyle, gizli televizyon alıcılarıyla, düğme iliklerinde, şapka bantlarında, telefon ağızlığında, dolma kalemde ve benzeri yerlerde gizlenen mini alıcı ve aktarıcılarla kişinin özel hayatına sızmak ve sırlarını öğrenmek mümkün olmaktadır. Örnekler için bkz., Serdar, 88. Ancak, bu tür olayların radyo ve televizyon yoluyla her zaman tekrar kullanılmalari riski bulunmaktadır. Bunların el altında bulundurulmaları, kişileri rahatsız ve tedirgin eder. Bu yüzden, kamuya açık alana ait de olsa, bu tür olaylardan yalnızca kişinin isteyeerek kamuoyuna çıktığı ve aleniyet kazandırdığı olayların açıklanması hukuka uygun kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 91; Serdar, 84. Kamuya açık alana ilişkin açıklamalar ise, şahsı kötüleme veya küçük düşürme amacı taşımamak kaydıyla hukuka uygundur.

oyunu aydınlatma amacıyla yapılacak, gerçeğe uygun açıklamalar hukuka uygundur. Şeref ve haysiyet bakımından olduğu gibi, özel hayat ve gizlilik alanı bakımından da gerçeğe aykırı basın açıklamaları daima hukuka aykırıdır¹³⁹. Almanya'da bir gazetecinin gerçekte yapmadığı halde, Prenses Süreyya ile bir röportaj yapmış gibi yazı hazırlayarak, onun ağzından İran Şahı ile ilişkilerinin devam ettiğine ilişkin açıklamalar yapması bu konuda ilginç bir örnek teşkil eder¹⁴⁰. Bu tür açıklamalar hukuka aykırı olacağı için, henüz yayımlanmamışsa önleme davası açılabilir.

Yapılan olay açıklaması bu şekilde tamamen gerçek dışı olabileceği gibi, yapılan açıklamadan farklı bir şekilde cereyan etmiş veya açıklamada olaya ilişkin bazı hususlar gizlenmişse veya olay eklemeler yapılarak açıklanmışsa yine gerçek dışı bir nitelik taşıyacağından hukuka aykırı olur¹⁴¹.

Bir kimsenin uygun olmayan bir anına ilişkin fotoğraflarının çekilerek o kimseyi küçük düşürme veya güç duruma sokma amacıyla yayımı, şahsın şeref ve haysiyetini ihlal eder¹⁴². Böyle bir amaç güdülmese de, o şahsın izni olmaksızın, evinin bahçe duvarından veya penceresinden uygunsuz fotoğraflarının çekilmesi ve yayımlanması özel hayatına hukuka aykırı bir tecavüz teşkil eder¹⁴³.

Topluma mal olmuş politikacı, sanatçı ve kamu görevlileri hakkında yapılan basın açıklamaları, bu şahısların toplumun ilgisine daha fazla mazhar olmaları sebebiyle bazı özellikler taşır. Kural olarak, bunların şeref ve haysiyeti ve özel hayatları da diğer insanlara tanınan hukuki korumadan yararlanır. Ancak, bunların toplum içindeki konumları gereği, kamuyu yakından ilgilendirmeleri sebebiyle basın, bunlar hakkında yapacağı yayınlarda daha geniş bir imkana sahiptir¹⁴⁴. Bununla birlikte, kamuyu aydınlatma, kamu

¹³⁹ Tandoğan, Şahsiyet, 30; Palandt, 935; Ataay, 116-117.

¹⁴⁰ Bkz., Kılıçoğlu, Şeref, 97.

¹⁴¹ Oğuzman, 16; İcel, 278; Palandt, 935; İşgüzar, 869; Helvacı, Koruyucu Davalar, 124; Y. HGK. 30.1.1991 T., E. 1990/4-571, K. 1991/29, ABD. 1991, S.5, 832; Y. HGK. 19.1.1983 T., E. 1981/4223, K. 1983/14, YHD. 1984, S.1, 72 vd.

¹⁴² Kılıçoğlu, Şeref, 173.

¹⁴³ İmre, Özel Hayat, 153; Arpacı, 129.

¹⁴⁴ Egger/Çernis, 298; Oğuzman, 16; Eren, 802; Öztan, 136; Tandoğan, Şahsiyet, 31; Palandt, 934; Tekinay, Genel Esaslar, 264, 272; Dural, 129; Ataay, 132; Kaplan, 219; Serozan, 107. Y. 4. HD. 23.12.1993 T., E. 3762, K. 15152 "...Devlet yönetiminde meydana gelecek usulsüz ve Devlet politikasına uygun düşmeyen işleri kamuoyuna duyurmak ve bu yolda tartışmaları başlatmak ve yapmak basının görevleri arasındadır. Davacı tamamen kendi iradesiyle yarattığı bir ortamın basın yoluyla eleştirilmesine katlanmak

adına denetleme ve eleştiri yapma amacını aşan, yayımlanmasında kamu yararı bulunmayıp sırf o şahsı küçük düşürme gibi amaçlar güden veya gerçek dışı olaylara dayanan veyahutta bu şahısların toplumdaki konumlarıyla ilgili olmayan basın açıklamaları hukuka aykırıdır¹⁴⁵.

Bir kimsenin resminin yayımlanması, o şahsın şeref ve haysiyetini, sırlarını ihlal etmemelidir. Bu anlamda, bir kimsenin resminin toplum içindeki konumuna uygun olmayan kullanımı gibi zaman itibarıyla uygun olmayan yayımı da hukuka aykırıdır¹⁴⁶. Buna ilaveten, şeref ve haysiyete ve özel hayata tecavüz teşkil etmese bile bazı hallerde resim üzerindeki hakkının ihlali sebebiyle hukuka aykırılık oluşabilir. Örneğin, şahsın izni olmaksızın resminin bir banka reklamında kullanılması halinde hukuka aykırı bir tecavüz söz konusudur¹⁴⁷. Resmin, reklam amacı olmaksızın yayımlanması halinde de hukuka aykırılık sözkonusu olabilir. Özellikle bir kimsenin resminin veya televizyon görüntüsünün onun tanınmasını sağlayacak şekilde verilmesindeki menfaati, kamu yararından fazla olduğu hallerde böyledir. Örneğin, acıyla kıvranan yaralı bir sporcunun veya kalp krizi geçirerek yere yığılan bir politikacının yüzündeki acı sebebiyle oluşan hoş olmayan görüntüsünün yayımlanmamasında böyle bir menfaati vardır¹⁴⁸. Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı'ndan önceki başbakanlarından Kont Bismark'ın ölüm yatağında bitkin haldeki yüzünün ve ölümünden sonra cesedinin fotoğrafının çekilmesi ve yayımlanması, onun yakınlarının şahsiyet hakkına tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle Alman Federal Mahkemesince hukuka aykırı görülerek yayım önlenmiştir¹⁴⁹.

zorundadır. Dava konusu yazı gerçek olaylara dayandığından, böyle bir olayın basın yoluyla kamuoyu önünde tartışılmasında kamu yararı vardır" YKD. 1994, C.20, S.7, 1067-1068.

¹⁴⁵ Tandoğan, Şahsiyet, 31; Oğuzman, 16; Kılıçoğlu, Şeref, 150; Dural, 129, 137; İmre, Medeni, 473; Tekinay, Genel Esaslar, 264-265; Kaplan, 219-220.

¹⁴⁶ Ataay, 146-147.

¹⁴⁷ Tekinay, Genel Esaslar, 261; Akipek/Akıntürk, 395; Serdar, 82; Helvacı, Koruyucu Davalar, 72. Yargıtay kararları arasında resmin reklam amacıyla kullanılmasının hukuka aykırı olacağına ilişkin bir çok karara rastlamak mümkündür. Bkz., Y. HGK. 3.10.1990 T., E. 4-275, K. 459, YKD. 1991, C.17, S.4, 522; Y. 2 .HD. 29.1.1976 T., E. 1975/9403, K. 1976/325, YKD. 1976, C.2, S.7, 957-958.

¹⁴⁸ Serdar, 92.

¹⁴⁹ İmre, Özel Hayat, 166. Benzer bir karar için bkz., BGE 72 II 130. Türk Hukukunda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86. maddesinin 1. fıkrasına göre eser niteliğinde olmasalar bile sahibinin, ölmüşse mirasçılarının rızası olmaksızın, ölümünden itibaren 10 yıl geç-

c) Hukuka Uygunluk Sebepleri

Medeni Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasında şahsiyet hakkına yapılan tecavüzlerin şahsın rızasına, üstün nitelikte bir özel yarara, üstün nitelikte bir kamusal yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayanması halinde hukuka aykırı olmayacağı öngörülmüştür. Hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan bu hallerde, tecavüze uğrayan menfaat veya hukuki varlığın karşısında daha üstün bir menfaat veya hukuki varlık bulunmakta ve bu sebeple hukuka aykırılık gerçekleşmemektedir¹⁵⁰.

Eğer, bir kimsenin şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan kimse, bu hukuka uygunluk sebeplerinden birine dayanıyorsa, hukuka aykırılık sözkonusu olmayacağı için önleme davasının reddi gerekir. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunduğunu ispat, bunu iddia eden kişiye düşer (MK m.6)¹⁵¹.

aa) Şahsın Rızası

Medeni Kanun şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir (m.24/2). İlk olarak 3444 sayılı Kanunla 743 sayılı Medeni Kanunda yapılan değişiklikle getirilen bu düzenlemeden önce de şahsın, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bazı varlıklara yönelik tecavüzlere önceden vereceği geçerli bir rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği kabul edilmekteydi¹⁵².

Belirtmek gerekir ki, Medeni Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrası hükmü rızanın herhalukarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum herşeyden önce Medeni Kanununun 23. maddesini anlamsız kılardı¹⁵³.

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için, bunun hukuka ve ahlaka aykırı bir nitelik taşıması gerekir¹⁵⁴. Bunun içinde rızanın kendinden vazgeçile-

medikçe bir resmin yayımlanmasını yasaktır. Ancak bu hüküm topluma mal olmuş kimseler bakımından uygulanmaz, bkz., Ataay, 146.

¹⁵⁰ Eren, 584-585; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 462.

¹⁵¹ Dural, 147.

¹⁵² Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Tandoğan, Mesuliyet, 31-32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 490; İmre, Özel Hayat, 159; BGE 101 II 196.

¹⁵³ Tekinay, Genel Esaslar, 259.

¹⁵⁴ Dural, 147; Akipek/Akıntürk, 404; Helvacı, Koruyucu Davalar, 104 vd. Hatemi, mağdurun rızasının hukuka aykırılığı her zaman ortadan kaldırmayacağını, özellikle rızanın Medeni Kanununun 23. maddesine aykırı olduğu hallerde rızanın ancak Borçlar Kanununun

bilen, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen varlıklara ilişkin olması gerekir. Aksi halde, rızanın varlığına rağmen tecavüz hukuka aykırı olur (MK m.23)¹⁵⁵. Bir kimsenin şeref ve haysiyeti üzerinde tasarruf edebilmesi söz konusu olamayacağından, bunlara yönelik tecavüzlere verilecek rıza geçerli olmaz¹⁵⁶. Bununla beraber, şahsın özel hayatı ve resmine yönelik tecavüzlere göstereceği rıza geçerlidir¹⁵⁷. Örneğin, resminin bir gazetede yayımlanmasına izin veren veya röportaj yapan televizyon muhabirinin çekim yapmasına rıza gösteren şahsın bu rızası hukuka uygundur¹⁵⁸.

Ayrıca rızaya dayanan tecavüzün hukuka uygun olabilmesi için, rızanın verildiği çerçeve içinde kalınması gerekir¹⁵⁹. Örneğin, bir kimse hatıralarının ölümünden sonra yayımlanması kaydıyla yayımına izin vermişse buna uyulmalıdır.

Rızadan her zaman rücu edilebilir¹⁶⁰. Böyle rücu edilmiş bir rızaya dayanan tecavüzlerin hukuka uygunluğu ileri sürülemez.

bb) Üstün Nitelikte Bir Özel Yarar

Medeni Kanununun 24. maddesinin yeni metninde tecavüzün üstün nitelikte bir özel yarara dayanması halinde hukuka uygun olacağı hükme bağlanmıştır¹⁶¹. Bu üstün nitelikte özel yarar, tecavüze uğrayana ait olabileceği

44. maddesi gereğince müterafik kusur sayılarak tazminattan indirim sebebi teşkil edileceğini, bu yüzden rıza beyanının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep gibi ifade edilmesinin doğru olmadığını, kanunun verdiği bir yetkiye dayandırılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir, bkz., Hatemi, 105. Rızanın genel ve mutlak olarak hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracağı ifadesinin yanlışlığı hakkında bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 103. Aksi yönde bkz., Dural, 147.

155 Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, 490; Eren, 588; Tandoğan, Mesuliyet, 32; Kılıçoğlu, Şeref, 179.

156 Eren, 800; Kılıçoğlu, Şeref, 179; Oğuzman, 12.

157 Tandoğan, Şahsiyet, 33; Eren, 800; Kılıçoğlu, Şeref, 179; Oğuzman, 12; Arpacı, 123, 134; Helvacı, Koruyucu Davalar, 65.

158 Ataay, 132.

159 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 421; Kılıçoğlu, Şeref, 180; Arpacı, 123; Helvacı, Koruyucu Davalar, 65.

160 Eren, 587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 490; İşgüzar, 866; Öztan, 148; Helvacı, Koruyucu Davalar, 109.

161 743 sayılı Medeni Kanunda yer alan metninde hatalı olarak "bir özel ... yararına" ifadesi kullanılmış olmakla beraber bununla üstün nitelikte bir özel yararın kastedildiği kabul edilmekteydi, bkz. Oğuzman, 10; Tekinay, Kişilik, 57; Arpacı, 141; Tekinay, Genel Esaslar, 259-260; Dural, 141; Hatemi, 104. Üstün nitelikte bir özel yararın hukuka uygunluk

gibi, tecavüzde bulunana da ait olabilir¹⁶².

Önleme davasında ileri sürülebilecek üstün nitelikte bir özel yarar bakımından boykotlar önem taşır. İsviçre Federal Mahkemesi muhtelif kararlarında, iktisadi boykotların üstün nitelikte bir özel yarara dayanmaları halinde hukuka aykırı olmayacaklarını kabul etmiştir¹⁶³. Buna göre şahsiyet hakkından iktisadi faaliyette bulunma serbestisine yönelik bir tecavüz tehlikesi doğuran boykot çağrıları, eğer üstün nitelikte bir özel yararın korunmasına yönelikse ve bu özel yararın başka yollardan teminat altına alınma imkanı yoksa hukuka aykırılıktan söz edilemez¹⁶⁴. Aynı ticari alanda faaliyette bulunan işletmelerin oluşturdukları birlik ile bu alanda faaliyette bulunan işletmelerin hukuka aykırı olmayan belli fiyatlardan satım yapmasını, buna uymayanlara karşı boykota gidilmesini kararlaştırmaları halinde özel bir yarardan söz edilebilir¹⁶⁵. Buna karşılık, bir işçinin görüşünü paylaşmadığı bir sendikaya girmedığı için bu sendika tarafından boykot edilmesi, kara listeye alınması hukuka aykırıdır¹⁶⁶. Bununla birlikte, işverenin, işçilerin dürüst hareket etmelerini sağlamaya yönelik boykotu hukuka uygundur¹⁶⁷.

cc) Üstün Nitelikte Bir Kamu Yararı

Kamu yararının ağır bastığı hallerde, kamu yararı şahıs yararından üstün kabul edilir ve kamu yararına dayanan tecavüzler hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁶⁸.

Basının, radyo ve televizyonun kamuyu aydınlatma görevlerini yerine

sebebi sayılmasının hata olduğu, bir çok yanlış anlamalara ve kötüye kullanımlara sebep olacağı yönünde bkz., Arpacı, 142; Hatemi, 105.

¹⁶² Oğuzman, 13; Öztan, 149; İşgüzar, 866.

¹⁶³ Bu kararlar için bkz. Egger/Çernis, 301-302; Tekinay, Genel Esaslar, 262-263; Belgesay, 5-6.

¹⁶⁴ Egger/Çernis, 301-302; Tekinay, Genel Esaslar, 263; Dural, 148; İmre, Medeni, 477; Köprülü, 388; Belgesay, 5-6.

¹⁶⁵ Egger/Çernis, 301; Serozan, 106. İsviçre Federal mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz., Belgesay, 8.

¹⁶⁶ Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Köprülü, 288, dn.63.

¹⁶⁷ Belgesay, 5.

¹⁶⁸ Oğuzman, 14; Tandoğan, Şahsiyet, 31; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 463; İşgüzar, 867; Y. 4. HD. 14.3.1980 T., E. 335, K. 3334, YKD. 1980, C.6, S.7, 1021. Basının fonksiyonları ve buna benzer konular bakımından kendini gösteren özel durumlar dışında, üstün nitelikte bir kamu yararının hukuka uygunluk sebebi sayılmasının eleştirisi için bkz., Arpacı, 142; Hatemi, 105.

getirirken, başkalarının şahsiyet hakkını ihlal etmeleri, basın ve ifade hürriyeti sınırları içinde kalmak kaydıyla, hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁶⁹. Bu sebeple basın hürriyeti şahsiyet hakkının ihlalinde bir mazeret oluşturur¹⁷⁰.

Kamu yararı amacıyla yapılan boykotlarda hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁷¹. Örneğin, bazı malların fiyatlarındaki yüksek artışlara karşı tüketicinin korunması amacıyla, bu mallara karşı boykot çağrısı yapılmasında üstün nitelikte bir kamu yararının varlığı söz konusudur¹⁷². Türkiye'de yakın zamanda bu türden boykotlar yapıldı. Bakkallar ve Bayiler Federasyonunun kola ve deterjan fiyatlarındaki aşırı artışları protesto amacıyla bu mallara karşı başlattığı söz konusu boykotlar, tüketicinin korunması gibi üstün nitelikte kamu yararına dayandığı için, hukuka uygun nitelik taşımaktaydılar. Diğer taraftan, basında, radyo ve televizyon yayınlarında kuduz, AIDS gibi bir hastalığa yakalanmış kimsenin isminin, resminin, görüntüsünün yayınlanması, böyle bir hastalığının olduğunun duyurulması, kamu sağlığı gözetildiği için üstün nitelikte kamu yararından dolayı hukuka uygun olur¹⁷³.

dd) Kanunun Verdiği Bir Yetkinin Kullanılması

Kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması sonucu başkalarının şahsiyet hakkı ihlal edilirse, bu ihlaller Medeni Kanununun 24. maddesi gereği hukuka aykırı olmaz. Kanunun verdiği bir yetkiye dayanılarak basın tarafından yayımlanması istenen bazı açıklamalar, şahsiyet hakkına tecavüz etse de yetkili makamın verdiği emri yerine getiren basın bakımından hukuka aykırı bir yayım olarak kabul edilemez¹⁷⁴. Buna göre, mahkemelerin ilanen tebliğ edilmesini öngördüğü kararların, kısıtlama kararının (4721 sayılı MK m.410; 743 sayılı MK m.360), failin kimliğinin de açıklandığı teslim ol çağrılarının, iflas ve konkordato ilanlarının yayımlanması halinde, şahsiyet hakkının ihlali hukuka aykırı olmaz¹⁷⁵. Yine, hakim kararıyla bir kimsenin mektuplarının müsadere edilmesi ve açılması, telefonlarının dinlenmesi de kanunun verdiği

¹⁶⁹ Kılıçoğlu, Sorumluluk, 94; Serozan, 106.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, Sorumluluk, 93; Serdar, 131 vd.

¹⁷¹ Serozan, 106; Arpacı, 125.

¹⁷² Arpacı, 125.

¹⁷³ Serdar, 130.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 121.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 121.

yetkiye dayanır¹⁷⁶. Buna ilaveten, yetkili makam emri doğrultusunda yapılan radyo ve televizyon yayınları da hukuka uygundur. Bu konuda 3984 sayılı Kanunun¹⁷⁷ 25. maddesinin 2. fıkrasına göre “Radyo ve televizyon kuruluşları Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirimlerini yayınlamakla yükümlüdür”.

5. ÖNLEME DAVASININ TARAFLARI

a) Davacı

Önleme davasını, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesine maruz kalan kimse açar. Bu sebeple gerçek kişiler yanı sıra tüzel kişiler de önleme davası açabilir¹⁷⁸.

Gerçek kişi, tam ehliyetli ise önleme davası açabilmesine bir engel yoktur. Mümeyyiz küçük veya kısıtlı ise, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları Medeni Kanunun 16. maddesi gereği bizzat kullanabileceği için, bu davayı kanuni temsilcisinin iznine veya icazetine ihtiyaç duymadan kendisi açabilir ve bizzat takip edebilir¹⁷⁹. Mümeyyiz küçük veya kısıtlının açık veya örtülü rızası

¹⁷⁶ Oehler, D., Postanın Gizliliği, (çev.: Armağan, S.) MHAD. 1971, y.5, S.7 (Yeni Seri), s.245-266, 254 vd.; Akipek/Akıntürk, 405. Alman Medeni Kanununun 1631. maddesine göre anne ve baba reşit olmayan çocuklarının mektuplarını, terbiye için gerekli ise açabilirler. Bunun, kanuna dayansa da tabii hukuk bakımından hukuka aykırı olacağı yönünde bkz., Özdeş, 88.

¹⁷⁷ RG. 20.4.1994 S.21911.

¹⁷⁸ Bkz. Kılıçoğlu, Şeref, 271; Özsunay, 118; Taşkın, 233; Öztan, 152; Oğuzman/Seliçi, 84; Helvacı, Koruyucu Davalar, 150; Serdar, 379.

¹⁷⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 288; Özsunay, 62; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 1034 (Usul-I); Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 225; Bilge/Önen, 229; Berkin, 354; Postacıoğlu, 211. Helvacı, Vesayet, 873. Serdar, manevi tazminat davası bakımından dava açma kararını mümeyyiz küçük veya kısıtlının vermesi gerektiğini, ancak, mali sonuçlu olan davanın açılabilmesinin kanuni temsilcinin iznine veya icazetine bağlı olması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz., Serdar, 274. Bu durumda, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasının diğer hakların kullanılmasından farkı kalmayacağı ortadadır. Medeni Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi karşısında bu sonucu, olan hukuk bakımından kabul etmek mümkün değildir. Temyiz kudretine sahip olmak kaydıyla küçük veya kısıtlı, şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davaları (manevi tazminat davası da dahil olmak üzere) kendi açabilir. Aynı yönde bkz., Helvacı, Koruyucu Davalar, 157; Y. 4. HD. 21.9.1995 T., E. 5439, K. 6448, YKD. 1995, C.25, S.11, 1766-1768. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan hangilerinin kullanılmasında kanuni temsilcinin izni veya icazeti gerektiği kanunda özel hükümlerle düzenlenmiştir (4721 sayılı MK m.12, 118/2, 126, 127, 308/3, 309/1; 743 sayılı MK m.12, 82/2, 90, 91, 254). Bunlar

olmadıkça, kanuni temsilcisi onun adına önleme davası açamaz¹⁸⁰.

Temyiz kudretinden yoksun kimse ise, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kural olarak ne kendisi kullanabilir ne de kanuni temsilcisi aracılığıyla kullanabilir¹⁸¹. Bununla beraber, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması tam ehliyetsizi zararlı bir sonuçtan kurtaracaksa, bu hakkın kanuni temsilci aracılığıyla kullanılabilmesini kabul etmek gerekir¹⁸². Bu bakımdan, bir tecavüz veya tecavüz tehlikesine maruz kalan tam ehliyetsiz adına kanuni temsilcisi önleme davası açabilir¹⁸³. Vesayet altındaki tam ehliyetsiz adına vasinin bu davayı açabilmesi, Medeni Kanununun 462. maddesinin 8. bendi (743 sayılı MK m.405/b.8) gereği sulh hakiminin onayıyla mümkün olur¹⁸⁴.

Ceninine yönelik bir tecavüz söz konusuysa, doktrinde çoğunluk, ancak sağ doğması halinde dava açılabileceğini kabul etmektedir¹⁸⁵. Bununla beraber, özellikle önleme davası bakımından, ceninin sağ doğması beklenirse, bu davanın açılması çoğu zaman tecavüz gerçekleştiği için mümkün olmayacaktır. Bunun için, Tercier tarafından savunulan görüş dorultusunda¹⁸⁶, eğer ceninin şahsiyet hakkına yönelik bir tecavüz tehlikesi varsa, doğumu beklemeden kanuni temsilcisi veya kayyım aracılığıyla tecavüzün önlenmesi davanın açılabilmesi gerekir

b) Davalı

Önleme davasında davalı, başkasının şahsiyet hakkını hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesine maruz bırakan kimsedir. Buna göre, hukuka aykırı bir

dışındaki bir durumu kanuni temsilcinin iznine veya icazetine tabi kılmak sadece olması gereken hukuk bakımından savunulabilir.

¹⁸⁰ Helvacı, Vesayet, 873; Helvacı, Koruyucu Davalar, 158.

¹⁸¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 326; Öztan, 89; Oğuzman/Seliçi, 45; Özsunay, 59.

¹⁸² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 328; Öztan, 89; Özsunay, 59; Kuru, Usul-I, 1047.

¹⁸³ Oğuzman, 24; Özsunay, 59; Berkin, 354; Bilge/Önen, 229; Postacıoğlu, 211; Serdar, 376; Helvacı, Vesayet, 873; Helvacı, Koruyucu Davalar, 158.

¹⁸⁴ Helvacı, Vesayet, 873-874. Şahsiyet hakkına yönelik tecavüz tehlikesi bizzat vasiden kaynaklanıyorsa ve vesayet altındaki şahsın sırlarının ifşası gibi üçüncü şahıslara yansımaya ihtimal taşıyorsa, böyle bir durumda önleme davası açılacağı gibi, vesayet dairelerine şikayet yoluna da (4721 sayılı MK m.461/1; 743 sayılı MK m.404) başvurulabilir. Bu yönde bkz., Helvacı, Vesayet, 876.

¹⁸⁵ Bkz., Dural, 18; Helvacı, Koruyucu Davalar, 89; Özsunay, 20; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 202.

¹⁸⁶ Tercier, P., Le Nouveau Droit la Personnalité, Zürich, 1984, 74 (Helvacı, Koruyucu Davalar, 88'den naklen).

boycot çağrısı yapan, bir şahsın fotoğrafını ürettiği malın reklamında kullanmaya hazırlanan, bir kimsenin sırlarını ele geçirerek yayınlamaya hazırlanan kimseye karşı önleme davası açılabilir.

Dava açılacak kişiler bakımından, basın açıklamalarına karşı açılacak önleme davaları özellik arzeder. Basın açıklamalarından doğan sorumluluk hususunda Basın Kanunu özel hükümler öngörmüştür. Basın Kanununun 17. maddesi, hukuki sorumluluğu olan şahısları belirlemiş ve bunların müteselsilen sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Buna göre, basın yoluyla işlenecek tecavüzlere doğacak maddi ve manevi zararlardan, 16. maddeye göre sorumlu olanlarla¹⁸⁷ birlikte Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre sürekli yayınlarda sahibi ve süreksiz yayınlarda yayınlayan müteselsilen sorumludurlar (Basın Kanunu m.17)¹⁸⁸. Burada sorumluluk sadece maddi ve manevi tazminat davaları bakımından belirlenmiş olup, önleme davası ve diğer davalar bakımından hüküm konulmamış olmakla birlikte, bu şahıslar bu davalar bakımından da sorumludurlar¹⁸⁹. Zararın tazmininden sorumlu tutulan kişilerin, bu zararın önlenmesinden sorumlu olmaması anlamsız olur. Ancak, önleme davası niteliği gereği, bu sorumlu şahıslardan yayını önleme yetkisine sahip olan yazı işleri müdürüne karşı açılabilir¹⁹⁰. Özellikle ihtiyari tedbir istemli davalarda, diğer sorumlu şahıslara karşı da dava açılması faydalı olacaktır.

3984 sayılı Kanunun 29. maddesinin ikinci fıkrası gereği özel radyo ve televizyon kuruluşlarının anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olduğundan, şahsiyet hakkı ihlali bakımından sorumlu şahıs bir anonim şirket olacaktır. Şahsiyet hakkına tecavüz tehlikesi oluşturan yayın TRT'de yayınlanacaksa, dava bir kamu tüzel kişisi olan TRT'ye karşı açılmalıdır (TRT Ka-

¹⁸⁷ Basın Kanununun 16. maddesi cezai sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, dava, sürekli yayınlarda suç konusu yazıyı yazan veya resmi yapan kimseyle yazı veya resmin yayımlandığı sürekli yayının sorumlu müdürüne karşı açılır. Süreksiz yayınlarda ise eserin yazanı, yazarı, çevireni veya çizerine, bunlar belli değilse veya bunlar aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmadığı veya kendisinin bilgi veya izni dışında yayımlandığı takdirde yayınlatacağı, yayınlatacağı belli olmazsa basana, basan da belli değilse satana ve dağıtana karşı dava açılabilir.

¹⁸⁸ Y. 4. HD. 9.12.1993 T., E. 607, K. 14351, "Gazete sahibi, gazetenin sorumlu müdürü ve köşe yazısını yazıp köşesini düzenleyerek okuyucu mektubunu gazetede köşesine koymayı uygun gören köşe yazarı, gazetede yayınlanan okuyucu mektubu kişilik haklarına saldırı niteliğinde ise okuyucu mektubuyla yapılan kişiliğe vaki saldırıdan sorumludur" YKD. 1994, C.20, S.5, 726-728.

¹⁸⁹ Kılıçoğlu, Şeref, 277.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, Şeref, 277.

nunu m.8/1). Gerek özel radyo veya televizyonun sahibi anonim şirkete gerekse TRT'ye karşı açılacak davalarda sorumluluk Medeni Kanunun 50. (743 sayılı MK m.48) veya Borçlar Kanununun 55. maddesine dayanabileceği gibi, Borçlar Kanununun 100. maddesine de dayanabilir¹⁹¹.

Bir davranış, birden fazla şahsın şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakıyorsa, bunlardan herbiri diğerlerinden bağımsız olarak önleme davası açabileceği gibi hepsi birlikte de dava açabilirler¹⁹². Bu halde tecavüzün önlenmesine karar verilirse, bundan dava açmayan diğerleri fiilen yararlanırlar. Ancak birinin açtığı davayı kaybetmesi, diğerlerinin dava hakkını etkilemez¹⁹³.

Tecavüz tehlikesinin doğmasına birden fazla kimse sebep olmuşsa veya tecavüzü önleme yetkisine birden fazla kimse sahipse, dava bunlardan birine karşı açılabilir¹⁹⁴.

6. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

4721 sayılı Medeni Kanunun 25. maddesinin son fıkrasına göre, "Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir". 3444 Sayılı Kanunla 743 sayılı Medeni Kanuna eklenen 24a maddesi de şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin davalar bakımından bu özel yetki hükmüne yer vermişti¹⁹⁵. Değişiklikten önce, bu davaların hangi yer mahkemelerinde açılacağı genel hükümler çerçevesinde belirlenmekteydi (HUMK m.9-27). Değişiklikten sonra davacıya Medeni Kanunun 24a ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. maddeleri gereği kendisinin veya davalının ikametgahında (yerleşim yerinde) dava açabilme imkanı tanınmıştı. Böylece davacıya bir seçimlik yetki tanınmış olmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Serdar, 239 vd.

¹⁹² Oğuzman, 22-23.

¹⁹³ Oğuzman, 23.

¹⁹⁴ Egger/Çernis, 306; Oğuzman, 23.

¹⁹⁵ İsviçre Medeni Kanununun 28b maddesinde de aynı yönde bir hükme yer verilmişti. Ancak, Mahkemelerin Yetkisine Dair Kanuna (Gerichtsstandsgesetz) yapılan ilaveyle bu hüküm 24.3.2000 tarihinde kaldırılmış bulunmaktadır.

¹⁹⁶ Dural, 161; Tuor/Schnyder/Schmid, 95; Y. 4. HD. 17.1.2000 T., E. 1999/11171, K. 2000/78, YKD. 2000, C.26, S.5, 689-690; Y. 4. HD. 9.11.1999 T., E. 10296, K. 10912, YKD. 2000, C.26, S.3, 363-364; Y. 4. HD. 4.10.1999 T., E. 6017, K. 7840, YKD. 2000, C.26, S.2, 201-202.

Önleme davasında görevli mahkeme, bu konuda özel bir düzenleme olmadığı için, asliye hukuk mahkemesidir (HUMK m.1, 8).

7. ÖNLEME DAVASINDA İSPAT

Önleme davasında şahsiyet hakkına yönelik ciddi ve yakın bir tecavüz tehlikesinin varlığı iddia edilerek bunun önlenmesi talep edilir. Medeni Kanunun 6. maddesinde hükme bağlanan genel kural gereği, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre, davacının ileri sürdüğü ciddi ve yakın tecavüz tehlikesinin varlığını ispat etmesi gerekir¹⁹⁷. Davacı bunu, hazırlık hareketleri, meydana gelmiş tecavüzlerin şekli, sistematik hücumlar gibi hakime kanaat verecek olayları ortaya koyarak yapar¹⁹⁸.

Hakim, davacının ileri sürdüğü bu olaylardan tecavüzün yakın ve ciddi olduğuna, hukuka aykırı nitelik taşıdığına karar verirse, davacı lehine söz konusu davranışın yasaklanmasına karar verir.

Davalı, davacının iddiasına karşı, bir hukuka uygunluk sebebine dayandığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmelidir¹⁹⁹. Eğer gerçekleştirmeye hazırlandığı tecavüzün, korunması gereken daha üstün bir menfaate dayandığını ispat ederse, hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği için önleme kararı verilemez ve dava reddedilir. Bununla beraber, şahsın rızasına, üstün nitelikte bir özel yarara veya üstün nitelikte bir kamusal yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayandığını iddia eden şahıs bunu ispat edemezse, hakim davayı kabul ederek söz konusu davranışın yapılmasını yasaklar.

8. ÖNLEME TALEBİNİN DEVREDİLEBİLMESİ VE MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

Önleme davası, şahsiyet hakkını hukuka aykırı tecavüzlere karşı koruma amacı güder. Davacının önleme talebi, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şahsiyet hakkının korunmasına ilişkindir. Şahsiyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle yalnız ait olduğu şahıs tarafından kullanılabilir²⁰⁰, temsilci aracılığıyla kullanılamaz. Dolayısıyla, bu hakka yönelik tecavüzlere karşı başvurulacak önleme davası da ancak şahsiyet hakkı sahibi

¹⁹⁷ Egger/Çernis, 310; Oğuzman, 23; Öztan, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 200; Arpacı, 144; Serdar, 253.

¹⁹⁸ Egger/Çernis, 310.

¹⁹⁹ İşgüzar, 865.

²⁰⁰ Serozan, 94; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 115; İmre, Medeni, 446; Dural, 117.

tarafından açılabilir²⁰¹. Önleme davası açma hakkı başkalarına devredilemez. Eğer önleme talebinin devredilebileceği kabul edilseydi, bir kimsenin bir başkasının şahsiyeti üzerinde hak sahibi olması sonucu doğardı ki, bu sonucun şahsiyet hakkının mahiyeti ile bağdaşmadığı ortadadır.

Şahsiyet doğumla başlayıp ölümle sona erdiği için, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan şahsiyet hakkı da şahsın ölümüyle sona erecektir²⁰². Şahsiyet hakkının korunmasına ilişkin dava hakları da şahsiyetin sona ermesi ile ortadan kalkacağı için, ölmüş bir kimse adına önleme davası açılmaz²⁰³. Medeni Kanununun 28. maddesindeki (743 sayılı MK m.27) şahsiyetin ölümle sona ereceğine ilişkin hüküm karşısında, ölünün şahsiyet hakkına yönelik tecavüzlere karşı ölenin adına önleme davası açılmaz²⁰⁴. Bununla beraber söz konusu tecavüz, ölenin yakınlarının şahsiyet hakkı bakımından bir tehlike arz ediyorsa ölenin yakınları kendi şahsiyet haklarına dayanarak önleme davası açabilirler²⁰⁵.

9. ÖNLEME DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRE

Önleme davası, tazminat davalarının aksine, bir zamanaşımı süresine veya hak düşürücü süreye tabi değildir²⁰⁶. Bu dava mahiyeti gereği, tecavüz veya tecavüzün tekrarlanma tehlikesinin sürdüğü müddetçe açılabilir²⁰⁷. Eğer tecavüz gerçekleşmiş ve bundan bir zarar doğmuşsa, artık önleme davası açılmayacağı için zararın niteliğine göre açılacak davaya ilişkin zamanaşımı işlemeye başlar.

²⁰¹ Oğuzman, 24; Özsunay, 59; Kuru, Usul-I, 1034; Bilge/Önen, 229; Berkin, 354; Postacıoğlu, 211; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰² Özsunay, 149; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 399; Egger/Çermis, 292; Kılıçoğlu, Şeref, 269; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰³ Kılıçoğlu, Şeref, 269; Oğuzman, 24. Bununla beraber Merz, şahsiyet hakkının ölümle tamamen sona ermeyeceğini, ölümden sonra da "ölünün etkileri devam eden şahsiyet hakkı" olarak varlığını sürdüreceğini, bu sebeple ölenin şahsiyet hakkına yönelik bir tecavüz halinde para ile zararın dengelenmesi söz konusu olamayacağından, maddi tazminat davası açılmamakla beraber durdurma ve önleme davalarının açılabileceğini ileri sürmektedir, bkz., Merz, 67.

²⁰⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 269.

²⁰⁵ Kılıçoğlu, Şeref, 269; Egger/Çermis, 293; Öztan, 111; Köprülü, 275; Oğuzman, 24; Helvacı, Koruyucu Davalar, 153.

²⁰⁶ Oğuzman, 22-23; Kılıçoğlu, Şeref, 292; Helvacı, Koruyucu Davalar, 162; Serdar, 389.

²⁰⁷ Oğuzman, 22-23; Kılıçoğlu, Şeref, 292; Serdar, 389.

10. ÖNLEME DAVASINDA İHTİYATİ TEDBİRLER

Önleme davasının beklenen hukuki korumayı sağlayabilmesi bakımından, ihtiyati tedbirler büyük önem taşır²⁰⁸. Önleme davası, muhtemel tecavüzlerin önlenmesi amacıyla yönelik olduğu için, söz konusu tecavüzden önce sonuçlanması ve önleme kararının tecavüz gerçekleşmeden icra edilmesi gerekir. Oysa çoğu zaman tecavüz, daha dava devam ederken gerçekleşir. Örneğin, bir dergide bir sanatçının sırlarının açıklanacağı ve bunun yanı sıra özel hayatına ilişkin fotoğrafların yayınlanacağı duyurulmuşsa, önleme kararının bu yayından önce verilmesi gerekir. Böyle bir davanın söz konusu yayından önce sonuçlanması ise normal şartlarda mümkün olmaz. Radyo ve televizyon yayınlarında bu durum daha fazla önem arz eder.

Bu durum önleme davasının etkili sonuçlar doğurabilmesini ve güvenilirliğini son derece azaltır, şahsiyet hakkının korunması bakımından bu davaya başvurulmaması sonucunu doğurur. Oysa şahsiyet hakkının korunmasında, henüz gerçekleşmemiş bir tecavüzün önlenmesi, doğmuş olan bir tecavüzün ve bunun doğuracağı zararların ortadan kaldırılmasından daha pratik ve şahsiyet hakkının mahiyetine daha uygun bir sonuçtur.

Şahsiyet hakkının korunmasında böylesine önemli bir fonksiyonu olan önleme davasının gerekli güveni ve beklenen korumayı sağlayabilmesi için, henüz bu davanın başında ihtiyati tedbir yoluyla geçici bir korumanın sağlanması gerekir²⁰⁹. Hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesinin varlığını tespit eden hakim, bir ihtiyati tedbir kararıyla muhtemel tecavüzün yapılmamasını emrederek davanın sonuçlanmasına kadar tecavüzün gerçekleşmesini önlemiş olur.

İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişiklikle, durdurma ve önleme davalarında ihtiyati tedbirler alınabilmesi hükme bağlanmıştır. İsviçre Medeni Kanununa 16 Aralık 1983 tarihinde ilave edilen ve 1 Temmuz 1985 tarihinde yürürlüğe giren 28c-f hükümleri "İhtiyati Tedbirler" başlığı altında şahsiyet hakkına yönelik tecavüzlerde ihtiyati tedbirleri düzenlemektedir. Buna göre, bir kimse şahsiyet hakkını hukuka aykırı olarak ihlal edeceği ve söz konusu ihlalin telafisi kolay olmayan zararlara yol açacağı hususunda hakimde kanaat oluşturmak kaydıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. (İMK m.28c/1). İhtiyati tedbirin karşı tarafa zarar verme ihtimali varsa, ha-

²⁰⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, 97.

²⁰⁹ Egger/Çernis, 306; Cacmmerer/Özsunay, 79-80; Kılıçoğlu, Şeref, 187; Tuor/Schnyder/Schmid, 97.

kim, tedbir isteyeninin teminat vermesine karar verebilir. Kanun alınabilecek ihtiyati tedbirleri tek tek saymamıştır. Bununla beraber, hakimin, özellikle tecavüzün yasaklanmasına veya durdurulmasına karar verebileceği, delillerin emniyeti için gerekli tedbirleri alabileceği öngörülmüştür (İMK m.28c/2 b.1,2). Periyodik yayımlarla ilgili tedbirler ise özel olarak düzenlenmiştir (İMK m.28c/3).

İsviçre Medeni Kanunu tedbire karar verilebilmesi için karşı tarafın dinlenmesini şart koşmaktadır (m.28d/1). Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, karşı taraf dinlenilmeksizin de ihtiyati tedbir kararı alınabilecektir (İMK m.28d/2). Bu durumda, doğabilecek zararın sorumluluğunu tedbiri isteyeninin üstlenmiş olması gereklidir (İMK m.28d/2).

İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan istenmişse, verilen kararın varlığını sürdürebilmesi, hakimin tayin ettiği süre içinde ve herhalukarda en geç otuz gün içinde asıl davanın açılmasına bağlıdır (İMK m.28e/2). İhtiyati tedbir bir zarara sebep olmuşsa, tedbir isteyen kusursuz olduğunu veya daha az kusurlu olduğunu ispat etmedikçe bu zararı tazminle yükümlüdür (İMK m.28f/1).

743 sayılı Medeni Kanunda değişiklik yapan 3444 sayılı Kanun hazırlanırken İsviçre'deki bu değişiklikler doğrultusunda kanun tasarısında önleme ve durdurma davalarında ihtiyati tedbirleri öngören 24b maddesine yer verilmişti²¹⁰. Buna göre, gerçekleşmesi muhakkak veya mevcut bir hukuka aykırı tecavüz karşısındaki bir kimse, eğer kolayca giderilemeyecek bir zararın doğması tehlikesi mevcut ise hakimden ihtiyati tedbirler alınmasını talep edebilecektir. Hakim tedbir olarak, tecavüzün önlenmesine veya geçici olarak durdurulmasına karar verebilecektir. Gerekliyse delillerin muhafazası için zaruri tedbirleri de alabilir. Bunun için, ihtiyati tedbir kararı almak isteyen şahsın, şahsiyet hakkının haksız bir tecavüze maruz kaldığını veya kalabileceğini gerçeğe yakın olarak ortaya koyması ve aynı zamanda bu tedbir kararının verilmemesi halinde tamiri çok güç bir zarara uğrama tehlikesi bulunduğunu da ispat etmesi gerekli ve yeterlidir.

Maddenin son fıkrasında ise, basın yoluyla işlenecek tecavüzlerle ilgili özel tedbir hükümleri öngörülmüştür. Buna göre, tecavüz önemli derecede ağır bir zarara sebebiyet verebilecek nitelikte ise ve yayımı haklı kılacak sebeplerin açık bir şekilde belirtilmemiş olması halinde, hakim yayımı engelleyebilecek veya geçici olarak durdurabilecektir.

Önleme ve durdurma davalarının etkisini artıracak nitelikte olması ba-

²¹⁰ Bu madde metni ve gerekçeleri için bkz., ABD. 1988, S.3, 372.

kımından olumlu sayılabilecek bu düzenleme, son fıkrasında yer alan basın yoluyla tecavüzlere ilişkin özel düzenleme sebebiyle yoğun eleştirilere uğramıştır²¹¹. Maddede yer alan, yayımı haklı kılacak sebeplerin açık bir şekilde belirtilmemiş olması halinde hakimın yayımı engelleyebilme veya geçici olarak durdurabilme yetkisinin bulunması, basın hürriyetini ortadan kaldıracı bir hüküm olarak nitelendirilmiştir. Bunun dışındaki hükümler, önleme ve durdurma davaları bakımından zorunlu nitelik taşımalarına rağmen, özellikle son fıkraya yöneltilen yoğun eleştiriler sonucu 24b maddesine kanun metninde yer verilmemiştir²¹². 4721 sayılı Medeni Kanunda da ihtiyari tedbirlere ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Bununla beraber, önleme davasının beklenen korumayı sağlayabilmesi için, gerekli ihtiyati tedbirlerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi çerçevesinde alınabileceğini belirtmek gerekir²¹³. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu mahkemeden istenebilecek ihtiyati tedbirleri 101 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir. 101. maddede ihtiyati tedbir istenebilecek belli durumlar sayılmış, 103. maddede ise geciktirilmesinde tehlike bulunan veya önemli bir zarar doğacağı anlaşılan hallerde hakimın tehlike ve zararı bertaraf etmek için gereken tedbirleri alabileceği hükme bağlanmıştır. Buradaki sayma, sınırlayıcı bir nitelik taşımadığı için, gecikmesinde tehlike bulunan veya önemli bir zarar olacağı anlaşılan her durumda mahkeme olaya uygun bir ihtiyati tedbir kararı verebilir²¹⁴. Bu sebeple şahsiyet hakkını önlemeye yönelik önleme davasında da mevcut tecavüz tehlikesine karşı mahkemeden ihtiyati tedbir kararı istenebilir. Örneğin, bir boykot hazırlığı varsa hakim bunun duyurulmasını ihtiyati tedbir yoluyla yasaklayabilir veya özel hayata ilişkin bir açıklama yapılacağı öğrenilmişse, bunun yapılması ihtiyati tedbir kararıyla geçici olarak yasaklanabilir.

İhtiyati tedbir talebinde, talebin hangi hakka dayanılarak ve hangi uyumsuzluk için istendiği, bu talebi haklı kılan sebepler ve istenen ihtiyati tedbir

²¹¹ Helvacı, Tarihi Gelişim, 250-251.

²¹² Dural, bu maddenin kanun metninden çıkarılmasının doğru olduğunu, bu hükmün Medeni Kanunda değil, Basın Kanununda yer alması gerektiğini vurgulamaktadır, bkz., Dural, 142.

²¹³ Oğuzman, 8, dn.7; Kılıçoğlu, Şeref, 188; Dural, 142; Arpacı, 144 dn.192; Berkin, 515. Bunun gibi durdurma davasında da aynı yola başvurulabilir. Diğer taraftan FSEK m.77'de fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali ve manevi haklara yönelik tecavüzlere karşı ihtiyati tedbir istenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

²¹⁴ Kuru, B., Hukuk muhakemeleri Usulü, C.IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 4310 (Usul-IV); Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 557; Berkin, 515.

türü belirtilmelidir²¹⁵.

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce istenebileceği gibi dava açıldıktan sonra da istenebilir (HUMK m.101). Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir, bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer mahkemesinden veya esas dava için yetkili olan mahkemeden istenebilir (HUMK m.104). Buna göre, önleme davasında istenebilecek ihtiyati tedbirler için davacının veya davalının ikametgahı mahkemesine başvurmak mümkündür. Dava açıldıktan sonra ise ihtiyati tedbir ancak davaya bakan mahkemeden istenebilir (HUMK m.104/2).

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı alınmışsa, bunun alınmasından itibaren on gün içinde esas hakkındaki davanın açılması gerekir (HUMK m.109). Eğer on gün içinde önleme davası açılmazsa ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden hükümsüz olur (HUMK m.109).

İhtiyati tedbir kararından sonra süresi içinde önleme davası açılmışsa ihtiyati tedbir dava süresince aksi yönde bir karar verilmedikçe varlığını sürdürür²¹⁶. Hakim aksini kararlaştırmamışsa, ihtiyati tedbir kararı esasa ilişkin hükmün verilmesiyle kendiliğinden kalkar (HUMK m.112). Ancak, hüküm ihtiyati tedbir isteyen lehine verilmişse, hükmün icrasını sağlamak için ihtiyati tedbirin uygun bir süre daha sürmesine karar verilebilir.

İhtiyati tedbir talebinde, tedbiri haklı kılan sebeplerin tam bir ispatı istenemez. Hakimin, davanın uzamaması için, ihtiyati tedbir isteyen hakkının mevcut olduğuna kanaat getirmesi yeterlidir²¹⁷.

Basın yoluyla tecavüzlerde ihtiyati tedbir olarak yayımın yasaklanması yoluna başvurulabilir. Ancak, Anayasanın 28. maddesi karşısında böyle bir karar verilemeyeceği ileri sürülebilir. Anayasanın 28. maddesinin altıncı fıkrasında “Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz” hükmü yer almaktadır. İhtiyati tedbir kararının, önleme davasının amacına ulaşmasını temin eden önemli bir araç olduğu gözönünde tutulursa, maddede yer alan “yargılama görevinin yerine getirilmesi için kanunla belirtilecek sınırlar” içerisine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi çerçevesin-

²¹⁵ Kuru, Usul-IV, 4325; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 559; Berkin, 523; Bilge/Önen, 373.

²¹⁶ Kuru, Usul-IV, 4354; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 562.

²¹⁷ Kuru, Usul-IV, 4326; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 560; Berkin, 524; Postacıoğlu, 488.

de alınacak ihtiyati tedbirler de girer²¹⁸. Çünkü bu tedbirler, önleme davasının amacına ulaşmasını temin etmektedirler. Bu sebeple 103. madde uygulanarak verilecek bir yayımlama yasağı Anayasaya aykırı olmaz²¹⁹.

İhtiyati tedbir kararının uygulanması sırasında verilen emre uymayan veya alınmış tedbire aykırı davrananlar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113a maddesi gereği bir aydan altı aya kadar hapis cezası uygulanır.

11. ÖNLEME DAVASININ HÜKMÜ

a) Kararın Muhtevası

Önleme davasıyla şahsiyet hakkına yönelik hukuka aykırı nitelik taşıyan bir tecavüzün önlenmesi talep edilir. Hakimin bu talebe uygun bir karar verebilmesi için, öncelikle davacı tarafından varlığı iddia edilen tecavüz tehlikesinin mevcut olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Eğer böyle hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi tespit edilirse, bu tecavüze sebebiyet verecek davranışın yapılmaması emri verilir²²⁰.

Önleme davası bir eda davası olduğu için, bu davada verilen karar bir tespit hükmünü bir de yapmama emrini ihtiva eder²²¹. Bir başka deyişle hakim, önleme kararıyla ilerisi için hangi davranışların hukuka aykırı olduğunu ve bu sebeple yapılmaması, kaçınılması gerektiğini belirleyecektir²²². Buna göre, şahsın sırlarının açıklanması, şeref ve haysiyetine tecavüz teşkil edecek bir ilan yayımı, bir boykot çağrısı, bir kimsenin banda alınmış sesinin yayınlanması, şahsın izni olmadan reklam amacıyla fotoğraflarının kullanılması halinde hukuka aykırı bir tecavüz gerçekleşeceği için bunların yapılması hakim tarafından yasaklanır²²³. Önleme davasında verilen karar icra edilebilir bir niteliktedir²²⁴.

218 Kılıçoğlu, Şeref, 188.

219 Kılıçoğlu, Şeref, 188.

220 Merz, 10; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 475; Egger/ Çernis, 310; Kocayusufpaşaoğlu, 151; Oğuzman, 24.

221 Eda davalarının bu özelliği için bkz., Kuru, Usul-II, 1407; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, 263; Bilge/Önen, sh. 389.

222 Caemmerer/Özsunay, 78; Egger/Çernis, 310.

223 Egger/Çernis, 310; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 475; Akipek/Akıntürk, 401.

224 Kılıçoğlu, Şeref, 200; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 476.

Hakimin vereceği yapmama emrinin muhtevası belirli olmalıdır²²⁵. Herşeyden önce verilen önleme kararının, davacı tarafından varlığı iddia edilen tecavüz tehlikesine uygun olması gerekir. Bunun aksine, verilen yapmama kararının, sınırı belli olmayan genel bir yapmama emri niteliği taşıması halinde, bu karar önleme davasının amacına uygun olmaz²²⁶.

Önleme kararında, dava konusu davranışın hangi hallerde ve ne şekilde yapılmaması gerektiği belirtilmelidir. Buna göre, davranışın sadece aynen iddia edilen şekilde yapılmasının mı hukuka aykırı olacağı, yoksa buna benzer şekillerde yapılması halinde de hukuka aykırı olup olmayacağı belirtilmelidir²²⁷. Bununla beraber, tecavüzün ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığı için önleme kararının da gelecekteki hangi zamana ilişkin olduğu belirlenemez²²⁸. Ancak, şahsiyet hakkının mutlak haklardan olması sebebiyle, bunların ihlali davadan önce yasak olduğu gibi, davadan sonra da bu kararın verilmesini gerektiren sebepler ortadan kalkmadığı veya değişmediği sürece devam edecektir²²⁹.

İsviçre Hukukunda, önleme kararının, davalının bu yapmama kararına uymaması halinde para veya hapis cezasına çarptırılacağı ihtarını da ihtiva etmesi gerektiği kabul edilmektedir²³⁰. Böyle bir ceza ihtar yapma kararını etkin hale getirecektir. Bu sebeple bu uygulamanın Türk Hukuku bakımından da kabulü isabetli olacaktır²³¹. Türk Hukukunda böyle bir ceza ihtarı, icra aşamasında (İİK m.30 gereği) yapılmakla beraber, icranın zaman alacağı ve bu sırada tecavüzün gerçekleşebileceği gözönünde tutularak, bu ceza ihtarının önleme kararında yer alması, yapmama emrine uyulmasını teminde daha etkili olacaktır²³².

Önleme kararında yeralan yapmama emrine uyulmaması ve bunun sonucu olarak hukuka aykırı tecavüzün gerçekleşmesi halinde, artık bu yapmama emrinin yerine getirilmesi için icra yoluna gidilemeyecektir. Bu durumda,

²²⁵ Egger/Çernis, 311; Öztan, 154; Tuor/Schnyder/Schmid, 96.

²²⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Öztan, 154; Kılıçoğlu, Şeref, 203.

²²⁷ Kılıçoğlu, Şeref, 203.

²²⁸ Merz, 11; Kılıçoğlu, Şeref, 203; Serdar, 251.

²²⁹ Merz, 12.

²³⁰ Egger/Çernis, 311; Tuor/Schnyder/Schmid, 96; Kılıçoğlu, Şeref, 203; Dural, 152. Bu ihtar İsviçre'de Strafgesetzbuch (Ceza Kanunu) m.292'ye göre yapılmaktadır.

²³¹ Kılıçoğlu, Şeref, 203-204; İmre, Medeni, 457 dn.7; Serdar, 255.

²³² Kılıçoğlu, Şeref, 204.

tecavüz durumuna son verilmesi için durdurma davası açılabileceği gibi, bir zarar doğmuş olması halinde tazminat davalarına da başvurulabilir. Örneğin, bir ticari birlik üyelerinin, üyelikten ihraç edilen bir kişiye karşı uygulama kararı aldıkları boykot haksız bulunmuşsa, mahkeme davalıları boykota son vermeye ve ilgili şahsı birliğe kabule zorlayabilir. Fakat kimse şahsi ilişki kurmaya zorlanamaz. Yine de, ilişki kurmak isteyenler bakımından boykot kararı ortadan kalkmış olur. Eğer mahkeme kararına uyulmamışsa, ilgili şahıs bakımından tazminat talep hakkı doğar²³³.

4721 sayılı Medeni Kanununun 25. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada öngörülen önleme, durdurma ve tespit davalarıyla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesinin ya da yayımlanmasının istenebileceği hükme bağlanmıştır. Esasen bu imkan 743 sayılı Medeni Kanununun 24a maddesinin birinci fıkrasında sadece tespit davası bakımından ve düzeltmeden bahsedilmeksizin tanınmıştı. Doktrinde bu imkanın durdurma davasında da olması gerektiği savunulmaktaydı²³⁴. Yeni hüküm bu konuda, tespit davası yanında önleme ve durdurma davalarında da davacıya bir talep hakkı tanımış bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki, düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması talebi daha çok durdurma ve tespit davalarında söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, özellikle tecavüzün tekrarlanması tehlikesi bulunan hallerde, önleme kararına ilave olarak, daha önce meydana gelmiş olan tecavüze ilişkin düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması istenebilir. Örneğin, e-posta gönderilerek gerçekleştirilen bir saldırıdan sonra açılan önleme davasında, yeni bir saldırının önlenmesine ve buna ilişkin kararın, daha önce e-posta gönderilenler biliniyorsa onlara yine e-posta yoluyla bildirilmesine; eğer bilinmiyorsa yayımlanmasına karar verilebilir.

b) Önleme Kararının İcrası

Önleme davasıyla verilen karar İcra ve İflas Kanununun 30. maddesine göre icra edilir. Bu hüküm, bir şeyin yapılmasına ve bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamların icrasını düzenlemektedir. İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinin son fıkrasında "İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle

²³³ Belgesay, 9.

²³⁴ Kılıçoğlu, Şeref, 214; Akipek/Akıntürk, 403; Öztan, 156; Helvacı, Koruyucu Davalar, 140-141. Farklı bir yaklaşım için bkz., Oğuzman/Seliçi, 95.

tebliğ olunur. Bu emirle ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, bir kimsenin sırlarının açıklanmasının, şeref ve haysiyetine tecavüz teşkil edecek bir ilamın yayımının, hukuka aykırı bir boykotun, banda alınmış sesin yayınlanmasının, reklam amacıyla bir kimsenin fotoğraflarının kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin bir ilam icra dairesine verilince, icra dairesi, kararda kendisine belli bir davranışı yapmama emri yöneltilen şahsa bir icra emri gönderir.

Gönderilen bu icra emri iki hususu ihtiva eder. Bunlardan birincisi, şahsa, ilamda, hukuka aykırılığı sebebiyle yapılması yasaklanan davranışı yapmaktan kaçınması zorunluluğunun bildirilmesidir. Burada şahsa önleme davasıyla hükme bağlanan yapmama yükümlülüğü bildirilmekte ve bu yükümlülüğe uyması istenmektedir. İcra emrinde yeralan ikinci husus ise, bu yapmama yükümlülüğüne aykırı davranışın, İcra ve İflas Kanununun 343. maddesinde öngörülen cezaya tabi olacağıdır²³⁵. İcra ve İflas Kanununun 343. maddesine göre, bir işin yapılmamasına ilişkin ilam hükümlerine geçerli bir sebebi olmaksızın uymayanlar, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine tetkik mercii tarafından bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkum edilirler. Kendisine bu ceza ihtarı yapılan kimse, önleme davasıyla verilen yapmama emrine uymadığı takdirde şahsiyet hakkı tecavüze uğrayan kimsenin şikayeti üzerine, tetkik merciiince 343. maddede öngörülen hapis cezasına çarptırılır. Bu hükümle bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamın icrası ceza tehdidiyle gerçekleştirilmek istenmektedir²³⁶. Gerçekten de böyle bir ceza tehdidi, yasaklanan davranıştan kaçınılmasını sağlamakta etkili olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu ceza tehdidinin mahkeme kararında yer alması önlem kararına uyulmasını sağlamakta faydalı olacaktır.

Bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamların icrasında, ilamda yapılmaması istenen davranışın hangi süre için yapılmayacağı hususunun icra emrinde belirtilmesi gerekir (İİK m.30/3). Kural olarak, bu süre ilamda belirtilir. Eğer ilamda böyle bir süre belirtilmemişse icra müdürünün işin niteliğine göre bir süre belirleyerek, icra emriyle bildirmesi gerekir²³⁷.

²³⁵ Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1993, 2360 (İcra); Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, 1991, 355 (İcra); Uyar, T., İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991, 271.

²³⁶ Kuru, İcra, 2360; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, 355; Uyar, 271.

²³⁷ Kuru, İcra, 2360; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra, 355; Uyar, 271; Y. 12. HD. 31.10.1985 T., E. 3234, K. 8937, Uyar, 274.

Önleme kararının icrası bakımından böyle bir süre, işin mahiyeti gereği, söz konusu olmaz. Çünkü, önleme kararında verilen yapmama emri davadan önce varolduğu gibi, davadan sonra da bu kararın alınmasını gerektiren şartlar ortadan kalkmadığı veya değişmediği sürece varlığını devam ettirir²³⁸. Bununla birlikte, bazı hallerde işin mahiyeti böyle bir süre tayinini gerektirebilir. Örneğin, hatıralarının yayımlanmasına rıza gösteren bir kimse, bu rızayı ölümünden sonra yayımlanması şartıyla vermişse, yapmama emrinin o şahsın ölümüne kadar süreceği icra emrinde belirtilir.

SONUÇ

Şahsiyeti oluşturan şahsi varlıklar üzerindeki şahsiyet hakkının korunması, çağımızın getirdiği teknolojideki hızlı ilerleme ve aynı hızla değişen toplum hayatının doğurduğu tecavüzler karşısında son derece önemli bir mesele haline gelmiştir.

Teknolojik ürünlerin, insanların özel hayatlarına ve gizlilik alanlarına yönelik her türlü tecavüzü son derece kolay hale getiren gelişmişliği; kitle haberleşme araçlarının, okuyucu veya seyirci tutma amacına yönelik, şahısların şeref ve haysiyetlerini ihlal edici yayımlarını; bilgisayarların, yüzlerce insanın özel hayatına ait bilgilerin saklanması mümkün kılan fonksiyonları; ticari ve siyasi alandaki rekabetin, ahlaki değerlerin gözardı eden boyutlara ulaşması; nüfusu hızla artan şehirlerdeki apartman hayatının, insanların özel hayatını son derece kısıtlayarak başkalarıyla içiçe yaşar hale getirmesi gibi sebepler şahsiyet hakkının korunması bakımından hızlı ve etkin çözümleri zorunlu kılmaktadır.

Önleme davası, Medeni Kanunun şahsiyet hakkının korunması bakımından tanıdığı dava yolları arasında, önleyici niteliği itibarıyla özel bir öneme sahiptir. Çünkü, her zaman için tecavüzün önlenmesi, tecavüz sonuçlarının giderilmesinden ve zararın engellenmesi, zararın giderilmesinden daha kolay ve daha uygun bir yoldur. Hukuka aykırı nitelik taşıyan ve henüz gerçekleşmemiş olan tecavüzleri önleme amacı taşıyan önleme davası, bu özelliğiyle şahsiyet hakkının mahiyetinin gerektirdiği etkin korunmayı sağlayabilecek en uygun davadır.

Şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz tehlikesi söz konusu olan kimse, bu tecavüzün ciddi olduğunu ve pek yakında gerçekleşeceğini ispat etmesi halinde mahkeme tarafından davası kabul edilir ve davalıya, tecavüz fiilini yapmaması emri verilir. Önleme davasının mahiyeti, bu ispatın çok

²³⁸ Merz, 12.

sıkı şartlara bağlanmamasını, hazırlık hareketlerinden ve iddiayı haklı kılan diğer bazı belirtilerden tecavüzün yapılacağı anlaşılıyorsa davanın kabul edilmesini gerektirir. Önleme davasında, başkasının şahsiyet hakkını tecavüz tehlikesine maruz bırakan şahsın kusurlu olması ve bir zarar doğmuş olması aranmaz.

Henüz gerçekleşmemiş tecavüz fiiline karşı açılan önleme davasının amacına ulaşabilmesi için, bu tecavüz fiili gerçekleşmeden sonuçlanması gerekir. Eğer dava sonuçlanmadan tecavüz gerçekleşirse artık önleme davası açılmaz. Burada önleme davasının hızla sonuçlandırılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin işleyişı gözönünde tutulduğunda, bu sonuca çoğu zaman ulaşamaz. Dolayısıyla çoğu zaman önleme davası sonuçlanmadan, dava konusu tecavüz fiili gerçekleşir ve dava konusuz kaldığı için reddedilir. Bu sebeple uygulama önleme davasına başvurulmasını sağlamak ve bu davanın güvenilirliğini artırmak bakımından davanın başında alınacak ihtiyati tedbirler ve dava sonunda verilecek kararın içereceği ceza ihtarıyla uygulamada şahsiyet hakkının korunması bakımından tercih edilir ve güvenilir bir dava olacaktır.